



Revista Interdisciplinar de Direito
Curso de Direito do Centro Universitário de Valença
(UniFAA)

v. 17, n. 2, 2019

Autores

Adriano Moura da Fonseca Pinto

André Panno Beirão

Antônio Celso Alves Pereira

Antônio Pereira Gaio Júnior

Cleyson de Moraes Mello

Guilherme Sandoval Góes

José Danilo Tavares Lobato

Júlia Gomes Pereira Maurmo

Leonora Roizen Albek Oliven

Sidney Rosa da Silva Junior

Vanderlei Martins

Editar
Juiz de Fora-MG
2019

Presidente da Fundação Dom André Arcoverde

Dr. Antonio Carlos Dahbar Arbex

Reitor do Centro Universitário de Valença (UniFAA)

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Vice-Reitor do Centro Universitário de Valença (UniFAA)

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Conselho Editorial

Prof. Dr. Antônio Pereira Gaió Júnior (Membro Externo – UNIPAC – Juiz de Fora/MG)

Prof. Dr. Augusto Zimmermann (Membro Externo – Murdoch University – Murdoch – Austrália)

Prof. Dr. Carlos Frederico Mares de Souza Filho (Membro Externo – PUC-PA – Curitiba/PA)

Prof. Dra. Claudia Ribeiro Pereira Nunes (Membro Externo Instituto de Ensino Superior de Rondônia)

Prof. Dr. Jorge O. Berchol (Membro Externo – UBA – Argentina)

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto (CESVA – Valença/RJ)

Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota (Membro Externo – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Prof. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega (Membro Externo – UFG – Goiânia/GO)

Prof. Dra. Maria Goretti dal Bosco (Membro Externo – UFF – Niterói/RJ)

Prof. Dra. Martha Asunción Enriquez Prado (Membro Externo – UEL – Londrina/PR)

Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Membro Externo – USP – São Paulo/SP)

Prof. Dra. Núria Belloso Martín (Membro Externo – Univ. Burgos – Espanha)

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho (Membro Externo – UNESA – Rio de Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Sebastião Marcelice Gomes (Membro Externo – UFAM – Manaus/AM)

Prof. Dr. Silvano Peloso (Membro Externo – Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza” – Roma – Itália)

Prof. Dr. Sonia Netto Salomão (Membro Externo – Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza” – Roma – Itália)

Prof. Dr. Tomás Prieto Alvarez (Membro Externo – Univ. Burgos – Buenos Aires – Argentina)

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho (Membro Externo – UFPB – Campus I – João Pessoa/PB)

Prof. Dra. Vânia Siciliano Aieta (Membro Externo – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença / Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito – ano 1, n. 1. (maio /1998). Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 1998.

Publicação semestral

Continuação de: Revista da Faculdade de Direito de Valença.
ISSN: 1518-8167

1. Direito – Periódico – Brasil. I. Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito – Brasil.

CDU: 34(81)(05)

A editora e os coordenadores desta obra não se responsabilizam por informações e opiniões contidas nos artigos científicos, que são de inteira responsabilidade dos seus autores.

Título	Revista Interdisciplinar de Direito
Título anterior	Revista da Faculdade de Direito de Valença
ISSN versão impressa	1518-8167
ISSN versão eletrônica	2447-4290
Linha editorial	A Revista é generalista. Publica artigos sobre a dogmática das diversas áreas do direito, contribuindo para o engrandecimento da cultura jurídica nacional e internacional.
Tipos de trabalhos publicados	Artigos científicos, ensaios e jurisprudência nacional e internacional
Periodicidade	Semestral
Instituição	Centro Universitário de Valença (UniFAA)
Endereço	Rua Sargento Vitor Hugo, 161 – Bairro Fátima
Cidade	Valença
Estado	Rio de Janeiro
Website	revistas.faa.edu.br/index.php/FDV
Ano de criação	1998 (impressa) 2009 (<i>on line</i>)
Classificação	Qualis B5 Direito; B4 Ciência Política e B4 Artigos interdisciplinares
Bases de dados nacionais	Diadorim, Sumários, LiVre/Revista de livre acesso, .periodicos. CAPES
Base de dados internacionais:	Latindex, LatinREV, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Sherpa/Romeo, Directory of Research Journals Indexing (DRJI), OCLC WorldCat, Academic Resource Index Research Bib, MIAR – Universitat de Barcelona, BASE, CiteFactor – Academic Scientific Journals, JURN, Google Scholar
Editor chefe	Rogério Tabet de Almeida
E-mail principal	revista.direito@faa.edu.br
E-mail alternativo	direito@faa.edu.br
Telefone	24-2453-0700

Autores

Adriano Moura da Fonseca Pinto

Doutor em Direito – Universidade Estácio de Sá – E-mail: adriano.pinto@estacio.br

André Panno Beirão

Doutor em Direito Internacional, UERJ, 2013, Mestre em Ciência Política e Relações Internacionais, UFRJ, 2008, Mestre em Ciências Navais, EGN, 2006. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Estudos marítimos da Escola de Guerra Naval (EGN), Ex-Coordenador Adjunto de Programas Profissionais da CAPES (Área de CP/RI – 2014-2018).

Antônio Celso Alves Pereira

Professor do Curso de Direito do Centro Universitário de Valença e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida.

Antônio Pereira Gaio Júnior

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra – PT. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT. Doutor em Direito pela UGF. Mestre em Direito pela UGF. Pós-Graduado em Direito Processual pela, UGF. Prof. Associado de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Membro da *International Association of Procedural Law-IAPL*. Membro da *International Bar Association* – IBA. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro da Associação de Direito e Economia Europeia – ADEE. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Processo Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB NACIONAL. Membro da Comissão de Processo Civil da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/MG; Membro da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/MG. Advogado. www.gaiojr.com. E-mail: jgaio@terra.com.br

Cleyson de Moraes Mello

Coordenador do curso de Direito do UniFAA; Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ. Pós-Doutor em Direito. Professor Titular do curso de Direito do UniFAA; Professor do PPGD da UERJ e UVA; Doutor e Mestre em Direito. E-mail: profcleysonmello@hotmail.com

Guilherme Sandoval Góes

Pesquisador do Programa Produtividade da UNESA. Pós-Doutorando em Geopolítica, Cultura e Direito pela UNIFA. Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Professor Emérito da ECEME. Membro do PPGCA da UNIFA e PPGSID da ESG. Professor de Direito Constitucional da EMERJ, UNESA e UCAM. Diplomado pelo Naval War College dos Estados Unidos da América (Newport, Rhode Island). Chefe da Divisão de Geopolítica e Relações Internacionais da ESG. Agradeço o apoio do Programa Pesquisa Produtividade da UNESA. E-mail: guilherme.sandoval@terra.com.br

José Danilo Tavares Lobato

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique – Alemanha, Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Mestre em Direito – Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro e Professor Visitante do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Júlia Gomes Pereira Maurmo

Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Professora Adjunta da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Advogada.

Leonora Roizen Albek Oliven

Doutora em Direito e Mestre em Psicanálise, Saúde e Sociedade pela Universidade Veiga de Almeida. Docente da Universidade Veiga de Almeida e do IBMEC. E-mail: leonora.oliven@gmail.com telefone (21) 981235297 e endereço para acessar o lattes <http://lattes.cnpq.br/1070351326253691>

Sidney Rosa da Silva Junior

Doutor em Direito – Universidad de Burgos – E-mail: sidneyrosa@mprj.mp.br

Vanderlei Martins

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD-UERJ), em Regime de Dedicção Exclusiva. Atua na área de Ciências Sociais Aplicadas. E-mail: martins1951@yahoo.com.br

Sumário

Apresentação	11
A Atual Crise da Universidade Pública Brasileira Antônio Celso Alves Pereira	13
Políticas públicas de mediação de conflitos em perspectiva comparada a Brasil e Espanha Adriano Moura da Fonseca Pinto e Sidney Rosa da Silva Junior	37
Qualificação Jurídica dos Integrantes de Operações de Manutenção de Paz André Panno Beirão	59
Prova Documental Eletrônica como Objeto Probatório no Contexto do Processo Civil Brasileiro Antônio Pereira Gaio Júnior	77
A Resolução CNE/CES número 5, de 17/12/2018 e as novas Diretrizes Curriculares Nacionais para os cursos de graduação em Direito Cleyson de Moraes Mello	99
O Neoconstitucionalismo na era do Geodireito Guilherme Sandoval Góes	107
Correção de Rumos: Um Convite à Reflexão dos Próximos 20 anos da Lei de Crimes Ambientais José Danilo Tavares Lobato	131
O Direito ao Esquecimento como Garantia do Direito à Saúde Individual Júlia Gomes Pereira Maurmo	145

A autonomia da Separação de Direito 169

Leonora Roizen Albek Oliven

Cidade e Políticas Públicas: A Questão da Saúde Pública 185

Vanderlei Martins

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira a edição da Revista Interdisciplinar de Direito. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores renomados juristas nacionais, bem como integrantes do corpo docente.

Convidamos todos à leitura.

Valença, 02 de dezembro de 2019.

Antônio Carlos Dahbar Arbex

Presidente da Fundação Educacional Dom André Arcoverde

A Atual Crise da Universidade Pública Brasileira

Antônio Celso Alves Pereira¹

Resumo

O presente texto tem como objetivo discutir a crise da universidade brasileira na atualidade. Como é do conhecimento geral, a instituição universitária, por toda a parte, encontra-se em dificuldade para sustentar sua legitimidade diante dos desafios que lhe são impostos pelo atual estágio da sociedade do conhecimento.

Palavras-chave: Universidade brasileira; ensino superior; história da educação superior no Brasil; universidade pública *versus* universidade privada.

Abstract

This text aims to discuss the crisis of the Brazilian university today. As is generally known, the university institution, everywhere, is in difficulty to sustain its legitimacy in the face of the challenges imposed by the current stage of the knowledge society.

Keywords: Brazilian university; University education; history of higher education in Brazil; public university versus private university.

Introdução

O presente texto tem como objetivo discutir a crise da universidade brasileira na atualidade. Como é do conhecimento geral, a instituição universitária, por toda a parte, encontra-se em dificuldade para sustentar sua legitimidade diante dos desafios que lhe são impostos pelo atual estágio da sociedade do conhecimento. Instituição quase milenar, anterior ao Estado Moderno, a universidade, em razão de suas próprias finalidades, ou seja, produzir e transmitir o conhecimento e a pesquisa, difundir a cultura, formar o cidadão e as elites, além de sediar o pensamento plural e crítico é, portanto, estrutura fundamental à realização do desenvolvimento

¹ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário de Valença e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida.

integrado da sociedade. Em todo o mundo, mesmo nos países nos quais estão localizadas as maiores e melhores universidades, evidentemente em níveis diferenciados, a instituição universitária está, há muito, vivendo uma crise que se manifesta em relação à sua legitimidade histórica como produtora do conhecimento e formadora de mão de obra altamente especializada e voltada às exigências econômicas, científico-tecnológicas e socioculturais de uma determinada fase histórica.² Assim, atualmente desafiada e pressionada por todos os lados, a universidade está defasada, enfrenta sérios obstáculos para acompanhar a velocidade do atual tempo histórico, situação que dificulta seu atendimento das demandas sociais e econômicas consequentes das vertiginosas mudanças científicas e tecnológicas que conduzem a humanidade à Era da Quarta Revolução Industrial. A emergência de novas profissões exige formas renovadas de ensinar e de aprender, portanto, requer novos modelos e instrumentos pedagógicos e curriculares. Tal realidade impõe a necessidade de docentes em dia com as novas metodologias de ensino/aprendizagem que, entre outras medidas, induzam o aluno à educação continuada e o prepare para aprender a aprender e a entender a natureza e a complexidade das transformações na sociedade em que vive.

O atual modelo de universidade tem suas origens na Universidade de Berlin, fundada em 1810, com base nos princípios expostos por Wilhelm von Humboldt (1767-1835), seu primeiro reitor, em um texto de sua autoria sob o título “Sobre a Organização Interna e Externa das Instituições Científicas Superiores em Berlin”. O modelo de Humboldt, ao inaugurar a pesquisa universitária, trouxe à luz a primeira universidade moderna, fundamentada na integração entre ensino e pesquisa, na adoção da interdisciplinaridade, na relação autônoma entre Universidade/Estado e na autonomia e liberdade de docentes e discentes para pensar, pesquisar e administrar a instituição.³ A Universidade de Berlin expressava, neste aspecto, o iluminismo kantiano, exposto em sua conhecida sentença,

² Sobre este tema, ver SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice e o artigo A Universidade no século XXI: Para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade*. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/bss/documentos/auniversidadedosecXXI.pdf> Acesso em 17 jul. 2019.

³ PALÁCIOS, Fernando A. Colares. *Universidade Moderna: modelos humboltiano e napoleônico*. Disponível em: <https://educadmi.wordpress.com/2011/07/19/universidade-moderna-modelos-humboltiano-e-napoleonico/> Acesso em 17 jul. 2019.

segunda a qual “o Iluminismo é fundamentalmente a autonomia do pensamento, a autonomia da razão”.⁴ O ideário acadêmico humboldtiano, ao introduzir na Universidade de Berlin a pesquisa pura, constituiu, no início do século XIX, “uma grande novidade, [...] com quase dois séculos de atraso em relação ao que vinha acontecendo nas ciências no âmbito das academias científicas à margem, portanto, da universidade”.⁵ Esse modelo de organização universitária influenciou todas as instituições universitárias do Ocidente nos séculos XIX e XX.⁶ Ao lado da liberdade de ensinar, do professor expor e transmitir seu conhecimento, a universidade humboldtiana consagrou também a liberdade de aprender, isto é, o aluno podia escolher o que pretendia cursar, pois não estava submetido à rigidez curricular. Este princípio deu origem ao que hoje chamamos de *sistema eletivo*, que foi adaptado e adotado nos Estados Unidos, no século XIX, inicialmente pela Universidade de Harvard e, posteriormente, por todas as grandes universidades daquele país. Em 1876, a Universidade John Hopkins criou o primeiro centro de pesquisas acadêmicas nos Estados Unidos. No Brasil, o sistema eletivo de crédito e matrícula por disciplina, copiado e adaptado a partir do modelo implantado nos Estados Unidos, somente foi introduzido na universidade com a Reforma Universitária estabelecida pela Lei 5.540 de 28 de novembro de 1968. Substituiu o tradicional e inflexível seriado anual. De fato, o sistema eletivo funciona nas universidades públicas e somente em algumas privadas, como as PUCs,⁷ e apenas nominalmente na maioria das instituições privadas. Trata-se de um sistema caro, pois requer grande número de docentes para atender a amplitude das disciplinas obrigatórias, optativas e eletivas oferecidas semestralmente à matrícula. Por sua vez, a introdução da pesquisa no

⁴ SANTOS FILHO, José Camilo. *Universidade, Modernidade e Pós-Modernidade*. In: Educação Brasileira. Brasília: CRUB, volume 20, número 40 – janeiro/julho 1998, p. 57.

⁵ *Ibidem*, p. 55.

⁶ Ver ARAUJO, José Carlos Souza. *O projeto de Humboldt (1767-1835) como fundamento da pedagogia universitária*. In: APRENDER - Cad. de Filosofia e Psic. da Educação Vitória da Conquista Ano VII n. 12 p. 2009, p. 65-81 Disponível em: http://periodicos.uesb.br/index.php/aprender/article/viewFile/4261/pdf_232 Acesso em 16 jul. 2019.

⁷ “As universidades privadas são também bastante desiguais, comportando algumas instituições de alto padrão acadêmico. Dentre as privadas, destacam-se, por sua ação política coordenada, as instituições confessionais, notadamente as 24 católicas e as 6 protestantes – também elas muito heterogêneas”. CUNHA, Luiz Antônio. *O ensino superior no octênio FHC*. In: Educação e Sociedade, vol. 24, nº82, Campinas, abril de 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO101-73302003 Acesso em 23 dez. 2019.

modelo humboldtiano foi admitida nas diversas universidades europeias no século XIX.

Em decorrência do surgimento de novas profissões e de novas disciplinas e especializações desenvolvidas pelas atividades de pesquisa, as universidades americanas adotaram a descentralização administrativo-pedagógica com a criação da estrutura departamental, agregando disciplinas afins. Nas presentes discussões no Brasil sobre a necessidade de uma ampla reforma da universidade, está à mesa a continuidade, ou não, do sistema departamental. Em nosso país a indissolubilidade entre ensino e pesquisa e extensão, assim como a estrutura departamental foram princípios adotados pela Reforma Universitária de 1968 e confirmados na Constituição de 1988.⁸ A Reforma de 1968 foi obra do regime militar, com o objetivo de suprimir a autonomia das instituições, orientar e direcionar o ensino superior para o atendimento do projeto nacional-desenvolvimentista militar, alicerçado no capital internacional, formar mão de obra voltada aos mecanismos de mercado e, ao mesmo tempo, atender a demanda da juventude da época por vagas no ensino superior – os chamados excedentes –⁹ e a reivindicação docente da abolição da cátedra. Para resolver a questão dos excedentes, o governo federal autorizou a criação de novos cursos superiores, fato que propiciou a primeira grande expansão do ensino superior privado no país.

Embora se manifestando diferentemente em cada país, a crise geral da universidade está a exigir, em toda a parte, a redefinição de seu papel no mundo atual. A incapacidade da universidade para responder às demandas oriundas da sociedade capitalista nos anos finais do século XX, e nestes primeiros tempos do século XXI, ocasionou a criação, por grandes corporações transnacionais, de estruturas e centros avançados de pesquisa e desenvolvimento tecnológico em seus âmbitos, a chamada universidade corporativa, com o objetivo inovar, reciclar e redirecionar seus técnicos e funcionários na compreensão dos objetivos estratégicos da empresa e, com isso, manter-se na vanguarda tecnológica em sua área de atuação, para que ela possa enfrentar a competição nos mercados globalizados.

⁸ Hoje é matéria constitucional nos termos do artigo 207 da Constituição de 1988.

⁹ Alunos aprovados em vestibulares, que não conseguiam ingressar nas universidades e faculdades isoladas, por falta de vagas.

Apesar do que foi antes exposto, aponta-se um paradoxo nessa situação. Atualmente, a demanda pelo ensino universitário no mundo está em alta. As matrículas atingem níveis sem precedentes. Principalmente nos cursos a distância. Segundo os professores e pesquisadores canadenses Don Tapscott e Anthony D. Williams,¹⁰ nos Estados Unidos a Universidade de Phoenix matricula, anualmente, mais de 200 mil estudantes, somente em seus cursos não presenciais. Nesse mesmo sentido, o Instituto para o Planejamento Educacional da UNESCO aponta, em seu Relatório *Monitor Global da Educação*, que o número de matrículas no ensino superior, em todo o mundo, passou de 100 milhões, em 2000, para mais de 200 milhões atualmente. O Relatório indica, ainda, “que a demanda por ensino superior vai continuar subindo”. Lamentavelmente, “o acesso ao ensino superior teve expansão mais rápida nos países mais ricos: em média, apenas 8% dos jovens estão na faculdade nos países mais pobres, comparando-se com 74% nas nações mais ricas”.¹¹ Observando esses elementos sobre o mencionado crescimento das matrículas, Tapscott e Williams indicam como causa do fenômeno o fato de “os adicionais de salários que os empregadores pagam pela formação universitária prosseguem em alta, apesar do aumento da oferta de graduados qualificados – sinal de que o valor de mercado de profissionais de alto nível está aumentando com mais rapidez do que a oferta pelas instituições de ensino”.¹²

Educação superior no Brasil

A crise permanente da atual universidade brasileira, de certa forma, tem, ainda hoje, componentes derivados de seus antecedentes históricos. Ela é alimentada por fatores diversos, que decorrem de especificidades históricas, compreendidas no âmbito da nossa formação social, econômica e política, e, especialmente, do processo de construção e da trajetória do Estado brasileiro, desde a chegada da família real em 1808. Começa com o fato de que a universidade brasileira é de criação tardia. Como é do conhecimento geral, a nossa primeira instituição universitária foi fundada em 1920. Criou-se, então, a Universidade do Rio de Janeiro, pelo Decreto 14.343, firmado pelo presidente Epitácio Pessoa, com a reunião da Escola

¹⁰ TAPSCOTT, Don e WILLIAMS, Anthony D. *Macrowikinomics – Reiniciando os Negócios e o Mundo*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 139

¹¹ *Ibidem*

¹² *Ibidem*

Politécnica, fundada, em 1792, no reinado de D. Maria I, como Real Academia de Artilharia, Fortificação e Desenho; com a Faculdade Nacional de Medicina, oriunda da Escola de Anatomia, Medicina e Cirurgia, criada pelo regente D. João, em 1808, e instalada no Hospital Militar do Morro do Castelo; e a fusão de dois cursos de Direito: a Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais e a Faculdade Livre de Direito, ambas reconhecidas em 1891. Esse modelo, inspirado na universidade napoleônica, que colocava a Instituição universitária pública ou privada sob o controle do Estado, instituiu, de forma definitiva, o dirigismo no ensino superior do país. Tais universidades, até praticamente a Reforma Universitária de 1968, permaneciam sem qualquer integração, com suas unidades acadêmicas praticamente autônomas, situadas em endereços distintos, expressando, na verdade, apenas uma federação de cursos superiores formadores de mão de obra, sem qualquer atividade de pesquisa. Desde então, a universidade brasileira passou depender da visão de mundo e do humor dos governos da República, constituindo-se, assim, uma crônica de avanços e retrocessos. A Universidade do Rio de Janeiro, hoje Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, teve, em 1937, sua denominação mudada para Universidade do Brasil, no Estatuto das Universidades Brasileiras promulgado pelo então ministro da Educação, Gustavo Capanema, naquele ano.

Por sua vez, as referências sobre as origens da Universidade de São Paulo – USP indicam o insucesso da Revolução Constitucionalista de 1932¹³ como um dos fatores que convenceram as elites paulistas da

¹³ “A maior parte da literatura referente à fundação da Universidade de São Paulo (USP), em 1934, aponta a Revolução Constitucionalista de 1932 como fator detonador deste processo. A partir destes estudos, que excluem a presença de outros agentes sociais do movimento (como os segmentos populares) e as ambiguidades da situação de compromisso havida entre o governo federal e as classes dominantes paulistas, dá-se ao Movimento de 32 o caráter simplificado de uma luta entre os tenentes ligados à ditadura getulista e a elite intelectual paulista, na qual esta teria saído derrotada. Daí a necessidade da criação de uma universidade em São Paulo, para suprir a falta de quadros dirigentes naquele estado e no país. Entretanto, uma análise mais realista da relação entre a Revolução Constitucionalista de 32 e a criação da USP aponta não apenas para um confronto entre as classes dominantes paulistas e o governo federal, mas também para mecanismos de conciliação e compromisso entre ambos, mecanismos estes que tornaram possível a concretização do grande projeto universitário paulista”. PAULA, Maria de Fátima Costa de. *A INFLUÊNCIA DAS CONCEPÇÕES ALEMÃ E FRANCESA SOBRE A UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO E A UNIVERSIDADE DO RIO DE JANEIRO QUANDO DE SUAS FUNDAÇÕES*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1225503/mod_resource/content/1/InfluenciasUSPxUFRJ.pdf Acesso em 17 dez. 2019.

necessidade de se criar uma universidade, cuja finalidade seria a formação de elites altamente capacitadas para gerir os negócios de Estado e promover o desenvolvimento integrado de São Paulo e do Brasil. Com a fusão de sete instituições de ensino superior existentes no Estado, entre as quais as Faculdades de Filosofia Ciências e Letras – FFCL, Medicina, Direito, Farmácia e Odontologia e a Escola Politécnica de São Paulo, o então interventor federal em São Paulo, Armando Salles de Oliveira, com o decisivo apoio do jornalista Julio de Mesquita Filho, proprietário do jornal *O Estado de São Paulo*, firmou, em 25 de janeiro de 1934, o decreto que criou a Universidade de São Paulo. Estruturada conforme o modelo da universidade alemã, a USP contou, no seu início, com a contribuição de importantes cientistas, intelectuais e professores estrangeiros – franceses, italianos, alemães, portugueses, espanhóis e norte-americanos –, entre os quais Claude Lévi-Strauss, contratados entre 1934 e 1944, além dos professores brasileiros das instituições acadêmicas que se reuniram para formar a nova universidade.

A história da criação de universidades no Brasil, até 1920, girou, portanto, em torno da sua rejeição e pela a opção por escolas superiores isoladas, modelo introduzido no Brasil, a partir de 1808, por D. Rodrigo de Souza Coutinho, Conde de Linhares, ministro do príncipe regente D. João, de 1808 a 1812.¹⁴ Contudo, deve-se ressaltar que foram várias as tentativas, mesmo no período colonial, de instalar universidades no Brasil. Entretanto, o Estatuto Colonial Português frustrou todos os projetos nesse sentido. Como assinala Darcy Ribeiro,

[...] o Brasil, como colônia submetida ao mais estrito monopólio, cresceu isolado do mundo, apenas convivendo com aquele Portugal pobre e retrógrado. Tão retrogrado que proibia expressamente a importação e venda de livros e punia severamente a instalação de qualquer tipografia. Tão obscurantista que não permitiu a instalação de um sistema popular de ensino no Brasil e, menos ainda, de escolas superiores, ao tempo em que a Espanha mantinha cerca de duas dezenas de universidades em suas colônias”.¹⁵

¹⁴ PAIM, Antonio. *Repensar a Universidade*. In: Carta Mensal, volume 44, nº 524 – Novembro de 1998. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, p. 22.

¹⁵ Citado em PEREIRA, Antônio Celso Alves. *A Autonomia Universitária na Legislação Brasileira*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, organizador. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 52.

A intenção da Província Brasileira da Companhia de Jesus, juntamente com a Câmara da Cidade de Salvador, em 1671, de conseguir a transformação do Colégio da Companhia, situado na Bahia, em universidade, uma vez que tal estabelecimento funcionava didaticamente no modelo da Universidade controlada pelos Jesuítas, em Évora, Portugal, foi indeferida pela Provisão Real de 16 de julho de 1675.¹⁶ Os Inconfidentes mineiros projetavam uma universidade para funcionar em Vila Rica e, antes deles, em 1768, “a Corte rejeitou um pedido da Câmara de Sabará para que se criasse uma aula de cirurgia”.¹⁷ A Inglaterra jamais apresentou dificuldades à instalação de instituições universitárias em suas colônias na América. Quando se deu a Independência dos Estados Unidos o país já contava com nove grandes Universidades. Nos vinte e cinco anos seguintes foram criadas outras dezesseis instituições de ensino superior, compreendendo universidades e faculdades isoladas.

O grande mérito do novo espírito igualitário na América do Norte – segundo o historiador Paul Johnson – foi a tomada de consciência de que a educação devia estar, privilegiadamente, entre as prioridades nacionais. [...] Stanhope Smith, reitor de Princeton (fundada em 1746), acreditava que uma combinação de “leis republicanas” e educação causaria uma melhora geral na moral da população e criaria uma “sociedade uniformemente virtuosa. [...] Era a educação, sustentava John Adams (2º presidente (2º presidente dos Estados Unidos) que fazia o cavalheiro, e não sua origem ou seus privilégios”.¹⁸

Américo Jacobina Lacombe, citado por Ana Waleska Mendonça, comentando a política oficial portuguesa em relação ao ensino superior nas colônias, cita trecho de documento do Conselho Ultramarino, que muito bem explica a política portuguesa na matéria, quando se refere à conveniência dos brasileiros estudarem em Portugal. Segundo o Conselho, um dos mais fortes vínculos de sustentação e dependência das possessões portuguesas localizava-se na necessidade do oriundo da colônia estudar em Portugal e que este “vínculo era questão política e, como tal, não se devia

¹⁶ MENDONÇA, Ana Waleska P.C. *A Universidade no Brasil*. In: Revista Brasileira de Educação, Mai/Jun/Jul/Ago 2000 N° 14. p. 132. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n14/n14a08.pdf> Acesso em 17 jul. 2019.

¹⁷ *Ibidem*, p. 133.

¹⁸ JOHNSON, Paul. *Estados Unidos – La Historia*. Barcelona: Javier Vergara Editor, 2001, p. 177.

relaxar”.¹⁹ Anísio Teixeira, segundo Mendonça, chama a atenção para o fato de que, até o início do século XIX, 2.500 brasileiros diplomaram-se em Portugal e, ainda, que “o brasileiro da Universidade de Coimbra não era um estrangeiro, mas um português nascido no Brasil, que poderia mesmo se fazer professor da universidade.” Cita especificamente os casos de Francisco de Lemos de Faria Pereira Coutinho, membro da Junta constituída pelo Marques de Pombal para estudar e projetar a reforma dos estudos superiores em Portugal, reitor, por três décadas, da Universidade de Coimbra, e de José Bonifácio de Andrada e Silva, “que foi também professor da mesma universidade, como, aliás, vários outros nascidos no Brasil”. Vale lembrar que além de Coimbra, brasileiros estudavam em Montpellier, Toulouse, e em universidades inglesas.”²⁰ As instituições de ensino superior criadas por D. João, em 1808, destinavam-se à formação de quadros para a defesa militar da nova sede do governo português e de médicos para atender milhares de pessoas – em torno de 15 mil – que acompanharam a família real em seu traslado para o Rio de Janeiro, bem como os que vieram posteriormente. Para formar cirurgiões militares, o Príncipe Regente ordenou a criação, em 1808, dos cursos de anatomia e cirurgia, transformados, em 1809, na Academia de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro. Antes, em fevereiro de 1808, Dom João criara o curso de Medicina na Bahia. Em 1810 foi a vez da fundação da Academia Real Militar, para a formação de oficiais e de engenheiros civis e militares. Ainda na Bahia, D. João, em 1808, criou a cadeira de economia e, no Rio de Janeiro, cidade que o recebeu, em 08 de março de 1808, o Jardim Botânico e um curso de Agricultura, em 1812. Neste mesmo ano, o Regente autorizou o funcionamento do curso de Química e Desenho Técnico e, em 1816, a Escola Real de Ciências, Artes e Ofícios, no Rio de Janeiro. Esta escola tinha, inicialmente, o objetivo de oferecer ensino técnico. Em 1826, sob Pedro I, voltou-se exclusivamente ao estudo e ensino de Artes. Nas províncias foram criados, em Minas Gerais, em 1821, cursos de Filosofia e Retórica, em Paracatu e, em Vila Rica, Desenho e História. Em Pernambuco, em 1809, Matemática Superior. Com a Independência, a criação de universidades

¹⁹ LACOMBE, Américo Jacobina, *A cultura jurídica*. In: BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio (org.), *História Geral da Civilização Brasileira*, tomo II, v. 3. O Brasil Monárquico: reações e transações. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1969. p. 361. Citação em MENDONÇA, op. cit. p. 133.

²⁰ MENDONÇA, op. cit. p. 133

estava no projeto de José Bonifácio, porém, como se sabe, seus importantes planos para a nova nação foram interrompidos com seu banimento do país, por D. Pedro I, em 1823. Aos cursos antes mencionados somaram-se os cursos jurídicos criados pelo imperador em 1827, localizados em Olinda e São Paulo. Como escreve Mendonça, os cursos criados por D. João VI e no período imperial passaram por sucessivas reformas, fusões e aglutinações, constituindo a origem de faculdades que formaram profissionais até o advento da República. No reinado de D. Pedro II, aos cursos superiores existentes, o governo imperial adicionou, em 1875, a Escola de Minas de Ouro Preto e realizou a separação do curso de engenharia da Escola Militar para a criação da Escola Politécnica, atual Curso de Engenharia da UFRJ. No segundo reinado, sem sucesso, foram discutidos diversos projetos de criação de universidades no país. Na última fala do trono, D. Pedro II pedia ao Parlamento a criação de duas universidades, uma no norte e outra no sul do país e, ao lado disso, autorização para funcionamento de faculdades de Ciências e Letras nas Províncias.²¹ Os positivistas se opuseram de forma vigorosa ao projeto das universidades, sob a alegação de que a instituição universitária era obsoleta e tinha origens teológicas. Esta oposição à universidade por parte dos positivistas perpassa os primeiros tempos do século XX e somente será suplantada na década de 20. Informa Antonio Paim “que o argumento básico para derrotar os positivistas seria da lavra de Amoroso Costa (1885-1928). À sua pergunta: para que Universidade? Respondeu deste modo: para fazer ciência. Amoroso Costa e o grupo que criou a Academia Brasileira de Ciências, no mesmo período, demonstraram estar equivocada a suposição comteana de que a ciência estava pronta e conclusa”.²² À época, demandava-se pela criação, no Brasil, de instituições universitárias voltadas à pesquisa e não somente à formação profissional. Esta posição era defendida pelo Jornal *O Estado de São Paulo* e por parte de membros da Associação Brasileira de Educação, nos anos 20 do século passado.²³ Em 1930, Vargas criou o Ministério da Educação e nomeou Francisco Campos seu titular. Este, em 1931, criou o Conselho Federal de Educação, promulgou um Estatuto das Universidades Brasileiras, que submetia as instituições universitárias públicas a rigoroso controle

²¹ MENDONÇA, op. cit. p. 136

²² PAIM, op. cit. p. 22

²³ MENDONÇA, op. cit. p. 136

didático, financeiro e administrativo e, em medida adversa, transformou o projeto da Faculdade de Ciências, que cuidaria da pesquisa, estabelecendo uma instituição para formar professores para o então ensino secundário, justificando sua decisão, com o seguinte argumento: “nos povos em formação como o nosso, a cultura não poder ser organizada de uma vez”, a fim de que o pretendido instituto não se tornasse “adorno ou decoração pretensiosa em casa pobre”.²⁴

A grande e lamentável derrota histórica da universidade brasileira foi a extinção, no primeiro governo Vargas, em 1937, da Universidade do Distrito Federal - UDF, fundada por Anísio Teixeira, em abril de 1935, e instituída pelo decreto municipal nº 5.513, quando o educador ocupava o cargo de diretor do Departamento de Educação da Prefeitura do Distrito Federal na administração do Prefeito Pedro Ernesto. O principal objetivo da nova Universidade era oferecer ensino de alta qualidade, criar condições para o desenvolvimento da pesquisa científica, literária e artística e oferecer cursos de extensão. O projeto de Anísio Teixeira expressava uma ideia moderna e diferenciada de universidade, fundamentada na cultura e nas necessidades brasileiras e apresentava marcas do pensamento de um dos mais destacados pedagogos dos Estados Unidos, John Dewey, com quem Anísio Teixeira estudara na Universidade de Columbia. Em decorrência da revolta comunista de novembro de 1935, e da repressão que se seguiu, Anísio Teixeira, Afrânio Peixoto, que era o reitor, e vários professores foram demitidos por ordem do governo Vargas. Afonso Pena Jr. assumiu a reitoria, porém, com o golpe de 37, que instituiu o Estado Novo, a UDF foi extinta, seus quadros foram incorporados à Faculdade Nacional de Filosofia da Universidade do Brasil.

O modelo da Universidade do Brasil, criado pela lei 05 de julho de 1937 – Reforma Capanema –, vigorou nas universidades públicas federais, em estaduais,²⁵ como a UERJ, bem como nas instituições universitárias privadas, até a reforma de 1968. Voltando à história da regulamentação dos cursos superiores no Brasil, registre-se o fato de que, no período republicano a Constituição de 1891, ao consagrar a República Federativa, muito à imagem da federação norte-americana, deixou aos Estados a competência para legislar sobre educação superior, reservando, no artigo

²⁴ PAIM, op. cit. p. 22

²⁵ À exceção das Universidade paulistas USP e UNICAMP.

34 (30), à União a regulamentação do ensino superior no Distrito Federal. Assim, a primeira Carta Magna da República pouco cuidou das questões educacionais. Até a criação do Ministério da Educação, em 1931, por Vargas, as questões relativas à educação do país ficavam a cargo do Departamento Nacional de Ensino, órgão da estrutura do Ministério da Justiça. A Constituição de 1934, em seu art. 5º (XIV) dispôs a competência da União para “traçar as diretrizes da educação nacional” e, no artigo 150 (a), criava “o plano nacional de educação, compreensivo do ensino de todos os graus e ramos comuns e especializados; e coordenar e fiscalizar a sua execução, em todo o território do país”. Como se sabe, com a outorga da Constituição de 1937, os dispositivos liberais da Carta de 1934, em matéria de educação superior, foram revogados. A Constituição de 1946, no contexto do processo de redemocratização, e no espírito da Carta de 34, propiciou o estabelecimento das discussões sobre a criação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que somente seria aprovada em 1961, pela Lei 4024/1961. Em 1996, a chamada Lei Darcy Ribeiro (Lei 9394/96), senador que a relatou, que deu nova redação às Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que passou a regular o sistema educacional brasileiro, público e privado, compreendendo as educações básica e superior. A atual LDB trouxe avanços consideráveis à educação nacional, porém, em relação à educação superior, segundo Pedro Demo, não escapou da visão tradicional e pouco avançou.²⁶ Em 2019 foram aprovadas quatro leis alterando a LDB: Leis 13.796, de 03 de janeiro de 2019; 13.803, de 10 de janeiro de 2019; 13.826, de 13 de maio de 2019; e 13.868 de 03 de setembro de 2019.

A atual crise da Universidade pública brasileira

A atual crise da universidade pública brasileira decorre de fatores diversos. Como se discutirá nas linhas que se seguem, é forçoso reconhecer que a universidade pública brasileira é vítima de uma forte campanha, cujos argumentos que a fundamentam são, em muitos casos, totalmente improcedentes. De forma geral, os detratores da universidade

²⁶ Ver: ARAÚJO, Vanessa Freitag de; AMUDE, Amanda Mendes e MORGADO, Suzana Pinguello. *LEI DARCY RIBEIRO E DIRETRIZES PARA EDUCAÇÃO DO BANCO MUNDIAL PARA A AMÉRICA LATINA ARAÚJO*. Disponível em: https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2008/623_773.pdf Acesso em 23 dez. 2019.

pública brasileira acusam-na, sistematicamente, de ser lenta, pesada, demasiadamente dispendiosa, corporativamente aparelhada à esquerda, administrativamente caótica, isolada da sociedade e, dessa forma, não estaria realizando suas importantes finalidades, pois seus cursos de graduação não estariam formando adequadamente a mão de obra altamente especializada de que o país precisa para se desenvolver de forma integral. Da mesma forma, seus críticos apontam que os cursos de pós-graduação que oferece estariam voltados à realização de pesquisas inúteis e dissertações de mestrado e teses de doutorado irrelevantes. Sob este último ponto, semelhante denúncia ocorreu também nos Estados Unidos. Mark Taylor, professor de grande prestígio e *chairman* do Departamento de Religião da Universidade de Columbia, provocou uma grande controvérsia acadêmica, de repercussão em seus país, ao publicar artigo no *New York Times*, edição de 26 de abril de 2009, intitulado *End the University as We Know It*, no qual afirma que a “maioria dos programas de pós-graduação das universidades norte-americanas produz um produto para o qual não há mercado [...] e não são lidos por ninguém, a não ser por colegas com mentalidade semelhante”.²⁷ Outras acusações dirigidas à universidade pública brasileira, são constantemente propagadas: por exemplo, que ela é só para ricos; que não se integra à empresa para estabelecer parcerias direcionadas ao desenvolvimento, inovação, ou melhoria da qualidade de produtos e processos tecnológicos. Enfim, a universidade pública brasileira virou caixa de pancada e alvo político de autoridades governamentais, de políticos desinformados e de grupos ideológicos radicais que se manifestam nas redes sociais. No meu entendimento, tais acusações precisam ser analisadas cuidadosamente, pois, em muitas situações, os libelos decorrem de pronunciamentos políticos oportunistas, de forte viés ideológico, disseminados na imprensa, assim como nos Parlamentos e nas redes sociais. Preliminarmente, acredito que é conveniente discutir o atual modelo único de universidade implantado no Brasil, desde a Reforma Capanema, em 1937, seguido e aperfeiçoado pela reforma de 1968 e os adendos das reformas pontuais realizadas pelos governos posteriores. O modelo único de universidade, em

²⁷ O artigo de Mark Taylor está disponível em: <https://ircpl.columbia.edu/2009/09/10/mark-c-taylor-end-the-university-as-we-know-it/> Acesso em 17 jul. 2019. Também sobre o assunto, ver TAPSCOTT, Don e WILLIAMS, Anthony, op. cit. p.139

vigor no Brasil, conforma instituições públicas e privadas, é inadequado à realidade socioeconômica e cultural do país. Até agora, historicamente, tem sido o preferido pelos governos da República, porque reúne melhores condições de controle e dirigismo por parte do Estado. Nos países ricos as universidades são, especificamente, instituições de pesquisa, com grande número de alunos em pós-graduação, como acontece nos Estados Unidos, cujas universidades mais importantes e tradicionais, como as que compõem a *Ivy League*²⁸ estão mais voltadas à pesquisa básica e à pós-graduação. Ao lado disso, existem as instituições de ensino superior que só formam graduados, embora possam também manter cursos de pós-graduação. Por aqui, a reforma do ensino superior, realizada no governo Fernando Henrique Cardoso, criou os Centros Universitários, submetidos a normas federais específicas, compreendendo instituições de ensino superior voltadas ao ensino de graduação, desobrigadas das atividade de pesquisa, Contudo, tais entidades de ensino superior, que em muitos aspectos se assemelham aos *Colleges*²⁹ norte-americanos, não estão impedidas de oferecer ensino de pós-graduação em qualquer nível. Assim, o sistema de ensino superior brasileiro está estruturado em universidades, centros universitários, faculdades isoladas, faculdades integradas, escolas superiores e institutos superiores.

A reforma do governo Fernando Henrique Cardoso é responsável pela segunda grande expansão da rede privada de ensino superior, ou seja, 110% em oito anos. Manteve, contudo, o modelo único de universidade. Deveria ter separado, mediante justa e rigorosa avaliação, quais universidades privadas, públicas federais, estaduais e municipais que poderiam continuar classificadas como tal, já que grande parte das universidades privadas concentram suas principais atividades acadêmicas em seus cursos de graduação, bem como realizam pouca atividade de pesquisa e pós-graduação *stricto sensu*.

²⁸ Universidade de Harvard, fundada em 1636; Universidade de Brown - fundada em 1764; Universidade da Pensilvânia, fundada em 1740; Dartmouth College, fundada em 1769; Universidade de Columbia, fundada em 1754; Universidade de Yale, fundada em 1701; Universidade de Princeton, fundada em 1746; e Universidade de Cornell, fundada em 1865.

²⁹ A palavra *college* pode também, nos Estados Unidos, nominar universidade. Basta-nos lembrar do fato de que, entre as oito instituições universitárias norte-americanas que formam a chamada *Ivy League*, está a Faculdade *Dartmouth College*, fundada em 1769, no Estado de New Hampshire.

Voltando às acusações que são dirigidas, principalmente às universidades pública brasileiras, verifica-se que ela é apontada, como já assinalado anteriormente, como lenta, demasiadamente regulada, com instâncias burocráticas formalistas e inoperantes e órgãos acadêmico-normativos altamente politizados, como os Conselhos Universitário e de Ensino e Pesquisa, e Conselhos Departamentais das unidades acadêmicas, compostos por representações docente, discente e de servidores técnico-administrativos. Entretanto, temos de levar em conta que, em muitos casos, a lentidão das ações da universidade pública decorre dos constantes atrasos dos repasses ou dos anuais contingenciamentos de seu orçamento, fatos que frequentemente paralizam e muitas vezes inviabilizam as pesquisas, impedem a modernização dos laboratórios e das atividades de custeio da Instituição. Sobre o aparelhamento à esquerda da Universidade pública, principalmente dos seus Conselhos, e a conseqüente politização, quem conhece a instituição por dentro sabe que a universidade pública, considerada em sua totalidade, não é de esquerda nem de direita. É ideologicamente plural. No âmbito de seus quadros docente, discente e administrativo convivem grupos dos mais variados matizes político-ideológicos e religiosos. E não podia ser diferente. Vivemos numa democracia e a universidade é o *locus* da diversidade. Assim, refletindo a realidade social e política do momento, é lamentável a polarização político-ideológica da sociedade brasileira; é importante lembrar que, desde sempre, em todos os países democráticos do Ocidente, existiu, existem e existirão grupos reunindo ativistas, filiados ou simpatizantes dos vários partidos de esquerda, ou de direita que, em geral, dominam o movimento sindical e os órgãos de representação de alunos e de funcionários e, assim sendo, expressam suas ideias de forma vigorosa nas redes sociais. Nas grandes universidades públicas são fortes e internamente atuantes os grupos conservadores de viés religioso, compostos por adeptos das igrejas evangélicas. Portanto, grupos de esquerda e de direita, em todas as épocas, sempre existiram nas universidades. Fazem parte da vida democrática do país e da natureza da universidade. Sobre a acusação de que as universidades públicas custam muito mais do que as privadas e que estão de costas para a sociedade, fechadas como *torres de marfim*, e só recebem alunos ricos, é preciso notar os seguintes fatos: como já foi dito, com raras e honrosas exceções (PUCs, Universidade Presbiteriana Mackenzie e poucas outras) a

grande maioria das universidades privadas mantem mínimas estruturas de pesquisa, ou seja, o necessário para continuarem na categoria, conforme exigência mínima legal – dois cursos de doutorado e quatro de mestrado. Da mesma forma, são limitadas as suas atividades de extensão. Professores com tempo integral, na maioria das universidades privadas, dedicam-se às atividades de graduação. As universidades públicas realizam concursos para preenchimento de vagas docentes somente para candidatos portadores de título de doutor, para regime de trabalho de dedicação exclusiva e, de forma excepcional, oferecem regime de trabalho de 40 horas semanais. Em ambos os regimes, o docente obriga-se a trabalhar em atividades docentes e de pesquisa.

Em artigo para *O Globo*,³⁰ sublinha Simon Schwartzman que a “CAPES lista 3.500 cursos de pós-graduação nas federais, dos quais somente 140 são considerados de nível 7, de padrão internacional, 90% dos quais concentrados em dez instituições”. No meu entendimento, nos cursos de pós-graduação *stricto sensu* oferecidos pelas universidades públicas, com os níveis seis e cinco, há considerável e importante trabalho de pesquisa. Sem universidade pública não haveria ciência no Brasil. Por aqui, e nessa linha, uma alta autoridade da República, recentemente, lançou nas redes sociais informação improcedente, segundo a qual não há pesquisa na universidade pública brasileira. A UFRJ é a instituição mais inovadora do país. Possui um Parque Tecnológico de 350 mil metros quadrados, realizando importantes parcerias com empresas nacionais. Portanto, ao contrário do que se afirma, ou seja, que a pesquisa universitária brasileira não gera produtos de relevância, mesmo com os cortes e contingenciamentos orçamentários, a universidade pública e algumas privadas (poucas) além de contribuírem para a formação de pesquisadores, (iniciação científica, pós-graduação) formam o cientista que vai trabalhar em instituições de pesquisa do país. Apenas como exemplo, como negar a importância das pesquisas em óleo e gás, que redundaram no Pré-Sal, realizadas no Parque Tecnológico da UFRJ? Impossível, nos limites do presente texto, citar todas as relevantes pesquisas que, apesar dos contingenciamentos, dos constantes cortes orçamentários, estão sendo realizadas nas grandes universidades públicas brasileiras, em genética, novos materiais, inteligência artificial, produção de fármacos e de vacinas sobre doenças e endemias tropicais. As universidades públicas

³⁰ Edição de 23/07/2019.

são responsáveis por 95% das publicações científicas no Brasil. Entre os autores de trabalhos científicos mais citados no mundo doze são brasileiros. Alega-se, nessa matéria, que, apesar de estarmos colocados em 14º lugar no mundo na publicação de artigos científicos, estamos em apenas 50º lugar em citações internacionais destes artigos, entre os países que fazem ciência. Entra aqui outra realidade desconhecida do grande público e pouco divulgada pela mídia. Para publicar um artigo científico em revista acadêmica internacional de ponta é necessário pagar. Atualmente, custa em torno de R\$12.000,00 a publicação de um texto científico em revistas de reconhecida importância da área do pesquisador. Considerando que são escassos os recursos para pesquisar, mais ainda faltarão para publicar. Outro dado que não pode deixar de ser mencionado: no total de cursos de pós-graduação *strito sensu* 19% estão nas universidades privadas e 81% nas públicas. Atualmente, as instituições federais de ensino e pesquisa têm 170 mil estudantes em 3.500 cursos de pós-graduação. Sobre a alegação de que a universidade pública é para ricos, as políticas de ação afirmativa e discriminação positiva implantadas na universidade pública brasileira nos últimos anos mudou a composição do corpo discente das mesmas. De cada três alunos das universidades federais dois são originários de escolas públicas dos ensinos fundamental e médio. Nas universidades públicas paulistas, até 2021, 50% das vagas serão destinadas a alunos oriundos do sistema de educação básica público. Na UERJ, que foi a pioneira nessa matéria, 45% das vagas são destinadas à inclusão social por meio de ações afirmativas e de discriminação positiva. Em qualquer dos casos, há exame preliminar das condições econômicas da família do candidato a aluno. As universidades públicas, em geral, destinam parte do seu orçamento para custear moradia, alimentação, transporte, assistência à saúde e creches dos alunos carentes. Cumprindo a determinação constitucional de realizar ações de extensão, as universidades públicas prestam serviços importantes à população em seus hospitais – milhares de atendimentos e cirurgias de alta complexidade, como transplantes, – e clínicas odontológicas, mantêm programas especiais voltados à terceira idade, assistência jurídica gratuita pelos Cursos de Direito, além de museus, teatros e orquestras. Só como exemplo: a USP tem quatro museus e cinco hospitais. A UFRJ nove hospitais e treze museus. A UERJ, dois hospitais, sendo que um deles, o Pedro Ernesto, é o maior da rede pública estadual.

As vinte maiores e melhores universidades brasileiras, no *Ranking Universitário da Folha de 2019* (RUF), Universidade de São Paulo - USP; Universidade de Campinas - UNICAMP; Universidade Federal do Rio de Janeiro- UFRJ; Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG; Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS; Universidade Estadual Paulista - UNESP; Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Universidade Federal do Paraná - UFPR; Universidade de Brasília - UnB; Universidade Federal de Pernambuco - UFPE; Universidade Federal do Ceará - UFC; Universidade Federal de São Carlos - UFSCar; Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ; Universidade Federal da Bahia - UFBA; Universidade Federal de Viçosa - UFV; Universidade Federal de São Paulo - UNIFESP; Universidade Federal Fluminense - UFF; Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul - PUCRGS; Pontifícia Universidade do Rio de Janeiro - PUC RIO; Universidade Federal de Goiás – UFG, oferecem cursos de pós-graduação *stricto sensu* em todas as áreas do conhecimento, o que exige laboratórios atualizados, recursos humanos altamente qualificados e infraestrutura adequada. Vez por outra, ouve-se que a pesquisa básica, no exterior, é custeada pela iniciativa privada. Não procede. Vejamos estes dados: nos Estados Unidos, por exemplo, 60% dos recursos aplicados em pesquisa são de origem estatal; 25% derivam de fundos das próprias universidades; 6% por empresas; 6% provêm de organizações sem fins lucrativos; e 3% de outros fundos. Por sua vez, a participação do poder público no financiamento da pesquisa nos vários países da União Europeia é maior do que nos Estados Unidos – 77%; 9% dos recursos são oriundos do exterior; 6% são aplicados pelas empresas; 5% por organizações sem fins lucrativos e 3% originam-se dos próprios fundos das universidades.³¹ Produzir ciência no Brasil foi sempre muito difícil. Quantas pesquisas relevantes ficaram e ainda hoje ficam pelo caminho, ou são completadas nos laboratórios das universidades e centros de pesquisa do exterior, por constantes e indiscriminados cortes de verbas, ou políticas repressivas, como aconteceu em 1937 e em 1964, quando pesquisadores de alta qualificação científica foram sumariamente afastados e compulsoriamente aposentados e logo recebidos nas principais universidades dos Estados Unidos e da Europa. Sobre a

³¹ Fonte: *Jornal da USP*, edição de 26/06/2019.

querela relativa à formação em graduação, de fato, grande parte das universidades tanto públicas quando privadas não está formando adequadamente nas licenciaturas, assim como para o exercício das novas profissões, que estão surgindo em decorrência do acelerado avanço à Quarta Revolução Industrial. Segundo dados do Senso do Ensino Superior do MEC, o sistema de educação superior brasileiro é caracterizado por pequenas instituições, ou seja, 82,5% das instituições são Faculdades. Juntas, elas atendem 25% dos alunos. O Brasil tem 196 universidades, representam pouco mais de 8% das IES, atendendo, entretanto, mais de 53% dos alunos.” Em cada 4 alunos, 3 estão na rede privada. É interessante salientar o fato de que o crescimento das matrículas no ensino superior no Brasil deve-se, em boa parte, ao desenvolvimento da Educação a Distância - EaD. Entre 2017 e 2018, segundo o Censo do Ensino Superior do MEC, o setor cresceu 17%, superando o crescimento das vagas presenciais.

As instituições privadas, como são empresas, obviamente, visam lucro, expandem-se na direção dos cursos que exigem investimentos mínimos, como Direito, que concentra o maior número de alunos de graduação no país, 10,6%. O MEC é o responsável pela existência de 1.406 cursos de Direito em funcionamento no Brasil, considerando dados de março de 2019. Para 450 mil médicos atuando no Brasil, temos 1,100 milhões de advogados no país, e mais de 3 milhões de bacharéis em direito. Para completar o absurdo, mais de uma centena de pedidos de autorização de novos cursos de Direito presenciais aguardam pronunciamento do MEC. Não há nenhum curso de direito a distância funcionando no Brasil; porém, foram protocolados 49 pedidos, que aguardam a autorização do MEC.

Palavras Finais

A crise da universidade é parte da crise geral que afeta a sociedade contemporânea e o Estado. Seu descompasso deriva, principalmente no caso da universidade pública brasileira, de uma pluralidade de fatores, como dependência do Estado para seu financiamento e autonomia apenas nominal. No exposto às páginas anteriores, creio que ficou evidente que não há como comparar os custos da universidade pública

com os da rede privada. Contudo, o ensino superior no país, a exemplo do que acontece com a educação básica, precisa de profunda reforma para funcionar como instrumento e passaporte para o desenvolvimento do país. A necessária reforma não pode ser mais uma iniciativa para ficar no caminho, que não se completa e, anos depois, é substituída, com entrevistas, pronunciamentos oficiais, enfim, muita retórica e repercussão nas mídias, por outro projeto que não será totalmente executado. Infelizmente, tem sido assim. Entretanto, de nada adiantará implantar mudanças no ensino superior, sem uma profunda e definitiva transformação da educação básica. Parte do fracasso da universidade, pública ou privada, decorre, como se sabe, da péssima qualidade deste setor da educação nacional. Oferecer ao jovem educação de qualidade, nos termos do artigo 205 da Constituição Federal de 1988, é dever do Estado e da família.

Nos últimos anos, a educação brasileira, considerando todos os seus segmentos, cresceu em quantidade, e alguns avanços qualitativos foram obtidos: universalizou-se o ensino fundamental, com nove anos de duração e matrícula obrigatória para crianças a partir dos seis anos de idade; aprovou-se uma promissora reforma do ensino médio; o número de alunos na graduação alcançou 10 milhões e oitocentos mil alunos, o que é ainda muito pouco considerando que o Brasil tem mais de 200 milhões de habitantes; o ensino a distância já atende mais de 1,7 milhão de alunos, o que representa uma participação de 21,2% dos alunos de graduação no país; a pós-graduação vem mantendo a tradicional qualidade. Não obstante, no conjunto, são alarmantes os resultados finais obtidos. Em meio a esses números lamentáveis, pelo menos uma boa notícia: matrículas de alunos com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento ou altas habilidades/superdotação alcançaram, de acordo com o último Censo do MEC, 38 mil em 2017, maior patamar na série histórica. Os últimos dados estatísticos referentes ao desempenho dos alunos da Educação básica, divulgados pelo MEC no final de 2018, demonstram que esta continua estagnada, desde 2009. Em disciplinas fundamentais, como o português, o cenário piorou em 12 dos 17 Estados. Sete em cada dez alunos cursando o último ano do ensino médio têm nível insuficiente em português e em matemática.

Alunos do quinto ano do ensino fundamental não são capazes de, minimamente, detectar e entender os pontos centrais de qualquer texto e, da mesma forma, realizar operações aritméticas elementares. A avaliação do Sistema de Avaliação da Educação Básica – SAEB é obrigatória para a escola pública e facultativa às escolas privadas. A partir de 2019, os estudantes do nono ano serão avaliados também em Ciências da Natureza e Humanas. O PISA, Programa Internacional de Avaliação de Alunos (*Programme for International Student Assessment – PISA*), estrutura de avaliação internacional da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE –, que mede o nível educacional de jovens de 15 anos por meio de provas de Leitura, Matemática e Ciências, ratifica essa situação ao indicar que, entre 120 países, a educação básica brasileira é quinquagésima nona em leitura, sexagésima terceira em ciências e sexagésima sexta em matemática. São esses alunos, totalmente despreparados, que ingressam na educação superior do país. Os que se matriculam nas Licenciaturas e nos cursos de Pedagogia, no ensino presencial ou no ensino a distância, na maioria das vezes por faltar-lhes outra opção, constroem o círculo vicioso que alimenta a má qualidade da educação brasileira. Ingressam na universidade e concluem seus cursos completamente despreparados e vão atuar nas escolas do país. Agravando a situação, é alta a evasão nas Licenciaturas e nos cursos de Pedagogia, e a maioria dos concluintes, por causa da desvalorização da profissão, não se destina ao magistério, preferindo profissionalização alternativa no mercado de trabalho. Pelo mesmo motivo, são poucos os alunos oriundos das melhores escolas de educação básica do país que se matriculam nas Licenciaturas e nos Cursos de Pedagogia. Pelo visto, esta situação no ensino básico deve perdurar por um bom tempo, isto é, até que as reformas que estão sendo implantadas, por meio da Base Nacional Comum Curricular, na educação infantil, no ensino fundamental e no ensino médio, comecem a gerar resultados positivos. As BNCC da educação infantil e do ensino fundamental já estão em fase de implantação nos estados e municípios. A do ensino médio foi recentemente aprovada no CNE. As redes municipais e estaduais deverão, imediatamente, preparar material didático inovador e adequado para o cumprimento das novas bases curriculares. Se tudo for feito corretamente, como se espera,

nos próximos anos a situação do ensino básico certamente avançará. “Com a Base, afirma Andreas SCHLEICHER, os professores sabem claramente as metas acadêmicas a atingir, o aluno entende o que é importante e os pais têm uma bússola para se nortear em meio à vida escolar de seus filhos”.³² Considerando o que foi dito, pode-se perguntar o que, além da completa implementação da Base Nacional Comum Curricular da Educação Básica, deve ser feito para completar a mudança e transformar o ensino básico brasileiro? Entre outras ações, contratar número suficiente de professores e dar-lhes condições de trabalho e remuneração dignas; – entre 40 países pesquisados pela OCDE o Brasil é o que pior remunera seus professores dos ensinos fundamental e médio. A grande maioria dos 2.192.224 professores, que atua na educação básica, está pedagogicamente defasada. Sem programas efetivos de qualificação docente, patrocinados pelo poder público, as escolas públicas que oferecem educação básica continuarão obtendo os alarmantes resultados denunciados nas avaliações nacionais e internacionais; permanecerão na educação 2.0 de baixa qualidade. Urge criar incentivos que permitam aos docentes fazer a transição para a nova escola e para as novas tecnologias, para que ele possa sair da condição de “emigrante digital”. Daí a importância da implantação da Base Nacional Comum para a Formação de Professores da Educação Básica lançada pelo MEC em 13 de dezembro de 2018. Por outro lado, é premente eliminar a violência nas escolas. Segundo pesquisa sobre o assunto, elaborada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, no universo de 34 países pesquisados, o Brasil lidera o ranking de violência contra professores. Dados de 2013 indicam que 12,5% dos professores do ensino básico público relataram agressões semanais.³³

A educação superior necessita, portanto, repensar os seus rumos e propostas a fim de atender de modo equilibrado as demandas intelectuais, profissionais e dos mercados. A noção, que vem servindo como paradigma para a definição de políticas educacionais, de

³² SCHLEICHER, Andreas. *O Futuro Chegou*. Entrevista concedida a Monica Weinberg – Revista VEJA, edição 2597, 29/08/2018, p. 76

³³ Ver: *O Brasil lidera ranking da OCDE de violência contra professores*. Folha de São Paulo, edição de 26 de abril de 2019, p. B2.

estratégias curriculares e de gestão da formação profissional, e que tem sido apresentada como tendência moderna para a gestão de pessoal e de políticas educacionais, vem sendo designada como *Pedagogia das Competências*. Esta é apresentada pelos seus defensores como capaz de estabelecer novas práticas formativas, comprometidas com a elevação do nível de formação dos trabalhadores e com o desenvolvimento das potencialidades humanas. Tais objetivos fariam congregiar os interesses dos cidadãos, dos empresários e dos educadores e, com isso, se constituiria em via para o desenvolvimento integrado do país, e instrumento fundamental à realização da justiça social, à valorização do ser humano e à construção da segurança e da paz social.

Políticas públicas de mediação de conflitos em perspectiva comparada a Brasil e Espanha

Adriano Moura da Fonseca Pinto¹

Sidney Rosa da Silva Junior²

Resumo

O artigo investiga as Políticas públicas de mediação de conflitos em perspectiva comparada a Brasil e Espanha.

Palavras-chave: Políticas públicas; Brasil; Espanha.

Abstract

The article investigates public policies for conflict mediation in perspective compared to Brazil and Spain.

Keywords: Public policies; Brazil; Spain.

A necessidade de institucionalização de um novo modelo

A artificialidade com que os conflitos são tratados pelos mecanismos operativos do Direito – aptos a reconstruírem uma versão “solucionável” da questão que lhe é levada a conhecimento, porém incapazes de atingir todas as matizes dos problemas levados a tratamento por seus tribunais – tem aberto caminho para a busca por modelos alternativos de gestão de controvérsias³. Essa mudança de rumos é passível de ser verificada desde a perspectiva do próprio sistema jurídico, já que se pauta em uma auto-observação sobre sua própria forma de operar⁴, chegando-se mesmo à proposição de mecanismos substitutivos ou complementares da jurisdição estatal como alternativas para a solução de conflitos.

¹ Doutor em Direito – Universidade Estácio de Sá – E-mail: adriano.pinto@estacio.br

² Doutor em Direito – Universidad de Burgos – sidneyrosa@mprj.mp.br

³ TEUBNER, Gunther, “Alienating Justice: on the surplus value of the twelfth camel” en *Consequences of Legal Autopoiesis*, Dartmouth: Aldershot, 2001. p. 22.

⁴ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio, **Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**, 1. ed. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 138.

Tais reflexões sobre o funcionamento do Direito e sua dificuldade em lidar com determinadas questões através de mecanismos meramente adjudicatórios⁵, expressam, em uma visão luhmaniana, a pressão de sua fórmula de contingência por uma maior abertura cognitiva, de forma a viabilizar que o sistema esteja atento à contínua evolução social e aos problemas dela decorrentes. A ampliação dos canais comunicativos e dos fóruns de discussão como instrumentos de gestão de conflitos são um reflexo dessa observação sobre a inadequação de determinadas estruturas do sistema jurídico para oferecerem respostas às perturbações geradas a partir da evolução das demandas sociais na sociedade moderna⁶.

A análise da evolução histórica das diversas gerações de direitos permite observar esses elementos característicos dessa transformação, a ponto de se identificar uma dimensão jurídico-normativa focada na efetividade dos instrumentos de tutela utilizados pelo sistema como uma quarta geração de direitos, voltada ao fortalecimento institucional dos mecanismos de democracia direta⁷. Essa nova dimensão, ainda que não se expresse de forma cronológica na linha de evolução normativa, readapta os modelos anteriores a novas necessidades humanas e os redimensionam aos novos contextos a que devem ser aplicados, permitindo ao sistema oferecer respostas também aos influxos das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos⁸. Outrossim, a despeito de não serem imutáveis, as estruturas normativas não se transformam meramente pela repetição das comunicações que lhe contrapõem, mas a partir da verificação da mudança nas condições ou suposições sobre as quais foram construídas⁹.

A referida proposição denota, ainda, a íntima correlação dessa gestão democrática com o direito à informação, visto que a democracia deliberativa, entendida como “modelo ou ideal de justificação do exercício do poder político pautado no debate público entre cidadãos

⁵ FULLER, Lon L, “The Forms and Limits of Adjudication”, en *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, 1978.

⁶ TEUBNER, Gunther, “Alienating Justice: on the surplus value of the twelfth camel” en *Consequences of Legal Autopoiesis*, Dartmouth: Aldershot, 2001. p. 22.

⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 571/572.

⁸ FERREIRA MENDES, Gilmar et al. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2008, p. 237.

⁹ LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, Mexico D.F.: Herder, 2005. p. 633.

livres e em condições iguais de participação”¹⁰, exige um grau razoável de compreensão sobre o tema em discussão para que seja viabilizada alguma decisão. Segundo Bellosó Martín, ainda que nem todos os setores da sociedade tenham capital cultural apto a influir nas discussões, certamente são possuidores de pretensões políticas legítimas¹¹ que devem ser levadas em conta no processo. O direito à informação também já havia sido apresentado por Bonavides como um dos pilares da quarta geração de direitos, ao lado do direito à democracia e do direito ao pluralismo.¹²

As transformações promovidas no Direito a partir dessa quarta dimensão expressam uma reflexão sobre suas limitações em representar uma realidade extremamente policêntrica¹³ e dinâmica.

É possível perceber, portanto, dos influxos recebidos dessa chamada quarta dimensão, uma mudança de paradigma quanto à forma de tutelar os direitos, em que a busca por mecanismos alternativos aos tradicionais instrumentos jurídicos adjudicatórios ganha especial relevo. Essa evolução política, que começou a produzir estruturas capazes de canalizar demandas de uma pluralidade de setores da sociedade, através do fortalecimento dos instrumentos de democracia direta, ampliando e qualificando a participação popular nos assuntos públicos, também gerou perturbações no sistema do Direito, que tem evoluído suas estruturas para adaptar-se a esse novo modelo plural de gerenciamento de conflitos.

Por outro lado, a solidificação das estruturas tradicionais têm gerado obstáculos a essa transformação em direção à construção de mecanismos não-adjudicatórios de gerenciamento de conflitos. É corrente na literatura especializada sobre o tema a percepção sobre a incapacidade das partes em conflito de voluntariamente despirem-se da atitude adversarial característica da comunicação contraditória para se colocarem em um ambiente de construção de ideias, inviabilizando, com isso, o adequado

¹⁰ JACOBI, Pedro Roberto; BARBI, Fabiana. “Democracia e participação na gestão dos recursos hídricos no Brasil” In Revista Katálysis [<http://www.scielo.br/pdf/rk/v10n2/a12v10n2.pdf>]. 2007, vol.10, n.2, p. 239. Acesso em 02.03.2010.

¹¹ BELLOSÓ MARTÍN, Nuria. “En busca de unos ciudadanos deliberantes. Deliberando sobre la democracia deliberativa” In Revista Latino-americana de Estudios Constitucionais. 2008, n. IX, p. 405.

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 571.

¹³ FULLER, Lon L, “The Forms and Limits of Adjudication”, en *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, 1978.

funcionamento dos instrumentos de solução deliberativa ou impedindo o aprofundamento das discussões¹⁴. Da mesma forma, a possibilidade de a disparidade econômica-cultural afetar a balança de poder das decisões, obstando a consecução de uma solução justa¹⁵, e o custo temporal, econômico e pessoal dos envolvidos na discussão dos problemas têm sido apresentados como obstáculos à construção, no Direito, de instrumentos de reação a esses novos influxos democráticos¹⁶.

Nesse contexto, a observação desse processo de transformação das estruturas do Direito na construção de políticas públicas não adversariais de solução de controvérsias em diferentes ordenamentos jurídicos apresenta-se como interessante meio de compreensão sobre as variáveis da institucionalização desses mecanismos, viabilizando, com isso, aportar elementos significativos para a construção de propostas recíprocas de potencialização do espectro de efetividade desses novos modelos de gerenciamento de conflitos.

Como forma de delimitar espectro de análise da presente pesquisa, elegeu-se, como objeto de estudo, o instituto da mediação e os ordenamentos jurídicos do Brasil e da Espanha. A escolha decorre do fato de o referido instituto encontrar-se em pleno processo de efetivação em ambos os países que, para além de guardarem similitudes na origem de seus ordenamentos jurídicos – ambos de baseiam no modelo do *civil law* –, também congregam em seus territórios intensa pluralidade social, consolidada a despeito de terem atravessado, em um passado recente, longos anos de governos autoritários. Considerando os limites do presente trabalho, buscar-se-á identificar similitudes e diferenças no que se refere aos objetivos da institucionalização, bem como no tocante a determinadas características fundadas por esse processo como voluntariedade, capacitação e morfologia de conflitos abrangidos pelo espectro desse processo.

¹⁴ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules – The new way to run your meeting, build consensus and get results*. Nova Iorque: Oxford University Press. 2006. p. 19.

¹⁵ FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives – An Introduction to Procedure*. Nova Yorque: Foundation Press, 2003, p. 473; BELLOSO MARTÍN, Nuria. “En busca de unos ciudadanos deliberantes. Deliberando sobre la democracia deliberativa” In *Revista Latino-americana de Estudios Constitucionais*. 2008, n. IX, p. 405.

¹⁶ BELLOSO MARTÍN, Nuria. “En busca de unos ciudadanos deliberantes. Deliberando sobre la democracia deliberativa” In *Revista Latino-americana de Estudios Constitucionais*. 2008, n. IX, p. 407.

A mediação como alternativa

As tentativas de definir o funcionamento e os escopos do mecanismo da mediação são inúmeras e sua variação dentre os autores que se debruçaram sobre o tema demonstra um processo de contínuo desenvolvimento desse modelo no tratamento de conflitos. Segundo Goldberg *et alli*, trata-se de uma negociação levada a cabo com a assistência de um terceiro, que, diferentemente de um árbitro ou juiz, não tem qualquer poder sobre o resultado da disputa¹⁷. Para Moore, consiste em uma intervenção consentida em uma negociação ou um conflito de um terceiro que tem poderes decisórios limitados ou nenhuma autoridade, que auxilia as partes envolvidas a alcançar um acordo mutualmente aceitável sobre as questões em disputa. O autor acrescenta que a mediação, ao mesmo tempo em que direciona a solução de questões concretas, pode ajudar a estabilizar ou fortalecer o relacionamento e respeito entre as partes, ou minimizar os custos emocionais e psicológicos de uma ruptura¹⁸. Belloso Martín, a seu turno, refere-se à mediação como um processo através do qual um terceiro, que não pode impor uma decisão, ajuda os envolvidos a identificar os pontos de conflito e a investigar as possíveis vias de solução, ressaltando as consequências de não se chegar a um acordo. Com isso, facilita a comunicação e insta as partes a conciliar seus interesses¹⁹. Redorta, a seu turno, expressa a mediação como um processo de desbloqueio do conflito através da intervenção de um terceiro, que remete às próprias partes a capacidade de encontrar uma solução para suas dificuldades²⁰. Bush e Folger, entretanto, defendem a mediação como uma forma de transformação qualitativa da interação humana a partir da atuação informal de um terceiro neutro que as auxiliar a consensualmente alcançar um acordo aceitável para uma eventual disputa²¹.

¹⁷ GOLDBERG, Stephen B *et al*, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and Other Processes*, 5. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2007. p. 107.

¹⁸ MOORE, Christopher W, *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict*, 3. ed. São Francisco: Jossey-Bass, 2003. p. 15.

¹⁹ BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas” em *Estudios sobre Mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*, Valladolid: Indipress, 2006

²⁰ REDORTA, Josep, *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona: Paidós, 2007. p. 39.

²¹ BUSH, Robert A Baruch; FOLGER, Joseph P, *The Promise of Mediation*, São Francisco: Jossey-Bass, 2005. p. 07-40.

Em tais definições, a despeito de integrarem um rol meramente exemplificativo dos estudos sobre o tema, é possível identificar uma variedade de perspectivas, especialmente no que toca aos escopos desse instrumento. De um lado, a mediação é concebida preponderantemente como um mecanismo de resolução de problemas, expondo uma linha de pensamento estabelecida por muitos autores oriundos da Escola de Harvard, modelo que se baseia na possibilidade de um terceiro auxiliar as partes a iniciarem uma negociação com vistas a realizar o máximo de seus interesses, normalmente subjacentes às posições visualizadas em conflito²². Outros autores concebem a mediação enquanto um mecanismo transformativo, voltado à manutenção das relações existentes entre as partes em conflito, cujo objetivo principal estaria na preservação de uma comunicação sem bloqueios, na qual o conflito seria uma oportunidade de amadurecimento dos atores envolvidos e não um problema a ser resolvido²³.

Nessa esteira, é possível perceber que, a despeito das divergências apresentadas, contemplando esquemas diametralmente opostos, como o prisma de observação do conflito – enquanto problema ou enquanto oportunidade –, denota-se a recorrência de alguns de seus elementos, capazes de indicar o funcionamento do processo de mediação a partir da intervenção de um terceiro imparcial e sem qualquer poder para impor uma decisão sobre a disputa, que auxilia as partes a dissolverem, elas próprias, o impasse.

As influxos gerados na legislação europeia

As perturbações políticas desse novo modelo na União Europeia puderam ser percebidas a partir do aumento das preocupações com o custo dos processos, o congestionamento dos tribunais e outros obstáculos à resolução de conflitos transfronteiriços²⁴. A primeira demonstração dessa observação política pôde ser observada no documento que reuniu as conclusões de um encontro do Conselho Europeu realizado em Tampere, na Finlândia, em Outubro de 1999²⁵. Seu item 30 destaca a necessidade de os

²² Por todos, vide FISHER, Roger; URY, William, **Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In**, New York: Penguin Books, 2011

²³ Por todos, vide BUSH; FOLGER. *The Promise of Mediation*, cit.

²⁴ DE PALO; TREVOR. *EU Mediation Law and Practice*, cit. p. 1.

²⁵ EUROPEAN PARLAMENT. Tampere European Council 15 and 16 october 1999.

Estados-membros implantarem mecanismos alternativos, extrajudiciais, de solução de controvérsias. Posteriormente, uma série de outras comunicações surgiram no âmbito político da União Europeia que envolveram a temática da mediação, sendo exemplos a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças²⁶, de 1996, e a Recomendação (98) 1 do Conselho Europeu sobre Mediação Familiar²⁷, de 1998.

Os influxos decorrentes desses encontros alcançaram tamanha ressonância no sistema político que seus *outputs* geraram perturbações importantes também no Direito, com a edição da Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008, editada pelo Parlamento e pelo Conselho Europeu, que demandava a adoção de certos aspectos da mediação nos âmbitos civil e mercantil pelos países membros. A mediação era definida em seu artigo 3.^a como um procedimento estruturado, independentemente do seu nome ou denominação, através do qual duas ou mais partes em litígio tentam voluntariamente alcançar por si mesmas um acordo com a ajuda de um mediador. Esse procedimento poderia ser iniciado pelas próprias partes, sugerido ou ordenado por um órgão jurisdicional ou mesmo prescrito pelo Direito.

A mediação na Espanha

Apesar da edição da diretiva europeia para desenvolvimento de mecanismos não adversariais de solução de controvérsias, não havia em suas disposições qualquer exigência a que se aplicassem tais institutos a conflitos que não fossem transfronteiriços²⁸. Se tal fato poderia ser considerado como

Presidency Conclusions. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm>. Acesso em 12.12.2014.

²⁶ A referida convenção prevê em seu artigo 13 que, como forma de prevenir ou resolver disputas ou evitar processos perante a autoridade judiciária em relação a crianças, as partes devem incentivar o uso da mediação de outros mecanismos para resolver disputas e o uso de tais mecanismos como forma de as partes alcançarem elas próprias acordos adequados. O documento pode ser acessado em <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/160.htm>> . Acesso em 12.12.2014.

²⁷ A referida recomendação suscita em seu artigo 6.^o a necessidade de serem utilizados a mediação e outros mecanismos alternativos de solução de disputas, fazendo referência à Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças. O documento pode ser acessado em <<https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-40822/recomendacioneuropea.pdf>>. Acesso em 13.12.2014.

²⁸ A diretiva dispunha, inclusive, em seu Considerando 8, que “o disposto na presente diretiva deverá aplicar-se apenas à mediação em litígios transfronteiriços, mas nada deverá impedir os

um obstáculo ao seu processo de desenvolvimento em alguns dos países membros com menor contato com o instituto, a experiência espanhola com o mecanismo de mediação já era bastante anterior a esse movimento gerado pela diretiva, com uma série de legislações locais já existentes sobre o tema, como a Lei de Mediação Familiar de Castilla y León, de 2006,²⁹ e as Leis de Mediação Familiar da Catalunha, de 2001³⁰. Sua normatização em âmbito nacional, entretanto, somente ocorre em 2012, através do Real Decreto 5/2012. Este foi publicado no dia 05 de março e, consoante determinação do artigo 86.2 da Constituição Espanhola, submetido à debate e votação já no dia 29 do próprio mês, quando se acordou sua convalidação e tramitação sob a forma de projeto de lei³¹. Posteriormente, através de um célere processo legislativo, que teve sua última sessão plenária no dia 28 de junho³², chegou-se à publicação da Lei 5/2012, atualmente regulamentada pelo Real Decreto 980/2013.

É possível identificar nesse processo de institucionalização alguns indicativos sensíveis sobre os objetivos que estavam sendo perseguidos com o processo legislativo, tocando em pontos como o imperativo de diminuição do volume de processos judiciais e a necessidade de dar um tratamento mais adequado a alguns tipos de conflitos³³. Assim, não se pode

Estados-Membros de aplicar igualmente estas disposições a processos de mediação internos.”

²⁹ Lei 1/2006

³⁰ Lei 1/2001

³¹ ROGEL VIDE, Carlos. *Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles* In GARCÍA VILLALUENGA, Letícia García; ROGEL VIDE, Carlos. *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles – Comentarios a la Ley 5/2012*. Madrid: Reus. p. 16.

³² Idem. p. 13.

³³ Vide item II do preâmbulo da Ley 5/2012, ao dispor que apesar do impulso que a Espanha tem experimentado nos últimos anos, no âmbito das Comunidades Autônomas se carecia, até a aprovação do Real Decreto 5/2012 de uma normatização geral da mediação que fosse aplicável a diversas questões civis e mercantis e que assegurasse sua conexão com a jurisdição ordinária, tornando efetivo o primeiro dos objetivos da mediação, que é a desjudicialização de determinados assuntos, que podem ter uma solução mais adaptada às necessidades e interesses das partes em conflitos que a derivada exclusivamente das previsões legais. A mediação, como forma de autocomposição, é um instrumento eficaz para a solução de controvérsias quando o conflito afeta direitos subjetivos de caráter disponível. Como o instituto voltado à realização da paz jurídica contribui a conceber os tribunais de justiça como último remédio, no caso de não ser possível compor a situação por mera vontade das partes, pode ser um hábil coadjuvante para a redução de sua carga de trabalho, reduzindo sua intervenção àqueles casos em que as partes litigantes não tenham sido capazes de por fim, desde o acordo à situação de controvérsia. Tradução livre.

afirmar que essa evolução foi caracterizada pela adoção estanque de um modelo transformativo ou conciliatório.

Vale contextualizar, entretanto, essa importância conferida ao objetivo de desjudicialização com os dados existentes sobre a duração média de um processo no país por descumprimento contratual. Segundo dados atualizados até o ano de 2016, o país se encontra com uma média de duração de um processo judicial apontando para 510 dias, ao custo médio de 925 dólares³⁴. Esse valor não chega a impressionar negativamente, se comparado com países como Alemanha e Bélgica, que têm suas médias também girando ao redor de 500 dias e custos semelhantes³⁵, o que leva a crer em uma busca, não de uma diminuição do volume de processos, mas de uma relação balanceada entre a mediação e o processo judicial, como prevê o próprio artigo 1º da diretiva 2008/52/CE.

Note-se que, a despeito de todos os países membros já terem de alguma forma cumprido a determinação contida na Diretiva Europeia, no sentido de instalar esses mecanismos de mediação de conflitos, um estudo realizado pelo Parlamento Europeu em 2014 apontou que o quantitativo de casos levado a procedimentos desse tipo representaria à época apenas 1% do quantitativo de casos levados ao mecanismo jurisdicional. A despeito dessa constatação, o estudo logrou demonstrar algumas das vantagens desse mecanismo, ao calcular que, se todos os impasses que estavam sendo levados ao Judiciário fossem acompanhados de uma fase prévia de mediação, uma taxa de sucesso de apenas 19% dos casos já representaria uma economia de tempo para o tratamento desses conflitos; e, com uma taxa de 24%, também se produziria um ganho econômico significativo na comparação entre ambos os cenários³⁶.

Observa-se, no entanto, no processo de institucionalização do mecanismo da mediação, uma preocupação com a adequação entre a regulação e o tipo de conflito que será objeto de aplicação da mediação. Mesmo a Lei 5/2012, ao estender o espectro de aplicação do instituto para

³⁴ THE WORLD BANK. *Doing Business – Measuring Business Regulations*. Disponível em <<http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts/>>. Acesso em 10.09.2017.

³⁵ Respectivamente 499 e 505 dias.

³⁶ DE PALO, Giuseppe *et al*, “Rebooting” the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU., Bruxelas: European Parliament, 2014. Disponível em <<http://www.europarl.europa.eu/studies/>>. Acesso em 10.12.2014.

o âmbito nacional e padronizar seu funcionamento, limitou seus influxos a apenas algumas modalidades de conflitos civis ou mercantis. Não obstante a opção por matérias cíveis e mercantis já denote uma limitação de abrangência, seu artigo 2.2 exclui expressamente do seu âmbito de aplicação os conflitos penais, laborais, de consumo ou que envolvam a participação da Administração Pública. A exclusão de tais âmbitos de aplicação não se deu em razão de haver uma vedação a que se aplicasse a mediação nesses casos, mas em razão de serem modelos de mediação mais dificilmente enquadrados dentro do modelo comum do instituto, especialmente pela dicção expressa do artigo 2.1, no sentido de sua aplicação ser restrita a conflitos envolvendo direitos disponíveis. Questões como a possibilidade de o mediador ter uma função mais ativa ou a necessidade de atuar em conflitos com um grave desequilíbrio de poder entre as partes certamente também foram levadas em conta para simplesmente não incluir essas hipóteses no processo de institucionalização nacional desse mecanismos de solução de conflitos não adversariais³⁷.

Destaque-se também a ressalva feita por Rogel Vide, no sentido de que determinados conflitos já vinham sendo regulados por leis específicas em muitas Comunidades Autônomas, sem que essa competência tenha sido questionada. Assim, tais leis continuarão a regular a aplicação da mediação nesses casos, excluindo a aplicação da Lei Nacional³⁸.

Outra característica fundamental desse processo de institucionalização é a voluntariedade na utilização do mecanismo da mediação, ou seja, o total respeito à autonomia das partes de decidirem se querem ou não resolver suas controvérsias através de um procedimento desse tipo. Nesse aspecto, a legislação espanhola adota um modelo de total voluntariedade³⁹, não havendo qualquer empecilho a que procurem diretamente a utilização do serviço jurisdicional. A única ressalva é a previsão contratual da obrigatoriedade da mediação na eventualidade de surgimento de conflitos. Nessa hipótese, em

³⁷ ROGEL VIDE, Carlos. *Artículo 2. Ámbito de aplicación* In GARCÍA VILLALUENGA, Leticia García; ROGEL VIDE, Carlos. *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles – Comentarios a la Ley 5/2012*. Madrid: Reus. p. 48-51.

³⁸ ROGEL VIDE, Carlos. *Artículo 2. Ámbito de aplicación* In GARCÍA VILLALUENGA, Leticia García; ROGEL VIDE, Carlos. *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles – Comentarios a la Ley 5/2012*. Madrid: Reus. p. 33-35.

³⁹ Art. 6.1.

respeito ao princípio da boa-fé contratual, exige-se que se busque a utilização desse mecanismo não adversarial antes de buscar resolver judicialmente o problema. Entretanto, como bem se pode extrair do artigo 6.3, nada impede que as partes ou apenas uma delas resolva abandonar a mediação a qualquer tempo.

Finalmente, no que toca à capacitação do mediador, a Lei 5/2012 prevê alguns requisitos fundamentais, como a formação universitária ou profissional de nível superior aliada a uma formação específica para o exercício de mediações, a ser obtida em cursos específicos, fornecidos por instituições previamente acreditadas pelo governo espanhol⁴⁰.

A lei não limitou qual tipo de formação universitária ou superior deveria ser exigida do mediador. Entretanto, no que toca à formação específica em mediação, o Real Decreto 980/2013, que vem regular a Lei Nacional, prevê detalhadamente, em seu capítulo 2, um patamar mínimo de capacitação: i) um mínimo de 100 horas de aulas específicas, sendo 35% de índole eminentemente prática; e ii) um formação contínua de, ao menos, 20 horas de cursos eminentemente práticos, a cada cinco anos de exercício dessa função. Obviamente, essa previsão não impede que as Comunidades Autônomas, no âmbito de suas competências, exijam requisitos ainda mais rígidos para a o exercício da função de mediador, como ocorre, por exemplo, em Castilla y León, cujo patamar mínimo inicial é de 300 (trezentas) horas⁴¹. Inobstante, alguns autores chegam a afirmar que, com a recorrência de aplicação da lei, uma série de problemas irão surgir como esse, a exigir-se uma harmonização judicial ou legislativa⁴².

A mediação no Brasil

No Direito brasileiro, as discussões legislativas sobre o mecanismo da Mediação de conflitos tiveram o seu início em 1998, quando a então deputada federal Zulaiê Cobra apresentou o projeto 4.827/98, estabelecendo normas gerais para a mediação judicial e extrajudicial. O

⁴⁰ Art. 11.2.

⁴¹ Art. 8.c da Lei 1/2006, Lei de Mediação Familiar de Castilla y León.

⁴² GARCÍA VILLALUENGA, Letícia García. *Artículo 11. Condiciones para ejercer de mediador* In GARCÍA VILLALUENGA, Letícia García; ROGEL VIDE, Carlos. *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles – Comentarios a la Ley 5/2012*. Madrid: Reus. p. 161-162.

referido projeto se transformou no Senado no PLS 94/02, com a relatoria do então senador Pedro Simon, tendo somente retornado à Câmara dos Deputados após muitas modificações no ano de 2006, quando os debates em torno desse projeto arrefeceram significativamente. Uma série de outros projetos foram apresentados sobre o tema nesse ínterim, porém nenhum atingiu o mesmo patamar de relevância quanto o PLC 4.827/98⁴³.

Um ponto fundamental para o desenvolvimento do instituto no país foi a criação em 2003, estrutura do Ministério da Justiça, da Secretaria de Reforma do Judiciário através do decreto 6061/2003, órgão que possuía, dentre suas atribuições, “orientar e coordenar ações com vistas à adoção de medidas de melhoria dos serviços judiciários prestados aos cidadãos”⁴⁴. O referido organismo produziu resultados importantes, como a criação, em 2004, do Conselho Nacional de Justiça como órgão de controle administrativo do Poder Judiciário, tendo sido, ainda, responsável por apoiar diversos projetos-pilotos que visavam desenvolver boas práticas no setor de Administração da Justiça.

Nessa esteira, com vistas a potencializar o direito constitucional de acesso à Justiça⁴⁵, o Conselho Nacional de Justiça edita, já no ano de 2010, sua Resolução n.º 125, que passa a dispor sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, e traz, como obrigação a todos os tribunais do país, a disponibilização de serviços de conciliação e mediação, a serem implantados gradativamente⁴⁶.

A obrigação gerada a partir da referida resolução provocou a necessidade de se reiniciar o debate sobre lacuna legal sobre a regulação dos serviços de mediação, o que impulsionou a propositura de três novos projetos de lei visando a normatização do instituto: o PLS 517/2011, do senador Ricardo Ferraço; o PLS 403/2013, do senador Renan Calheiros; e o PSL 434/2013, do senador José Pimentel, este último prevendo um capítulo exclusivo sobre a autocomposição envolvendo a Administração Pública.

⁴³ São exemplos os projetos 1.345/2003, o 2.960/2004, o 4.948/2005 e o 505/2007, referentes à mediação em questões cíveis.

⁴⁴ Art. 23, inciso I.

⁴⁵ Previsto como direito fundamental no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁴⁶ Vide art. 1º, parágrafo único.

Todos esses últimos três projetos foram reunidos e desaguarão na lei 13.140/15, que definiu o instituto em seu art. 1º, parágrafo único, como a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

No Direito Brasileiro, a busca por modelos autocompositivos como a mediação teve sua força motriz não apenas na concepção sobre a necessidade de dar um tratamento mais adequado aos conflitos, evitando-se a utilização de uma porta de entrada única – o Poder Judiciário – como também no objetivo de evitar a judicialização e, de certa forma, promover uma diminuição do volume de processos nos tribunais. É o que prevê, por exemplo, a resolução no. 125/10 do Conselho Nacional de Justiça ao afirmar em um de seus considerandos que a apropriada disciplina da conciliação e da mediação em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”.

A preocupação com o volume de processos nos tribunais no Brasil decorre de um alongamento excessivo do tempo de duração destes, impactando, inúmeras vezes, o que se entenderia como a duração razoável do processo⁴⁷, pois, segundo dados de 2016, o tempo médio de um processo no país chega a 731 dias, com um custo médio de cerca de 1.035 dólares⁴⁸. Assim, denota-se claramente, de um lado, uma busca por promover uma ampliação de mecanismos de tratamento de conflitos, e de outro, um contínuo estímulo à utilização desses instrumentos em favor de uma diminuição do fluxos de entrada de processos nos tribunais.

Para atingir esse objetivo de filtrar o imenso volume de demandas judiciais, a legislação brasileira não definiu um âmbito restritivo de aplicação do instituto da mediação a partir de um conjunto temático de conflitos. Pelo contrário, preferiu expressar as características gerais do instituto e apenas excluir seu cabimento quanto a conflitos envolvendo interesses indisponíveis intransigíveis. O capítulo da lei destinado exclusivamente à autocomposição levada a cabo com a participação da Administração Pública dá a exata noção da elasticidade do instituto no Direito brasileiro.

⁴⁷ Mandamento elevado ao patamar de princípio fundamental pelo art. 5º, LXXVIII, da Constituição brasileira.

⁴⁸ THE WORLD BANK. *Doing Business – Measuring Business Regulations*. Disponível em <<http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts/>>. Acesso em 10.09.2017.

Ademais, é significativa a destinação de todo um capítulo da lei à aplicação de mecanismos não adjudicatórios de gestão de conflitos quando um dos interlocutores do conflitos representa o Poder Público, o que já gerou muitos questionamentos no passado quanto à viabilidade de tais acordos, considerando a indisponibilidade dos interesses envolvidos como tema central da polêmica, uma vez que os administradores públicos não têm a titularidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização⁴⁹.

Sendo a Administração uma mera gestora da coisa pública, há ao menos uma expectativa de que grande parte dos conflitos nos quais esteja envolvida tragam consigo uma certa nota de indisponibilidade. Por tal razão, a lei 11.340/15 tentou evitar que tais conflitos se afastassem dos mecanismos não adjudicatórios de solução de controvérsias, estabelecendo expressamente, em seu artigo 3º, a possibilidade de sua submissão à processos de mediação, desde que o direito envolvido admita transação, regra que se aplica não apenas aos conflitos envolvendo a Administração Pública, mas também todo e qualquer conflito onde existam interesses indisponíveis transigíveis.

A aplicabilidade do instituto não apenas a conflitos envolvendo direitos disponíveis se mostra como um elemento norteador do espectro de atuação do modelo brasileiro de mediação. Apesar de o artigo 3º apontar expressamente o instituto da mediação, é possível extrair efeitos para além de suas fronteiras, pois evidencia o cabimento de transação sobre controvérsias que envolvam direitos indisponíveis, esvaziando, assim, o artigo 831 do Código Civil brasileiro, que apenas admitia a transação sobre direitos patrimoniais de caráter privado.

⁴⁹ MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, p. 955 (“a esfera passível de ajuste fica circunscrita à forma de cumprimento da obrigação pelo responsável”); MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 378/379 (“...devendo a convenção com o responsável restringir-se às condições de cumprimento das obrigações...”); MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 349 (“Posto detenha disponibilidade sobre o conteúdo processual do litígio, o legitimado extraordinário não tem disponibilidade do conteúdo material da lide.”); GARCIA, Emerson. Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª edição, p. 291/292 (“A doutrina majoritária costuma afastar a tese de que o termo de compromisso de ajustamento de conduta tem a natureza jurídica de transação, pois não seria dado aos legitimados a sua celebração transigir com aspectos materiais do interesse público, de feição reconhecidamente indisponível. O raciocínio, embora correto, não afasta a constatação de que é divisada uma verdadeira transação em relação a aspectos periféricos do direito material lesado, ensejando o surgimento de obrigações jurídicas acessórias para o pactuante”).

Obviamente, o problema apresentado no momento refere-se à definição do critério de distinção para se observar os direitos indisponíveis que admitem transação e sobre os quais seria viável a utilização de mecanismos não jurisdicionais, em oposição aqueles sobre cuja controvérsia apenas se admita a via de solução judicial. A inexistência de algum critério legal para realizar essa distinção torna a questão ainda mais tormentosa e, ademais, apesar de a lei, em seu artigo 3º, ter estabelecido a possibilidade de se utilizar a mediação para o gerenciamento de conflitos envolvendo direitos indisponíveis que admitem transação, essa disposição não contribui para a simplificação do problema jurídico, consistente em saber quais seriam os direitos indisponíveis que admitem transação e quais não, bem como se a referida nomenclatura estar-se-ia referindo a uma classe estanque de direitos, indisponíveis e transacionáveis, ou realizando uma diferenciação na forma juridicamente admissível de tratar esses direitos, permitindo a mediação apenas sobre os aspectos transacionáveis da efetivação desses direitos, independente de qual direito indisponível se esteja tratando. Melhor seria se o legislador brasileiro tivesse optado por abdicar de vez dessa classificação dicotômica entre direitos indisponíveis e disponíveis, considerando o modelo funcional da sociedade moderna, despida de um centro hierárquico unitário⁵⁰.

Inicialmente, nos parece que, tratando a lei expressamente da categoria direitos indisponíveis transigíveis, o legislador deixa clara sua opção por um desenvolvimento maior das características negociais dos processos autocompositivos que envolvam alguma nota de indisponibilidade nos direitos nele tratados. Não se trata mais de distinguir qual parcela do interesse público confere alguma disponibilidade a ser manejada por mecanismos não jurisdicionais ou que tipo de contrato administrativo seria regido pelo direito público ou pelo direito privado⁵¹, até porque a sociedade moderna não mais pode ser representada a partir de um ponto central de observação, de onde se poderia identificar o verdadeiro interesse público primário, mas policontextual e diferenciada em diversos sistemas sociais heterárquicos, que observam e operam a partir de códigos e programas próprios⁵².

⁵⁰ DE GIORGI, Raffaele, *Temî di Filosofia del Diritto*, Lecce: Pensa Multimedia, 2006. p. 61.

⁵¹ GRAU, Eros Roberto, "Arbitragem e Contrato Administrativo", em *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 3, n. 2, 2002.

⁵² LUHMANN, Niklas, *Ecological Communication*, Cambridge: University of Chicago Press, 1989. p. 106

Nessa perspectiva, a distinção preconizada pela lei entre direitos indisponíveis que admitam transação e direitos indisponíveis que não admitem transação somente pode ser observada diante de uma situação concreta de conflito, na qual será possível verificar a existência de fórmulas alternativas de solução da controvérsias. Assim, a transigibilidade está conectada não à estrutura do direito, consubstanciada na norma que confere uma proteção indisponível a determinado interesse social, mas à operação jurídica que se baseia naquela estrutura para formar uma decisão⁵³. É nesse espaço que opera a denominada transigibilidade, permitindo a existência de um espectro negocial que contemple as diversas possibilidades de aplicação de determinado direito e que igualmente lhes confere efetividade prática. Somente a partir da visualização de uma hipótese concreta de aplicação de determinado direito é que se torna possível a identificação de alternativas que igualmente possam torná-lo efetivo⁵⁴.

Desta forma, os mecanismos de solução não adjudicatórios de controvérsias muitas vezes exercerão, no Direito brasileiro, uma dupla função nessa modalidade de conflito. Em um primeiro momento, deverão desvelar as mais variadas formas de efetivação dos direitos tutelados, fase em que se identificará a eventual existência de transigibilidade na relação jurídica⁵⁵. Em um segundo momento, exercerá a função de assegurar que as soluções que venham a ser construídas pelas partes se conectem às balizas transacionáveis anteriormente verificadas, evitando que eventual consenso a que cheguem as partes seja ulteriormente contestado e se veja incapaz de produzir qualquer efeito.

Outrossim, apesar de optar pelo caminho da voluntariedade, tendo a lei 13.140/15 apresentado, em seu artigo 2º, inciso V, como um dos princípios regentes do instituto a autonomia da vontade dos mediandos,

⁵³ Uma análise mais detida sobre esse espaço entre a estrutura e a decisão pode ser obtida em TEUBNER, Gunther, “Justiça autossubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito?”, em *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, n. 4, 2011.

⁵⁴ Veja-se, a título exemplificativo, que esse modelo de operação da transigibilidade envolvendo direitos indisponíveis já foi acolhida pela jurisprudência brasileira: STF. Primeira Turma. RE 253.885/MG. Relatora Min. Ellen Gracie Northfleet. DJ 21.06.2002.

⁵⁵ O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225 da Constituição Federal, em determinado caso hipotético, pode ganhar efetividade prática tanto com a instalação de mecanismos de filtragem de resíduos nas chaminés de uma indústria como forma de mitigar suas emissões poluentes quanto com a paralisação completa dessa atividade através da cassação de sua licença de operação.

pode-se afirmar que a escolha do sistema brasileiro ainda é um modelo voluntário, porém com alguns elementos de sistemas compulsórios de mediação. No que toca ao aspecto voluntário, se verifica a autonomia da vontade das partes enquanto princípio regente, a possibilidade de ambas as partes conjuntamente obstarem a realização de sessão de mediação no início do procedimento comum⁵⁶, e a possibilidade de fazer cessar a continuidade do procedimento de mediação a qualquer tempo⁵⁷. Como elemento de compulsoriedade, há a exigência de realização de audiência de mediação ou conciliação ao início do processo sempre que não houver manifestação de ambas as partes em sentido contrário e for admitida autocomposição.

A capacitação de mediadores segundo a normativa brasileira tem por objetivo transmitir informações teóricas gerais e vivência prática para aquisição do mínimo de conhecimento que torne o mediador apto ao exercício da conciliação e da mediação judicial. Segundo a resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, o curso deverá ter, ao menos, 40 (quarenta) horas de módulos teóricos e 60 (sessenta) horas de módulos práticos.

Um breve comparativo

A partir de uma análise a respeito de algumas das características nodais de cada um dos modelos de mediação, é possível identificar algumas similitudes e diferenças em seus processos de institucionalização. Nesse sentido, a primeira percepção a que se chega cotejando os objetivos da introdução de mecanismos autocompositivos como a mediação nos seus respectivos ordenamentos jurídicos é a de que esse processo não teve como força motriz apenas a busca por uma melhor adequação entre conflitos e mecanismos de solução, na vertente de uma mediação transformativa, voltada a tratar relações subjacentes aos conflitos jurídicos, mas também, e especialmente, a necessidade de se evitar um incremento do volume de processos nos tribunais.

A semelhança percebida quanto aos objetivos perseguidos com a consolidação desse modelo de justiça consensual não pode prescindir de uma verificação quanto à gravidade do nível de saturação dos tribunais em cada

⁵⁶ Art. 334, §4º, inciso II, Código de Processo Civil brasileiro.

⁵⁷ Art. 2º, §2º da Lei 13.140/15.

uma dos países. Assim, como se demonstrado *infra*, o volume crescente de judicialização no Brasil torna imperativo que qualquer medida voltada para a mudança desse panorama seja tomada de forma bastante contundente, enquanto, na Espanha, a busca por um equilíbrio entre a utilização dos mecanismos de solução de conflitos judicial e extrajudicial já possa se mostrar suficiente para o atingimento dessa meta. Nesse contexto, se abre espaço para se viabilizar um maior espectro de voluntariedade no modelo espanhol, cujo processo de institucionalização não sofreu tanta pressão para um solução iminente do problema dos tribunais. Outro estímulo para que se viabilizasse um modelo de total voluntariedade da mediação nesse país foi a longa experiência anterior de algumas Comunidades Autônomas na utilização da mediação, que já ultrapassavam uma década quando da entrada em vigor da lei 5/2012, enquanto, no Brasil, até 2015, somente havia discussões referentes a projetos de lei que acabaram não se transformando em atos normativos, com pouquíssimas experiências práticas de sucesso na utilização do instituto. Com isso, o modelo de voluntariedade total acabou sendo mitigado no modelo brasileiro, de forma a superar tanto o obstáculo do conhecimento sobre o instituto, quanto o obstáculo referente a uma cultura já estabelecida de alta litigância judicial⁵⁸. Curiosamente, esse estímulo à utilização do instituto não gerou, no ano subsequente à aprovação do novo Código de Processo Civil – que trouxe a obrigatoriedade de realização de audiências de mediação ou conciliação como fase preliminar de toda demanda judicial, quando o conflito incidir sobre direitos que admitem autocomposição e não houver dupla negativa das partes quanto à sua utilização –, maiores resultados. Segundo pesquisa do Conselho Nacional de Justiça, o aumento de soluções consensuais a partir da realização dessa audiência prévia de mediação ou conciliação ampliou em apenas 0,8% o volume de soluções consensuais em relação ao ano anterior, quando o mecanismo não era aplicado⁵⁹.

⁵⁸ Sobre as vantagens dos modelos onde a voluntariedade total de acesso ao mecanismo é, de certa forma, mitigada, vide DE PALO, Giuseppe *et al.*, “Rebooting” the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU., Bruxelas: European Parliament, 2014. Disponível em <<http://www.europarl.europa.eu/studies>>. Acesso em 10.12.2014. p. 13-14.

⁵⁹ Em 2017, das 30,7 milhões de sentenças e decisões terminativas, apenas 11,9% foram homologatórias de acordo – crescimento de menos de 1 ponto percentual em relação ao ano de 2015. Para maiores dados, vide CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2017 – ano-base 2016. Brasília: CNJ. 2017. p. 123; 180-181.

Outra questão a se considerar é o foco do modelo espanhol na formulação de normativas aplicáveis especificamente a determinados tipos de conflito, tanto nas leis editadas pelas Comunidades Autônomas, quanto na própria lei 5/2012, voltada apenas aos conflitos civis e mercantis, restringindo, ainda, sua aplicação sobre diversos tipos de conflitos que eventualmente poderiam ser classificados sob esse rótulo⁶⁰. A dificuldade de uma sistematização morfológica dos conflitos independente preconizada por Redorta, em razão da grande variedade de padrões de funcionamento dos conflitos existentes⁶¹, denota que a escolha espanhola não se mostra desarrazoada, até porque, como visto, uma série de legislações editadas por Comunidades Autônomas para aplicação da mediação em outras especificidades de conflitos continuaram válidas e aplicáveis. Por sua vez, a opção brasileira por um modelo geral, destinado ao gerenciamento genérico de conflitos, inclusive aqueles envolvendo direitos indisponíveis, busca a criação de um marco normativo da mediação que pudesse ser aplicado independentemente de uma verificação mais detalhada sobre os padrões de funcionamento dos conflitos que podem se apresentar perante o mediador.

Chama atenção, ainda, diante do maior espectro de atuação da lei brasileira e da menor experiência na utilização da mediação como mecanismo institucionalizado de solução de controvérsias, que o tempo de duração exigido para a capacitação dos mediadores seja o mesmo que aquele adotado nacionalmente na Espanha, ainda que no Brasil haja um foco maior no aspecto prático da capacitação. Essa distorção fica ainda maior se a comparação for feita em relação à legislação de algumas Comunidades Autônomas, que adotam exigências mais extensas para a formação do mediador⁶².

Algumas propostas de reflexão

- a) Diante das preocupações quanto ao incremento do volume de processos judiciais em ambos os países, não é possível estabelecer seu funcionamento sem descuidar de sua capacidade enquanto instrumento mitigação do processo de judicialização de litígios.

⁶⁰ Vide art. 2.2 da Lei 5/2012.

⁶¹ REDORTA, Josep, *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona: Paidós, 2007. p. 51.

⁶² Vide art. 8.c da Lei 1/2006, Lei de Mediação Familiar de Castilla y León.

- b) Não se mostra desarrazoada a adoção, pelo Brasil, de um modelo intermediário da mediação no que concerne à voluntariedade e a complexidade, considerando a maior gravidade do problema da judicialização nesse país. Entretanto, o baixo impacto gerado por essa nota de compulsoriedade no volume de processos autocompositivos que atingiram um fim positivo permite concluir que outras causas, como a falta de experiência na utilização do instituto, sua aplicação difusa a uma gama considerável de conflitos, e eventual falha no processo de formação do mediador – que poderia ser mais extensa e rigorosa no Brasil, considerando o ingresso do instituto no ordenamento jurídico somente em 2015 – podem implicar melhores estímulos à consolidação do instituto nesse processo de institucionalização.
- c) Por sua vez, a restrição da legislação espanhola quanto a conflitos envolvendo direitos indisponíveis acaba retirando de seu âmbito de aplicação conflitos em que há clara possibilidade de se atingir uma solução negociada sem que se verifique qualquer ato de disposição do direito respectivo.
- d) Se mostraria, por fim, extremamente valioso ao Direito brasileiro incrementar seu marco legislativo da mediação, de forma a explicitar a necessidade de uma adequação maior entre o instituto e os conflitos que pretende gerenciar, seja restringindo sua aplicação a determinados tipos de conflito, como fez a lei espanhola, seja editando-se leis específicas que poderiam ser utilizadas quando a controvérsia se estabelecesse em categorias específicas de direitos.
- e) Ainda no Brasil, o CNJ poderia atuar de forma mais eficaz, juntamente com os Tribunais, na adoção de Políticas Públicas em prol da atuação mais aguerrida da administração dos tribunais
- f) Pensar também, no Brasil, em espaços para o desenvolvimento da mediação fora dos espaços do Poder Judiciário, de modo a galgar no tempo, experiências formadoras de uma legislação futura mais completa.

Referências

- BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas” en *Estudios sobre Mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*, Valladolid: Indipress, 2006
- BELLOSO MARTÍN, Nuria. “En busca de unos ciudadanos deliberantes. Deliberando sobre la democracia deliberativa” In *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*. 2008, n. IX.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BUSH, Robert A Baruch; FOLGER, Joseph P, *The Promise of Mediation*, São Francisco: Jossey-Bass, 2005..

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017** – ano-base 2016. Brasília: CNJ. 2017. p. 123; 180-181.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio, **Glosario sobre la teoria Social de Niklas Luhmann**, 1. ed. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1996.

DE GIORGI, Raffaele, **Tem di Filosofia del Diritto**, Lecce: Pensa Multimedia, 2006.

DE PALO, Giuseppe *et al.*, **“Rebooting” the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU.**, Bruxelas: European Parliament, 2014. Disponível em <<http://www.europarl.europa.eu/studies/>>. Acesso em 10.12.2014.

EUROPEAN PARLAMENT. Tampere European Council 15 and 16 october 1999. **Presidency Conclusions**. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm>. Acesso em 12.12.2014.

FERREIRA MENDES, Gilmar *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2008.

FISHER, Roger; URY, William, **Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In**, New York: Penguin Books, 2011

FISS, Owen; RESNIK, Judith. **Adjudication and its Alternatives – An Introduction to Procedure**. Nova Yorque: Foundation Press, 2003.

FULLER, Lon L, “The Forms and Limits of Adjudication”, en *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, 1978.

GARCÍA VILLALUENGA, Leticia García. *Artículo 11. Condiciones para ejercer de mediador* In GARCÍA VILLALUENGA, Leticia García; ROGEL VIDE, Carlos. **Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles – Comentarios a la Ley 5/2012**. Madrid: Reus. p. 161-162.

GARCIA, Emerson. Ministério Público – **Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª edição.

GOLDBERG, Stephen B *et al.*, **Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and Other Processes**, 5. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2007.

GRAU, Eros Roberto, “Arbitragem e Contrato Administrativo”, en *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 3, n. 2, 2002.

JACOBI, Pedro Roberto; BARBI, Fabiana. “Democracia e participação na gestão dos recursos hídricos no Brasil” In *Revista Katálysis* [<http://www.scielo.br/pdf/rk/v10n2/a12v10n2.pdf>]. 2007, vol.10, n.2,. Acesso em 02.03.2010.

LUHMANN, Niklas, **Ecological Communication**, Cambridge: University of Chicago Press, 1989.

LUHMANN, Niklas, **El derecho de la sociedad**, Mexico D.F.: Herder, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. Malheiros: São Paulo, 2005

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2006

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. **Revista dos Tribunais**: São Paulo, 2005.

MOORE, Christopher W, **The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict**, 3. ed. São Francisco: Jossey-Bass, 2003.

REDORTA, Josep, *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona: Paidós, 2007.

ROGEL VIDE, Carlos. *Artículo 2. Ámbito de aplicación* In GARCÍA VILLALUENGA, Leticia García; ROGEL VIDE, Carlos. *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles – Comentarios a la Ley 5/2012*. Madrid: Reus.

ROGEL VIDE, Carlos. *Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles* In GARCÍA VILLALUENGA, Leticia García; ROGEL VIDE, Carlos. *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles – Comentarios a la Ley 5/2012*. Madrid: Reus.

SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking Robert's Rules* – The new way to run your meeting, build consensus and get results. Nova Iorque: Oxford University Press. 2006.

TEUBNER, Gunther, “Alienating Justice: on the surplus value of the twelfth camel” en *Consequences of Legal Autopoiesis*, Dartmouth: Aldershot, 2001.

TEUBNER, Gunther, “Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito?”, en *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, n. 4, 2011.

THE WORLD BANK. *Doing Business – Measuring Business Regulations*. Disponível em <<http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts/>>. Acesso em 10.09.2017.

Qualificação Jurídica dos Integrantes de Operações de Manutenção de Paz

André Panno Beirão¹

Resumo

A participação brasileira em Operações de Manutenção da Paz (OMP) com mandatos da ONU cresceu fortemente desde a década de 1990. No século XXI, além do crescimento de ida de contingentes tipicamente militares, outras categorias foram tendo suas participações aumentadas, como a de policiais militares, civis de Organizações Não-Governamentais, funcionários de empresas especializadas, e mesmo voluntários. Este trabalho procura apresentar a necessidade do enquadramento jurídico dessas designações e as consequências da falta de legislação que ampare diversas dessas categorias, em situações de elevado risco, fora do país.

Palavras-chave: Operações de manutenção da paz; qualificação jurídica; boinas azuis.

Abstract

Brazilian participation in UN-mandated Peacekeeping Operations (MTO) has grown strongly since the 1990s. In the 21st century, in addition to the outward growth of typically military contingents, other categories have increased in their participation, such as police officers, civilians from non-governmental organizations, employees of specialized companies (contractors), and even volunteers. This paper seeks to present the need for the legal framework of these designations and the consequences of the lack of legislation that covers several of these categories, in high risk situations, outside the country.

Keywords: Peacekeeping operations; legal framework; blue helmets.

Introdução

O engajamento da ONU em Operações de Manutenção da Paz, após o período da Guerra Fria (aqui considerado como findo no final da década de 1980), aumentou consideravelmente. De 1988 até o final de 2011

¹ Doutor em Direito Internacional, UERJ, 2013, Mestre em Ciência Política e Relações Internacionais, UFRJ, 2008, Mestre em Ciências Navais, EGN, 2006. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Estudos marítimos da Escola de Guerra Naval (EGN), Ex-Coordenador Adjunto de Programas Profissionais da CAPES (Área de CP/RI – 2014-2018).

(ano considerado como recorte temporal final de dados para a pesquisa), a ONU instituiu mais de 50 OMP (ONU, 2012), com mandatos bastante distintos entre si e com diferentes enfoques de gradação do uso da força.

O Brasil também acompanhou esse processo de aumento de participação em OMP. No mesmo período mencionado, pós-Guerra Fria, a política externa brasileira passou a encarar a participação em OMP como oportunidade de o país se consolidar no cenário internacional e difundir seus ideais² nas áreas estratégicas prioritárias definidas e originalmente consolidadas em política pública. Nesse período, o Brasil aceitou integrar mais de 30 OMP e, em algumas, demonstrou considerável engajamento nacional. Dessas operações, destacam-se: ONUMOZ (Moçambique – 1993 – 1995), UNAVEM III (Angola – 1994 – 1996), UNTAET (e subsequentes, Timor Leste – 1999 – atual), MINUSTAH (Haiti – 2004 – 2018) e, mais recentemente, UNIFIL (Líbano – 2010 – atual).

À medida que aumentavam as demandas e as complexidades das Operações de Paz, as preocupações quanto aos eventuais danos à imagem desses Estados também crescia. A cada nova OMP, maior era o engajamento necessário de vários Estados membros da ONU, tanto em termos financeiros, quanto materiais e de pessoal. Assim, com maiores contingentes envolvidos, proporcionalmente, também aumentavam-se as possibilidades de envolvimento dos “boinas azuis”³ em questões disciplinares ou criminais. A eventual possibilidade de conduta indevida de seus nacionais, quer praticando crimes comuns, quer sendo acusados de crimes em descompasso com o Direito Internacional dos Conflitos Armados, poderia se constituir inaceitável, principalmente, pela opinião pública internacional. Além da natural imputação aos seus entes pátrios, a própria imagem do país poderia ser afetada.

No campo internacional, grande número de Estados começou a consolidar a aspiração de um órgão jurisdicional penal, a fim de garantir que crimes graves, que afrontassem à comunidade internacional como um todo, não permanecessem impunes. A ideia de uma tutela penal universal para crimes específicos, independentes de seus autores, era reestimulada.

² Para maiores esclarecimentos quanto aos ideais brasileiros e sua demanda por maior inserção no cenário internacional, recomenda-se a leitura de GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Quinhentos anos de periferia. Porto Alegre: Contraponto, 1999.

³ Denominação pela qual são conhecidas as tropas multinacionais que servem nas Forças de Manutenção da Paz instituídas pela ONU.

A pretendida Jurisdição Universal desta Corte poderia superar os instrumentos legais precedentes e alcançar (também) os integrantes de contingentes de paz.

Dessa maneira, o que se pretende confirmar é que, diante do real e maior engajamento brasileiro nessas OMP, a aparente segurança jurídica quanto à jurisdição, competências e imunidades penais, em relação ao (cada vez) crescente número de brasileiros nessas operações, carece de “adensamento de juridicidade”, que, segundo Celso Lafer, é “uma medida de construção da confiança, voltado para resultados, tutelando a segurança e a previsibilidade do sistema multilateral [...]” (LAFER, 1998, p. 126). Ou seja, apesar de o conceito ter sido cunhado sob a ótica da segurança jurídica privada, o mesmo também parece adequar-se ao objeto fundamental deste trabalho. Visa, portanto, apresentar a fundamentação teórica e jurídica dos integrantes destas operações em função do status atribuído, funcionalmente, aos envolvidos nas OMP, sejam militares, em sua maioria, ou mesmo civis.

Os envolvidos em OMP

Há cada vez maior número de pessoas envolvidas nas diversas Operações de Paz empreendidas (tanto pela ONU quanto por Organismos Regionais, Forças Multinacionais [Coalizões ou Alianças], ou mesmo, em menor escala, por Forças Unilaterais). Dada à complexidade de análise de tão diferentes estatutos, o presente trabalho tem seu foco apenas nas Operações de Manutenção da Paz comandadas pela ONU. Ainda assim, hoje já não mais restritas a contingentes puramente militares.

Nos últimos anos, a grande maioria das Forças da ONU têm respondido a conflitos intraestatais ou intervindo em situações de desordem interna ou de pós-conflito. [...] Assim, as Forças da ONU incluíram o envolvimento de grandes componentes civis para assistência humanitária, promovendo a reconciliação nacional e o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, organizando e controlando eleições, e ocasionalmente, também auxiliando a reconstrução das instituições e das capacidades nacionais (CASSESE, 2005, p. 345)⁴.

⁴ “In recent years the vast majority of UN forces have responded to intra-State conflicts or have intervened in internal disorder or immediate post-conflict situations.[...] Accordingly, the UN forces have included a large of civilian component engaged in providing humanitarian

As situações encontradas nesse tipo de conflito adquirem complexidade adicional às tradicionais OMP (ou “clássicas”, como nomeia Fontoura, 1999, p.45) – o consentimento do (no) Estado-anfitrião e a imparcialidade – dois princípios basilares das operações de paz (ONU, 2008, p. 31-36). Em alguns casos, as OMP se desenvolvem baseadas em um “consentimento parcial”, uma vez que podem não estar atendendo a uma ou mais partes envolvidas no conflito (CASSESE, 2005, p.346). Logo, a “imparcialidade” fica comprometida, e a adição de diferentes atores aumenta a complexa qualificação dos mesmos e, conseqüentemente, suas garantias e imunidades.

A categorização jurídica dos envolvidos

Passa-se, então, a precisar alguns dos principais conceitos envolvidos nessa qualificação dos atores envolvidos nas OMP. O termo “membro de operação” (ou *peacekeeper*) serve para designar tanto o Chefe da Operação (que ostenta o título de Representante Especial do Secretário-Geral ou *Special Representative of the Secretary-General* – SRSG – também chamado de Chefe da Missão ou *Head of Mission* – HOM), o Comandante da Força (ou *Force Commander* – FC), o Chefe dos Observadores (ou *Head of Experts* – HE), o Chefe de Assistência Humanitária (ou *Humanitarian Coordinator* – HC), o Chefe do Componente Policial (ou *Head of Police Component* – HOPC), – como qualquer outra pessoa, militar ou civil, alocada sob a autoridade do HOM, seja como integrante do Comando das Nações Unidas, seja pertencente a contingentes nacionais envolvidos na Operação (ONU, 2008, p.29; e VELASCO, 2007, p.158).

Os membros de uma OMP são considerados “agentes” das Nações Unidas em função da aceitação dos conceitos emitidos pela *Advisory Opinion* da Corte Internacional de Justiça (CIJ), de 11 de abril de 1949 (Reparação dos danos sofridos ao serviço das Nações Unidas – ONU, ICJ, Reports, 1949, p. 177):

assistance, furthering national reconciliation and promoting respect of human rights and fundamental freedoms, organizing and monitoring elections, and occasionally also assisting in rebuilding institutions and national capacities”. (tradução do autor)

[...] toda pessoa, funcionário remunerado ou não, empregado a título permanente ou não, que tenha sido encarregada por um Órgão da Organização de exercer, ou de ajudar a exercer, uma das funções da Organização: em resumo, toda pessoa por meio da qual atua a Organização [...]

Conceito esse também defendido pela doutrina internacional (KNOOPS, 2004, p. 37, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1958, p. 605 e CASSESE, 2005, p. 139).

Assim, o conceito de “agente” teria um conceito mais amplo que o de “funcionário”, pois, nesse sentido, também se encontra a categoria de *experts* na missão, se bem que a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas preveja que se concedam privilégios tanto aos funcionários quanto aos *experts*, sem, entretanto, explicar tais categorias ou definí-las. Na realidade, torna-se complexo fixar classificações rigorosas e absolutas, dada a enorme variedade e diversidade de situações possíveis (VELASCO, 2003, p. 159).

A CIJ procurou diferenciá-los atribuindo aos funcionários a definição de “pessoas a serviço da Organização de forma continuada”, enquanto os “*experts*” (dentre os quais se acolhem os Observadores de Paz) seriam “aqueles a quem a Organização haja confiado uma função internacional concreta que, por definição, é especializada, pontual e com duração específica”, ou seja, estariam sujeitos a tais imunidades *ratione personae*, *ratione temporis* e *ratione loci* (ONU, CIJ, 1989, p.192 e 193). Mas a diferença no *status* jurídico de ambas as categorias, determinada por via convencional (e jurisprudencial), não se respalda por questões administrativas (como o provimento da remuneração), e sim pela função exercida (ONU, CIJ, 1999, p. 193-196).

Cabe a ressalva para se distinguir os “agentes a serviço da ONU” dos “agentes estatais”, também em função das imunidades a estes previstas. Para esses últimos, quando no cumprimento de suas missões (Estatais), são individualmente imputáveis:

Agentes do Estado que não têm imunidades pessoais ao abrigo do direito internacional consuetudinário (por exemplo, os ministros da Defesa; oficiais de polícia – sejam ou não superiores; militares, etc., podem ser

processados a qualquer tempo, mesmo que eles ainda estejam nos cargos (CASSESE, 2005, p. 120)⁵.

A questão de subordinação e delimitação de status dos militares de uma OMP (boinas azuis) levou Condorelli a denominá-los de “agentes duplos” subordinados a regimes orgânicos duplos e subordinação duplicada ao receberem instruções da ONU e de seus Estados de Origem ao mesmo tempo (CONDORELLI, 1995, p. 886). Essa opinião é contestada por Zwanenburg, que denota a complexidade de definição dessa qualificação do status legal dos militares de uma OMP:

Como proposição geral, os argumentos de Condorelli estão corretos, mas sua aplicação do princípio às operações de paz da ONU não está. O art. 6º da Convenção de Imunidades apresenta uma presunção de atribuição ao Estado anfitrião (ou uma Organização Internacional) de que o “órgão” [subordinado] “em questão é colocado sob suas ordens mediante um Acordo. Esta presunção é estabelecida em acordos entre os Estados contribuintes de tropas e as Nações Unidas, que prevê que, durante o período da missão, o pessoal disponibilizado pelo Estado Contribuinte estará sob comando da ONU e, portanto, o Secretário-Geral deve ter total autoridade sobre a implantação, organização, condução e direção da operação, incluindo seu pessoal⁶. (ZWANENBUR, 2005, p. 102 – 103)

Na realidade, um “agente” das Nações Unidas, enquanto atua no cumprimento de sua missão, encontra-se em serviço exclusivo da Organização, sem poder então atuar, concomitantemente, como agente estatal; o que acaba por excluir desse enquadramento os boinas azuis. Opta-

⁵ “State agents who do not enjoy personal immunities under customary international law (for instance, Defense Ministers; police officers, whether or not senior; military personnel, etc.) may be prosecuted at any time, even if they are still holding office”. (tradução do autor)

⁶ “As a general proposition, Condorelli’s arguments is correct, but his application of the principle to UN peace support operations is not. Article 6 of the ILC draft articles accepts that there is a presumption of attribution to the receiving state (or international organization) if the organ in question is placed under its orders in an agreement. This presumption is established in agreements between troops contributing states and the UN, which provide that, during the period of their assignment, the personnel made available by the troop contributing state shall be under the command of the UN and that accordingly, the Secretary-General shall have full authority over the deployment, organization, conduct and direction of the operation, including the personnel.” (tradução e grifo do autor)

se, então, pela posição de que os militares em uma OMP permanecem sob comando de seus superiores hierárquicos, logo – estatais. São integrantes dos serviços ativos de suas Forças Armadas e a eles se aplica o regime disciplinar do seu Estado de origem, com quem também mantêm vínculo administrativo (contratual) de trabalho, pois dele continuam a receber seus proventos (ainda que subsidiados pela ONU) (VELASCO, 2003, p. 159; e CASSESE, 2005, p. 112).

Tal posicionamento parte da premissa de que os devidos Acordos Internacionais, entre a ONU e o Estado-anfitrião e entre a ONU e o Estado-contribuinte, tenham sido efetivamente firmados (e esclarecidos tais questões), ou que o Mandato da ONU tenha permitido a vigência dos Acordos-padrão até a efetivação dos Acordos-específicos. Os *boinas azuis* (militares) não se configuram, explicitamente, dentre as categorias de “agentes” ou de “experts”, logo não estão claramente amparados pela Convenção sobre Privilégios e Imunidades de 1946 (nem o foram explicitamente citados nessa categoria pela *Advisory Opinion* da CIJ, em 1999, § 49 – 51). Eles possuem somente tais privilégios e imunidades “especificamente providos pelo presente Acordo” (SOFA-padrão) (ONU, AG/RES/45 /594, 1990, parágrafo 27).

Assim, o caráter internacional dessas operações deve ser matizado, visto que os militares empregados, a despeito de atuarem pela ONU, continuam pertencentes às Forças Armadas nacionais de seus Estados de origem, submetidos às normas militares de seus respectivos Estados, não derogadas pela assunção de responsabilidades no cumprimento do mandato que a ONU se lhes apresenta. Dessa maneira, Velasco conclui que “é necessário se encontrar um ponto de equilíbrio entre ambas as realidades” (VELASCO, 2003, p. 164). Cita-se, como exemplo dessa tênue distinção de responsabilidades e subordinações, a previsão de o Secretário-Geral das Nações Unidas poder e dever renunciar à imunidade de qualquer funcionário (“*official*”) que “impeça o curso da justiça e possa ser renunciada sem que se prejudiquem os interesses das Nações Unidas” (ONU, Convenção sobre Privilégios e Imunidades, AG/RES/A/22/A, 1946, art. V, parag. 20), bem como, analogamente, poder renunciar à imunidade dos experts da Organização (Ibidem, art. VI, parag. 23). No entanto, o SGNU não pode conceder tal prerrogativa aos membros militares das OMP, em razão do vínculo que estes conservam com seus

Estados de origem. Caso o fizesse em relação aos boinas azuis, os Estados-contribuintes poderiam deixar de ter interesse em enviar nacionais às OMP, o que acabaria por prejudicar o efetivo cumprimento dessas missões (RAWSKI, 2002, p. 123).

Há ainda uma questão a ser analisada em relação à atribuição do status jurídico dos militares envolvidos em uma OMP que trata da relação de comando e decisão dentro do contingente nacional. No início desse item, apontou-se que o Force Commander está inserido na categoria de “agentes” da ONU por ser formalmente designado pela ONU. Logo, apesar de militar – status individual –, adquire status internacional já analisado anteriormente. No entanto, ainda no componente militar das operações, há uma série de outros militares, cedidos pelos Estados-contribuintes, que também estão servindo diretamente subordinados ao FC, seja como seu Estado-Maior, seja mesmo em funções de apoio (taifeiros, cozinheiro, etc.). A esses militares, cedidos pelos Estados, igual e formalmente designados pela ONU, também se lhes atribuem as mesmas prerrogativas de “agentes” da ONU, no entanto, suas responsabilidades de assessoria e de apoio são bastante distintas das que fundamentam os privilégios e as imunidades atribuídos ao FC.

Se tratanto, então, dos efetivos militares “nacionais” enviados à OMP, particularizado ao caso brasileiro (porém passível de extrapolação aos demais contingentes), destaca-se o fundamento da conduta militar. Os princípios basilares das Forças Armadas são hierarquia e disciplina (BRASIL, 1980, art. 2º). Mediante tais princípios, há a presunção da relação bilateral da legalidade da ordem dada pelo superior e do cumprimento inequívoco da ordem (sabidamente legal) pelo subordinado.

Nessa relação “superior – subordinado”, o superior submete-se ao já comentado “triplo guarda-chuva legal” (Mandato da ONU e ordens decorrentes, Legislação do seu Estado de Origem e Legislação do Estado-anfitrião), além das ordens emanadas tanto de sua Força Armada nacional quanto do Force Commander. Há, portanto, pressuposta falta de congruência advinda da confrontação de legislações e atos administrativos (ordens):

Deve ser salientado que não existe razão detectável por estes três critérios (1 – a existência de uma relação superior-subordinado entre o superior e o perpetrador do crime; 2 – o elemento mental – *mens rea* – que o acusado sabia ou tinha que saber que o crime estava prestes a ser ou ter sido cometido, e 3 – o fracasso do acusado para tomar as medidas necessárias e razoáveis para impedir o crime ou punir o autor) para responsabilização do superior quando envolvidas em operações internacionais de conflito ou crise. Assim, estes três elementos devem ser claramente estabelecidos ao subordinar um comandante de contingente em relação à responsabilidade superior, no caso de supostos crimes internacionais cometidos no curso de uma operação de manutenção da paz ou de imposição da paz (KNOOPS, 2008, p. 497)⁷.

Tal nebulosidade (triplo guarda-chuva legal e *mens rea* necessário) merece estudo singular. No entanto, serve para confirmar que não interfere na qualificação de *status* legal dos *boinas azuis* em relação às categorias já abordadas e que são bastante distintas das previstas a outros militares nacionais também, possivelmente, presentes numa mesma OMP (FC, Membros de Estado-Maior da ONU, Observadores Militares, dentre outras funções menos comuns – funcionários da ONU em outros órgãos e designados para determinada tarefa, por exemplo).

Após ter sido feita a análise do *status* legal dos militares efetivamente envolvidos em Missões de Paz, há que se considerar, como anteriormente aludido, o cada vez maior número de “outros participantes” nessas operações. Na prática, um “membro de uma operação de paz” tem sido definido como “qualquer membro dos componentes civil ou militar”⁸.

⁷ “It should be stressed that no detectable reason exists why these three criteria (1- the existence of a superior-subordinate relationship between the superior and the perpetrator of the crime; 2 - the mental element – *mens rea* - that the accused knew or had to know that the crime was about to be or had been committed; and, 3 - the failure of the accused to take the necessary and reasonable measures to prevent the crime or punish the perpetrator) for superior responsibility developed within international crisis management operations. Thus, these three elements should be established when charging a peacekeeping commander on the basis of superior responsibility for international crimes allegedly committed within the course of a peacekeeping or peace enforcement operation”. (tradução do autor)

⁸ Citam-se, como exemplo, alguns dos instrumentos legais acordados nas Operações eleitas como de maior relevância deste trabalho: “Member of ONUMOZ” – “means any member of the civilian or military component” (ONUMOZ SOFA, par. 1); “Member of UNAVEM III” – “means any member of the civilian, military or Police components” (UNAVEM III SOFA, par. 1); “Member of MINUSTAH” – “means any member of the civilian, military

Em geral, o “componente civil” consiste nos “agentes oficiais da ONU e de outras pessoas designadas pelo Secretário-Geral para assessorarem o SRSG ou disponibilizadas pelos Estados-contribuintes”⁹. E, como já apresentado, o “componente militar”, em geral, consiste “de militares e civis especiais disponibilizados pelos Estados-contribuintes” para servirem como parte da operação¹⁰.

Outras categorias de pessoas podem também receber status especial mediante à previsão nos SOFA, como, por exemplo, as pessoas nacionais (locais do Estado-anfitrião) empregadas. No entanto, essa não é prática costumeira e não foi incluída nos SOFA das maiores participações brasileiras. A crescente dependência do emprego de civis não oficiais pela ONU tem levado a demandas de extensão a estes dos privilégios e imunidades. Cita-se, como exemplo: “funcionários de empresas internacionais” e “voluntários” em auxílio às Nações Unidas (United Nations Volunteers – UNV) (ENGD AHL, 2007, p. 165). Tal demanda em relação aos UNV inspirou, já em 1993, o Departamento de Assuntos

or Police components” (MINUSTAH SOFA, parag. I) e “Member of UNIFIL” – “means any member of the civilian or military element but unless specifically stated otherwise does not include locally recruited personnel” (UNIFIL SOFA, parag I).

⁹ Da mesma maneira, citam-se, como exemplos, alguns dos instrumentos legais acordados nas Operações eleitas como de maior relevância deste trabalho: “Civilian component” – “consisting of United Nations officials and other persons assigned by the Secretary-General to assist the SRSG or made available by participating States to serve as part of ONUMOZ” (ONUMOZ SOFA, parag. 1); “Civilian component” – “consisting of United Nations officials and other persons assigned by the Secretary-General to assist the SRSG or made available by participating States to serve as part of UNAVEM III” (UNAVEM III SOFA, parag. I); “Civilian component” – “consisting of United Nations officials and other persons assigned by the Secretary-General to assist the SRSG or made available by participating States to serve as part of MINUSTAH” (MINUSTAH SOFA, parag. I) e “Civilian component” – “consisting of United Nations officials and other persons assigned by the Secretary-General to assist the Force Commander or made available by participating States to serve as part of UNIFIL” (UNIFIL SOFA, parag I, incluindo também a UNTSO, de menor relevância para este trabalho).

¹⁰ Da mesma maneira, citam-se, como exemplos, alguns dos instrumentos legais acordados nas Operações eleitas como de maior relevância deste trabalho: “Military component” – “consisting of military and special civilian personnel made available by participating States to serve as part of ONUMOZ” (ONUMOZ SOFA, parag. 1); “Military component” – “consisting of military and special civilian personnel made available by participating States to serve as part of UNAVEM III” (UNAVEM III SOFA, parag. I); “Military component” – “consisting of military and special civilian personnel made available by participating States to serve as part of MINUSTAH” (MINUSTAH SOFA, parag. I) e “Military component” – “consisting of military and special civilian personnel made available by participating States to serve as part of UNIFIL” (UNIFIL SOFA, parag I).

Legais da ONU (Office of Legal Affairs – OLA) a sugerir que o SGNU, quando recomendasse o estabelecimento de novas operações, especificasse a necessidade dessa nova categoria, que passou a figurar em alguns novos SOFA instituídos (ONU, 1993, p. 377).

Cada vez mais, a análise da qualificação jurídica dos integrantes de OMP não pode mais se ater aos militares envolvidos, foco especial do presente trabalho. Cerca de 20% dos presentes nas OMP já não são militares (ONU, 2012, p.73)¹¹. No caso brasileiro, essa evolução numérica de envolvimento de outros atores não militares também tem acompanhado a tendência mundial. Enquanto no período 1948 – 1987, dos 7.013 brasileiros enviados para operações de paz, apenas um civil foi enviado (o Embaixador Carlos Alfredo Bernardes, que atuou como SRSG na UNFICYP – setembro de 1964 a janeiro de 1967) (Quadro 1, capítulo 1), ao final de 2011, havia 2.493 brasileiros atuando nas OMP ativas, sendo 2.446 militares, 18 policiais, 29 “military experts on the mission” (observadores civis e militares) e ainda 400 civis voluntários (dados da principal ONG formalmente registrada no Brasil que atua na Operação MINUSTAH – ONG Viva Rio) (VIVA RIO, 2011).

Analisando, então, a qualificação jurídica dos não militares, os altos funcionários a serviço da ONU – como o Representante Especial do Secretário-Geral ou *Special Representative of the Secretary-General* – SRSG – também chamado de Chefe da Missão ou Head of Mission – HOM), o Comandante da Força (ou Force Commander – FC), o Chefe dos Observadores (ou *Head of Experts* – HE), o Chefe de Assistência Humanitária (ou *Humanitarian Coordinator* – HC), o Chefe do Componente Policial (ou *Head of Police Component* – HOPC), bem como os membros dos Estados-Maiores (e staff desses, caso o possuam, o que efetivamente depende de operação para operação, mas, em geral, sempre existem para os dois primeiros citados) – como já mostrado, estão amparados pelos privilégios e imunidades previstos aos diplomatas, como estabelecido nas seções 19 e 27 do SOFA-padrão (ONU, A/RES./ 45/594, 1990).

Assim, quando membros do Secretariado-Geral da ONU são designados como parte do “componente civil” de uma OMP, eles atuam como “agentes” da ONU e gozam dos privilégios e imunidades estipulados pelo art. V e VII

¹¹ Para aprofundamento, sugere-se consultar dados estatísticos atualizados, disponíveis em: [HTTP://www.un.org/en/peacekeeping/publications/yir/yir2011.pdf](http://www.un.org/en/peacekeeping/publications/yir/yir2011.pdf),

da Convenção Geral de 1946. Já em relação aos aludidos *United Nations Volunteers*, os SOFA mais recentes têm procurado incluí-los também na categoria de “componente civil”, no entanto, com complexidade adicional. Tem sido previsto que todos os pertencentes a esse “componente civil” sejam nominalmente informados, pelo SRSG ou pelo *Force Commander*, ao Governo local (o que nem sempre é prático, em especial, quando há mais de um presumido “poder governante” em conflitos intraestatais).

Observadores militares, policiais civis a serviço da ONU e **pessoal civil**, outros que não os “agentes” oficiais da ONU, cujos nomes forem formalmente notificados ao Governo pelo SRSG/ FC, devem ser considerados como “experts” da missão conforme o significado do artigo VI da Convenção (ONU, SOFA-padrão, 1990, seção 26) (Grifo do autor)¹².

Ainda assim, tal previsão pressupõe que todos esses nomes sejam previamente informados ao SRSG/FC. Esses possuem o dever e a discricionariedade de informá-los ou não às autoridades locais, o que pode implicar em solução de continuidade do processo. Nem sempre há tal rigor e formalismo, em especial das ONG, nesse processo de “oficialização” do seu pessoal (BEIRÃO, 2008, p.123 e SOUZA NETO, 2012, p. 250). Portanto, a garantia desses privilégios e imunidades torna-se mais tênue a esses participantes, pois sequer são formalmente participados por seus Estados nacionais e sim, muitas vezes, por Organizações paraestatais, com relevante ausência de juridicidade em suas designações.

Ainda com relação à aludida seção 26 do SOFA-padrão, pode-se verificar que nele também foram incluídos os policiais civis (“*civilian Police*”) – outros que não os “*UN Officials*”. Há, ainda, ascendente utilização de “uniformed Police personnel” com 12% do pessoal empregado ao final de 2011, sem os registros significativos de distinção entre policiais civis ou “uniformizados”, uma vez que, para o entendimento da ONU, Forças Policiais são “uniformizadas”, porém, somente as Forças Armadas são “uniformizadas” (ou fardadas) e, evidentemente, militares (KNOOPS, 2004, p. 61).

¹² “Military observers, United Nations civilian Police and civilian personnel other than United Nations officials whose names are for the purpose notified to the Government by the SRSG/FC shall be considered as experts on mission within the meaning of article VI of the Convention”. (tradução do autor)

O caso brasileiro de envio de policiais, do ponto de vista da qualificação do status legal internacional dos mesmos, é bastante mais complexo. No Brasil, coexistem policiais militares dos Estados-membros da Federação, policiais federais, policiais civis, integrantes da Força Nacional de Segurança e, até mesmo, Guardas Municipais (ou congêneres), com relativo poder de polícia (além de outras categorias de menor relevância para o presente estudo, como Polícia Rodoviária Federal, Polícia Florestal, etc.). Como visto, internacionalmente, todos são reconhecidos pela ONU como “*Civilian Police*”¹³, e suas garantias de privilégios e imunidades devem ser regidas pela mesma seção 26 do SOFA-padrão, cumpridos os requisitos formais aludidos ao procedimento de notificação pelo SRSG/FC às autoridades locais. Suas garantias não são as mesmas aplicadas aos boinas azuis, conforme especificado pelo SOFA-padrão: “os militares dos contingentes nacionais designados ao componente militar das OMP da ONU devem possuir os privilégios e imunidades especificamente providos por esse Acordo”¹⁴ (ONU, SOFA-padrão, A/RES./ 45/594, 1990, seção 27). Ressalte-se que há relevante ausência de legislação nacional para envio de pessoal de apoio às OMP, mesmo de contingentes policiais, que, em sua maioria, são designados pelos estados federativos e não pelo Brasil.

Devido a essa grande diversidade e especialidade da categoria “policial” no Brasil é que tem sido evitado o envio de outros que não policiais militares, sendo sua seleção e treinamento concentrados no Ministério da Defesa (nesse Ministério, desempenhada pelo Exército Brasileiro), como apresentado no capítulo 1. Ainda assim, a diversidade e a especialidade de legislação pertinente (interna) são grandes. Por exemplo, em 2011, existiam operando em OMP

¹³ Apesar das normas do UN Police Division (pertencente ao DPKO) estabelecer requisitos de formação, padronização de procedimentos com base nas normas internacionais de direitos humanos e recomendar que os mesmos continuem a usar suas vestes nacionais com os distintivos da ONU (boina azul, capacete azul, braçadeira com o símbolo da ONU), o que pode pressupor a possibilidade do uso de uniformes, todos são considerados como policiais civis (não integrantes do contingente militar). Ver: ONU - The new UN identity. Disponível em: http://www.un.org/en/peacekeeping/sites/police/new_identity.shtml. Ou ainda: PRIMOSCH, Edminud G.. The roles of United Nations civilian Police (UNCIVPOL) within United Nations Peacekeeping Operations. In: The International and Comparative Law Quarterly, V. 43, N. 2 (apr. 1994), p. 425-431.

¹⁴ “Military personnel of national contingents assigned to the military component of the UN peace-keeping operation shall have the privileges and immunities specifically provided for in the present Agreement.” (tradução do autor)

os seguintes quantitativos de policiais militares/bombeiros militares: PMDF – 13; PMESP – 05; PMPE – 03; PMAL – 01; PMSC – 02; PMAM – 02; PMBA – 02; PMRJ – 01 e BMRS – 02 (BRASIL, CCOPAB, 2011).

Há, ainda, uma categoria possível de brasileiros envolvidos no apoio às OMP como “*Associated Personnel*”, que são os “funcionários de empresas internacionais” também denominados, em outros documentos da ONU, “*contractors*”. Essa categoria tem especial relevância nas atividades empreendidas pelo DFS (*Department of Field Support*) nas *Peace Support Operations*, ou mesmo, nas Operações de Manutenção da Paz (lato sensu) do tipo Operações de Consolidação da Paz (*Peace building Operations*). Contudo, os Mandatos da ONU têm sido de tal forma abrangentes que, cada vez mais, nas típicas *Peacekeeping Operations*, estão previstas ações de auxílio na reconstrução de estrutura e instituições locais como forma de consolidar a tênue paz alcançada¹⁵. As diversas iniciativas da política externa dos Estados-contribuintes têm sido complementadas por essas empresas que auxiliam a reconstrução da infraestrutura local dos frágeis Estados-anfitriões das OMP. Por exemplo, no Kuwait, grande número de empresas estadunidenses tem auxiliado a reconstrução da infraestrutura do país. No caso brasileiro, por exemplo, um consórcio de empresas nacionais está engajado na construção da maior hidrelétrica do Haiti, a fim de minimizar o déficit energético do país (ONU, DPKO, Press Release, 2012).

Esses funcionários de empresas internacionais ou, como os identifica a ONU, *contractors* foram, por repetidas vezes, relacionados pelo UN *Office of Legal Affairs* (OLA) como não merecedores dos privilégios e imunidades estipulados pela Convenção de 1946, dada a natureza eminentemente comercial de suas funções. Mais ainda, o Office of Legal Affairs tem afirmado que eles se enquadram na qualificação de “*experts on the mission*”, eminentemente fundamentado na Advisory Opinion da CIJ no caso da aplicabilidade do artigo VI, seção 22 da Convenção Geral de 1946 (ONU, *Memorandum from the UN Office of Legal Affairs*, 1995, p. 407 – 408).

¹⁵ Como exemplo relevante para o presente trabalho, cita-se o Mandato de instituição da MINUSTAH (ONU, SC/Res. 1.542, 2004) que prevê no seu parágrafo 15: “[...] to provide substantial international AID to meet the humanitarian needs in Haiti and to permit the reconstruction of the country, [...]”

O OLA reconhece a necessidade da ONU em contar com empresas internacionais para prestação de serviços e cumprimento de tarefas que originalmente eram cumpridas por contingentes militares, mas que, modernamente, têm custos, tempo e recursos materiais reduzidos, caso desempenhadas por empresas especializadas. Por exemplo, todos os custos (financeiros, materiais e de pessoal) envolvidos em reconstrução de vias e pontes são muito menores, se realizados por empresas especializadas (ONU, 1995, p. 411). O citado Memorandum ainda apresenta a necessidade de prover tais funcionários de algumas garantias relacionadas às suas funções como:

liberdade de movimento [...]; emissão imediata de vistos necessários; isenção de restrições à imigração e ao registro de estrangeiros; emissão imediata de licenças ou autorizações, conforme necessário, para os serviços necessários, inclusive para importações e para a operação de aeronaves e embarcações; repatriação em tempo de crise internacional; direito de importar para o uso exclusivo e oficial das Nações Unidas, sem qualquer restrição, e materiais livres de impostos ou taxas, tanto no fornecimento de equipamentos como de outros materiais (ONU, 1995, p.408)¹⁶.

Desde então, o OLA tem buscado reforçar tais demandas, quando da elaboração dos SOFA-específicos, que têm sido acolhidas em demandas especiais. No entanto, ainda não englobam todas as garantias e imunidades pretendidas, tendo realizado constante pressão, nesse sentido, junto aos governos dos Estados-anfitriões (ENGD AHL, 2007, p. 175 – 176).

No caso das operações destacadas de maior relevância para o Brasil, apenas nos SOFA-MINUSTAH e SOFA-UNTAET tal previsão foi incorporada, mesmo assim, somente garantindo aos *contractors* a possibilidade de liberdade de movimento, o provisionamento de suprimentos e a facilitação de permissões e licenças (ONU, Treaty Series, 2006, p.187 e 291).

¹⁶ “freedom of movement [...]; prompt issuance of necessary visas; exemption from immigration restrictions and alien registration; prompt issuance of licenses or permits, as necessary, for required services, including for imports and for the operation of aircraft and vessels; repatriation in time of international crisis; right to import for the exclusive and official use of the United Nations, without any restriction, and free of tax or duties, supplies, equipment and other materials.”(tradução do autor)

Considerações finais

Assim sendo, buscou-se demonstrar que, dada a variedade e a diversidade de atores envolvidos em uma OMP, torna-se evidente a dificuldade no apaziguamento de seus respectivos status legal, direitos e deveres – em especial das categorias mais recentemente incorporadas aos esforços empreendidos em novas OMP. Em decorrência, a imunidade penal pressuposta aos “brasileiros em operações de paz” é bastante distinta em função de seu respectivo enquadramento quanto ao seu status funcional.

Tal avaliação de imunidades atribuídas, seja em decorrência de Acordos Específicos com os Estados-anfitriões ou mesmo da utilização de Acordos genéricos (como o caso dos SOFA-padrão), torna-se fundamental para a qualificação do enquadramento dado no ordenamento jurídico pátrio em caso de necessidade de persecução penal, por exemplo. Daí a necessidade de estudo contínuo da fundamentação legal do emprego de contingentes militares e civis, bem como de civis voluntários em Operações de Paz. Há países, como é o caso da França (FRANÇA, 2005), que optaram pela adequação, exclusiva aos seus militares, do excludente de ilicitude de seus militares – quando atuando fora do território francês –, mas tal procedimento não tem se mostrado majoritário na sociedade internacional.

Em que pese, desde a saída dos grandes contingentes da Operação MINUSTAH (Haiti – 2004-2018), esse número de brasileiros tem sido reduzido, mas continuamente há novos desafios sendo lançados ao país para integrar novas operações e, conseqüentemente, essa dimensão abordada permanece relevante.

Referências

- ARÉCHAGA, E. Jiménez de. *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*. Comentario teórico-prático de la Carta. Madrid: Escuela de Funcionarios Internacionales, 1958.
- BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*. Virginia Journal of International Law, v. 42, n.1, p. 81-162, 2001.
- BEIRÃO, André P. **Aspectos político-legais e legal-militares da participação brasileira em operações de paz da ONU, pós 1988. 2008.** 192f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://45R45.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=17002>. Acesso em: 10 nov. 2010.

- CASSESE, Antonio. *International Law*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2005.
- CONDORELLI, L. Le statut TT forces de l'ONU et le droit international humanitaire. *Rivista di Diritto Internazionale*, v. 78, n. 4, p. 881 – 909, 1995.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Aplicabilidade da Seção 22 do Artigo 6º da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas**. Advisory Opinon. 1949. Disponível em: <[HTTP://www.icj-cij.org/docket/files/81/6813.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/81/6813.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2012.
- . *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, 1999 ICJ Reports 62 (ICJ 1999).
- ENGDAHL, Ola. *Protection of Personnel in Peace Operations: the hole of the 'Safety Convention' against the background of General International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- FONTOURA, Paulo Roberto Campos Tarrisse. **O Brasil e as Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas**. Brasília: FUNAG, 1999.
- FRANÇA. LOI n° 2005-270, du 24 mars 2005. Portant statut général des militaires. *Journal Officiel de la République Française*, mars 2005. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20050326&numTexte=1&pageDebut=05098&pageFin=05115>. Acesso em: 19 maio 2008.
- GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Quinhentos anos de periferia**. Porto Alegre: Contraponto, 1999.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- . **O Direito Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- . **A necessidade de discutir o conceito de crime internacional**. Carta Forense, v. 70, p. 22-22, 2009.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; ADRIANO, Alessandra R. O Tribunal Penal Internacional: dificuldades para a sua implementação no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Cândido Mendes*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 10, UCAM, p. 107-128, 2005. Nova Série.
- KNOOPS, Gert-Jan Alexander. *The prosecution and defense of peacekeeping under international criminal law*. New York: Transnational Publishers, 2004.
- LAFER, Celso. **Mudam-se os tempos: diplomacia brasileira – 2001/2002**. Brasília: IRPI/FUNAG, 2002.
- NAÇÕES UNIDAS. **Resolução A/ 22/ A**, de 13 de fevereiro de 1946. Assembleia Geral.
- . Document A/ 45/ 594. *Model Status-of-forces agreement for peace-keeping operations: report of the secretary-general*. Oct. 1990. General Assembly-forty-fifth Session. Disponível em: <<http://www.ilsa.org/jessup/jessup09/basicmats/UNsofa.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2012.
- . Memorandum from the Office of Legal Affairs to the Assistant Secretary-General for Peacekeeping Operations, 23 jun. 1995. In: *United Nations Juridical Yearbook*. New York: UN Press, 1995.
- . Security Council. **Resolução S/RES/1542, de 30 abril de 2004**. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/332/98/PDF/N0433298.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 mar. 2007.

———. *Treaty Series*: Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations. 2006. Disponível em: <[HTTP://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202361/v2361.pdf](http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202361/v2361.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2010.

———. *United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines*. New York: DPKO/DFS Press, 2008.

———. United Nations Peacekeeping Operations. *Yearbook-2011*. Press Release. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/publications/yir/yir2011.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

———. *Year in Review*. New York: DPKO Press, 2012. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/publications/yir/yir2011.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. A reforma das Nações Unidas e o Sistema Internacional Contemporâneo. In: MEDEIROS, A. P. CACHAPUZ de. (Org.), **Desafios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: FUNAG, 2007. p. 12-69.

SOUZA NETO, Danilo Marcondes de. O Brasil, o Haiti e a MINUSTAH. In: KENKEL, Kai Michael; MORAES, Rodrigo Fracalossi de (Org.). **O Brasil e as operações de paz em um mundo globalizado**: entre a tradição e a inovação. Brasília: Ipea, 2012, p. 243-269.

VELASCO, Alfonso Jesús Iglesias. *Los problemas del mantenimiento internacional de la paz*. Madrid: Ministerio de la Defensa, Secretaria General Técnica, 2003.

ZWANENBURG, Marten. *Accountability of Peace Support Operations*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007

Prova Documental Eletrônica como Objeto Probatório no Contexto do Processo Civil Brasileiro

Antônio Pereira Gaio Júnior¹

Resumo

Trata o presente artigo da análise do documento eletrônico como objeto probatório, tudo a partir da sua forma e força probante dentro do contexto do Processo Civil brasileiro. Para isso, se analisa brevemente o ambiente normativo que cerca a sistemática das provas no processual civil pátrio, tudo a partir do gênero “prova documental”, possibilitando alcançar a modalidade eletrônica do documento, suas ramificações e seus valores qualitativo e probante, de modo a permitir um olhar sobre a dimensão de sua importância concreta para apuração da verdade no processo.

Palavras-chave: Teoria da prova; ônus; modalidade probatória; prova documental; documento eletrônico.

Resumen

Se trata del presente artículo del análisis del documento electrónico como objeto probatorio, todo a partir de su forma y fuerza probadora dentro del contexto del Proceso Civil brasileño. Para ello, se analiza brevemente el ambiente normativo que rodea la sistemática de las pruebas en el proceso civil patrio, todo a partir del género “prueba documental”, posibilitando alcanzar la modalidad electrónica del documento, sus ramificaciones y sus valores cualitativo y probador, de modo que permitir una mirada sobre la dimensión de su importancia concreta para el análisis de la verdad en el proceso.

Palabras claves: Teoría de la prueba; ônus; modalidad probatoria; prueba documental; documento electrónico.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra – PT. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT. Doutor em Direito pela UGF. Mestre em Direito pela UGF. Pós-Graduado em Direito Processual pela, UGF. Prof. Associado de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Membro da *International Association of Procedural Law-IAPL*. Membro da *International Bar Association* – IBA. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro da Associação de Direito e Economia Europeia – ADEE. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Processo Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB NACIONAL. Membro da Comissão de Processo Civil da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/MG; Membro da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/MG. Advogado. www.gaiojr.com

Introdução conceitual

Utilizada no processo como meio de fundamentar a razão das partes nas questões controversas, a prova é, em seu fim, a ponte para que seja atingida uma possível verdade, ou mesmo, para que nos aproximemos o mais perto possível deste ideal quiçá muitas vezes inatingível².

Conforme preceitua Carnelutti, na “linguagem comum, prova se utiliza como comprovação da verdade de uma proposição; somente se fala de prova a propósito de alguma coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata de comprovar; não pertence à prova o procedimento mediante o qual se descobre uma verdade não afirmada senão, pelo contrário, aquele mediante o qual se demonstra ou se encontra uma verdade afirmada”³.

Citando Neves e Castro, é nestes termos que atesta Amaral Santos ao indicar que pode a prova ser entendida como “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”⁴.

É reconhecido o direito que tem as partes de empregar todos os meios legais possíveis, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no CPC, para fins de provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa, possibilitando assim influir de forma efetiva na convicção do magistrado, conforme inteligência do art. 369 do Código de Processo Civil de 2015.

Nisso o autor, ao ajuizar uma ação, comunica uma série de fatos que, de acordo com sua avaliação, têm condições de justificar o seu direito e necessidade da intervenção judicial. O réu, da mesma maneira, o faz quando apresenta a sua defesa, ressaltando fatos que, de algum modo, justificam, no seu entender, a sua resistência à pretensão do autor.

Assim, na fase de instrução do processo, estabelecida a controvérsia, é de competência das partes a produção das provas que vão demonstrar a veracidade de suas alegações, possibilitando o convencimento do

² Sobre o assunto, confira a célebre obra de João de Castro Mendes: *O Conceito de Prova em Processo Civil*. Lisboa: Ática, 1961, p.14-26.

³ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 67.

⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2 ed. Vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1952, p.11.

magistrado e, logicamente contribuindo para sua persuasão racional⁵, pois que apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, devendo indicar em decisão as razões da formação de seu convencimento (*ex vi* do art. 370 do CPC).

Pode-se, então, concluir que provar é demonstrar ao Estado, personificado na figura do juiz, circunstanciado nas necessidades probatórias que o processo em si necessita, i.e., a verdade de um fato ou de uma alegação nele deduzida.⁶

Muito embora caiba às partes produzir as provas (princípio dispositivo), o art. 370 do CPC/2015 pontua significativa participação do juiz como importante ator na construção qualitativa da razão prática processual, bem como na cooperação para uma melhor instrução do feito, objetivando necessário alcance da pacificação social e da segurança jurídica, principais escopos do Estado no monopólio da atividade jurisdicional. Assim, esclarece dito dispositivo legal ser de competência do juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (parágrafo único do art. 370), tudo em busca da maior proximidade possível do ideário da verdade.⁷

Vale dizer que cabe ao magistrado democrático um diálogo constante com as partes, permitindo que estas, efetivamente, acompanhem o desenvolvimento da formação de suas convicções

⁵ Pautado na importância de uma decisão racional do juiz, esta orientada pela própria determinação da verdade dos fatos, leciona com propriedade Michele Taruffo (*Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Macial Pons, 2010, p. 220):

“(…) *la decisión sobre los hechos no puede ser tampoco el fruto de una intuición irracional, o de una introspección a través de la cual el juez penetra en los pliegues más recónditos de su espíritu para emerger con una certeza subjetiva (tal vez calificable como ‘moral’ o ‘absoluta’, inescrutable y misteriosa, sobre la verdad de los hechos.*

Por el contrario, el estar orientada hacia la determinación de la verdad de los hechos, la decisión debe constituir el resultado de un procedimiento racional, que se desarrolla conforme a reglas y principios, esto es, conforme a un método que permita someterla a control y que determine su validez.”

⁶ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 411.

⁷ Juan Montero Aroca atribui a Carnelutti a destruição do mito da verdade formal, estabelecendo que a verdade é uma só: ou a verdade formal coincide com a verdade material, não sendo mais do que simplesmente a verdade, ou com ela se choca, caso em que é apenas uma não verdade (*Los Principios Políticos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p.112).

e, assim, possam propor e produzir provas úteis e relevantes para o processo, tão somente intervindo subsidiariamente na promoção de provas caso não requeridas pelas próprias partes, desde que se fizerem necessárias e, repetimos, de forma motivadamente útil ao próprio processo.⁸

Insta, ainda, pontuar neste íterim que tal interesse dos partícipes do processo – diga-se aqui, as partes e o juiz – na construção qualitativa probatória, cujo alcance, repito, interessa inegavelmente a todos, é razão inspiradora de um Processo Cooperativo⁹, no qual o diálogo processual leal, plenamente garantido e igualmente conduzido pelo juiz, somando-se ao reforço das posições jurídicas das partes, conferem marcas ao processo civil cooperativo¹⁰, manifestando-se ao longo de toda a marcha processual.¹¹

Importante ainda observar que, a despeito do objetivo do processo ser a busca da verdade real, entendida aqui como a mais próxima do que seria o ideal de justiça¹², hão de ter vozes que, reacionariamente, procuram ainda hoje declararem que o direito processual satisfaz-se somente no campo da denominada verdade formal, ou processual, *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está no processo não está no mundo).

⁸ No mesmo sentido, GRECO, Leonardo. A Prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código Civil. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva. *Linhas Mestras do Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2004, p.404.

⁹ “O processo cooperativo parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar, assim, posições coordenadas. O direito a ser concretizado é um direito que conta com a *juris prudentia*, nada obstante concebido, abstrativamente, como *scientia juris*. Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que implica, de seu turno, necessariamente, a previsão deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio).” MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 114.

¹⁰ Agora, expressamente consignado no texto do CPC/2015:

“Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

¹¹ MITIDIERO, Daniel. Ob. cit., p. 114..

¹² GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Ob.cit., p.575.

Ônus da prova

O ônus da prova é dividido da seguinte maneira no art. 373 do CPC/2015:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Quando o réu, na contestação, se limita a negar o fato que fundamenta o pedido do autor, o ônus da prova recai todo sobre este último (*actori incumbit onus probandi*). Como exemplo, pode-se citar: em ação de indenização, o réu nega ter causado o dano; ou, em ação de despejo fundada em contrato de locação verbal, o réu nega que existe contrato de locação entre as partes, etc. Nestes casos, se o autor não obtiver sucesso ao demonstrar o fato constitutivo do seu direito, seu pedido será julgado improcedente sem que o réu tenha sido obrigado a produzir qualquer tipo de prova (*actori non probante réus absolvitur*).

Lado outro, caso o réu alegue, na sua defesa, fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 350 do CPC/2015), o ônus da prova passa a ser dele, já que suas declarações tornam incontroversos os fatos constitutivos do direito do autor. Por exemplo: (a) fato impeditivo, em ação de reivindicação, o réu alega ocorrência de usucapião; deve, assim, provar a ocorrência da prescrição aquisitiva; (b) fato modificativo, em ação de cobrança, o réu alega ocorrência de compensação, deve, portanto, provar o seu crédito; (c) fato extintivo em ação de despejo por falta de pagamento, o réu alega que já pagou os aluguéis; logo deve juntar os comprovantes de tal pagamento.

Destaca-se aqui que, com o advento do CPC/2015, se fez reconhecida formalmente a possibilidade do juiz atribuir ônus da prova de modo diverso, ou seja, distribuição dinâmica do ônus probatório, como já cediço, por exemplo, em conflitos com a presença forte de hipossuficiência de uma das partes, como o é comumente nos conflitos envolvidos às relações de consumo, desde que evidentemente, por decisão fundamentada, no entanto, concedendo à parte oportunidade de se desincumbir do ônus a que lhe fora atribuído.

Os parágrafos 1º e 2º do art. 373 bem retratam tal hipótese:

“§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

É possível ainda, pelo próprio novato *Codex*, que as partes *ex adversas* possam convencionar entre si a distribuição diversa do ônus probante, salvo quando a prova recair sobre direito indisponível de uma delas ou tornar-se excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, ou seja, da própria produção da prova em si (§3º do art. 373 do CPC/2015).

Cabe ainda destacar a possibilidade de tal convenção ser pactuada durante o processo ou mesmo antes dele, tal como autoriza o §4º do art. 373, notadamente, configurando autêntico negócio jurídico processual, à luz do que já disciplina o art. 190 do CPC/2015.

Fatos que Independem de Prova

Somente os fatos controvertidos ou controversos dependem de prova no processo, isto é, alegados por um e negados pela outra parte, que sejam relevantes para o destino da causa. Importante observar ainda que o art. 374 do CPC/2015 expressa claramente que não dependem de prova os fatos:

a) Notórios

Quanto à definição do que seriam fatos notórios, há certa dissensão entre doutrinas. A divergência se fixa principalmente quanto à abrangência que o conceito deve invocar. A despeito de divergências, pode-se conceituar fatos notórios como aqueles conhecidos e tidos como verdadeiros dentro de certo grupo social (*v.g.*, não é preciso provar o dano moral que advém: da morte do filho, da morte do cônjuge, devolução indevida de cheque; protesto indevido de duplicata etc.). O juiz deverá, em caso concreto, quando fixar os pontos controvertidos no despacho de saneamento do processo, avaliar, considerando o lugar, o tempo, a cultura e as regras da experiência se, de fato, prescinde ou não de prova.

b) Afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária

A redação deste inciso não se faz absoluta, uma vez que assevera não depender de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, não sendo lembrado pelo legislador que a “confissão” é um meio de prova (art. 389 do CPC/2015). Na verdade, se na sua contestação ou em depoimento pessoal, a parte afirma ser verdadeiro fato que é contrário aos seus interesses, esta afirmação dispensa outras provas; entretanto, caso o magistrado desconfie da atitude das partes ou perceba que o fato confessado se apresenta contraditório, poderá determinar a realização de outras provas com o objetivo de verificar a veracidade dos fatos, tudo pautado, inclusive, no interesse do Estado em estabelecer a preservação do ordenamento e segurança jurídica.

c) Admitidos, no processo, como incontrovertidos

Cabe ao réu, ao contestar a ação, impugnar especificamente os fatos articulados na petição inicial pelo autor, sob pena de serem tidos como verdadeiros os fatos que não forem impugnados expressamente (verdade formal), exceto: se não for admissível a seu respeito a confissão (*v.g.*, escritura pública); se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto (art. 341 do CPC/2015).

d) Em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade

Presunção é o processo mental através do qual se deduz o desconhecido ou ignorado, partindo-se de um fato conhecido, ou seja, é a consequência ou conclusão que a lei ou o juiz tiram, tendo como base um fato conhecido, para chegar a outro ignorado. Existem dois tipos de “presunção legal”: absoluta (*juris et de jure*), que não admite prova em contrário (*v.g.*, todos conhecem a lei, art. 3º, LINB) ou relativa (*juris tantum*), que admite prova em contrário (*v.g.*, a entrega do título ao devedor firma a presunção de pagamento, arts. 322 e 324 do Código Civil).

O art. 376 do CPC ressalta, quanto às leis, que, se a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, caso o juiz o determine.

Modalidades de Provas

Conforme já pontuado em linhas atrás, sustenta o art. 369 do CPC/2015 que as partes “*têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*”

Nestes termos, o Código, mediante aludida norma, determina o princípio da atipicidade dos meios de prova, isto é, além dos meios de provas expressamente indicados pela lei, no CPC ou no Código Civil (art. 212), usados para demonstrar a verdade de um fato, outra forma que seja moralmente legítima pode ser usada. Neste sentido, importante observar o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal que afirma que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” (v.g., gravação oculta de diálogo por terceiros estranhos à conversa, gravação clandestina). Geralmente, compete ao juiz avaliar, no caso concreto, se determinada prova apresentada pela parte pode ou não ser usada no processo.

O CPC/2015 determina claramente os seguintes meios de prova:

- I – ata notorial (art. 384);
- II – depoimento pessoal (arts. 358 a 388);
- III – confissão (arts. 389 a 395);
- IV – exibição de documento ou coisa (arts. 396 e 404);
- V – prova documental (arts. 405 a 441);
- VI – prova testemunhal (arts. 442 a 463);
- VII – prova pericial (arts. 464 a 480);
- VIII – inspeção judicial (arts. 481 a 484);
- IX – prova emprestada (art. 372).

O autor deve mencionar, na petição inicial, os meios de prova que tenciona produzir (art. 319, VI do CPC/2015), devendo o réu fazer o mesmo na contestação (art. 336 do CPC/2015). Ressalta-se que simples protesto genérico de provas é insuficiente para atender à determinação legal; é preciso que a parte aponte explicitamente as provas que pretende produzir, sob pena de preclusão.

Prova Documental

Para fins de análise do tema central em comento, quer seja o documento eletrônico, se faz necessário debruçar sobre o seu gênero, documento, e daí, prova documental, objetivando descortinar suas principais nuances, implicando, de certo, em um propício substrato para a compreensão da natureza documental probatória do objeto “documento eletrônico”.

Em sentido amplo, documento é todo registro material de um fato, podendo citar como exemplo as certidão de nascimento, o contrato escrito de compra e venda, um recibo de pagamento, fotografias, filmes, fita magnética, *e-mail*, cartas, bilhetes, telegramas, pinturas, etc.

O documento, não se pode negar, sempre foi um tipo de prova singular no processo, devido à inegável força de convencimento que possui sobre o espírito do julgador.

O autor, como regra geral, deve juntar os documentos que tem na petição inicial, e o réu na contestação. Desse modo, afirma o art. 434 do CPC/2015: “*Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações.*”

A juntada de documentos novos fora destas ocasiões só é legalmente permitida quando eles forem destinados a fazer prova de fatos que aconteceram após a distribuição da petição inicial ou o protocolo da contestação (art. 397 do CPC/2015), cabendo ao juiz possibilitar oportunidade para que a parte contrária se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias, podendo o juiz, a requerimento da parte, dilatar aludido prazo para manifestação sobre a prova documental produzida, levando em consideração para isso a quantidade e a complexidade da documentação. (art. 437, §§1º e 2º do CPC/2015).

Na mesma toada, o parágrafo único do art. 435 do CPC/2015 autoriza a possibilidade da juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, e ainda aqueles documentos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após tais atos processuais, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente, e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com a boa-fé processual (art. 5º do CPC/2015).

Importante observar, em coro com a questão supra, que o próprio art. 493 do CPC/2015, ao especificar que se “*depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão*”, vetoriza para o propósito de que, mais que as partes, o próprio Estado tem o “interesse direto” (entendido aqui como justificador do próprio monopólio jurisdicional) na consecução da pacificação social e, observando ou mesmo sendo provocado acerca de questões que podem influir na decisão do julgado, deve determinar o recebimento de provas, evitando-se, muitas vezes, a prática automática e condenável da preclusão temporal das mesmas, arrastando com isto o julgado para soluções que, em nome da celeridade, são por diversas vezes evitadas de uma carência de instrução razoável ou mesmo plena e desejável.¹³

Não podemos deixar de reconhecer a crescente prática da ideia supra no âmbito da judicatura, onde dotados de tal espírito estão juízes, amparados na vontade de buscar a verdade real, com intuito de que a futura decisão seja a mais justa possível para o caso *sub judice*.

Aliás, corroborando com importante ideário, o CPC/2015 estabelece no próprio art. 493, mais precisamente em seu parágrafo único que poderá o juiz constatar o fato novo. Neste caso, notadamente, ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

Caso a parte discorde quanto à autenticidade de documento juntado pela outra parte, seja na petição inicial, na contestação, ou posteriormente, poderá o interessado alegar “incidente de falsidade”¹⁴ na

¹³ Neste assunto, pertinente é o contributo de Jordi Ferrer Beltrán (*La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.54-55), assentado na importância ilimitada da produção probal, seja no aspecto temporal ou mesmo em sede de conteúdo:

“*La debida protección de este derecho (direito a utilizar todas as provas de que se dispões para demonstrar a verdade dos fatos que fundam a pretensão) supone que se imponga a los jueces y tribunales el deber de admitir todas las pruebas relevantes aportadas por La partes. ES decir, deberán ser admitidas todas aquellas pruebas que hipotéticamente puedan ser idóneas para aportar, directa o indirectamente, elementos de juicio acerca de los hechos que deben ser probados. (...). Por otro lado, también supodría una violación del derecho a la prueba la limitación a La posibilidad de aportar pruebas relevantes impuesta, no ya por el órgano juzgador, sino legislativamente.*”

¹⁴ Nos processos eletrônicos, “a arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor” (art. 11, § 2º, da Lei n. 11.419/2006), devendo os originais de tais documentos ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória (art. 11, § 3º, da Lei n. 11.419/2006).

própria contestação, em preliminar, ou, quando for o caso, da juntada de documento aos autos, no prazo de 15 (quinze) dias por petição devidamente fundamentada, que deverá denotar ainda os meios pelos quais o requerente pretende provar a referida falsidade (arts. 430 e 431 do CPC/2015).

Uma vez arguida, a falsidade será resolvida como questão incidental, salvo se a parte requerer que o juiz a decida como questão principal, nos termos do inciso II do art. 19 do CPC/2015.¹⁵ Em todos os casos, o juiz mandará intimar a parte que apresentou o documento para responder no prazo de 15 (quinze) dias, sendo-lhe facultado requerer a retirada do documento contestado, o que será estipulado pelo juiz caso não se oponha aquele que produziu o incidente. Se achar necessário, o juiz estipulará a realização de exame pericial no documento, devendo observar que o ônus da prova neste aspecto é dividido pelo ordenamento processual civil, art. 429 do CPC/2015, da seguinte forma:

“Art. 429. Incumbe o ônus da prova quando:

I – se tratar de falsidade de documento ou de preenchimento abusivo, à parte que a arguir;

II – se tratar de impugnação da autenticidade, à parte que produziu o documento.”

Caso a declaração sobre a falsidade do documento venha a ser suscitada como questão principal do processo, esta constará da parte dispositiva da sentença e sobre ela incidirá também a autoridade da coisa julgada (art. 433 do CPC/2015).

Prova Documental e Documento Eletrônico

O art. 369 do CPC/2015 aponta para a ideia de que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no *codex*, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

¹⁵ “Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

(...)

II – da autenticidade ou da falsidade de documento.”

Todavia, a doutrina aponta outros meios probatórios e, conforme bem salienta Theodoro Júnior,¹⁶ têm-se meios de prova descritos em outras legislações, sendo que algumas das formas de se provar não estão diretamente contempladas na legislação tal como a “presunção”, esta referendada no art. 212 do Código Civil – lei n. 10.406 de 2002, mas com relevância no processo hodierno, sendo admissível desde que em sintonia para com as garantias do contraditório e com a participação da parte contra quem deva operar, devendo-se também não perder de mira o próprio art. 5º, inciso LVI da Carta Maior, que, conforme cediço, assinala como inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.

Partindo deste pressuposto, toma-se a linha da prova documental, revelando no contexto geral a definição de documento já trazida alhures, como todo registro material de um fato, conforme se tem mediante uma certidão de nascimento, um contrato escrito de compra e venda, um recibo de pagamento, filmes, fotografias, fita magnética, *e-mail*, bilhetes, telegramas, cartas, pinturas, dentre outros.

A legislação e a doutrina vigentes ainda tratam o fator físico da prova documental como legitimador de sua veracidade, tropeçando-se em um antigo princípio conferido ao meio físico do documento que é o princípio da cartularidade, mesmo que aludia ideia venha perdendo fôlego com a novata visão sobre a produção documental eletrônica.

Em se tratando da prova documental apresentada na legislação e sua relação com a aceitação da prova eletrônica no processo, se faz necessária a apresentação do conceito que referencia o Documento Eletrônico como dado relevante em um processo, tomando assim como base os apontamentos de Patrícia Peck¹⁷ ao analisar conceitualmente o documento conforme transcrito no Decreto Italiano nº 513/97, i.e., “*a representação eletrônica ou digital de atos, fatos ou dados juridicamente relevantes*”.

Sob a ótica pátria, temos na mesma direção a Portaria do Ministério da Fazenda nº 528/96, de 2 de setembro de 1996, publicada no *DOU* em 10-10-1996, que regulamentou o Sistema Setorial de Gestão de Documentação e Informações – SGDI, do Ministério da Fazenda, o qual expressa que “*compreende-se por documento, qualquer que seja o suporte*

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 425.

¹⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300.

utilizado, o conjunto de informações que registre o conhecimento humano, de forma que possa ser utilizado como elemento de consulta, estudo e prova”.

Bem se observa, portanto, conforme se faz presente em outros ordenamentos já há algum tempo, uma tentativa em demonstrar a possível aceitação do documento produzido em meio eletrônico entre os demais admitidos no universo jurídico, desde que, sendo relevante ao esclarecimento de fatos, apresente-se na demonstração de atos ou mesmo passível de consulta e estudos probantes na questão discutida.

Vê-se, dessa forma, a preocupação por parte do legislador brasileiro em propor soluções às questões que cercam os paradigmas eletrônicos, sendo cediça a necessidade de verdadeira atenção à questão, dado não existirem moldes que contenham, de maneira aceitável, uma referência representativa das condições criadas pelas novas proposições tecnológicas.

Cabe ainda ressaltar o papel do Código Civil brasileiro, o qual, em cláusula genérica, versa sobre a regulação de documentos produzidos por equipamentos eletrônicos passíveis de aceitação como meios probatórios:

“Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.”

Ao tratar da criação e reprodução de arquivos em máquinas e equipamentos mecânicos ou eletrônicos, o legislador legitima os documentos produzidos como registro válido na constituição da prova documental, desde que sejam conferidos alguns cuidados para a efetiva validação do arquivo como válido, seguindo o deferimento pelo juiz e a aceitação do documento pela contra parte, que poderá compor a instrução probatória do processo.

O documento armazenado no papel é idêntico ao produzido em suporte eletrônico e, guardadas as devidas proporções, se faz necessário que sejam tomados os mesmos cuidados em uma situação da verificação da autenticidade como se presta a um documento em papel.

Para que se entenda como é possível demonstrar que a prova documental produzida por meio eletrônico, assim como os meios de sua produção, pode ser aceita e valorada dentro de um processo, é preciso que se conheça a construção do Direito Eletrônico, em seu papel de explicar,

diante de alguns aspectos jurídicos, como os novos meios de circulação de documentos e suas particularidades no meio eletrônico podem assegurar a veracidade da informação neles contida.

Aspectos jurídicos do documento eletrônico

Em diversas situações, o documento tem deixado de se apresentar por meio do papel ou, deve-se dizer, por meio de uma mídia considerada como uma forma padrão que ateste sua originalidade, tendo em vista a facilidade de armazenagem ou troca de dados por outros meios de mídia, o que vem gerando diversos questionamentos sobre a veracidade dos documentos em questão até que a lei os regulamente.

Conforme lembra Patrícia Peck,

“a questão sobre documentos eletrônicos não é criação da Internet. É um assunto que já se discute há muito tempo devido à documentação de operações em redes eletrônicas de bancos, seja via intranet de computadores ligados com operadoras de cartão de crédito, seja quanto a aplicações financeiras realizadas remotamente na Bolsa de Valores, seja via telefone em operações conduzidas pelo cliente em uma gravação eletrônica, nos serviços de *bank phone*.”¹⁸

O fato é que tais operações são realizadas há bastante tempo, muito antes que se falasse em uma rede mundial de computadores; portanto, se vê que os documentos eletrônicos já estão presentes há muito no mundo jurídico. Algum tempo atrás, os arquivos eram armazenados em grandes computadores, em cartões perfurados, em antigas fitas cassette ou DAT; ou em antigos disquetes, de 5 e $\frac{1}{4}$ ou de 3 e $\frac{1}{2}$; ou mesmo em grandes centrais telefônicas, utilizados para a armazenagem de um grande número de dados em menor espaço, visando à recuperação rápida destes dados para que o cliente conseguisse em tempo hábil e satisfatório resolver seu problema com a empresa. Hoje, continuam presentes em outras mídias, como CDs, DVDs, *Pen Drives*, *memory cards* e outras memórias de armazenagem em diversas espécies de aparelhos eletrônicos.

Alguns exemplos das legislações que balizaram as operações em rede são dados pela autora supracitada, quando essa faz referência à lei

¹⁸ Ob. cit., p. 151.

da Microfilmagem, – lei n. 5.433/68 – que regula a microfilmagem de documentos particulares e oficiais arquivados, criada no Brasil muito antes de se pensar em compartilhamento de dados pela web; ou a lei de registros públicos – lei n. 6.015/73 – que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências, alterada posteriormente por vários diplomas legais, mas que mantém o propósito de que cabe ao tabelião de registro de títulos e documentos fazer o registro de documentos particulares para fazer prova de obrigações convencionais, independentemente do valor a elas atribuído.

Neste contexto, vale lembrar que, na atualidade, já é utilizado em cartórios de registro o armazenamento de informações por meio de mídias digitais, e que seus tabeliães estão balizados na legislação vigente para se prestar a tal situação. Por conseguinte, os documentos eletrônicos nesses termos já são presumidos como válidos ou passíveis de validação, se considerados os requisitos de prestação de fé pública depositados aos tabeliães de registro de documentos, portanto, perfeitamente utilizáveis como prova, ao se cercarem deste argumento.

Entretanto, há de se trabalhar nesse meio com algumas feições inerentes ao documento, projetado como passível de representatividade probante no processo, que serão tratadas adiante.

Dentre as diversas representações apresentadas por um documento passível de se aceitar como prova válida em um processo, a integridade é o primeiro aspecto que deve ser tomado como relevante.

Conforme trata Bennucci,¹⁹ a integridade de um documento parte do pressuposto de que o mesmo “não tenha sido alterado durante a transmissão em meio eletrônico.” Para que essa validade seja conferida, há de se tomar em consideração a relação entre a identidade do criador do documento produzido em meio eletrônico e a autenticidade do próprio documento, visto que o documento eletrônico, analisado isoladamente, não possui qualquer atributo que lhe confira tal pessoalidade.²⁰

Em se tratando de tais perspectivas, para que se considerem relevantes, a integridade e a autenticidade devem ser tomadas com cautela, pois, até que se cerque da certeza de que é válido o documento em questão, se faz necessária a observação de alguns requisitos de segurança e validade

¹⁹ BENUCCI, Renato Luís. *A tecnologia aplicada ao Processo Judicial*. Campinas: Millenium, 2006, p. 86.

²⁰ Idem.

para demonstrar as garantias de que o documento é proveniente de quem alega tê-lo fabricado. O papel de verificação de tais requisitos prestado pelo juiz no procedimento probatório, nesses casos, necessita de auxílio da tecnologia para atestar a devida confiabilidade às informações contidas no documento digital.

O Direito à prova documental eletrônica

Com as hodiernas tecnologias, o Direito Processual se vê diante de perspectivas que ainda assombram o referencial jurídico e desafiam a sociedade de modo agressivo, oferecendo uma nova maneira de viver em sociedade diante de uma nova ordem mundial que se agrega à sede de conhecimento e trabalha oferecendo informações em abundância ao alcance de um só clique. Percebe-se assim que “a informação já não pode ser dispensada, quer pela qualidade, quer pela quantidade, pois se transformou em novo *bem jurídico*, de primeiríssima ordem para o homem contemporâneo.”²¹

Ao tratar das novidades advindas da informatização, que representam um novo momento para a sociedade e para o Direito, Paesani expressa que “a própria realidade das coisas não é somente a *material*, mas se limitou em produzir seus efeitos para transformar-se em *virtual*. A desmaterialização não se limitou em produzir seus efeitos na linguagem, mas incide frontalmente em fundamentadas teorias jurídicas e cita-se, como exemplo, a *transferência eletrônica de fundos (Electronic Fund Transfer, EFT)*, que se destina a desmaterializar o título de crédito do papel. Para Galgano (1989:359), o fenômeno já existe em diversos países e, nas relações interbancárias, a circulação do papel termina nas mãos do banqueiro que o detiver em primeiro lugar. Afirma ainda, em sequência, que “a teoria do Título de Crédito, admirável criação de diversas gerações de juristas, deverá ser revista desde a base, visto que está fundamentada na materialidade do papel, como coisa móvel suscetível de apropriação e, portanto, de aquisição a non domino.”²²

Tratando o contexto eletrônico como o responsável pela desmaterialização do documento de maneira geral, e demonstrando que

²¹ PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 18.

²² *Ibidem*, p. 25.

há uma tendência em se desprender os conceitos enredados no mundo jurídico, da materialidade como referencial participativo do conceito de documento, sem, contudo, se desprender de todo o aporte referencial jurídico, vista a necessidade de se manter as teorias basilares do Direito nutridas de suas capacidades de definição dos preceitos legais, o Direito se vê desafiado pelo aporte tecnológico na construção de conceitos em que se concedam as características de seus institutos, sem que essas se prendam a detalhes tecnicistas sobre o suporte a que devam se submeter para a efetivação de sua validade no universo jurídico.

Outrossim, baseia-se na formalização e tratamento das informações, na sua divulgação de maneira própria através da *telemática*²³ e do conteúdo a que se prestam essas informações que, uma vez transformadas em dados, são disponibilizadas a todos aqueles que, interessando-se, podem buscá-las em um ambiente multifacetado, trocando-as entre si por meio de ferramentas próprias deste ambiente, se valendo para tanto, do universo eletrônico e de suas técnicas.

Disso, portanto, podem os indivíduos produzir informações que, de maneira geral, serão tratadas como documentação e, por consequência, como prova jurídica.

Cabe ao Direito, contudo, ajustar o que vem de novo atrelando-se a técnicas de segurança eletrônicas e ao tratamento de dados circulantes no ambiente virtual. Tarefa árdua que certamente irá demandar dos profissionais da informática e dos juristas um trabalho amplo que deverá se realizar, dentro de seus parâmetros, em conjunto.

Ademais, tratando-se do ambiente virtual, chamado de internet, e conjuntamente dos computadores ou de outros equipamentos capazes de produzirem um texto e lançá-lo ao ambiente em epígrafe, entende-se que é possível a produção e o tráfego de um documento capaz de, se tratado em seus devidos aspectos, ser utilizado como meio probatório no âmbito processual.

²³ Neste sentido, Paesani apresenta o conceito de telemática, nos seguintes termos: “Telemática corresponde ao procedimento da elaboração das informações à distância e, por conseguinte, ao movimento de circulação automática dos dados informáticos, que ocorrem no diálogo com os calculadores eletrônicos, utilizando os terminais inteligentes, capazes de receber e transmitir. A Telemática contribuiu para colocar a informação em liberdade, conferindo-lhe plena autonomia de circulação”. PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 18.

Dito isso, bem resolveu o Código de Processo Civil de 2015 cuidar, ainda que timidamente, do documento eletrônico como elemento probatório.

Autoriza a *lex supra* a admissão de documentos eletrônicos produzidos e conservados com observância da legislação específica sobre o tema²⁴, *ex vi* do art.441 do CPC/2015.

Com relação ao uso de documentos eletrônicos em processo convencional, este dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade para a respetiva valoração do mesmo.

Importante frisar que o art. 11, *caput* da Lei n. 11.419/2006, determina que “*os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais*”.

Além disso, por força do § 1º do mesmo artigo, “*os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização*”.

Por tudo, poderá o órgão julgador apreciar o valor probante do documento eletrônico não convertido na forma impressa, cabendo ao julgador conceder o devido acesso das partes ao seu inteiro teor (art.440 do CPC/2015).

À Guisa Final: o aplicativo whatsapp e seu reconhecimento probatório

Denomina-se WhatsApp um software para smartphones utilizado para troca de mensagens de texto instantaneamente, além de vídeos, fotos e áudios através de uma conexão a internet.

Segundo pesquisa feita pelo MEF (*Mobile Ecosystem Forum*) publicada na revista Exame²⁵ em 30 de junho de 2016, 76% dos assinantes móveis no

²⁴ Lei n. 11.419/2006.

²⁵ Disponível em: <http://exame.abril.com.br/tecnologia/brasil-e-um-dos-paises-que-mais-usam-whatsapp-diz-pesquisa/#>. Acesso em 11 de março de 2018.

Brasil fazem uso regular do *WhatsApp*, que é o comunicador instantâneo mais popular no País. O aludido aplicativo, conforme referido, possibilita aos usuários realizar a troca de mensagens, fotos, áudios, documentos e até mesmo fazer ligações para outros usuários que utilizam a tecnologia. Disso, inegavelmente, passam a surgir indagações acerca da possibilidade probatória e sua respectiva valoração no que tange às provas obtidas por meio de tal aplicativo.

Fato incontestado é que o Direito deve acompanhar as transformações sofridas pela sociedade, respondendo com presteza aos acontecimentos cotidianos, sob pena de tornar-se, em muitas passagens, inútil. Assim, se tais acontecimentos ocorrem no ambiente virtual e tecnológico, torna-se claro que neste ambiente, igualmente, o Direito deve atuar e regular.

À luz do art. 441 do CPC/2015, como retro frisado, admite-se documentos eletrônicos como prova processual e bem por isso, o Código de Processo Civil de 2015 em consonância com o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14), incorporou o uso da tecnologia ao adotar a possibilidade da constituição de provas por meio de documento eletrônico.

Como alhures notado, poderia se questionar que tal novidade confrontasse com um princípio amplamente aplicado pela doutrina e jurisprudência durante muito tempo, o qual enfatiza a necessidade das provas documentais serem físicas, podendo ser apresentadas em juízo somente se respeitada à formalidade na constituição do documento. É o que se convencionou chamar de princípio da cartularidade e já bem enfrentado por nós no item 6.

De fato, aceitar a apresentação de provas obtidas por meios eletrônicos, como no caso do *WhatsApp*, é o mesmo que relativizar o princípio da cartularidade, impondo, assim, transformações no reconhecimento jurídico do “documento” e ampliando o acesso à possibilidade de reconhecimento de direitos, uma vez que facilitaria a constituição probatória em determinadas circunstâncias, evitando-se a inviabilidade de se provar em juízo fato constitutivo de direito.

Em verdade, tendência do mundo moderno é a praticidade, facilitando cada vez mais a comunicação e, conseqüentemente a realização de negócios jurídicos, o que eleva o uso de documentos de mídia. Assim, em vários casos, os documentos têm deixado de ser apresentados fisicamente, isto

é, impressos em papel, tendo em vista a praticidade de armazenamento em mídias eletrônicas, o que vem suscitando dúvidas quanto a validade e veracidade dos mesmos.

Sob esse prisma, estabelece o art. 439 do CPC que a “*utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei.*”

Assim, apesar de inovar permitindo que documentos eletrônicos sejam aceitos no processo (v.g., uma conversa pelo aplicativo *WhatsApp* na qual as partes constituem um contrato de compra e venda), também ressaltou que o uso deve ser feito sob verificação da autenticidade do documento, evitando, assim, as fraudes. Tal limitação garante um maior grau de confiabilidade à prova gerada por documento eletrônico quando sua autenticidade é verificada.

Como existem hipóteses em que a verificação da autenticidade não pode ser realizada ou, se assim feita, não garante resultados idôneos, o legislador, conforme já apontado em item anterior, autoriza ao juiz apreciar o valor do documento como prova, como nos casos em que se torna claro por outros meios a validade do documento eletrônico, *ex vi* do art. 440.

Prestigiando a própria inteligência do que regra o CPC/2015 acerca da validade e uso de documentos eletrônicos, verifica-se, por exemplo, decisão proveniente da 5ª vara da família e sucessões da comarca de São Paulo²⁶, no ano de 2014, fruto das mudanças trazidas pelo Marco Civil da Internet, em que o magistrado deferiu, liminarmente, alimentos gravídicos à autora gestante essencialmente com base em um histórico de conversa virtual nesse aplicativo.

No mesmo sentido, o STJ concedeu efeito suspensivo ao Recurso Especial²⁷ interposto pelo alimentante em ação de alimentos em fase de execução, suspendendo assim, o mandado de prisão por não pagamento. Isso porque entendeu o Ministro Relator, no que pese haver nos autos petição informando o desejo da alimentada em prosseguir com a ação, a mesma não conseguiu demonstrar a necessidade no recebimento da pensão. Nestes termos, o Relator considerou válida a renúncia aos direitos de pensão feito pela alimentada, que inclusive salientou a desnecessidade no

²⁶ Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-alimentos-gravidicos-vara.pdf>. Acesso em 04 abril de 2018.

²⁷ STJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão Pet. 11.626 – RS (2016/0217487-8). DJ 12.08.2016.

recebimento dos alimentos, em uma conversa realizada entre as partes no aplicativo *WhatsApp*, a qual foi certificada e autenticada por um tabelião.

Oportuno se faz trazer os seguintes fragmentos da conversa: “Oi minha filha... acabei de receber intimação da execução de alimentos., mais de 20 mil. Não tenho a menor condição de pagar... parece q tudo entrou em parafuso... nem sei o q fazer”; às 15h01min mensagem enviada por Liriana: “ahh de quem? pra que?”; às 15h02min mensagem enviada pelo solicitante: “Atua né!!”; em seguida às 15h03min mensagem enviada por Liriana: “eu nem sei disso., nem to ai.. não preciso de dinheiro..”; às 15h05min mensagem enviada pelo solicitante: “Sei disso mas teus avós e a advogada permanecem litigando em teu nome., ameaça de prisão pra mim..”; às 15h06min mensagem enviada pelo solicitante: “Preciso q fale com eles...”; às 15h07min mensagem enviada pelo solicitante: “Pago aqueles 3 mil em três parcelas... é só o q posso conseguir... Tô em desespero”; às 15h09min mensagem enviada por Liriana: “eu falo com eles as vezes sobre isso. Mas depois daquela vez.. Pensei que tinha acabado com isso.. Bem de qualquer modo vou falar com eles hoje a noite. Não se preocupena... Eu não intendo nada dessas coisas. Vocês tem de fazer um acordo. Não preciso de dinheiro nenhum.”²⁸ (grifos nossos).

Insta ainda ratificar aqui o que outrora fora afirmado: para asseverar a autenticidade contida em um documento decorrente do ambiente virtual, é possível uso de cartórios de registro.

Assim, os documentos eletrônicos como elementos probatórios já serão presumidos como válidos ou passíveis de validação, se considerados os requisitos de prestação de fé pública depositados aos tabeliães de registro de documentos, portanto, perfeitamente utilizáveis como prova, ao se cercarem deste argumento.

Considerações finais

Por tudo dito, a força probante dos documentos eletrônicos e mesmo as vias de acesso para se apurar a sua existência e validade contribuem para que o Direito Processual e a vida cotidiana possam compartilhar de uma mesma realidade.

²⁸ Conteúdo extraído das folhas 155 e 156 dos autos da ação supramencionada, conforme fundamento da decisão do relator.

De fato, ao garantir maior credibilidade aos novos meios de conquista da prova, cumprir-se-á com as expectativas trazidas pelos avanços tecnológicos para a busca de uma verdade mais próxima daquela tida como real em âmbito processual, o que, certamente, favorecerá a quem pretende demonstrar sua boa-fé na conquista do respectivo direito material molestado.

Referências

- AROCA, Juan Montero. *Los Principios Políticos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BENUCCI, Renato Luís. *A tecnologia aplicada ao Processo Judicial*. Campinas: Millenium, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas: Bookseller, 2002.
- GAIOJÚNIOR, Antônio Pereira; MELLO, Cleyson de Moraes. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- GRECO, Leonardo. A Prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código Civil. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva. *Linhas Mestras do Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2004, p.397-422.
- MENDES, João de Castro. *O Conceito de Prova em Processo Civil*. Lisboa: Ática, 1961.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2011.
- PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2 ed. Vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

A Resolução CNE/CES número 5, de 17/12/2018 e as novas Diretrizes Curriculares Nacionais para os cursos de graduação em Direito

Cleyson de Moraes Mello

Resumo

Este artigo científico tem por finalidade apresentar as diretrizes básicas da Resolução CNE/CES número 5, de 17/12/2018, propondo uma reflexão na gestão dos cursos de Direito do Brasil.

Palavras-chave: Ensino; direito; gestão universitária.

Abstract

This scientific article aims to present the basic guidelines of Resolution CNE / CES No. 5, of 12/17/2018, proposing a reflection on the management of Law courses in Brazil.

Keyword: Teaching; law; university management.

Introdução

O MEC, através do CNE/CES, instituiu nova resolução que introduz inserções importantes nas diretrizes curriculares dos cursos jurídicos no Brasil. Tais diretrizes vêm complementar ou ampliar procedimentos anteriores, a saber, Portaria 1886/94, Resolução 09/2004 e Resolução 03/2017. De maneira geral, são iniciativas que têm objetivo comum, ou seja, adequar os cursos de Direito no Brasil às novas demandas e aos novos agentes sócio-institucionais emergentes com a globalização contemporânea. Nada mais necessário e urgente, uma vez que é preciso manter o ensino jurídico, bem como o Direito brasileiro, inserido na lógica do “movimento” global que se apresenta diante de todos de forma desafiadora.

Assim, a Resolução CNE/CES 05/2018¹ aponta inserções importantes para enfrentamento das novas demandas e novos agentes

¹ (DOU nº 243, 19.12.2018, Seção 1, p. 47 e 48)

sociais mencionados acima. Mediante formação teórica sólida, preparatória para formação profissional e prática consistentes, a Resolução idealiza a construção de juristas e não meros operadores do Direito despreparados técnica e intelectualmente. Desse modo, o projeto pedagógico dos cursos de Direito deve ser elaborado para estabelecimento de um perfil do futuro bacharel que atenda a esses desafios.

Preliminarmente, vale destacar a observação de Horácio Vanderlei Rodrigues, no sentido de que

“a pretensão de corrigir o Ensino do Direito mediante a simples alteração da matriz curricular do curso é equivocada. A introdução, supressão ou alteração de componentes curriculares não é capaz, isoladamente, de solucionar problemas de percepção e de compreensão da realidade.

Entretanto, a alteração ou substituição do currículo continua sendo vista, em muitas situações, como a *solução* para os problemas apresentados no âmbito da educação jurídica, ignorando, regra geral, as questões estruturais que impactam o processo educacional e que envolvem, entre outros, problemas de ordem epistemológica, cultural, social, política e econômica.” (RODRIGUES, 2018, p.16).

Elencando essas novas diretrizes, pode-se apontar que algumas delas ganham maior ressonância acadêmica e social, levando-se em consideração o contexto brasileiro contemporâneo. A iniciação à pesquisa, por exemplo, deve ser atividade acadêmica devidamente institucionalizada para que possa desenvolver no futuro bacharel espírito crítico e investigativo, fundamental para manutenção do Direito sintonizado com seu tempo. A Antropologia Social deve ser disciplina oferecida sistematicamente para que se discutam as questões que envolvam etnia, raça e cultura dentro da formação histórica brasileira. A questão ambiental, a questão dos direitos humanos, políticos, econômicos e sociais também devem ser priorizados nas matrizes curriculares, assim como um direito pontual voltado para a terceira idade e também para o direito previdenciário, questões relevantes na contemporaneidade brasileira.

Perfil do Graduando

De acordo com artigo 3º da Resolução CNE/CES n.5, de 17 de dezembro de 2018, 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 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, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania.

Os planos de ensino do curso devem demonstrar como contribuirão para a adequada formação do graduando em face do perfil almejado pelo curso.

Competências cognitivas, instrumentais e interpessoais

Já o artigo 4º da nova Resolução que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito diz que o curso deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as competências cognitivas, instrumentais e interpessoais,² que capacitem o graduando a:

I – interpretar e aplicar as normas (princípios e regras) do sistema jurídico nacional, observando a experiência estrangeira e comparada, quando couber, articulando o conhecimento teórico com a resolução de problemas;

II – demonstrar competência na leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos, de caráter negocial, processual ou normativo, bem como a devida utilização das normas técnico-jurídicas;

III – demonstrar capacidade para comunicar-se com precisão;

IV – dominar instrumentos da metodologia jurídica, sendo capaz de compreender e aplicar conceitos, estruturas e racionalidades fundamentais ao exercício do Direito;

V – adquirir capacidade para desenvolver técnicas de raciocínio e de argumentação jurídicas com objetivo de propor soluções e decidir questões no âmbito do Direito;

VI – desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos;

VII – compreender a hermenêutica e os métodos interpretativos, com a necessária capacidade de pesquisa e de utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;

VIII – atuar em diferentes instâncias extrajudiciais, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;

IX – utilizar corretamente a terminologia e as categorias jurídicas;

² Na Resolução CNE/CES n.9/2004 eram as chamadas “Habilidades e Competências”, denominadas, a partir da nova DCN, “competências cognitivas, instrumentais e interpessoais.”

- X – aceitar a diversidade e o pluralismo cultural;
- XI – compreender o impacto das novas tecnologias na área jurídica;
- XII – possuir o domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito;
- XIII – desenvolver a capacidade de trabalhar em grupos formados por profissionais do Direito ou de caráter interdisciplinar; e
- XIV – apreender conceitos deontológico-profissionais e desenvolver perspectivas transversais sobre direitos humanos.

Perspectivas formativas

O artigo 5º da Resolução CNE/CES n.5, de 17 de dezembro de 2018, determina que o curso de graduação em Direito, priorizando a interdisciplinaridade e a articulação de saberes, deverá incluir no Projeto Pedagógico do Curso (PPC), conteúdos e atividades que atendam às seguintes *perspectivas formativas*:

I – **Formação geral**, que tem por objetivo oferecer ao graduando os elementos fundamentais do Direito, em diálogo com as demais expressões do conhecimento filosófico e humanístico, das ciências sociais e das novas tecnologias da informação, abrangendo estudos que, em atenção ao PPC, envolvam saberes de outras áreas formativas, tais como: Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia;

II – **Formação técnico-jurídica**, que abrange, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a sua evolução e aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se, necessariamente, dentre outros condizentes com o PPC, conteúdos essenciais referentes às áreas de Teoria do Direito, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional, Direito Processual; Direito Previdenciário, Formas Consensuais de Solução de Conflitos; e

III – **Formação prático-profissional**, que objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nas demais perspectivas formativas, especialmente nas atividades relacionadas com a prática jurídica e o trabalho de curso (TC).

As atividades de caráter prático-profissional e a ênfase na resolução de problemas devem estar presentes, nos termos definidos no PPC, de modo transversal, em todas as três perspectivas formativas (artigo 5º, § 1º da Resolução CNE/CES n.5, de 17/12/2018).

O PPC incluirá as três perspectivas formativas, considerados os domínios estruturantes necessários a formação jurídica, aos problemas emergentes e transdisciplinares e aos novos desafios de ensino e pesquisa que se estabeleçam para a formação pretendida (artigo 5º, § 2º da Resolução CNE/CES n.5, de 17/12/2018).

Tendo em vista a diversificação curricular, as IES poderão introduzir no PPC conteúdos e componentes curriculares visando desenvolver conhecimentos de importância regional, nacional e internacional, bem como definir ênfases em determinado(s) campo(s) do Direito e articular novas competências e saberes necessários aos novos desafios que se apresentem ao mundo do Direito, tais como: Direito Ambiental, Direito Eleitoral, Direito Esportivo, Direitos Humanos, Direito do Consumidor, Direito da Criança e do Adolescente, Direito Agrário, Direito Cibernético e Direito Portuário (artigo 5º, § 3º da Resolução CNE/CES n.5, de 17/12/2018).

De acordo com as concepções e objetivos gerais do curso, nos termos do PPC, contextualizados com relação às suas inserções no âmbito geográfico e social, as IES poderão definir *conteúdos e atividades didático-formativas* que constituem componentes curriculares que possibilitam o desenvolvimento de conteúdos, competências e habilidades necessárias à formação jurídica, e podem ser desenvolvidas por meio de *estratégias e práticas pedagógicas diversificadas*, inclusive extraclasse e sob a responsabilidade de determinado docente, com planejamento prévio definido em plano de ensino (artigo 9º da Resolução CNE/CES n.5, de 17/12/2018).

Na verdade, o que se idealiza é uma formação humanista consistente, aliada a uma formação profissional e científica também consistente para que o graduando desenvolva plenamente sua capacidade de interpretação dos fenômenos jurídicos e sócio-institucionais que se lhe apresentarão de maneira concreta na convivência social e institucional. O Direito é voltado basicamente para solução de conflitos e, nesse sentido, o futuro bacharel tem que estar preparado para atuar profissionalmente. Dentro dessa perspectiva, enfatiza a Resolução, é preciso desenvolver o espírito crítico do futuro bacharel, estimulando ainda uma auto formação baseada na liberdade e na construção de uma autonomia decisória. Em uma palavra, o futuro bacharel deve saber ler para saber interpretar e aplicar o ordenamento jurídico de forma justa e eficiente.

O que pode ser dito de forma segura é que a Resolução CNE/CES 05/2018 estabelece novos paradigmas curriculares para os cursos jurídicos, visando modernizar os conteúdos e privilegiando a interdisciplinaridade, a inovação, o empreendedorismo, as novas tecnologias e a progressiva internacionalização dos conteúdos mediante metodologias ativas, criativas e dinâmicas. Os modelos de ensino tradicional devem ser, portanto, substituídos por modelos mais condizentes com a era digital. Esse é o desafio maior que precisa ser enfrentado pelas escolas jurídicas brasileiras na atualidade.

Importante reafirmar que as inovações tecnológicas têm provocado impactos significativos na atuação de escritórios de advocacia, bem como nos setores jurídicos das empresas nacionais. O avanço das tecnologias artificiais tem substituído de maneira progressiva a velha burocracia manual e o acompanhamento formal de processos, quase sempre a cargo de estagiários, pela automação artificial. Tais transformações mercadológicas e profissionais têm exigido dos cursos jurídicos a adequação dos currículos a essas novas demandas, ou seja, é preciso reinventar a formação para que se reinvente o advogado do futuro. É preciso que o futuro bacharel tenha capacidade de leituras de dados, teses jurídicas e diferentes cláusulas contratuais para que possa organizar estratégias de atuação.

Muitas empresas já estão exigindo advogados que saibam lidar com as mudanças que a tecnologia está provocando na rotina profissional jurídica, uma vez que as questões e demandas simples já estão sendo resolvidas por computadores, sem a necessidade da presença do advogado.

Outra inserção importante é a inclusão da disciplina *Conciliação e Mediação* como matéria obrigatória a partir de 2019. Tal inserção atende exigência formalizada pelo Conselho Nacional de Justiça e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Essa medida está consonante com a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário. Isso vem a quebrar a cultura jurídica prevalente nos cursos de Direito que é de Judicialização, com a inclusão das disciplinas de Conciliação, Mediação e Arbitragem. A ideia é fazer com que o futuro advogado estabeleça uma alternativa extrajudicial de solução de conflitos atuando como conciliador.

Dentro desse pressuposto, a Conciliação pode ser importante mecanismo na quebra da Judicialização, princípio prevalente na cultura jurídica brasileira. Quebrar essa cultura só é possível através da sala de aula, local de criação e afirmação dos paradigmas culturais do Direito nacional, ou seja, é na sala de aula que uma determina cultura jurídica se perpetua ou

se renova. Vale dizer que tal iniciativa segue tendência mundial, uma vez que a Judicialização de Conflitos nem sempre estabelece decisões justas. Pode-se dizer que a Conciliação oferece oportunidade para que as partes repensem o conflito antes que seja levado aos tribunais. Disciplinas como Direito Eleitoral, Direito Esportivo e Direito Agrário também podem ser oferecidas pelos cursos de Direito.

É preciso desenvolver e estimular o pensamento crítico humanizado, o deve ser elemento preponderante na prática educativa, uma vez que aliar a sensibilidade humana aos preceitos mecanicistas das inovações tecnológicas contemporâneas neutraliza a submissão humana às máquinas, preservando dessa forma um pensar jurídico humanizado e socialmente justo. Diante de tantas inovações tecnológicas, cada vez mais sofisticadas e complexas, a pergunta que se coloca como desafio nas escolas de Direito é: como desenvolver e estimular a capacidade de pensar criticamente no futuro operador do Direito? O apego exacerbado ao agir técnico subverte a natureza humana e coloca o aluno de Direito submisso ao que pode ser chamado de “tirania do agir técnico” ou condicionado a operar o Direito dentro de uma perspectiva marcadamente positivista e legalista.

O conhecimento jurídico deve ser, portanto, assimilado para se inserir na realidade sócio institucional, para enfrentamento dos conflitos mediante uma ação humanizada e responsável eticamente. A partir da observação sensível, deve ser sistematizado no aluno de Direito o pensamento crítico e indagador, ou seja, a formação jurídica deve ser estabelecida em sala de aula, partindo-se sempre do princípio da dúvida. Há, no âmbito do ensino jurídico, um obstáculo a ser contornado pelos professores, o elevado número de alunos em salas de aula. Ouvir, pensar e opinar, esse é o tripé que deve ser estimulado nos alunos ao longo de uma aula, ou seja, é importante quebrar o sentido burocrático (transmissão/memorização) que as aulas de Direito adquiriram desde os primórdios do ensino no Brasil. Não basta a apreensão do ordenamento jurídico, é preciso ter lucidez e independência intelectual para aplicá-los cotidianamente. É preciso, pois, que os cursos de Direito acompanhem as inovações contemporâneas, se renovem e se adequem aos novos tempos, em que o burocratismo do ensino deixe de ser a tônica dentro das salas de aulas. Afinal de contas, o futuro bacharel terá diante de si desafios e dilemas que terão que ser enfrentados com segurança e consciência.

Trabalho de Curso (TC)

O Trabalho de Curso (TC) é componente curricular obrigatório, conforme fixado pela IES no PPC (artigo 11 da Resolução CNE/CES n.5, de 17/12/2018).

As IES deverão emitir regulamentação própria aprovada por conselho competente, contendo, necessariamente, critérios, procedimentos e mecanismos de avaliação, além das diretrizes técnicas relacionadas com a sua elaboração (artigo 11, parágrafo único, da Resolução CNE/CES n.5, de 17/12/2018). Dessa forma, com lastro na flexibilização curricular, o TC poderá assumir outras formas e modelos que não seja somente a entrega da monografia, desde que previstas em regulamentação específica na IES.

Carga Horária referencial do curso de graduação em Direito

Os cursos de graduação terão carga horária referencial de 3.700 h, observada a Resolução CNE/CES nº 2, de 18 de junho de 2007 (artigo 12 da Resolução CNE/CES n.5, de 17/12/2018).

O curso de graduação terá até 20% de sua carga horária destinada às atividades complementares e de prática jurídica (artigo 13 da Resolução CNE/CES n.5, de 17/12/2018).

Parágrafo único. A distribuição do percentual previsto neste artigo será definida no PPC (artigo 13, parágrafo único, da Resolução CNE/CES n.5, de 17/12/2018).

Aplicação das novas Diretrizes Curriculares Nacionais (DCN)

As novas Diretrizes Curriculares Nacionais deverão ser implantadas pelas IES, obrigatoriamente, no prazo máximo de até dois anos, aos alunos ingressantes, a partir da publicação da Resolução CNE/CES n.5, de 17/12/2018 (artigo 14 da Resolução CNE/CES n.5, de 17/12/2018). (DOU nº 243, 19.12.2018, Seção 1, p. 47 e 48)

As IES poderão optar pela aplicação das DCN aos demais alunos do período ou ano subsequente à publicação da Resolução CNE/CES n.5, de 17/12/2018 (artigo 14, parágrafo único, da Resolução CNE/CES n.5, de 17/12/2018).

O Neoconstitucionalismo na era do Geodireito

Guilherme Sandoval Góes¹

Resumo

O presente artigo tem a pretensão de examinar a conexão epistemológica multidisciplinar que une o Direito e a Geopolítica, disciplinas que se imbricam de tal maneira que acabam desaguando na garantia de direitos fundamentais do cidadão comum. Isto significa dizer que a busca pelo desenvolvimento nacional deve ser feita sem se afastar dos pilares de sustentabilidade de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. É nesse diapasão, portanto, que este artigo aspira contribuir para a abertura de novos espaços de reflexão científica dentro da teoria constitucional, fazendo-a alçar voo mais elevado em direção a um constitucionalismo dito estratégico, que se junta ao constitucionalismo principialista pós-positivista.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; constitucionalismo estratégico; constituição estratégica; geodireito.

Abstract

The current article aims to analyze how the connection between Geopolitics and Law can assure the effectiveness of Constitutional Text and the applicable infraconstitutional legislation.

Keywords: Neoconstitutionalism; strategic constitutionalism; strategic constitution; geolaw.

Introdução

O presente artigo é fruto de pesquisa em andamento no programa produtividade da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e versa sobre o

¹ Pesquisador do Programa Produtividade da UNESA. Pós-Doutorando em Geopolítica, Cultura e Direito pela UNIFA. Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Professor Emérito da ECEME. Membro do PPGCA da UNIFA e PPGSID da ESG. Professor de Direito Constitucional da EMERJ, UNESA e UCAM. Diplomado pelo Naval War College dos Estados Unidos da América (Newport, Rhode Island). Chefe da Divisão de Geopolítica e Relações Internacionais da ESG. Agradeço o apoio do Programa Pesquisa Produtividade da UNESA.

tema “a judicialização da Geopolítica como última fronteira epistemológica do Estado Neoconstitucional de Direito”.

Assim sendo, colima examinar o fenômeno, que, muito embora ainda seja academicamente oculto no Brasil, já é uma realidade no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), qual seja a “judicialização das grandes questões geopolíticas do Estado brasileiro” que são levadas à Suprema Corte, seja na esfera concentrada, seja na esfera difusa do controle de constitucionalidade.

Infelizmente, há de se reconhecer que esta linha epistemológica ainda é incipiente no Brasil. No entanto, é firme nossa convicção de que a plena compreensão da relação “Constituição-Geopolítica” será o grande divisor de águas no âmbito da nova teoria da Constituição e da teoria dos direitos fundamentais, notadamente se o Brasil conseguir materializar todo o seu potencial de desenvolvimento nacional.

Portanto, a ideia central é analisar a relação epistêmica entre o Direito e a Geopolítica dentro do panorama jurídico-constitucional do terceiro milênio, caracterizado pelo assim chamado neoconstitucionalismo ² e, em especial, seus desdobramentos no estudo da efetividade dos direitos sociais em tempos de globalização da economia.

Com efeito, tal globalização neodarwinista têm desdobramentos geopolíticos e jurídicos que se imbricam de tal maneira que acabam desaguando na tentativa de desconstrução do Estado Democrático Social de Direito (*Welfare State*), na alteração estrutural de poder hegemônico da ordem neoliberal e, principalmente, na intensificação de uma guerra comercial entre potências globais, que pode repercutir-

² No prefácio da obra de BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, sob o subtítulo **Neoconstitucionalismo, Interpretação Constitucional e Judicialização das Relações Sociais no Brasil**, o Professor Luís Roberto Barroso assim se manifestou: “A dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de ideias, identificadas sob o rotulo genérico de *pós-positivismo* ou principialismo. Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob a ideia de **dignidade da pessoa humana**. Nesse ambiente, promove-se uma **reaproximação entre o Direito e a Ética**.” (grifos nossos).

se no cenário global como um todo. Trata-se da ordem mundial pós-moderna, paradigma ainda em construção, mas que já projeta toda a sua complexidade e instabilidade.

E assim é que, na esteira desta complexidade pós-moderna, a dinâmica do neoconstitucionalismo também se acelera, na medida em que se vê compelida a incorporar na equação jurídico-constitucional novas variáveis metajurídicas até então desconsideradas, como, por exemplo, a influência da Geopolítica do macropoder global sobre as normas jurídicas de Direito Interno dos países de modernidade tardia, como, infelizmente é o caso do Brasil. Urge, portanto, compreender tal Geopolítica com o desiderato de identificar seus reflexos na obstaculização de uma genuína estratégia nacional de desenvolvimento.

Realmente, a falta de compreensão do jogo geopolítico mundial dificulta a criação de uma Geopolítica brasileira autóctone, com latitude cratológica suficiente para garantir o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana para todos os cidadãos brasileiros. A questão é complexa, mas não pode deixar de ser enfrentada pelo juiz/jurista do século XXI. Não se refuta o amplo campo de reflexões a fazer, no entanto, já é possível diagnosticar os desafios do novo constitucionalismo (neoconstitucionalismo) no que tange ao encontro científico entre garantia de direitos fundamentais e desenvolvimento nacional.

É por tudo isso que o presente artigo outro caminho não terá senão o de trilhar toda a complexidade do Geodireito, aqui vislumbrado como elemento de conexão científica entre Geopolítica e Direito, daí a necessidade de se estabelecer diálogos epistemologicamente sofisticados que envolvem estratégias mundiais de poder hegemônico e elaboração de normas jurídicas internas de países subdesenvolvidos de modernidade tardia do Sul Global.

Essa é a razão pela qual se acredita que o jurista brasileiro do século XXI tem o grande desafio de compreender, com acuidade acadêmica, os elementos teóricos do Geodireito, construindo um novo paradigma constitucional de estatalidade positiva atenuada, que harmonize, de um lado, o binômio livre iniciativa – abertura mundial do comércio e, do outro, o trinômio dignidade da pessoa humana – desenvolvimento nacional – justiça social.

Enfim, urge introduzir na cultura jurídica brasileira esse novo ramo da ciência jurídica, cuja linha epistêmica se propõe a estudar não apenas os desdobramentos da judicialização da política, mas, principalmente, a judicialização da geopolítica e seus desdobramentos na ordem jurídico-constitucional do Estado nacional soberano.

O novo constitucionalismo precisa de visão mais estratégica

Em essência, um verdadeiro Estado Democrático de Direito busca garantir as três dimensões de direitos fundamentais e, em particular, a promoção da dignidade da pessoa humana de todos os cidadãos.

Nosso objetivo nesta segmentação temática é demonstrar que tal desiderato perpassa necessariamente pela capacidade de a elite brasileira conceber uma sofisticada estratégia nacional de desenvolvimento, autônoma e focada na consecução dos objetivos fundamentais da Constituição de 1988, daí a necessidade de promover o encontro epistemológico entre Geopolítica e Direito.

Em consequência, um dos grandes desafios do neoconstitucionalismo continua sendo o de construir um arquétipo hermenêutico capaz de reaproximar o Direito da Ética, com espeque na legitimação democrática do ativismo judicial garantidor da efetividade dos princípios constitucionais, notadamente aqueles relativos aos direitos fundamentais de segunda dimensão, cuja eficácia social demanda prestações estatais.

Observe, com atenção, que a globalização liberal pós-Guerra Fria acaba operando a quebra de equilíbrio do sistema jurídico de proteção dos direitos humanos, na medida em que passa a privilegiar a primeira dimensão (direitos civis e políticos de natureza absentéista) em detrimento da segunda (direitos sociais, econômicos, culturais e trabalhistas de natureza prestacional), fazendo ressurgir das cinzas a hegemonia exegética do arquétipo constitucional liberal. Tudo isso projeta a concepção de uma ordem política que coloca em risco as conquistas sociais a partir da neutralização axiológica da Constituição Dirigente. No dizer de Alexandre Castro Coura e Quenya Correa de Paula, em artigo publicado na Revista Brasileira de Estudos Políticos, tem-se:

À luz da compreensão como existencial e sob a ascendência da fenomenologia heideggeriana, o dirigismo constitucional, ainda que acossado pela capacidade regulatória da economia-mundo e pelas redes informais do capitalismo financeiro, tem espaço ao projeto traçado pelo poder fundador, a partir da pulsão em efetivar mudanças, cujo significado se redimensiona com a constitucionalização do Direito. (...) No constitucionalismo diretivo-programático, diferenciado pelo propósito de realizar o núcleo essencial-fundamental traçado no processo constituinte, a refundação do Direito é pautada pelo caráter finalístico voltado à alteridade e à solidariedade social, de modo que todos devem agir visando à concretização dos direitos de espectro ampliado, provenientes de uma Carta prolixa, que deixou de encampar o traçado de linhas apenas estruturais e ligadas à função de estatuto organizatório para abarcar princípios, valores e normas disciplinadoras da esfera econômica e social, algo como um plano normativo para o futuro e que leva ao Direito o debate moral.³

Todas essas análises complexas surgem a partir de um mosaico cientificamente multinucleado, cuja abordagem percorre desde a desconstrução do *Welfare State*, perpassa pela evolução do regime jurídico de proteção dos direitos humanos, até, finalmente, chegar à atrição de duas grandes tendências constitucionais contemporâneas que coloca, de um lado, o projeto epistemológico neoliberal do capitalismo democrático, liderado pelo poder geopolítico unipolar (democracia liberal de inspiração lockeana), e, do outro, a perspectiva de um projeto epistemológico metaconstitucional da ordem mundial multipolar de equilíbrio de poder (democracia cosmopolita de inspiração kantiana).

Desta forma, nunca é demais lembrar a evolução que a teoria dos direitos fundamentais vem sofrendo ao longo da história, mormente nesta era de estatalidade pós-moderna, período no qual se concentrarão nossas principais perscrutações jurídico-constitucionais e cuja pluralidade de sentidos foi muito bem capturada por Luís Roberto Barroso, valendo, pois, reproduzir suas palavras, *in verbis*:

³ COURA, Alexandre Castro, PAULA, Quenya Correa de. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol.116, jan./jun. 2018. Belo Horizonte: RBEP/UFMG, 2018, p. 66.

Planeta Terra. Início do século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre luz e sombra, descortina-se a *pós-modernidade*. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente *pós-tudo*: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.⁴

Com a devida agudeza de espírito, o estimado leitor haverá de concordar que o conceito de pós-modernidade é cercado por um plexo quase indecifrável de significados, não sendo, por conseguinte, objetivo do presente artigo enfrentar diretamente tal questão. Nossa proposta limitar-se-á a estudar as transformações do regime jurídico de proteção dos direitos humanos nesta era de estatalidade pós-moderna e seus impactos na imposição de uma hermenêutica do desenvolvimento nacional.

E mais: é o neoconstitucionalismo que dá nova feição para a teoria da eficácia das normas constitucionais, notadamente dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Na verdade, o que se constata é o esforço de superação do positivismo jurídico de aplicação silogístico-substantiva, buscando-se atribuir força normativa aos princípios constitucionais, que predominam no catálogo de direitos fundamentais do cidadão brasileiro comum. De fato, no neoconstitucionalismo, a efetividade dos princípios constitucionais vem sendo consolidada mediante harmonização entre o texto da lei e o sentimento constitucional de justiça.⁵

Eis aqui um dos grandes desafios do neoconstitucionalismo quando pensado à luz da hermenêutica do desenvolvimento nacional, qual seja: demonstrar que a efetividade dos direitos fundamentais do cidadão comum e, em especial, dos hipossuficientes, depende da postura estratégica do Estado perante o sistema internacional. Neste mister precípuo, o estudioso do Direito Constitucional hodierno haverá, então, de refletir acerca da influência da Geopolítica mundial sobre o ordenamento jurídico de seu Estado.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas*. Organizador Luís Roberto Barroso. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 2.

⁵ GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e Dogmática Pós-Positivista. In: *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Organizador Luís Roberto Barroso. Renovar, 2007, p. 113.

Isso quer dizer, por outras palavras, que, para tornar efetivos os objetivos fundamentais previstos no artigo terceiro da Constituição de 1988, deve o Poder Judiciário fazer uso das técnicas neoconstitucionalistas que viabilizam o processo de ponderação de valores de normas de mesma dignidade constitucional, aí incluído o princípio do desenvolvimento nacional.

Observe, com atenção, que, dentre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, encontra-se a busca por desenvolvimento nacional. Portanto, não se trata apenas de uma mera questão estratégica ou de relações internacionais, mas, também, de um comando normativo com a mesma dignidade constitucional das outras normas da nossa Carta Magna. Com rigor, pode-se afirmar que a efetividade dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro está umbilicalmente atrelada à efetividade dos direitos sociais de segunda dimensão, que, por sua vez, depende de ações estratégicas do Estado.

É por isso que a nova fronteira epistemológica do neoconstitucionalismo deve se mover no sentido de garantir o núcleo essencial do princípio constitucional do desenvolvimento nacional. Nesse sentido, há que se reconhecer que o Direito Constitucional dos países subdesenvolvidos não pode ser aquilo que o capitalismo democrático imposto pelas nações desenvolvidas diz que é. Um verdadeiro Estado Democrático de Direito será aquele no qual a interpretação da Constituição não fica adstrita tão somente ao esquema imposto pelas forças hegemônicas do sistema internacional, mas deve, sim, navegar na direção de uma Geopolítica autóctone, amparada pelas teses pós-positivistas que promovem o desenvolvimento nacional a partir da técnica da ponderação de valores constitucionais.

Nesse sentido, pode-se mesmo afirmar que a efetividade ou eficácia social dos direitos fundamentais do homem comum brasileiro é muito mais uma questão estratégica do que uma questão jurídica, daí a ideia-força de que o Geodireito é a última fronteira epistemológica da teoria neoconstitucional da eficácia jurídica. Em consequência, projeta-se a imagem de uma nova vertente na teoria constitucional contemporânea e que é o **constitucionalismo estratégico**, cujo diferencial é a incorporação da variável geopolítica circundante do mundo globalizado neodarwinista no discurso jurídico.

De tudo se vê, pois, que a dogmática jurídica brasileira atinge novas fronteiras científicas a partir desse conjunto de ideias pós-positivistas, cujos avanços são inexoráveis e que trazem no seu bojo a concepção de um sistema constitucional aberto de regras e princípios, focado agora também na ponderação do desenvolvimento nacional com outros valores constitucionais de mesma hierarquia, como, por exemplo, a proteção do meio ambiente. Em consequência, já não se tem mais dúvidas sobre a nova hermenêutica constitucional, caracterizada pela ascensão exegética dos valores axiológicos, dentre eles a norma constitucional que garante o desenvolvimento nacional, cuja dignidade normativa fez com que o Poder Constituinte Originário (PCO) a qualificasse como um dos grandes objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

Sob os influxos do neoconstitucionalismo, o núcleo fundante do Estado de Direito da pós-modernidade é a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana,⁶ bem como a consecução dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro que buscam uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos.⁷

É nesse sentido que se sugere o aperfeiçoamento de uma hermenêutica do desenvolvimento nacional, que leve em consideração, na ponderação de valores constitucionais, a questão estratégica, aqui vislumbrada como o conjunto de políticas públicas do Estado brasileiro envolvendo todas as dimensões do poder nacional (política, econômica, militar, cultural e científico-tecnológica). Um país sem estratégia de desenvolvimento nacional é um país à deriva que, sem rumo, não sabe aonde quer chegar.

Em consequência, importa considerar os seguintes questionamentos:

a) é possível construir uma sociedade livre, justa e solidária sem uma *Geopolítica genuinamente nacional*?

b) o desenvolvimento nacional pode ser alcançado ou acelerado sem a concepção de um grande *projeto geopolítico de Estado* e não, apenas, um *projeto de governo* de determinada classe política, preocupada apenas com a manutenção do seu poder político?

⁶ Art. 1º, inciso III, da CRFB/88.

⁷ Art. 3º, incisos I a IV, da CRFB/88.

c) a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais serão alcançadas com a mera adoção de regras do mercado internacional, sem nenhuma intervenção estatal?

d) a promoção do bem de todos, aí incluídos os direitos sociais dos hipossuficientes, será materializada pela implantação de uma *Geopolítica neoliberal* feita em subordinação aos interesses estratégicos dos centros mundiais de poder?

Com esse tipo de intelecção em mente, deve o neoconstitucionalismo brasileiro projetar a imagem de um Estado ativo na condução das suas políticas públicas, o que evidentemente conflita com o contexto pós-moderno de desglobalização da economia. Nesse sentido, a elite pensante dos países de modernidade tardia, como é o caso brasileiro, tem o desafio de desvelar a face oculta que circunscreve a formulação da Geopolítica mundial, cuja dinâmica já não é mais imposta apenas pelos Estados hegemônicos, mas, principalmente, por suas empresas e conglomerados multinacionais.⁸

De tudo se vê, por conseguinte, que a última fronteira epistemológica do neoconstitucionalismo é, indubitavelmente, a incorporação da variável geopolítica à equação jurídica, isto é, a capacidade de identificar a influência das forças hegemônicas da Geopolítica mundial sobre a elaboração da ordem jurídica interna.

Assim, não resta nenhuma dúvida de que a dignidade da pessoa humana e a proteção dos hipossuficientes não podem ser retiradas do epicentro do constitucionalismo da pós-modernidade. Isso significa dizer, por outras palavras, que a efetividade da segunda dimensão de direitos, notadamente os direitos sociais e trabalhistas, depende do controle estratégico do Estado sobre determinados setores da sua economia. Sem isso, a dignidade da pessoa humana não se realiza plenamente apenas com a redução jurídica do Estado, ao revés, exige a implantação do *constitucionalismo welfarista* de estatalidade positiva.⁹

⁸ É evidente que a geopolítica mundial somente é operacionalizada pelos Estados nacionais (sujeitos de direito internacional público capazes de promover tratados multilaterais entre si), porém, forçoso é reconhecer não só a força normativa dessas empresas e conglomerados globais, mas principalmente a supremacia deles, na medida em que os países detentores da tecnologia e controladores da economia mundial (Estados Unidos, União Europeia, China e Japão) formulam suas grandes estratégias nacionais visando proteger os interesses econômico-comerciais das suas grandes corporações multinacionais.

⁹ Nesse sentido, convém compreender que a realização da dignidade da pessoa humana de todos os cidadãos de um determinado Estado depende de uma grande Estratégia nacional, que leve em consideração o jogo geopolítico do poder mundial. No caso brasileiro, os objetivos

Em consequência, a luta pela dignidade da pessoa humana deve ser feita tanto por meios jurídico-constitucionais como por meios estratégicos. Uma sociedade que se pretenda justa e solidária, redutora de desigualdades e promotora do bem comum, precisa conceber sua grande estratégia nacional de forma genuína e autônoma, porém levando em consideração o imbricado quadro geopolítico de poder mundial.

É nesse sentido que o Direito Constitucional precisa de visão mais estratégica, notadamente, nos países de modernidade tardia (periferia do sistema mundial), na medida em que tais nações costumam receber conteúdos internacionais nas suas respectivas Constituições, muitas das vezes, advindos da Geopolítica dos centros mundiais de poder.

É dentro deste quadro complexo que surge o conceito de “Geodireito” enquanto ramo autônomo da ciência jurídica, que se destina a examinar as interconexões entre o Direito e a Geopolítica. Em essência, como já dito alhures, o Geodireito coloca as variáveis extrajurídicas geopolíticas em contato direto com as variáveis jurídicas, dentro de uma simbiose transdisciplinar que faz avançar o neoconstitucionalismo, pois obriga o Direito Constitucional a incorporar, à sua equação exegética, a influência de poder mundial externo sobre a elaboração das leis internas dos países de modernidade tardia do Sul Global.¹⁰

É nesse sentido que o Geodireito tem dois grandes segmentos epistemológicos, a saber: (i) a constitucionalização da Geopolítica (influência direta da Geopolítica sobre a formulação do Direito), simbolizando o controle geopolítico do Direito e (ii) a judicialização da Geopolítica (influência direta do Direito sobre a formulação da Geopolítica), simbolizando o controle jurídico da Geopolítica.

fundamentais, projetados pelo constituinte pátrio, somente serão concretizados com o abandono de paradigmas constitucionais meramente absentéistas, negadores dos direitos fundamentais de segunda dimensão. A tentativa de neutralização axiológica de tais direitos – dentro de um ambiente geopolítico mundial permeado de interdependência entre os Estados nacionais – certamente enfraquecerá a garantia de vida digna para todos.

¹⁰ Sob a ótica do Geodireito, o Direito ganha maior visão estratégica e a estratégia ganha maior visão jurídica, uma vez que a Ordem Mundial, o Direito Internacional Público e a Constituição são colocados lado a lado, com o objetivo de organizá-los sistematicamente como um todo epistemológico. Com esse tipo de intelecção em mente, é possível compreender, por exemplo, as razões da Geopolítica mundial que, praticamente, impõem determinadas alterações nas Constituições dos países em desenvolvimento.

Com a devida agudeza de espírito, observe a grandeza científica dessa perspectiva transdisciplinar do Geodireito, cujo objetivo é sistematizar as relações entre a Geopolítica e o Direito (na verdade inclui também as Relações Internacionais, a Economia, a Ciência Política, o Direito Internacional Público, o Direito Constitucional e as leis infraconstitucionais).

Infelizmente, no Brasil, não temos nenhuma grande obra acadêmica sobre este assunto, diferentemente de outros países, como, por exemplo, a Itália. Lá, existem diversos estudiosos, valendo destacar por todos, o renomado doutrinador Natalino Irti, com a obra “Norma e lugar: princípios de Geodireito”, que pesquisam as relações entre as forças da Economia e da Tecnologia e o Direito.

Nos Estados Unidos, é importante destacar o grande doutrinador, jurista e estrategista, Philip Bobbitt, que, muito embora e diferentemente de Natalino Irti, não use expressamente a palavra Geodireito, desenvolve densa literatura sobre as relações entre a estratégia nacional, o Direito Constitucional e o Direito Internacional Público. Aliás, são as próprias palavras de Philip Bobbitt que mostram essa sua característica dual de constitucionalista e estrategista:

Afinal, nos últimos 25 anos, levei uma vida dupla. Como professor, dividi minha vida entre o Texas e a Inglaterra. Nos Estados Unidos, ensino Direito Constitucional na Universidade do Texas; no Reino Unido, dei aulas de estratégia nuclear, primeiro em Oxford e mais tarde no Kings College em Londres. No exterior, ensino apenas Estratégia; em meu país, apenas Direito.¹¹

Em suma, com a força argumentativa de um Philip Bobbitt ou de um Natalino Irti, é bem de ver a relevância da sistematização que se pretende fazer a partir de delineamentos teóricos do Geodireito. Ressoa indubitoso o grande avanço que o Geodireito pode trazer para a teoria da constituição e para a teoria da eficácia dos direitos fundamentais.

É nesse sentido que desponta a ideia de visão estratégica da Constituição, na qual a proteção da dignidade da pessoa humana será

¹¹ BOBBITT, Philip. *A guerra e a paz na história moderna. O impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações*. Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p.3 dos agradecimentos.

concretizada pela evolução geopolítica do País mormente nesses tempos sombrios de desglobalização da economia. Com isso, percebe-se que a teoria material da Constituição, focada na hermenêutica do desenvolvimento nacional, é o vetor fundante da garantia da dignidade da pessoa humana, com redução das desigualdades regionais e sociais. É nesse contexto que o neoconstitucionalismo necessita, cada vez mais, de visão estratégica, daí a relevância do conceito de Geodireito.

Sua grandeza científica encontra-se exatamente na possibilidade de aferição da harmonia entre a Constituição, a Estratégia Nacional e a consecução dos objetivos fundamentais fixados pela própria Constituição, dentro de uma ideia material de constitucionalismo estratégico-programático que projeta fins e programas geopolíticos a serem alcançados no futuro pelo legislador ordinário.

Busca-se, aqui, a compreensão da Constituição em sua totalidade, aí incluída sua dimensão estratégica que se coloca lado a lado às outras três dimensões, quais sejam a democrática, a liberal e a social.

2. Constituição e Geopolítica em tempos de estatalidade pós-moderna

Neste segmento temático, colima-se examinar as principais características que circunscrevem o chamado Estado Pós-Moderno, um novo ciclo estatal que surge a partir do colapso soviético e que ainda se encontra em construção.

Apesar disso, não se pode negar que o paradigma pós-moderno vem apontando para a ordem liberal, a redução jurídica do Estado a partir de estruturas negativas e meramente procedimentais de limitação do poder do Estado, retirando-lhe a força normativa tão arduamente conquistada, ao mesmo tempo em que se tenta nulificar seu papel transformador e emancipatório que fixa tarefas, programas e fins para o Estado e para a sociedade.

Na companhia do italiano Natalino Irti, um dos grandes juriconsultos da atualidade, defende-se a tese de que a nova Geopolítica mundial – impulsionada pela Economia e pela Tecnologia – não desconhece a máxima de que o território estabelece a medida do *senhorio*

jurídico do Estado¹² e que, por isso mesmo, é fundamental saber explorar a dimensão espacial do Direito. É a ideia-força de *spatium terminatum*, vale dizer, lugar de Política e Direito, isolado e identificado pelos limites da jurisdição constitucional do Estado territorial e que em muito se aproxima do conceito de *lebensraum*, enquanto espaço vital e objeto principal da Geopolítica Clássica de autores de nomeada, *e.g.*, Haushofer, Mackinder, Spykman, Mahan e muitos outros.

Acontece que, na era do Geodireito, o poder dos atores não estatais, associado aos seus respectivos Estados de origem, notadamente EUA e China, não conhece limites geográficos, na medida em que se expandem para todo o planeta, atuando como forças de redução jurídica dos Estados em que pretendem atuar, obtendo lucro e vantagens mais facilmente. Com isso, surge um novo tipo de *lebensraum* agora dito pós-moderno, qual seja a conquista de mercados e mentes em escala planetária,¹³ não importando mais a guerra de conquista de territórios físicos, mas, sim, um novo espaço imaterial sem limites fronteiriços.

De clareza meridiana, portanto, a clivagem jurídica da Geopolítica que enfraquece as Constituições dirigentes do mundo em desenvolvimento e faz renascer das cinzas a fênix constitucional de arquétipo neoliberal pré-weimariano. É a penetração geopolítica substituindo a clássica visão kelseniana da impenetrabilidade da ordem jurídica estatal, ou seja, o território do Estado já não é mais símbolo de soberania plena, espaço vital de delimitação das fronteiras entre Estados nacionais.

É nesse sentido que Ignácio Ramonet¹⁴ põe a nu a ideia-força de civilização do caos dos novos senhores do mundo (conglomerados financeiros e industriais privados), do planeta saqueado (destruição sistêmica do meio ambiente), das metamorfoses do poder e suas formas negociadas, reticulares e horizontais (mídia, grupos de pressão e organizações não-governamentais), do choque das novas tecnologias (lado

¹² IRTI, Natalino. *Geodireito*. Tradução de Alfredo Copetti Neto e André Karan Trindade. Conferência sobre Biodireito e Geodireito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p.1.

¹³ Em tempos de estatalidade pós-moderna, o novo conceito de *lebensraum* não se atrela mais à conquista de territórios, mas, sim, à conquista de mercados e mentes (massificação por estruturas eficazes de *marketing*). Desloca-se para a centralidade das relações pós-modernas a abertura mundial do comércio comandada por interesses globais de agentes infraestatais.

¹⁴ Para uma investigação científica importante acerca da Nova Ordem Mundial após a queda do muro de Berlim e a perspectiva de um neo-hegemonismo norte-americano, sugere-se a leitura de RAMONET, Ignácio. *A Geopolítica do caos*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

a lado com o choque de civilizações das guerras étnicas) e tudo isso fazendo exalar nessa sociedade ocidental pós-moderna um mau cheiro de remorso e algo parecido com um sentimento de náusea.¹⁵

Infelizmente, esta é a compilação que se faz do quadro pós-moderno. É forçoso reconhecer que a estatalidade pós-moderna vem trazendo até agora uma perspectiva sombria de agravamento do ciclo de pobreza extrema da linha periférica do sistema internacional e de desamparo de hipossuficientes (camadas mais pobres do tecido social dos países de modernidade tardia) deixados à própria sorte, sem reunir as condições mínimas de vida digna.

Neste contexto de miséria humana, é preciso ganhar sensibilidade acadêmica apurada para compreender as bases teóricas do Geodireito, que deve, verdadeiramente, ser autônomo em relação às forças irtianas de delimitação do macropoder mundial. No Sul Global, nossas Constituições e leis são modificadas sem qualquer relação com um possível projeto nacional de desenvolvimento, ao revés, o que prepondera é a influência da Geopolítica mundial dos atores detentores do poder de tomadas de decisões do sistema internacional. Ou seja, os principais atores internacionais (conglomerados financeiros e industriais privados, empresas multinacionais, organizações não-governamentais de alcance mundial, etc.) passam a ter a seu inteiro dispor um amplo catálogo de benefícios fiscais, subsídios, margens elevadas de lucros, escolhendo logicamente aquela oferta constitucional que lhes for mais vantajosa e conveniente.

Com efeito, o resultado deste constitucionalismo condescendente em demasia, estruturado a partir de relações verticalizadas de poder hegemônico, é melancólico e foi muito bem capturado por aquela imagem trazida pelo mestre Celso Mello quando alertou que os gastos com perfumes ou com sorvetes nos EUA e na Europa seriam suficientes para o atendimento das necessidades sanitárias e nutricionais de todo o mundo subdesenvolvido. Igualmente forte, o registro de que as pessoas estão mais ricas do que os Estados nacionais.¹⁶

¹⁵ RAMONET, Ignácio. *Geopolítica do caos*, p. 7-12.

¹⁶ As pessoas estão mais ricas que os estados. As 15 pessoas mais ricas ultrapassam o PIB da África Subsaariana. (...) Para atender às necessidades sanitárias e nutricionais fundamentais custaria 12 bilhões de euros, isto é, o que os habitantes dos EUA e União Europeia gastam por ano em perfume e menos do que gastam em sorvete. (...) Cada uma das 100 principais empresas globais vende mais do que exporta cada um dos 120 países mais pobres. As 23 empresas mais importantes vendem mais que o Brasil. Elas controlam 70% do comércio mundial. Cf. Celso de Mello. *Op. cit.* p. 57.

Isso significa dizer, por outras palavras, que não se pode mais recepcionar acriticamente construções teóricas estrangeiras muito bem delineadas e sistematizadas por autores de nomeada que nada mais fazem senão agravar o ciclo de pobreza da linha periférica de Estados subdesenvolvidos. Na era do Geodireito, a eficácia positiva dos direitos fundamentais depende da consonância entre a Constituição e a Estratégia Nacional, não se admitindo mais aquela vetusta imagem de solidão constitucional. Ao contrário, urge ao estudioso do Direito Constitucional contemporâneo desvelar a intrincada tessitura estratégica de poder hegemônico e seus reflexos no campo jurídico interno.

Assim sendo, a busca pela dignidade da pessoa humana e a proteção dos hipossuficientes não podem jamais ser retiradas do epicentro constitucional do Estado Pós-moderno, o que evidentemente implica na rejeição do arquétipo neoliberal pré-weimariano, cuja lógica de construção é exatamente a desconstrução da segunda dimensão de direitos sociais em prol das liberdades individuais e da redução jurídica do Estado.¹⁷

Na era do Geodireito, é importante destacar bem a relevância da dimensão estratégica da Constituição nos países de modernidade tardia (linha periférica do sistema mundial), na medida em que tais nações, normalmente, costumam modelar seus marcos regulatórios visando atrair investimento das potências centrais. Em essência, o Geodireito coloca as variáveis geopolíticas em contato direto com as variáveis jurídicas, dentro de uma simbiose transdisciplinar que faz avançar o neoconstitucionalismo, na medida em que retira sua ingenuidade científica em termos de influência externa que se projeta sobre os processos legislativos internos.¹⁸

¹⁷ Tal perspectiva somente será concretizada a partir de uma grande Estratégia Nacional, que leve em consideração o jogo geopolítico do poder mundial. Os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, tais quais projetados pelo constituinte pátrio, somente serão concretizados com o abandono de paradigmas constitucionais meramente absenteadistas, negadores dos direitos fundamentais de segunda dimensão. A falta de respeito a tais direitos – dentro de um ambiente geopolítico mundial permeado de interdependência entre os Estados nacionais – certamente enfraquecerá a garantia de vida digna para todos.

¹⁸ Sob a ótica do Geodireito, o Direito ganha maior visão estratégica e a estratégia ganha maior visão jurídica, uma vez que a Ordem Mundial, o Direito Internacional Público e a Constituição são colocados lado a lado, com o objetivo de organizá-los sistematicamente como um todo epistemológico. Com esse tipo de intelecção em mente, é possível compreender, por exemplo, as razões da Geopolítica mundial que, praticamente, impõem determinadas alterações nas Constituições dos países em desenvolvimento.

Em suma, outro caminho não resta senão o de trilhar a complexa senda epistemológica do Geodireito, o que certamente levará o Brasil a não apenas ocupar sua devida posição de poder na ordem mundial, mas, principalmente, a garantir os direitos fundamentais de todas as três dimensões. Mas, não é apenas a falta de visão estratégica do legislador democrático que impede o avanço da proteção dos direitos constitucionais mínimos do cidadão comum. Desafortunadamente, a academia pátria também não consegue desvelar as interpenetrações entre Direito, Relações Internacionais e Geopolítica.

Ou bem se estuda a Geopolítica, nas escolas de Relações Internacionais, Altos Estudos Militares e nos centros de formação da Diplomacia, ou bem se estuda, nas escolas jurídicas do país, hermeticamente fechados o Direito Internacional e o Direito Constitucional. O efeito disso tudo é inexorável: a criação de um edifício epistemológico brasileiro totalmente fragmentado, sem elo científico entre os diversos segmentos do saber nacional.¹⁹

Toda esta análise até aqui realizada mostra com clareza meridiana a missão que tem o neoconstitucionalismo na era do Geodireito. Com efeito, dilata-se o espaço de decisão estratégica da Corte Suprema brasileira em decorrência da força normativa da própria Constituição, cuja amplitude constitucional é diretamente proporcional à amplitude dos direitos fundamentais e do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto novo eixo axiológico do Estado Democrático de Direito.

Como nossa Constituição é analítica, dirigente e programática, a matéria constitucional, que se apresenta ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião de sua supremacia, é extensa e praticamente de tudo trata. Ora, o conseqüente mais visível que daí resulta é o surgimento do **fenômeno da judicialização da Geopolítica**. Em verdade, constata-se uma pleora de questões geopolíticas submetidas ao Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, o Poder Judiciário vem se transformando em poder legiferante concretizador de políticas públicas ao lado dos legítimos representantes do povo. Como bem aponta Luiz Werneck Vianna, o Poder Judiciário:

¹⁹ De que adianta comemorar-se a força normativa da Constituição sob a égide de uma pujante democracia, quando se constata a inaptidão do país para conceber uma estratégia nacional que garanta efetivamente os direitos fundamentais mínimos do cidadão comum, seu núcleo essencial de dignidade humana?

antes um Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoiéticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social. (...) o Poder Judiciário começa a ser percebido como mais um estuário para as insatisfações existentes com o ativismo legislativo do Executivo, sendo convocado ao exercício de papéis constitucionais que o identificam como guardião dos valores fundamentais.²⁰

Em consequência, com a devida agudeza de espírito, o leitor haverá de compreender a nova dimensão estratégica das decisões do STF. Assim, na era do Geodireito, resta indubitável que as grandes decisões geopolíticas do Estado brasileiro serão levadas ao Supremo Tribunal Federal para julgamento final. É nesse diapasão que, pautado na reaproximação entre Ética e Direito, o neoconstitucionalismo é a arma principal para enfrentar as vulnerabilidades sociais advindas do mundo “geopoliticamente pós-bipolar”,²¹ que optou pela implantação do Estado Neoliberal de Direito em detrimento do Estado Democrático Social de Direito (*Welfare State*).

Com isso, queremos dizer que o neoconstitucionalismo será o contraponto dos impactos nocivos que o processo de globalização neodarwinista pode projetar sobre o constitucionalismo do mundo de modernidade tardia. O que importa compreender bem são as razões geopolíticas ocultas que direcionam as elites do Estado brasileiro, por exemplo, a elaborar as emendas à Constituição, bem como as leis infraconstitucionais delimitadoras dos marcos regulatórios da economia nacional.

Nem sempre tais modificações constitucionais e leis infraconstitucionais são feitas em prol do desenvolvimento nacional, ao revés, na grande maioria das vezes, são feitas para atender interesses geopolíticos externos. A principal consequência disso é o abandono dos hipossuficientes, aliás, digase, *en passant*, vítimas principais dessa inexistência de uma hermenêutica do desenvolvimento nacional.

²⁰ VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 9 e 11.

²¹ Mundo pós-bipolar significa o mundo do tempo presente, que surgiu com o fim da Guerra Fria e da bipolaridade geopolítica entre os EUA e a ex-URSS, daí a designação de mundo pós-bipolar.

É preciso, pois, galgar patamar científico mais elevado para olhar com olhos de ver a matriz de impactos cruzados que informa a relação entre a Geopolítica mundial e o Direito Constitucional interno, daí a relevância da consolidação de uma hermenêutica do desenvolvimento nacional. Nesse sentido, muitas vezes, nem mesmo países como o Brasil, com latitude geopolítica de contribuir para a consolidação de uma ordem geopolítica multipolar, conseguem perceber ou enfrentar tais imposições externas. Tudo isso demonstra a complexidade do cenário jurídico-constitucional do Estado pós-moderno, bem como o papel preeminente do neoconstitucionalismo, que se vê impelido a enfrentar o fenômeno da judicialização da Geopolítica.

Independentemente da aceitação ou não do fim da Guerra Fria como marco inicial para o Estado pós-moderno, o fato é que a queda do muro de Berlim gerou grandes transformações jurídicas no Estado Contemporâneo. Em nenhum dos três grandes paradigmas estatais da modernidade (Estado Absoluto, Estado Liberal e Estado Social), viveu-se a perspectiva de um cenário internacional unipolar, tal qual a tão propalada *Pax Americana* dos dias de hoje. A doutrina jurídica não costuma investigar os elementos teóricos que informam essa perspectiva de unipolarismo geopolítico mundial e seus reflexos no campo jurídico-constitucional.

Na doutrina pátria, um dos poucos autores que enfrentou o tema foi Daniel Sarmiento, e mesmo assim de forma perfunctória, valendo, pois, reproduzir seu entendimento, *verbis*:

O colapso do Comunismo, simbolizado pela queda do muro de Berlim, eliminou uma das ideologias rivais que se defrontavam e disputavam espaço num mundo até então bipolar. Com o fracasso retumbante da experiência marxista-leninista e o advento da *Pax Americana*, o capitalismo ficou mais a vontade para impor, agora sem concessões, o seu modelo econômico e social, que constituiria, segundo alguns, o 'fim da história'. Como se o fiasco do socialismo pudesse ofuscar os problemas crônicos do capitalismo, em especial a sua tendência para promover a desigualdade e aprofundar a exclusão social.²²

²² SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?). In: FERRAZ Jr., Tércio Sampaio (Coord.). *Crises e desafios da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro, 2002, p. 399.

Com a devida vênia, acreditamos que o eminente jurista se equivoca quanto ao conceito de *Pax Americana* ao identificá-la com o fim da história de Francis Fukuyama e, portanto, com a ideia de triunfo do capitalismo sobre o socialismo. Com rigor, a ideia de *Pax Americana* é um conceito geopolítico, cujo significado é a imposição de um cenário internacional unipolar com predominância cêntrica norte-americana em todos os campos do poder nacional (político, econômico, militar, cultural e científico-tecnológico).

Na verdade, por ser a única superpotência ainda remanescente, acredita-se que estamos vivendo sob os auspícios dessa *Pax Americana*. no entanto, a nosso juízo, acreditamos que tal interpretação é errônea, na medida em que os EUA não têm capital geopolítico suficiente para impor um cenário internacional unipolar, vale dizer, um quadro mundial onde não haja reação política, econômica, militar, cultural e tecnológica por parte das demais nações do mundo. O estabelecimento da *Pax Americana* seria sinônimo da natural envergadura dos EUA para reger unilateralmente as relações internacionais, o que evidentemente não parece ser verdadeiro.²³

Com a devida vênia, definitivamente, não podemos concordar com a ideia de que o estado pós-moderno é uma nova concepção estatal regida pela supremacia absoluta de uma *Pax Americana*; preferimos optar pela construção acadêmica de que o Estado pós-moderno é, ao mesmo tempo, economicamente quadripolar (Estados Unidos, União Europeia, Japão e China), culturalmente multipolar (choque de civilizações huntingtoniano) e militarmente unipolar (supremacia norte-americana indiscutível).

Observe com atenção que, diante de todo esse quadro conjuntural, sofisticada-se a tarefa do jurista contemporâneo, uma vez que não lhe é mais facultado desconsiderar variáveis metajurídicas (inclusive geopolíticas e estratégicas) na complexa equação dogmática do Direito contemporâneo. Seu campo de atuação transcende a esfera do jurídico e da letra da lei, para penetrar na esfera multidisciplinar circunscritiva da *força normativa da Geopolítica mundial*. Não lhe é dado mais permanecer alheio aos fatos

²³ Com efeito, reconhecer a *Pax Americana* significa concordar com a supremacia norte-americana em todos os campos do poder nacional. muito embora se reconheça a possibilidade dessa regência unilateral do mundo, entendemos que é possível negar tal estado de coisas, com vistas a perquirir horizontes, possíveis e críveis, em que haja espaço nas relações internacionais entre os Estados nacionais e blocos econômicos, de sorte que o Brasil possa se beneficiar e por via de consequência assumir o lugar que lhe é devido no cenário geopolítico mundial.

geopoliticamente relevantes no mundo globalizado. Enfim, o controle geopolítico do Direito suscita reflexão sobre a formação dos juristas nos dias de hoje, levantando-se a questão das limitações da formação jurídica no que diz a assuntos metajurídicos e, em especial, assuntos geopolíticos e econômicos.

De que adianta comemorar-se a força normativa da Constituição, quando é melancólico constatar que o arcabouço institucional brasileiro pós-1988 não tem capacidade de articular um plano estratégico genuinamente brasileiro que efetivamente promova a consecução dos direitos fundamentais de segunda dimensão? De que adianta comemorar-se a força normativa da Constituição, quando se compreende que a práxis política nacional se dá mediante a mobilização de atores viciados, particularmente o investidor internacional, a burguesia nacional, além de alianças dissimuladas; tudo movido pela lógica do mercado e não por planejamentos estratégicos de longo prazo?

Enfim, é preciso harmonizar estudos jurídicos e geopolíticos desvincilhados de determinismos, positivismos e pré-julgamentos, compreendendo-se sua interdisciplinaridade e sobretudo sem preocupações de exaltação patriótica. Trata-se de conhecer a realidade do mundo dos fatos, abrindo-se o debate para a questão da influência recíproca entre Direito e geopolítica.²⁴

Conclusão

O presente trabalho almejou analisar as características do Estado pós-moderno e do neoconstitucionalismo, com o intuito de desvelar o controle geopolítico do Direito a partir da influência da Geopolítica neoliberal sobre o constitucionalismo dos países de modernidade tardia. Destarte, em um primeiro momento, investigou-se a necessidade de que a Constituição seja vislumbrada sob a ótica de mais uma dimensão, qual seja a dimensão estratégica.

²⁴ O Brasil, em setembro de 2007, ratificou, no âmbito da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos dos Indígenas. Votaram contra a Declaração em comento Canadá, Estados Unidos, Nova Zelândia e Austrália. Este instrumento multilateral acolheu a cláusula do direito à terra, ficando vedada toda e qualquer ação em terras indígenas sem seu consentimento prévio, aí incluídas as operações com fins militares e a utilização como depósito de resíduos tóxicos.

Neste diapasão, enfatizou-se uma imagem incomum no âmbito da teoria da Constituição, que é aquela que mostra as conexões entre a Geopolítica e o Direito (Geodireito). Com efeito, vive-se um cenário que é, a um só tempo, geopoliticamente pós-bipolar, filosoficamente pós-moderno e juridicamente pós-positivo.

Portanto, ao juiz/jurista do século XXI já não mais lhe é dado permanecer alheio a variáveis metajurídicas que influenciam largamente a atualização constitucional do Estado de Direito dos países de modernidade tardia. Não há como negar que o Direito Constitucional hodierno perpassa por uma de suas fases mais delicadas de sua evolução, onde se constata com maior clareza o fenômeno do controle geopolítico do Direito e, na sua esteira, os riscos de neutralização axiológica e de perda da força normativa da Constituição dirigente.

Na verdade, a concretização dos direitos fundamentais no Estado pós-moderno é função de uma normatividade cambiante que faz flutuar a proteção dos direitos fundamentais do cidadão comum. Com rigor, tudo fica na dependência da consciência social e jurídica de magistrados progressistas que buscam desenvolver o Direito Constitucional, atribuindo força normativa aos princípios, fazendo valer aquele entendimento larenziano de Direito superador da lei, ou seja, Direito além da lei (*extra legem*), porém dentro do ordenamento jurídico (*intra jus*). É por isso que este trabalho acadêmico procurou *ab initio usque ad maius* desenvolver a ideia de uma hermenêutica do desenvolvimento nacional, um modelo exegético pós-positivo capaz de harmonizar o Estado Liberal de Direito (primeira dimensão de direitos) com o Estado Democrático Social de Direito (segunda dimensão de direitos).

Pela sistematização engendrada, foi possível demonstrar que o neoconstitucionalismo e sua preocupação de consolidar cada vez mais a força normativa dos princípios constitucionais é o grande caminho a trilhar na consecução dos direitos fundamentais de segunda dimensão. A nosso juízo, o estadista/legislador pátrio tem que repensar um novo paradigma estatal, considerando agora novas formas de relações internacionais e novas fórmulas de interpretação da Constituição (neoconstitucionalismo). A solução vislumbrada terá que privilegiar a igualdade de oportunidades para todos os cidadãos brasileiros.

Deitado em berço esplêndido, o gigante brasileiro se submete a pressões externas que só fazem agravar a exclusão social no nosso País. Urge, pois, ao Brasil, afastar postura geopolítica submissa e recuperar o tempo perdido. Nesse passo, importa ganhar a visão superior de que a Constituição tem a função de moldar a vida nacional, e não apenas regulá-la.

Sob a ótica do Geodireito, o significado da Constituição não se esgota na mera perspectiva de ser a *norma jurídica superior* do Estado, desprovida de qualquer conteúdo ético-social, como aliás quer a ordem política neoliberal. Ao revés, a Constituição é dinâmica e aberta, e deve servir de fundamento material para a elaboração das políticas públicas dentro do Estado Constitucional de Direito. Há que se compreender que a Constituição e a Estratégia Nacional – enquanto definidoras das políticas públicas – são faces de uma mesma moeda.

Com estas considerações, encerra-se este trabalho acadêmico, salientando-se que, na era do Geodireito, Estratégia Nacional e Direito Constitucional devem estar lado a lado na garantia dos direitos fundamentais do cidadão comum e na defesa da soberania estatal; definitivamente, não convém embarcar na onda da desconstrução do Estado nacional, que a matriz liberal pré-weimariana tenta exportar com a força do triunfo capitalista sobre o socialismo a partir do colapso soviético.

É preciso perseverar e perseverar. Ou o Direito Constitucional combate o controle geopolítico do Direito, ou então se confirmam as fúnebres previsões de teorias geopolíticas que sempre inferiorizam nosso país em relação aos centros mundiais de poder.

Referências

- BOBBITT, Philip. **A guerra e a paz na história moderna. O impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações.** Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. **A constitucionalização do direito internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BRASIL. Escola Superior de Guerra. Manual Básico. Volume I. **Elementos doutrinários.** Rio de Janeiro, 2008.
- BRZEZINSKI, Zbigniew. **Second chance: three presidents and the crisis of american superpower.** New York: Basic Books, 2007.

BULL, Hedley. **A sociedade anárquica**. Brasília/São Paulo: UnB/Ipri/Impr.Oficial do Estado, 2002.

COURA, Alexandre Castro, PAULA, Quenya Correa de. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol.116, jan./jun. 2018. Belo Horizonte: RBEP/UFMG, 2018.

CHOMSKY, Noam. **11 de setembro**. Tradução Luiz Antonio Aguiar. 6ª ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2002.

CHOMSKY, Noam. **Contendo a democracia**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2003.

FIORI, José Luís. **O poder global e a nova geopolítica das nações**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

FIORI, José Luís. **O mito do colapso do poder americano**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2008.

FRIEDMAN, Thomas. **O mundo é plano: uma breve história do século XXI**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HUNTINGTON, Samuel. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

IRTI, Natalino. **Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto**. Roma-Bari: Laterza, 2005.

———. **Geodireito**. Tradução de Alfredo Copetti Neto e André Karan Trindade. Conferência sobre biodireito e geodireito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 1989.

KISSINGER, Henry. **American Foreign Policy**, 2. ed., Norton, Nova York, 1977.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos fundamentais**. São Paulo: Ed. Companhia das letras, 1991.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, vol. I, 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

———. **Curso de direito internacional público**, vol. I, 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

———. **Direito Constitucional Internacional: uma introdução**. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORGENTHAU, Hans. **Politics among nations. The struggle for power and peace**. New York, Alfred A. Knopf, Inc, fifth edition, 1948.

MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. **Formação do império americano: da guerra contra a Espanha à guerra no Iraque**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

OCAMPO, Raúl Granillo. **Direito internacional público da integração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PARET, Peter. *Makers of modern strategy: from Machiavelli to the nuclear age*. New Jersey: Princeton University Press, 1986.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Introdução às relações internacionais**. *Temas, atores e visões*. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

RAMONET, Ignácio. **A geopolítica do caos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social- (pós-modernidade constitucional?). *In*: FERRAZ Jr., Tércio Sampaio (Coord.). **Crises e desafios da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro, 2002.

TUATHAIL, Gearóid Ó. *Critical geopolitics. The politics of writing global space*. Bordelinas, volume 6: Minnesota, 1996,

VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Após o liberalismo**. Petrópolis: Vozes, 2002.

Correção de Rumos: um Convite à Reflexão dos Próximos 20 anos da Lei de Crimes Ambientais

José Danilo Tavares Lobato¹

Resumo

O presente artigo realiza uma revisão crítica da Lei de Crimes Ambientais após suas duas décadas de existência. Nesse sentido, são apresentados os excessos da lei, tomando-se como paradigma os princípios próprios de um Direito Penal Liberal. Em seguida, o leitor é convidado a refletir a partir de propostas reformadoras que visam reduzir o excesso de tipos penais e provocar um repensar na responsabilidade ambiental das pessoas jurídicas.

Palavras-chave: Lei de crimes ambientais; princípios penais; reforma penal; responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Abstract

This article performs a critical review of the Environmental Crimes Law after its two decades of existence. In this sense, the excesses of the law are presented, taking into as a paradigm the principles of a Liberal Criminal Law. Then the reader is invited to reflect on reform proposals that aim to reduce excess penalties and cause a rethinking of the environmental responsibility of legal entities.

Keywords: Environmental crimes law; penal principles; penal reform; criminal responsibility of legal entities.

Introdução

O vigésimo aniversário da Lei de Crimes Ambientais pode ser visto como uma marca de longevidade do modelo de tutela penal projetado pelo legislador brasileiro duas décadas atrás. No entanto,

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique – Alemanha, Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Mestre em Direito – Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro e Professor Visitante do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

a resistência da Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 ao tempo é um fenômeno que não importa, necessariamente, aquiescência da Ciência Jurídica às escolhas do legislador e nem correção dogmático-jurídica do modelo de tutela penal do ambiente assumido pelo legislador brasileiro. A Lei de Crimes Ambientais, com suas mais de três dezenas de tipos penais, é um de nossos melhores exemplos do expansionismo penal que, nos últimos anos, ditou os contornos do avanço do Direito Penal a novos campos e o levou a se assumir como um instrumento normativo simbólico.

Critérios e princípios depuradores dos tipos penais

Recentemente, a professora alemã Elisa Hoven publicou um artigo, na secular revista *ZStW*, fazendo um apelo à limpeza do Código Penal alemão e provocando a dogmática penal a refletir e a debater as razões e os fundamentos que tornam os tipos penais desnecessários, uma vez que o Direito Penal se converteu – por meio da edição de novos tipos penais, do complemento e do alargamento do espectro de normas penais já existentes, com a aspiração de, quase que exclusivamente, obter “mais penas” – em uma panaceia destinada a solucionar muitos dos males que afligem a opinião pública midiática². Para que se possa empreender e realizar essa missão depuradora, Hoven apresenta e reúne um conjunto de critérios a serem usados como balizas na realização dessa crítica normativa. Os critérios são os seguintes: exclusão de tipos penais inconstitucionais, seja por não atenderem ao princípio da culpabilidade, que rejeita a responsabilidade penal objetiva, por desconsiderarem a autonomia da vontade do agente, ou por ultrapassarem o princípio da *ultima ratio*, criminalizando meras infrações administrativas que não causam, de modo especial, danos sociais e nem afetam consideravelmente a vida em comunidade³.

Na mesma linha de crítica, estão em foco os crimes de perigo abstrato que tanto povoam o Direito Penal Ambiental, os tipos penais que envolvem uma criminalidade bagatelar, os que não protegem bens

² HOVEN, Elisa. Was macht Straftatbestände entbehrlich? – Plädoyer für eine Entrümpelung des StGB. *ZStW*, 129 (2), 2017. pp.334-335.

³ *Ibid.*, pp.340-341 e pp.346-347.

jurídicos, mas apenas a moral e os sentimentos, bem como os tipos penais que integram o chamado “Direito Penal de Segurança”, que é aquele que se antecipa ao início da execução do crime ao buscar impedir, em um dado momento, que um possível e esperado injusto penal seja almejado pelo agente⁴.

Parte considerável, senão todos, ainda que a partir de diferentes abordagens, dos critérios ou princípios expostos nos dois parágrafos anteriores serviram como norte à crítica principiológica que formulei ao sistema normativo que funda, no Brasil, o Direito Penal do Ambiente⁵.

No entanto, destaco que Hoven traz alguns critérios com os quais não trabalhei e, em apertadíssima síntese, os apresentarei nesse tópico. Apenas observo que nem todos os critérios servem à elaboração de uma crítica à Lei 9.605/98, mas, ainda assim, reputo relevante citá-los. Como parâmetros interpretativos redutores gerais da abrangência da criminalização primária, há de se identificar os tipos penais paternalistas⁶ que atentam contra a autonomia da vontade, os oriundos de lobby de grupos particulares que não se traduzem em um amplo consenso social, bem como os tipos penais obsoletos pelas mudanças políticas e tecnológicas. Por outro lado, destaco como úteis à elaboração de uma crítica redutora dos excessos de nosso Direito Penal do Ambiente os seguintes critérios, apresentados por Hoven: contradições sistemáticas, redundância, e simbolismo penal⁷. Apesar da considerável capacidade de rendimento dessas três categorias, não as utilizei, à época, como base para a formulação de minha crítica à Lei 9.605/98, uma vez que restringi minha análise, como instrumental hermenêutico, ao manejo de um conjunto clássico de princípios penais constitucionais⁸.

⁴ Ibid., pp.341-344.

⁵ Para um maior detalhamento de meu pensamento, remeto o leitor à leitura da obra: LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito Penal Ambiental e seus Fundamentos – Parte Geral*. Curitiba: Juruá, 2011.

⁶ Sobre paternalismo penal, conferir: MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo Jurídico-Penal – Limites da Intervenção do Estado na Liberdade Individual pelo Uso das Normas Penais*. São Paulo: LiberArs, 2015.

⁷ HOVEN, Elisa. op. cit. pp.344-345.

⁸ LOBATO, José Danilo Tavares. op. cit.

Hoje, percebo, contudo, que a crítica deve avançar para além das análises principiológicas que, nos últimos anos, não tiveram força para conduzirem mudanças legislativas e nem para servirem à montagem de um sistema normativo mais lógico. Em realidade, o que ocorreu foi o inverso. O expressivo e massificado discurso dos princípios serviu à desorganização de nosso sistema jurídico e à fragilização da segurança jurídica ao, concretamente, abolir as amarras que impunham um mínimo de similitude e aproximação na interpretação das normas pelos juízes.

Nesse sentido, me parece que o caminho de correção dos rumos da Ciência Jurídica demanda uma hermenêutica que se preocupe menos com o caráter normativo dos princípios e mais com a redução das contradições sistemáticas da norma e com a eliminação da redundância nos textos e do simbolismo que trata os tipos penais como um fim em si mesmo e desconsidera a dignidade penal dos comportamentos criminalizados.

Excessos da Lei de Crimes Ambientais

Para que renda bons frutos, todo e qualquer trabalho propositivo que vise a reduzir os excessos contidos na Lei 9.605/98 pressupõe que, primeiramente, assumam-se a segurança jurídica como utopia a ser perseguida e a pragmaticidade e a clareza como pressupostos objetivos básicos de toda e qualquer norma. Como esses são os nortes que devem orientar a Ciência Jurídica, cumpre reconhecer que, há duas décadas, o legislador não os observou quando optou por editar praticamente quatro dezenas de tipos penais incriminadores na Lei de Crimes Ambientais, o que o levou a atentar contra a razoabilidade e a lançar por terra a segurança jurídica. Observo, contudo, no tocante ao Direito Penal do Ambiente, tal como o fez Kubiciel em relação ao Direito Penal Econômico⁹, que a questão não trata da dispensabilidade do Direito Penal do Ambiente, mas sim da desnecessidade de determinados tipos penais. Nesse sentido, há de se corrigir os excessos da Lei 9.605/98. Para tanto, demanda-se uma reforma consideravelmente intensa.

⁹ KUBICIEL, Michael. Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände. *ZStW*, 129 (2), 2017. p.473 e ss..

A partir de uma comparação meramente quantitativa, já se constata esse excesso. Por exemplo, em Portugal, a tutela penal do ambiente encontra-se regulada em 7 artigos contidos no Código Penal, sendo que, nesse conjunto, há 6 tipos penais incriminadores. Por outro lado, o Código Penal alemão regula o Direito Penal do Ambiente em 13 artigos, dentre os quais 10 referem-se a tipos penais incriminadores e de agravamento de pena. Mesmo o Código Penal espanhol, que, ao organizar seu Direito Penal do Ambiente com o expressivo número de 24 artigos, diferenciou-se do comeditamento dos códigos português e alemão, não chega perto do elevado volume de artigos contidos na Lei 9.605/98, que alcança a marca aproximada de 80 artigos.

Em certa medida, a prolixidade da Lei 9.605/98 segue a tendência do legislador brasileiro de criar novos e extensos subsistemas jurídicos em leis extravagantes. Essa é uma das razões que leva à profusão de normas penais extensamente desconhecidas por nossa população, bem como de parte considerável dos chamados “operadores do Direito”. Em termos concretos, com a exceção de alguns crimes, cuja reprovação se manifesta com contornos menos etéreos no seio da sociedade brasileira, vigora, frente à Lei 9.605/98, um estado social de desconhecimento da ilicitude que seus tipos penais exteriorizam.

Acrescente-se, ainda, que a proliferação de subsistemas jurídicos em leis extravagantes produz um senso comum de desatualização de nosso Código Penal. Não é outra a razão que, cada vez mais, leva nossa sociedade a acreditar que nosso Código Penal está superado e não atende aos anseios dos novos tempos. É chegada a hora de uma nova consolidação das leis penais. Que nos inspiremos no exemplo do Des. Vicente Piragibe e comecemos esse labor com o Direito Penal Ambiental.

Propostas de reforma da Lei 9.605/98

Nas linhas que se seguem, apresentarei algumas reflexões com o intuito de fomentar uma reforma legislativa tanto da Lei 9.605/98, quanto do Código Penal. A proposta consiste em consertar os excessos cometidos pelo legislador no afã de usar o Direito Penal como solução para a questão ambiental. A Lei 9.605/98 surge como consequência do movimento de expansão do Direito Penal para novos campos. Essa difusão do uso do

Direito Penal é, contudo, o resultado de uma tendência que vai além do Brasil. Em verdade, essa a Lei de Crimes Ambientais apenas reproduz a época em que vivemos, na qual se utiliza extensivamente o Direito Penal como “placebo destinado a ajustar as desordens sociais” e “a superar todos os desafios sociais”¹⁰. Evidentemente que se está diante de uma equivocada política criminal.

Da restrição da Lei 9.605/98 à responsabilização das pessoas jurídicas

A proposta advoga a restrição do sistema de responsabilização da Lei 9.605/98 somente às pessoas jurídicas, transferindo-se, em contrapartida, de forma restrita e adaptada, o arcabouço normativo da responsabilidade penal individual para o Código Penal. Repita-se: mesmo após 20 anos de vigência da Lei de Crimes Ambientais, os cidadãos não sabem exatamente quais comportamentos, na seara ambiental, foram tipificados criminalmente. A consciência do injusto e, pior, a potencialidade de se adquiri-la não satisfazem graus satisfatórios de concretização da segurança jurídica¹¹ no dia a dia do cidadão. Ainda que a jurisprudência somente acolha esse argumento em um conjunto muito pequeno de casos¹², não se pode desconsiderar a realidade dos fatos.

Minha proposta original previa a transformação de extenso rol de tipos penais previstos na Lei 9.605/98 em tipos contraordenacionais¹³. A ideia consistia em converter grande parte do que hoje compõe o Direito Penal do Ambiente e não possui dignidade penal em Direito de Contraordenação, isto é, converter as infrações penais, que assim o são apenas por uma mera definição formal do legislador, em infrações administrativas. Apesar de

¹⁰ KIM, Jae-Yoon. *Umweltstrafrecht in der Risikogesellschaft: ein Beitrag zum Umgang mit abstrakten Gefährdungsdelikten*. Göttingen: Cuvillier, 2004. p.224.

¹¹ Não se discorda que tal afirmação, para ter caráter científico, demanda um estudo empírico metodologicamente organizado que a embase. No entanto, o desconhecimento das dezenas de condutas típicas em sede de criminalidade ambiental é tão difundido que convido o leitor a questionar, de modo aleatório, advogados civilistas, trabalhistas e até mesmo penalistas acerca de determinadas condutas, perguntando se esses comportamentos encontram ou não enquadramento em nossa Lei de Crimes Ambientais. O resultado dessa enquete será suficiente para fazer com que o leitor reflita sobre a prolixidade de nosso modelo de tutela penal do ambiente.

¹² Cf. <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ERRO+DE+PROIBI%C3%87%C3%83O+EM+CRIME+AMBIENTAL>. Acesso em 19/01/2018.

¹³ Cf.: Sobre a controvertida natureza jurídica das contraordenações, cf.: Lobato, José Danilo Tavares. op. cit. p.126 e ss.

ainda considerar esta proposta como a mais acertada, passados alguns anos de sua formulação, reconheço que a mesma não frutificou. Ou seja, não rendeu frutos concretos e nem teve ressonância no debate jurídico, de modo que, hoje, por razões puramente pragmáticas, me vejo impelido a atualizar minha proposição.

Nesse sentido, o novo caminho que se propõe a trilhar passa pela restrição da Lei 9.605/98 à responsabilização penal-administrativa das pessoas jurídicas. Ainda que a lei permaneça asseverando tratar-se de responsabilidade penal e os entusiastas da responsabilização criminal das pessoas jurídicas na defesa do meio ambiente tanto defendam a correção da escolha tomada pelo legislador constitucional e infraconstitucional¹⁴, o fato é que a estrutura metodológica de responsabilização das pessoas jurídicas, em nosso modelo jurídico, não é a mesma da responsabilização criminal que estruturalmente se baseia no comportamento humano individual.

A infração atribuível à pessoa jurídica somente pode ser chamada de criminal porque o legislador concedeu esse rótulo, contudo, fundamentalmente não é criminal, mas sim administrativa. O rótulo criminal advém de um ato definitorial de poder e não da adequação à técnica jurídica. Metodologicamente, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade criminal estrutura-se a partir do injusto pessoal¹⁵. Abandonar as premissas que vinculam a responsabilidade criminal ao juízo analítico do comportamento humano individual e das capacidades pessoais do indivíduo de entender o caráter ilícito do fato e de se autodeterminar conforme essa capacidade de entendimento significa desenvolver um novo modelo de imputação de condutas, atribuição de responsabilidades e imposição de penas que não têm a conduta humana como eixo analítico base. Em realidade, a chamada responsabilidade penal da pessoa jurídica, tão aclamada como grande inovação e modernidade trazida pela Lei 9.605/98, nada mais é do que a construção de um novo modelo sancionador de responsabilização das pessoas jurídicas que equivocadamente recebeu

¹⁴ Assim: JORDACE, Thiago. Responsabilidade Penal Ambiental: Esferas Jurídicas, Sanções e Ente Moral. In: Lobato, Martinelli e Santos. (Orgs.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p.577 e ss..

¹⁵ Sobre o conceito de ação, cf.: LOBATO, José Danilo Tavares. Há Espaço para o Conceito de Ação na Teoria do Crime do Século XXI?. *Revista Liberdades*, 11, 2012. pp.51-68.

o rótulo de criminal. O esforço para defender o caráter penal dessa responsabilidade administrativa travestida leva a construções artificiais no tocante ao conceito de conduta e, principalmente, na construção de uma nova culpabilidade¹⁶.

De todo modo, ainda que não haja ambiente político para uma correção de rumos no que se refere à rotulação da denominada responsabilidade penal da pessoa jurídica como meio de tutela do Meio Ambiente, a edição de uma reforma legislativa que restrinja a Lei 9.605/98 ao sancionamento de pessoas jurídicas já representaria um avanço. Ainda que permaneça sendo chamado de penal pelo direito positivo, esse microssistema, dotado de um conjunto de regras próprias que mesclam características do Direito Administrativo Sancionador, vide a adoção de um modelo de imputação desvinculado do comportamento individual do sujeito ativo, e do sistema penal, como, por exemplo, a competência do Poder Judiciário para julgamento e aplicação de sanções, evidenciaria, mesmo diante dessa essência híbrida, um radical afastamento do modelo penal de responsabilização subjetiva. Esse afastamento é de extrema importância, uma vez que evita que as concessões e os artificialismos utilizados na manutenção do rótulo criminal do sistema de responsabilização das pessoas coletivas contaminem o modelo penal de responsabilização subjetiva que é o sistema penal propriamente dito e que afeta o cidadão em seu dia a dia.

Por outro lado, uma reforma que siga essa proposta se consubstanciará em um grande passo para que se tenha o início de um debate nacional voltado à estruturação de um Direito de Contraordenações. Desse modo, por ora, seria um avanço substancial a revogação do artigo 2º e a alteração da redação do parágrafo único do artigo 3º, ambos da Lei 9.605/98, para que este último venha a dispor que “a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui, na forma prescrita pelo Código Penal, a responsabilização das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes.”.

¹⁶ Nesse sentido, recomendo a leitura de: GLEIZER, Orlandino. Culpabilidade e Pessoa Jurídica. In: Lobato, Martinelli e Santos. (Orgs.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. pp.379-405.

Uma proposta de um Direito Penal do Ambiente inserido no Código Penal

Face à proposta de exclusão das pessoas naturais do sistema de responsabilidade previsto na Lei 9.605/98, emerge a necessidade de se incluir no Código Penal a reprovação de condutas que tenham dignidade penal por ameaçarem ou danificarem o meio ambiente. Nesse sentido, cumpre repensar os tipos penais previstos na Lei 9.605/98, de modo a que se organize um rol de tipos penais que tutele o meio ambiente em suas diferentes interfaces e contra distintas formas de ataque.

No entanto, na estruturação desse novo Direito Penal Ambiental, deve-se, imprescindivelmente, superar os erros, excessos e frivolidades que marcam os muitos tipos penais contidos na Lei 9.605/98. O norte da proposta impõe que, com um número reduzido de tipos penais, se alcance uma proteção do ambiente que não implique, ao cidadão, a renúncia de sua segurança jurídica e nem o risco de ser responsabilizado em um estado social de não aquisição da consciência da ilicitude. Dito isto, voltemos, agora, os olhos para a lei.

O capítulo quinto da Lei 9.605/98 apresenta cinco seções contendo inúmeros tipos penais. De plano, deve-se riscar por completo, de eventual transplante para o Código Penal, a seção V, que trata dos crimes contra a Administração Ambiental. A eliminação da referida seção decorre do fato de os tipos penais nela contidos, dotados de dignidade penal, serem desnecessários, inclusive em seu caráter simbólico, bem como pela redundância que traduzem, uma vez que, como acertadamente pontua Lobo da Costa, tratam de “modalidades específicas de falsidade ideológica”¹⁷ que, inclusive, não trazem necessariamente maior rigor, ao contrário do que à primeira vista pode parecer, ao combate das falsidades no campo ambiental. Assim, comparemos as pena de 1 a 3 anos das modalidades dolosas dos artigos 66 e 67 que são menores que a pena de 1 a 5 anos do crime falsidade ideológica em documento público previsto no Código Penal. Em verdade, pelo critério hermenêutico da não contradição, essas normas naufragam.

¹⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. Crimes Ambientais. In: Lobato, Martinelli e Santos. (Orgs.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p.575.

Por outro lado, o art. 69-A possui uma pena, em termos comparativos, desproporcionalmente elevada. Se, por um lado, a ameaça e o dano ambiental devem, sim, servir como critério de intensificação da reprovabilidade da conduta, por outro, contudo, basta que se inclua uma causa especial de aumento de pena voltada à tutela ambiental que abranja os tipos penais, que reprovam as falsidades, contidos no Código Penal. Na mesma linha, dever-se-ia substituir o artigo 69 por uma causa especial de aumento de pena que abarque tanto o crime de resistência, quanto o de desobediência. Em contrapartida, o artigo 68 e a forma culposa do artigo 67 violam a legalidade penal, já que introduzem incriminações incertas que se valem do meio ambiente como um *topoi* meramente argumentativo.

No que toca às quatro primeiras seções do capítulo V da Lei 9.605/98, cumpre reconhecer que, em todas elas, subsistirão tipos penais autônomos a serem incorporados no Código Penal. Esse reconhecimento, todavia, não implica um transplante automático dos tipos penais hoje previstos na Lei 9.605/98 para o Código Penal.

Desse modo, como já afirmado em outro estudo¹⁸, o artigo 29 é um exemplo crasso de uso grosseiramente equivocado do Direito Penal, uma vez que o legislador não criminaliza a caça como um dano *de per se* ao meio ambiente, mas sua realização sem a devida autorização administrativa e, ainda, considera a caça não autorizada como uma infração penal de menor potencial ofensivo, ou seja, trata esse crime como um verdadeiro crime de desobediência, apenas o veste com roupas ambientais. A solução à questão passa pela inclusão de uma causa especial de aumento de pena no crime de desobediência, posto que o que a norma efetivamente tutela é a função estatal de controle e não o alegado bem jurídico “Meio Ambiente”. A mesma proposta de reforma deve abranger os artigos 30, 31, 34, 39, 44, 50-A, 51, 52, 55 e 60 da Lei de Crimes Ambientais. Em igual medida, em todos estes 11 tipos penais, o Estado incrimina a desconsideração de sua função de controle e não a prática de danos ou a criação de riscos ambientais.

Um grave erro legislativo contido na Lei 9.605/98 materializa-se no artigo 46. O legislador se contradiz ao pretender reprimir mais

¹⁸ LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito Penal Ambiental e seus Fundamentos – Parte Geral*. Curitiba: Juruá, 2011. pp.128-129.

gravemente o comércio ambiental ilícito e punir, de forma destacada, os receptadores que adquirem produtos vegetais de origem criminosa. Em concreto, voltando-se os olhos ao Código Penal, vislumbra-se que a contradição legislativa reside no fato de a Lei de Crimes Ambientais sancionar, com menor rigor, os agentes que atuam com fins comerciais ou industriais do que os agentes que adquirem, sem qualquer finalidade empresarial, bens vegetais extraídos ilegalmente. A correção de rumos passa pela inclusão, na parte final, do §1º, do artigo 180, do CP, da seguinte expressão: “ou produtos de origem vegetal extraídos ilegalmente”.

Em contrapartida, os delitos previstos nos artigos 32, 33 e 35, compreendidos como crimes contra a fauna, devem ser fundidos em um único tipo penal, servindo, por consequência, à redução de complexidade normativa criada pelo excesso de tipos penais. Deve-se fortalecer os postulados do princípio da legalidade, uma vez que a realização desse princípio serve à concretização do ideal de segurança jurídica. Para que se proceda a uma fusão dessa natureza, será necessário que o legislador adote uma redação típica bem diversa da atual. Assim, ter-se-á que assumir, como estrutura base do almejado preceito típico unificado, a morte, a lesão ou a ameaça à fauna e, conforme às especificidades dos diferentes modos de ataque, adequar a redação legal à tutela da fauna como bem jurídico penal.

Do mesmo modo, deve-se pensar em uma redução de complexidade normativa dos crimes, que servem à tutela da flora, previstos nos artigos 38, 38-A, 40, 41, 42, 45, 48 e 50 da Lei 9.605/98. Todos esses 8 tipos penais percebem o ambiente como bem jurídico tutelado em virtude de sua capacidade de servir como condição necessária de habilidade e da existência de vida humana digna no planeta. Por essa razão, de igual modo, ao se pensar na transposição dos crimes ambientais para dentro do Código Penal, há de se reconhecer a necessidade de se fundir grande parte dos tipos penais contidos na seção III do capítulo V da Lei de Crimes Ambientais. Veja-se que, também na edição dos crimes de poluição, o legislador perdeu a mão ao multiplicar os tipos penais¹⁹.

¹⁹ Para uma crítica mais detalhada acerca dos equívocos na tipificação dos crimes ambientais, cf.: LOBATO, José Danilo Tavares. op. cit. p.126 e ss..

Ainda que demande uma reflexão mais profunda, até o momento, estou convencido de que a seção dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural é o conjunto de tipos penais que demandaria o menor número de alterações. Em breves linhas, como os crimes contidos nos artigos 64 e 65 da Lei 9.605/98 possuem peculiaridades típicas próprias e uma tutela voltada a impedir a prática de danos caracterizados por determinadas especificidades – respectivamente, construção em solo não edificável e pichação –, seus transplantes ao Código Penal devem ocorrer mantendo a autonomia típica desses crimes. Uma eventual fusão desses crimes com o tipo penal previsto no artigo 163, do Código Penal, terminaria mesclando, em um só crime, formas distintas de danos a bens dotados de características consideravelmente diversas, o que acarretaria dificuldades hermenêuticas e, certamente, não contribuiria para o reforço da segurança jurídica. De todo modo, esse é um problema que demanda um debate mais profundo.

Em contrapartida, a eliminação do inciso I do artigo 62 da Lei 9.605/98, combinada à fusão de seu inciso II com o atual artigo 165 do Código Penal, bem como a fusão do artigo 63 da Lei 9.605/98 com o artigo 166, do Código Penal, simplificariam a complexidade típica de nosso sistema penal. Os citados tipos penais tratam de crimes dotados de características substancialmente semelhantes, de modo que a unificação desses tipos penais reforçará a segurança jurídica do cidadão, uma vez que potencialmente permitirá, com maior facilidade, que o cidadão aceda à consciência do injusto penal.

Em resumo, grande parte das considerações por mim postas neste tópico partem da importância de se recuperar as lições do Iluminismo Penal. Dentro desse conjunto de ensinamentos, encontra-se a utópica busca por um direito sistemático e organizado dentro de um Código único²⁰. Por mais que essa utopia seja irrealizável, ela nos serve de norte para que evitemos o caos legislativo que atualmente se vive no Brasil com a profusão de uma legislação extravagante extremamente vasta.

²⁰ Sobre a questão, remeto o leitor à obra de: CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2ª.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

Considerações finais

Ao completar a marca de 20 anos, a Lei de Crimes Ambientais tende a atrair, para si, as atenções tanto do público em geral, quanto da Ciência Jurídica. Por essa razão, o ano de 2018 traz a oportunidade do início de um repensar acerca das escolhas que o legislador assumiu há duas décadas. Devemos aproveitar a conveniência do momento para analisarmos criticamente a Lei 9.605/98 e corrigirmos seus rumos. Imbuído, por esse espírito, o presente artigo vem a lume, mais com o propósito de provocar e estimular o começo de um debate reformador do que com o intuito de apresentar soluções e respostas legislativas prontas. O leitor está convidado a celebrar esse aniversário debatendo os rumos da Lei 9.605/98 para os próximos 20 anos.

Referências

- CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2ª.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Crimes Ambientais. In: Lobato, Martinelli e Santos. (Orgs.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- GLEIZER, Orlandino. Culpabilidade e Pessoa Jurídica. In: Lobato, Martinelli e Santos. (Orgs.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- HOVEN, Elisa. *Was macht Straftatbestände entbehrlich? – Plädoyer für eine Entrümpelung des StGB*. *ZStW*, 129 (2), 2017.
- JORDACE, Thiago. Responsabilidade Penal Ambiental: Esferas Jurídicas, Sanções e Ente Moral. In: Lobato, Martinelli e Santos. (Orgs.). **Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- KIM, Jae-Yoon. *Umweltstrafrecht in der Risikogesellschaft: ein Beitrag zum Umgang mit abstrakten Gefährdungsdelikten*. Göttingen: Cuvillier, 2004.
- KUBICIEL, Michael. *Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände*. *ZStW*, 129 (2), 2017.
- LOBATO, José Danilo Tavares. **Direito Penal Ambiental e seus Fundamentos – Parte Geral**. Curitiba: Juruá, 2011.
- LOBATO, José Danilo Tavares. Há Espaço para o Conceito de Ação na Teoria do Crime do Século XXI?. **Revista Liberdades**, 11, 2012.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-Penal – Limites da Intervenção do Estado na Liberdade Individual pelo Uso das Normas Penais**. São Paulo: LiberArs, 2015.



O Direito ao Esquecimento como Garantia do Direito à Saúde Individual

Júlia Gomes Pereira Maurmo¹

Resumo

Este trabalho tem por objetivo apontar um novo e imprescindível olhar quando se trata do Direito ao Esquecimento: a perspectiva da saúde individual. Isto porque a utilização dos mecanismos de ponderação com vistas à solução de um suposto conflito entre liberdade de expressão e direitos da personalidade não é suficiente para alcançar decisões justas. Assim, optou-se, através da revisão bibliográfica e do estudo de casos, por uma pesquisa interdisciplinar, cujo marco teórico é o neurocientista Iván Izquierdo, posto que os trabalhos por ele desenvolvidos acerca da memória, mais especificamente, de suas formas de extinção e repressão, demonstram que a impossibilidade de transcender ao trauma leva, para além de quadros depressivos, a relações sociais deficitárias, e estas, por sua vez, influenciam diretamente em um considerável aumento da incidência de doenças coronarianas e de acidentes vasculares cerebrais, maculando a saúde individual e, consequentemente, a vida digna do cidadão. Com vistas a demonstrar a teoria proposta, qual seja a imprescindibilidade da análise do Direito ao Esquecimento sob a perspectiva da saúde individual, foi analisado o caso “Aída Curi”, já julgado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, de maneira incompleta, posto que analisou, apenas, o conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, e que hoje se encontra sob a apreciação da Suprema Corte.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento; saúde; memória; liberdade de expressão; privacidade.

Abstract

This study aims to point out a new and indispensable look concerning the Right to be Forgotten: the perspective of individual health. The usage of weighting mechanisms in order to resolve a potential conflict between freedom of expression and the rights of personality is not sufficient to achieve fair decisions. Thus, through a bibliographical review and case study, an interdisciplinary research was chosen, whose theoretical framework is

¹ Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Professora Adjunta da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Advogada.

the neuroscientist Ivan Izquierdo, since the studies he has developed about memory, and more specifically about its extinction and repression, demonstrate that the impossibility of transcending trauma leads, in addition to depressive disorders, to poor social relationships and these, in turn, directly influence a considerable increase in the incidence of coronary diseases and strokes, which damages individual health and, consequently, the dignified life of the citizen. In order to demonstrate the proposed theory, namely, the indispensability of the analysis of the Right to be Forgotten from the perspective of individual health, the “Aída Curi” case, already judged by the Brazilian Superior Court of Justice, has been analyzed in an incomplete way, since the judgment only scrutinized the conflict between freedom of expression and the rights of the personality, which is now under the jurisdiction of the Supreme Court.

Keywords: Right to be forgotten, health, memory, freedom of expression, privacy.

Resumen

Este trabajo tiene por objetivo apuntar un nuevo e imprescindible mirar cuando se trata del derecho al olvido: la perspectiva de la salud individual. Esto es porque la utilización de los mecanismos de ponderación con miras a la solución de un supuesto conflicto entre libertad de expresión y derechos de la personalidad no es suficiente para alcanzar decisiones justas. Así, se optó, a través de la revisión bibliográfica y del estudio de casos, por una investigación interdisciplinaria, cuyo marco teórico es el neurocientífico Iván Izquierdo, puesto que los trabajos por él desarrollados acerca de la memoria, más específicamente, de sus formas de extinción y, la represión demuestra que la imposibilidad de trascender al trauma lleva, además de cuadros depresivos, a las relaciones sociales deficitarias y éstas, a su vez, influyen directamente en un considerable aumento de la incidencia de enfermedades coronarias y de accidentes vasculares cerebrales, maculando la salud individual y, por consiguiente, la vida digna del ciudadano. Con el fin de demostrar la teoría propuesta, cuál es, la imprescindibilidad del análisis del Derecho al Olvido bajo la perspectiva de la salud individual, se analizó el caso “Aída Curi”, ya juzgado por el Superior Tribunal de Justicia brasileño, de manera incompleta, puesto que sólo analizó el conflicto entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, y que hoy se encuentra bajo la apreciación de la Corte Suprema.

Palabras clave: Derecho al Olvido; Salud; Memoria; Libertad de Expresión; Privacidad.

Introdução

A busca por compreender as questões envolvendo a privacidade, os seus conceitos, as suas espécies, e as suas distinções em face de outros institutos tais como a honra e a imagem, bem como a tutela conferida a

este direito pelo ordenamento jurídico pátrio, suscitou, dentre outros, um questionamento: em que medida a privacidade, no âmbito da sociedade de informação, é tutelada de maneira eficaz e satisfatória por meio do instituto da responsabilidade civil?

Seria suficiente indenizar, se não se pudesse transcender àquilo que gera dano, sobretudo, sem poder se desvencilhar daquilo que afronta à personalidade, seja no aspecto dos direitos da personalidade e, de forma muito mais gravosa, da saúde?

A (re)descoberta de memórias já extintas, falsificadas ou reprimidas, causadoras de lesões à saúde física e mental do indivíduo, ensejaria a responsabilização por danos morais e materiais ou, como se afirmou outrora, “o tempo apaga a dor”?

Neste contexto surge a questão do Direito ao Esquecimento e, antes de mais nada, é preciso compreender que *esquecer não significa apagar*.

Esquecer é tão somente utilizar mecanismos naturais à dinâmica cerebral para ser possível seguir adiante. Esquecer algo não faz cessar a existência desse algo. Poder esquecer não significa fazer desaparecer, mas poder deixar à margem da consciência e, por conseguinte, da vida cotidiana, aquilo que gera efetivo prejuízo à saúde individual e à vida digna.

O Direito ao Esquecimento nada mais é do que uma forma de garantir a saúde, seja pela transcendência do trauma, seja por impedir que o isolamento oriundo da vergonha, ou mesmo da superexposição na sociedade de informação, leve a relações sociais deficitárias – que, comprovadamente, aumentam a incidência de inúmeras outras comorbidades, tais como os acidentes vasculares cerebrais e as cardiopatias².

Desta feita, com o intuito de demonstrar que a apreciação do ponto de vista da saúde é imprescindível para se alcançar decisões justas, será analisada a decisão que o Superior Tribunal de Justiça proferiu no julgamento do Recurso Especial nº 1.335.153, demonstrando que a ponderação entre a liberdade de expressão e a privacidade é insuficiente para se alcançar este fim.

² O estudo foi desenvolvido na Universidade York, no Reino Unido e liderado por Dr. Nicole K. Valtorta. A investigação mostrou que existe uma ligação entre as relações sociais deficientes e a mortalidade prematura. Disponível em: <https://www.sciencedaily.com/releases/2016/04/160419214147.htm>. Acesso em: 25.09.2016.

O Direito ao Esquecimento como direito fundamental e suas alternativas em face da clássica discussão

O Direito ao Esquecimento não busca reescrever nenhuma história que não a própria, não entrando em conflito nem com o Direito Fundamental à Memória, nem com a Liberdade de Expressão. É possível, tendo por base a dignidade humana, que todos estes direitos se realizem na máxima medida possível, pelo estabelecimento de circunscrições temporais bem definidas.

A natureza fundamental do Direito ao Esquecimento parte da premissa de que se enquadram nessa categoria aqueles direitos instituídos com a finalidade de proteger a Dignidade Humana, que busca resguardar o homem em sua liberdade, necessidade e em sua preservação.

Neste contexto, o Direito ao Esquecimento é indiscutivelmente fundamental, posto que, na sociedade de informação, torna-se praticamente inviável resguardar a privacidade sem se garantir o esquecimento. Ademais, não é possível desenvolver-se livremente quando se está marcado a ferro (ainda que virtualmente), preso aos grilhões do passado de forma perpétua, cruel, desumana e degradante. Por fim, esquecer, como se verá, é imprescindível à saúde humana, tanto física, quanto psíquica.

Assim, a clássica discussão liberdade de expressão *vs.* privacidade, pode e deve ser acrescida de um viés relacionado à saúde individual, até porque não pode haver uma sociedade saudável com pessoas doentes, pois não há corpo saudável com órgãos falindo.

O Direito ao Esquecimento não pretende censurar a informação por meio do reconhecimento da prevalência do Direito de Personalidade; antes pelo contrário, busca-se a máxima realização de todos, *concomitantemente*. A informação – direito fundamental e pilar da democracia – deverá ser realizada na máxima medida possível, tendo, ao tempo do fato, sua veracidade subjetiva respeitada, de modo a contemplar o interesse público, cuidando apenas de se preservarem os direitos fundamentais do retratado (como exposição vexatória desnecessária, por exemplo), através de um exercício ético e responsável da liberdade de informação.

O Direito ao Esquecimento insurge-se somente contra a *eternização* da informação e de sua acessibilidade pelos mais variados mecanismos de

busca, posto que as lesões oriundas de tal perpetuação leva a lesões, quase sempre irreparáveis, à saúde, à personalidade humana e, conseqüentemente, à vida digna.

Se as penas provenientes de uma condenação penal não podem ser perpétuas, cruéis, desumanas e degradantes, a exploração de determinadas informações atinentes à privacidade necessita de limites, justamente para se evitar que a perpetuação de uma situação que, embora à margem do direito, viola a privacidade das pessoas, impondo-lhes uma verdadeira pena perpétua. Assim, há que se estabelecer uma vida útil para a informação, para que a sua imortalização não se transforme, justamente, em uma pena – perpétua, cruel, desumana e degradante – e, portanto, violadora da dignidade da pessoa humana.

Não se trata de “não sofrer conseqüências negativas de fatos recuados no tempo³”, apenas de limitar, externamente, as implicações dos fatos ocorridos e dos atos cometidos às suas decorrências legais, porque, internamente, cabe a cada um mensurar a dor e o peso que irá carregar.

A alegada dificuldade do reconhecimento de um direito subjetivo ao esquecimento, que poderia ser utilizada como pretexto para as pessoas “inevitavelmente requererem indenização por danos materiais e morais, bastando afirmar que as obras nas quais foram retratadas lhes causaram lembranças penosas, para requerer indenização, por vezes de maneira caprichosa, cobiçosa e injustificada⁴”, não deve prosperar, tendo em vista que, embora exista a má fé “caprichosa, cobiçosa e injustificada”, não pode ela ser presumida – como, aliás, é corolário milenar do Direito: *bona fides semper praesumitur nisi mala adesse probetur*. Assim, verificada a lesão à personalidade ou mesmo à saúde individual, poderá haver o dever de indenizar.

Isto posto, em apertada síntese, na seara da discussão entre liberdade de expressão *vs.* privacidade, podemos colacionar três situações nas quais, apontando as respectivas soluções, não há, necessariamente, uma colisão,

³ Parecer nº 156.104/2016 PGR-RJMB de Rodrigo Janot. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/07/pareceresquecimento.pdf>. Acesso em: 25.09.2016.

⁴ Parecer nº 156.104/2016 PGR-RJMB de Rodrigo Janot. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/07/pareceresquecimento.pdf>. Acesso em: 25.09.2016

mas tão somente a realização máxima de direitos igualmente fundamentais, em tempos distintos:

Ao tempo do fato, deve prevalecer a liberdade de informação, em respeito ao interesse público e mesmo à publicidade do processo, não havendo possibilidade de indenização por danos morais, salvo em virtude de eventuais excessos cometidos, que configurem, pois, atos ilícitos;

Estabelecido um prazo razoável que denotaria a “vida útil” de uma determinada informação – e que, nos casos que envolvem consequências penais, coincidiria com o lapso temporal da reincidência –, deve prevalecer a tutela da privacidade, para que seja possível a transcendência do trauma, a ressocialização e a reconstrução da própria vida digna e saudável, na medida em que o direito à informação foi exercido;

A seu turno, situações que envolvem a vida privada de pessoas, voluntária ou involuntariamente públicas, o decurso do tempo não poderia impedir a retratação dos fatos, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815 e declarar inexigibilidade da autorização prévia para a publicação de biografias, sendo possível, apenas, a reparação civil “*a posteriori*”.

A análise pormenorizada dos institutos da Liberdade de Expressão, da Privacidade e do Direito Fundamental à Memória, bem com a análise dos pareceres do Dr. Daniel Sarmento e do excelentíssimo Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, encontra-se em tese de Doutorado⁵, defendida em fevereiro de 2017 junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O Direito ao Esquecimento como garantia do direito à saúde : uma breve análise das questões relativas às formas de extinção e repressão de memórias

Passadas estas considerações preliminares, o que se propõe é acrescentar (e não suplantare) à discussão clássica sobre o Direito ao esquecimento, uma outra e imprescindível visão: a saúde individual.

⁵ MAURMO, Julia Gomes Pereira. Direito ao esquecimento e condenações penais: outras perspectivas sobre o tema. 2017. 241f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

Neste ponto, em face da já mencionada primazia conferida pelo constituinte à dignidade, temos, pela primeira vez num texto constitucional brasileiro, o reconhecimento do direito fundamental (formal e materialmente) à saúde, que atribui ao Estado e à sociedade deveres para que o direito seja efetivamente desfrutado.

Saliente-se que, para além de um dever do Estado, a saúde incumbe também os particulares em geral, que deverão pautar suas condutas à não intromissão e, conseqüente, lesão à saúde do outro, seja fisicamente (para as quais, em grande parte das vezes, há punição na esfera penal), seja moralmente (para as quais, além de alguma sanção penal, há sanções civis no âmbito da responsabilidade civil), razões pelas quais não se deve reduzir a saúde à situação de mero direito público subjetivo⁶.

Conceitualmente⁷, para a Organização Mundial da Saúde (OMS), estar saudável é mais do que estar livre de doenças, uma vez que “a saúde

⁶ Sobre a eficácia horizontal de direitos fundamentais: SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁷ Ainda que alguns médicos critiquem este conceito pelo seu caráter holístico, ele será aqui considerado, conforme preceito da Organização Mundial da Saúde. Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946: A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados. Os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos. O desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum. O desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento. A extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde. Uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos. Os governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas. Aceitando esses princípios, com o fim de cooperar entre si e com os outros para promover e proteger a saúde de todos os povos, as partes contratantes concordam com a presente Constituição e estabelecem a Organização Mundial da Saúde como um organismo especializado, nos termos do artigo 57 da Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omsworld.html>. Acesso em 01.05.2016.

é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”. Esta definição encontra guarida também na legislação brasileira, nos termos da Lei 8.080/90.

Se, de um lado, as doenças “visíveis” são objeto de inúmeras pesquisas realizadas por cientistas, em grandes centros de ensino e laboratórios, em busca de seus agentes etiológicos, medicamentos, tratamentos, vacinas, ou mesmo cura, de outro, algumas doenças não se exteriorizam de forma “clássica”: tratam-se das doenças da alma.

O difícil diagnóstico, o não reconhecimento pelas pessoas mais próximas ou mesmo pelo próprio paciente, a incredulidade, a pouca importância, a exposição, e a impossibilidade de se manter em (res)guardo provocam a atroz desconsideração das consequências desse tipo de enfermidade.

Destarte, as doenças que acometem a alma, apesar de não deixarem marcas visíveis ou mesmo de não possuírem, muitas das vezes, sintomas classicamente aferíveis por exames laboratoriais e de imagem, podem incapacitar o indivíduo para uma vida digna, na medida em que retiram dele a possibilidade de conviver, de transcender e de se reconstruir.

Não por outra razão, a fisiologia humana coloca à disposição mecanismos que buscam reorganizar as memórias individuais, a fim de que o homem, mesmo após ser submetido a alguma situação traumática, possa reconstruir a própria vida de maneira digna.

Se o esquecimento suscita, à primeira vista, uma alusão a doenças neurodegenerativas, como Alzheimer ou demais demências que levam, entre outras comorbidades, à perda de memória, em outra, torna-se nítido que “esquecer” é essencial ao exercício do direito individual à saúde, garantido como direito fundamental.

Na sociedade de informação, experimenta-se a imortalidade decorrente da perenidade dos dados lançados na Internet, o que marca a ferro (ainda que, hoje, virtualmente) a alma de muitas pessoas que não conseguem transcender traumas e reconstruir suas vidas. Os mortos, não raro, seguem insepultos, e as pessoas não retomam uma vida digna – e útil – na sociedade.

Falar em memória é, muitas vezes, falar sobre o esquecimento, posto que, em inúmeros casos, este se encontra relacionado aos mecanismos de

formação daquela. Sendo assim, quando se pretende falar sobre um Direito ao Esquecimento é preciso, aprioristicamente, compreender sua dimensão e seu alcance para a saúde humana.

Etimologicamente do latim *memoria*, entre os vários significados apontados no Dicionário Michaelis⁸, destaca-se a faculdade de conservar ou readquirir ideias ou imagens, lembrança, reminiscência. Para Izquierdo⁹, “memória é a aquisição, conservação e evocação de informações. A aquisição se denomina aprendizado. A evocação também se denomina recordação ou lembrança”.

O cérebro humano dispõe de cerca de 10 bilhões de neurônios que interagem de diversas formas, de modo que cada célula, cada componente bioquímico é responsável por um comportamento, uma atividade mental e, conseqüentemente, pelo desenvolvimento de uma memória. Desde a década de 1950, chama a atenção dos pesquisadores o quanto as emoções influenciam não só na formação da memória, mas, sobretudo, em sua recordação, já que “a lembrança às vezes pode ser disfarçada, aparentemente para proteger o sujeito da angústia do medo, vergonha ou dor”¹⁰.

De modo geral, as memórias podem ser divididas conforme sua duração e sua função em três tipos: i) memória *trabalho* ou *operacional* (persiste apenas por alguns segundos ou minutos para além do fato do qual se originou); ii) memória *de curta duração* (de uma a seis horas); iii) memória *de longa duração* (cuja permanência se estende por dias, meses e até anos).

Para além de suas especificidades, importa, neste momento, ressaltar a importância que as emoções (boa ou ruins) têm no mecanismo de formação de memória e os mecanismos que o cérebro humano tem para lidar com aquelas memórias insalubres.

Descobriu-se que memórias surgem da associação de estímulos inicialmente neutros – como o soar de uma campainha – com outros

⁸ Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=mem%F3ria>. Acesso em: 24.01.2016.

⁹ IZQUIERDO, Iván. Questões sobre memória. In: *Col. Aldus*, 19. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 15.

¹⁰ GERARD, Ralph W. O que é memória? In: *Scientific American* (periódico): Psicobiologia: as bases biológicas do comportamento. Lídia Aratany (trad.). São Paulo: Editora Universidade de São Paulo e Polígono, 1970, p. 139.

biologicamente significativos – a fome. Segundo Pavlov¹¹, memórias¹² “biologicamente significativas” são mais resistentes ao esquecimento.

Cada estado emocional corresponde a um agudeiro de substâncias neuromoduladoras que aumentam ou diminuem a capacidade de resposta de diversas áreas cerebrais, inclusive as que produzem ou evocam memórias. As memórias adquiridas sob um determinado estado neuro-humoral (dopaminérgico, noradrenérgico, serotoninérgico ou betaendórfínico) e hormonal paralelo são melhor evocadas quando o tónus vigente, à época de sua aquisição, repete-se: quanto maior a similaridade bioquímica, mais precisa a evocação¹³. Ou seja, se o indivíduo é submetido a circunstâncias semelhantes ou que, de alguma forma, remontam à situação já vivida, o organismo reage bioquimicamente da mesma forma, de modo que a memória construída outrora é retomada, em condições semelhantes.

Este fenômeno, denominado dependência de estado, é de extrema utilidade, posto que propicia uma reação imediata, de maneira mais ágil, “cortando caminhos” (fugir, pular, se proteger, se esconder, lutar), como nos casos da habituação/automatização de reflexos do piloto. Por outro lado, a constante exposição a essas situações (de evocação de memórias emocionalmente desgastantes) pode inviabilizar o curso de uma vida minimamente saudável e equilibrada, tanto do ponto de vista físico, quanto mental e emocional.

Como dependem de uma determinada conjuntura bioquímica, essas memórias permanecem num estado latente, o que não significa que tenham sido esquecidas, pois o estímulo adequado pode trazê-las à tona, muito rapidamente, a qualquer momento; elas apenas são colocadas fora do alcance dos mecanismos de evocação para que a vida transcorra de maneira regular, sem que o indivíduo viva num constante estado de agressividade, fora de contexto.

Nesse sentido, temos não a arte de esquecer, mas a arte de “não lembrar”, como forma de se resguardar uma vida digna e saudável.

¹¹ PAVLOV, Ivan Petrovich. *Conditioned reflexes: an investigation of the physiological activity of the cerebral cortex*. New York: Dover Publications, 2003.

¹² Ressalte-se que, mesmo sendo considerado o “pai” da atual biologia da memória, Pavlov praticamente não mencionava a palavra “memória”, já que se acreditava que o comportamento poderia ser explicado por simples sequência de reflexos, até porque, na época, a bioquímica era muito incipiente.

¹³ IZQUIERDO, Iván. *A arte de esquecer*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2010, p. 46.

Considerando que a memória formada em um contexto emocionalmente relevante pode inviabilizar a vida em sociedade, é preciso compreender como o cérebro humano lida com estas situações, a fim de retirar da consciência aquilo que impede a realização das pessoas como fins em si mesmas.

Etimologicamente do latim *excadescere*, relacionado a *excadere* (“cair para fora”), o vocábulo *esquecimento* denota que esquecer é retirar algo de nossos registros mentais. Se a produção de memórias e suas evocações estão diretamente ligadas às condições bioquímicas do indivíduo, o mesmo não ocorre com o esquecimento, posto que este, na maioria das vezes, decorre da falta de uso das conexões entre as células nervosas, ocasionando sua atrofia e a conseqüente perda de suas funções ou mesmo a decorrente morte de células nervosas.

Se, por um lado, o desuso leva à perda de memória, por outro, quanto mais se usa determinada sinapse, melhor a sua função, ou seja, a repetição de uma determinada combinação de estímulos culmina numa melhora daquela memória. Quanto mais repetitiva uma situação, mais indelével será.

A supressão de memórias desnecessárias ou indesejadas, por sua vez, segundo Izquierdo¹⁴, cumpre várias funções fisiológicas e necessárias à sobrevivência. Memórias desagradáveis, por exemplo, são construídas com forte conteúdo emocional e, por conseguinte, armazenadas de maneira mais perene. Com efeito, se, por um lado, a vida seria insuportável se essas memórias estivessem sempre à flor da pele, de forma constante na consciência do indivíduo, por outro lado, seu afastamento permite a vida cotidiana, como, sob determinadas condições, trazê-las à mente pode agilizar estratégias para livrar-se de situações perigosas.

Com relação às memórias de curta e longa duração, o esquecimento consiste, basicamente, na repressão, na extinção e, em certa medida, na falsificação. Quando uma memória é sediciosa, tende também a ser duradoura, por ter sido gerada, muito provavelmente, sob o influxo de grande emoção: uma vergonha, uma dor, uma humilhação – e isso pode tornar insuportável viver.

¹⁴ IZQUIERDO, Iván. *Questões sobre memória*. Col. Aldus, 19. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 46.

Assim sendo, automática ou deliberadamente, o cérebro busca mecanismos para não sucumbir, e o faz por meio da repressão e da extinção, cujos “parentes próximos” são a habituação e a discriminação. Já a falsificação não seria propriamente um esquecimento, mas uma contrafação mental de alguns fatos, para que estes se tornem mais palatáveis. Izquierdo considera que “um certo grau de repressão ou negação é necessário para que possamos viver. Sem ele, muitas crianças não frequentariam mais a escola, porque se lembrariam da humilhação a que foram submetidas alguma vez por um professor desavisado ou por um colega mais forte”¹⁵.

É, pois, imprescindível esquecer, de alguma forma, aquilo que impede o pleno desenvolvimento de uma vida digna ou o que não é mais útil nem adequado às necessidades cotidianas.

No que se refere à compreensão do mecanismo da extinção de memórias, a memória se dá pela associação de um estímulo inicialmente neutro (campainha) a outro biologicamente significativo (fome). Adquirida esta memória (o toque da campainha lembra que a comida está chegando), a forma de extingui-la é sobrepor ao estímulo aprendido outro, só que agora separado do valor biologicamente significativo, ou seja, um novo aprendizado que superpõe o anterior.

Se a campainha começar a soar e nada for oferecido ao cão, haverá uma aposição da memória anterior pela atual. Ocorre que essa justaposição não tem o condão, em princípio, de apagar efetivamente o que foi anteriormente aprendido, já que a recuperação espontânea é característica da extinção, ou seja, se novamente se oferece carne ao animal, depois de soar a campainha, a memória anterior é recuperada, como se nunca houvesse sido extinta.

A extinção é um aprendizado novo que se sobrepõe ao anterior e, de certa forma, até o substitui, através de um processo ativo que envolve fenômenos biológicos ligados, principalmente, ao hipocampo e às amígdalas localizados nos lóbulos temporais¹⁶.

A extinção pode ainda ser utilizada de forma terapêutica para o tratamento de doenças psiquiátricas que tem como arcabouço principal o medo condicionado (fobias, síndrome do pânico e estresse pós-

¹⁵ IZQUIERDO, Iván. *A arte de esquecer*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2010, p. 69.

¹⁶ IZQUIERDO, Iván. *Questões sobre memória*. Col. Aldus, 19. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 41.

traumático, por exemplo). Segundo Izquierdo, “o paciente é exposto reiterada e cuidadosamente à experiência traumática que origina a doença, acompanhando a exposição de comentários apropriados e tendentes a desvalorizar o elemento acusador do medo (psicoterapia)”.

Atente-se a três fatores assaz importantes: a exposição cuidadosa ao agente causador do trauma; a intervenção do responsável com comentários apropriados à superação do mesmo; possível recuperação espontânea por se tratar de um aprendizado novo sobre o anterior, quando retomado o estímulo anterior¹⁷.

Importante considerar atentamente esses aspectos, posto que o tratamento pode não se concretizar, ou mesmo ser destruído por lembranças ou vivências desacompanhadas do trauma, por exemplo, através da exposição do fato causador na rede mundial de computadores. Nesse sentido, o esquecimento tem um viés piedoso para com aqueles que precisam reconstruir a própria vida.

A extinção e suas derivações (habituação e diferenciação), portanto, são mecanismos utilizados pelo cérebro humano, com pouca ou nenhuma participação externa, para reduzir ou inibir comportamentos a fim de coexistir da melhor forma possível com o meio em que se vive.

O mecanismo de repressão de memórias, proposto por Freud, há mais de 100 anos, é mais um engenho, voluntário ou não, de que se vale o cérebro humano (mais especificamente, determinadas regiões do córtex pré-frontal e dorso-lateral¹⁸) para reduzir ou suprimir da consciência memórias que se preferem olvidar, acontecimentos desagradáveis que remetem a uma dor, uma humilhação ou uma vergonha.

Desse modo, fatos que não se desejam manter na consciência são suprimidos e ficam de certa forma impedidos de regressarem à evocação voluntária. Com isso, memórias indesejáveis são mantidas à distância, ainda que não sejam apagadas completamente. Por não estarem mortas, as informações reprimidas podem voltar não sob a forma de lembranças, mas, inconscientemente, através de algum mal-estar (pessoas fortemente

¹⁷ Alguns médicos questionam se devem ou não usar ansiolíticos durante a cessão. Os que acreditam que sim defendem o uso para ajudar o paciente a manter-se controlado; os que desaprovam a medicação acreditam que ela influirá no processo de formação da memória que irá sobrepor-se àquela que se busca tratar. Izquierdo avalia que o uso ou não só deve ser avaliado em face da relação custo-benefício, analisando-se o caso concreto a que se encontra submetido cada paciente.

¹⁸ IZQUIERDO, Iván. A arte de esquecer. 2ª ed. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2010. p. 118

oprimidas na infância podem ter um comportamento hostil em face de um chefe, por ter ojeriza à sujeição à autoridade de alguém).

Se assim não fosse, todavia, mães não voltariam a ter filhos por medo da dor do parto; crianças vítimas de *bullying* não voltariam ao clube ou à escola; mulheres vítimas de violência doméstica e familiar jamais reconstruiriam a própria vida ao lado de outro companheiro; pessoas em geral não voltariam a dirigir caso fossem vítimas de algum acidente de trânsito; egressos do sistema prisional ou torturados, não conseguiriam ressocializar-se e voltar ao convívio da sociedade. Ao contrário da extinção, não se trata de um novo aprendizado sobreposto ao anterior, mas uma forma de escamotear aquilo que impede a continuação da vida saudável.

Esquecer é, pois, uma necessidade capital para o ser humano. Em primeiro lugar, porque a própria formação da memória depende da arte de esquecer. A seleção de quais informações são úteis, necessárias e significativas é imprescindível ao bom funcionamento, por exemplo, da memória-trabalho, e o seu não gerenciamento adequado leva ao colapso do sistema e a patologias, como a esquizofrenia.

Em segundo lugar, porque, para além de uma necessidade fisiológica, é um imperativo emocional e social do homem, sobretudo, por constituir um instinto de sobrevivência: é demasiadamente humana a incessante busca da reconstrução de si mesmo, da própria dignidade e da própria vida, através do livre desenvolvimento da personalidade, por meio de uma segunda chance, um recomeço, um perdão e uma conciliação consigo e com o outro.

Corroborar essa teoria um estudo¹⁹ desenvolvido na Universidade de York, no Reino Unido, liderado por Dr. Nicole K. Valtorta: a investigação mostrou que existe uma ligação entre as relações sociais deficientes e a mortalidade prematura. Em uma nova meta-análise, sugeriu também que pode haver uma associação significativa dessas relações sociais deficientes com o aumento do risco de doença cardíaca coronária (CHD) e acidente vascular cerebral. A revisão de 23 artigos e a análise de um total de 181.006 pacientes apontaram um risco aumentado de 29% para CHD para aqueles que tinham conexões sociais pobres, em comparação com aqueles com melhores conexões.

¹⁹ Disponível em: <https://www.sciencedaily.com/releases/2016/04/160419214147.htm>. Acesso em: 25.09.2016.

Os pacientes solitários e isolados também tinham um risco aumentado de 32% para o acidente vascular cerebral. Os pesquisadores observaram “que a solidão muitas vezes contribui para métodos de enfrentamento com deficiência, o isolamento afeta a auto eficácia, e ambos têm sido associados com diminuição da atividade física e aumento do tabagismo”.

Se, conforme o exposto, pessoas impedidas de reconstruírem sua vida são acometidas por uma vergonha e por um isolamento que tornam suas relações sociais altamente deficitárias, aumentando o risco não só de um quadro depressivo, mas também de altos índices de acidentes vasculares cerebrais e doenças cardíacas e coronarianas, o esquecimento é imprescindível. Ou seja, o esquecimento é essencial não só à manutenção da saúde individual, mas também é útil ao Sistema Único de Saúde e ao Instituto Nacional de Seguridade Social, na medida em que pessoas enfermas precisam de tratamento e, não raro, precisam afastar-se de suas atividades laborais.

Os equívocos da não aplicação do Direito ao Esquecimento ao caso Aída Curi

No Recurso Especial nº 1.335.153 / RJ, o Direito ao Esquecimento é abordado sob a perspectiva da família da vítima, que, em regra, acaba sendo exposta, mormente em crimes de grande repercussão. Trata-se de uma perspectiva que envolve a sublimação da dor pela perda de um ente querido em virtude de um crime.

O caso, ocorrido em 1958, referente a Aída Jacob Curi, chocou a sociedade brasileira da época, e foi explorado em 2004, no programa “Linha Direta – Justiça”. Os irmãos da vítima, então, ingressaram com ação ordinária contra a “TV Globo”, pleiteando indenização por danos materiais e morais. Os autores alegaram que a veiculação de um documentário em rede nacional, sem o consentimento dos familiares, expondo nome, imagem e circunstâncias do fato, “reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã”²⁰. Dessa feita, buscaram a proclamação do

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.153/RJ. Relator: SALOMÃO, Luís Felipe. Publicado no DJe 10/09/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1335153&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>. Acesso em: 20.01.2014.

seu Direito ao Esquecimento, a fim de não reviverem a dor experimentada por ocasião da morte da irmã, reabrindo feridas emocionais que foram exploradas, economicamente, em favor da emissora.

A questão está na possibilidade de se ver reconhecido um Direito ao Esquecimento acerca de fatos que se tornaram históricos em virtude da grande repercussão social, por uma razão de cunho pessoal. O acórdão, todavia, limitou-se a desenvolver o tema sob a perspectiva da ponderação de valores igualmente constitucionais “liberdade de informação” e “direitos da personalidade”, buscando decidir sobre qual deve prevalecer, no caso concreto.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, para além de todas as discussões que podem aparecer sobre o sensacionalismo e a excessiva exploração midiática de alguns tipos de programas televisivos, acredita-se que, com relação aos fatos históricos, sob a perspectiva das vítimas indiretas (irmãos de A. C.), o interesse público (expressão reconhecidamente perigosa no que tange à delimitação de seu conteúdo) e a liberdade de expressão deveriam prevalecer, tendo em vista que, apesar do inegável abalo aos familiares, não haveria no caso concreto uma injusta agressão ao direito da personalidade, nem mesmo abuso de direito capazes de ensejar a responsabilidade civil, conforme salientou o julgado.

Para o STJ, a dor da perda da irmã sempre existirá e tudo que remeta ao fato, trará um mero dissabor. Ocorre que a mera narração histórica do incidente, para além desse incomodo, não violou direitos e não constituiu uma injusta agressão, na medida em que não houve superexposição midiática da figura da vítima nem mesmo de seus familiares, versando o documentário sobre o fato que envolvia a pessoa e não sobre a pessoa envolvida no fato.

É imperioso perceber, entretantes, que casos assim precisam ser analisados de maneira mais ampla, transcendendo a clássica discussão acerca dos direitos de personalidade e da liberdade de expressão. Há que se buscar outro ponto de vista para se resguardar a dignidade humana, qual seja, a saúde. Embora, nitidamente, esteja posto o confronto entre a liberdade de expressão *vs.* direitos da personalidade e a necessidade de preservação do direito fundamental à memória, há algo a acrescentar. É de considerável subjetividade e absolutamente carente de respaldo científico o argumento de que

(...) na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um ‘Direito ao Esquecimento’, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes²¹.

Isso porque, conforme visto anteriormente, apesar de ser possível, por meio de acompanhamento terapêutico, conduzir o cérebro humano ao mecanismo de extinção ou repressão de memórias, o tratamento pode não se concretizar, ou mesmo ser destruído por lembranças ou vivências desacompanhadas do trauma, o que pode comprometer severamente o direito à saúde do (s) integrante(s) da família.

Ainda que não tenha sido reconhecida a “artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos” e que a censura prévia seja absolutamente repudiada pelo ordenamento jurídico brasileiro, isso não significa que não haja possibilidade de reparação civil, não como efeito de um reconhecimento ao Direito ao Esquecimento, mas como eventual perturbação da saúde física e emocional dos envolvidos.

A “circunstância de ser exibida a foto da vítima, morta, ensanguentada e abraçada com um dos autores”²² pode fazer ressurgirem memórias que haviam sido extintas ou mesmo reprimidas pelo cérebro humano, na medida em que, como já foi visto, ainda que estes fatos fiquem impossibilitados de emergirem à consciência pela evocação voluntária, não são completamente apagados, podendo voltar através de algum mal estar a que o indivíduo é exposto.

Parece que o tratamento que deve ser dispensado a casos como este é o mesmo dispensado às biografias não autorizadas, pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815²³: não é lícito impedir a exposição do caso, quer por meio

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.153/RJ. Relator: SALOMÁO, Luís Felipe. Publicado no DJe 10/09/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1335153&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>. Acesso em: 10.03.2016.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.153/RJ. Relator: SALOMÁO, Luís Felipe. Publicado no DJe 10/09/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1335153&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>. Acesso em: 10.03.2016.

²³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4815relatora.pdf>. Acesso em 12.10.2016.

de programas televisivos, quer mesmo por obras literárias, mas eventuais lesões à dignidade, seja por agressão aos direitos da personalidade, seja por prejuízos, comprovados através de perícia médica, causados à saúde individual, devem levar à reparação civil.

Partindo do princípio de que a própria Constituição Federal, no art. 220, §1º, limita a liberdade de expressão, ao respeito à privacidade, há que se estabelecer um tempo no qual ambos os direitos são realizados, tanto o de informar e ser informado, quanto o de ter a privacidade protegida pelo esquecimento por parte dos motores de busca da internet, sob pena de o interesse social objetificar o indivíduo. O organismo não prescinde da saúde de suas partes para viver de forma saudável.

Ainda que os fatos tenham sido amplamente divulgados pela imprensa à época dos fatos – realizando assim o direito à liberdade de expressão e de informação, o interesse público não pode ter um reinado soberano e ilimitado, sob pena de se devassar não só os direitos da personalidade, mas também de se prejudicar a saúde das pessoas. A linha entre o real interesse público pela informação e a injustificada curiosidade coletiva costuma ser muito tênue.

Diante disso, deve-se salientar que não se trata de impedir os atos comunicativos, mas de se lhes estabelecer limites, pautados em critérios que, a um só tempo, garantam a liberdade de expressão e de informação, mas também a intangibilidade da dignidade das pessoas. Noticiar um fato quando da sua ocorrência, sem qualquer impedimento, significa o exercício da liberdade de expressão em todos os seus aspectos. Com o passar do tempo, em casos de fatos não históricos, o interesse público pela notícia, já satisfeito no primeiro momento, passa a ceder espaço para os interesses do terceiro em ter resguardada sua privacidade ou mesmo sua saúde. Ou seja, para que se compatibilize com os direitos do outro, a informação precisa ter uma vida útil.

Não se trata de esquecer o passado, mas de se reconstruir o presente através de mecanismos fisiológicos, retirando da consciência aquelas memórias que impedem a vida digna e saudável. A questão não é apagar as informações de suas fontes originais, mas de não trazê-las em rede nacional descobrindo memórias já reprimidas, lesionando a saúde individual, para além dos direitos da personalidade. Ter de conviver com uma realidade (a morte de um familiar), não pode se tornar ainda mais penoso pela exposição desnecessária e deletéria de um programa de televisão exposto em rede

nacional. Antes fosse feito um livro, sobre o caso, porque inegavelmente a exibição em canal aberto, onde as imagens falam e chocam por si, impede que a própria fisiologia humana opere para reestabelecer a saúde.

Diversos são os exemplos da literatura que demonstram quão saudável é esquecer. Jorge Luís Borges, em sua obra *Funes, o memorioso*²⁴, retratou a impossibilidade de esquecer do personagem Irineu Funes, que teria tido uma vida comum, não fosse um acidente que mudou definitivamente o rumo da sua vida, dando-lhe a capacidade de tudo lembrar ou, em outras palavras, a incapacidade de esquecer. Nada, nenhum minucioso detalhe escapava à sua implacável memória: “sabia as formas das nuvens austrais do amanhecer do trinta de abril de mil oitocentos e oitenta e dois e podia compará-las na lembrança aos veios de um livro encadernando em couro que vira somente uma vez e às linhas da espuma que um remo levantou no rio Negro às vésperas da batalha do Quebracho”.

Funes morreu jovem e não conseguia mais pensar, porque, nas palavras do narrador, refletir seria esquecer diferenças, generalizar e abstrair. Assim, quem tudo lembra nada pensa. Desse modo, a infinita memória (hipermnésia ou memória absoluta) tornou-se sua letal doença.

Para Milan Kundera²⁵, “se alguém pudesse reter na memória tudo aquilo que vivenciou, se pudesse num dado momento recuperar qualquer fragmento do seu passado, esse alguém não seria absolutamente humano”, tanto é verdade que o próprio cérebro humano tem mecanismos para realizar essa tarefa – seja pela extinção, repressão ou mesmo falsificação de memórias.

Se, por um lado, somos aquilo que lembramos²⁶, somos também o que escolhemos esquecer. A memória ajuda a conservar a própria história: a identidade é, ao mesmo tempo, o que individualiza as pessoas – cada um tem a sua própria história –, e o que o insere na vida social como membro de um grupo. O esquecimento também é fundamental para a regeneração da vida: só esquecendo o passado pode-se dedicar a planejar o futuro, como defende Leandro Karnal²⁷:

²⁴ BORGES, Jorge Luís. *Ficções*. vol. I. Tradução Carlos Nejar. São Paulo: Globo, 1999. p. 54.

²⁵ KUNDERA, Milan. *Ignorance*. London: Faber, 2002, p. 123-124.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

²⁷ KARNAL, Leandro. *Lembrar e esquecer ou a vida entre Dory e Funes*. Disponível em: <http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,lembrar-e-esquecer-ou-a-vida-entre-dory-e-funes,10000065791>. Acesso em: 01.08.2016.

Esta é uma grande lição. Para viver temos de lembrar de algumas coisas e esquecer de outras coisas. Funes e Luís XVIII são exemplos bons: é impossível viver bem sem esquecer. O erro de nada lembrar é a amnésia, vestibulo de uma morte. O erro de nada esquecer é o divórcio, a perda dos amigos e a dor permanente... Viver é selecionar memórias, como fazemos com as fotos do aparador: aquelas são as imagens da família que eu desejaria ter.

Também ocupam um espaço fantasmagórico as fotos que não estão ali: os momentos que desejo obliterar para sempre. Felicidade está no equilíbrio do binômio lembrar/esquecer.

A necessidade de esquecer aquilo que traz dor, que envergonha ou que, de qualquer modo, faz sofrer relaciona-se com o sentimento de liberdade. Livres, ainda que não possam alterar o passado, os homens podem escrever uma nova história. A quem seria legítimo impedir que alguém engendrasse todos os esforços necessários para superar uma dor ou qualquer coisa que o mortifique, aprisione, humilhe, enfim, que o impeça de viver uma vida digna?

Ocorre que os sucessores da chamada geração X, nascidos após a década de 1970, trazem consigo a experimentação de sofrimentos que eram desconhecidos das gerações anteriores, em virtude do inexpugnável avanço tecnológico. Não se trata de avaliar se a exposição da sociedade de informação traz dores maiores ou menores, mais ou menos intensas do que em outros períodos da história. Os males e aflições “líquido-modernos”²⁸, em muito se referem às proporções que determinados fatos, antes circunscritos a um limitado número de pessoas, hoje, ganham proporções mundiais, impondo, muitas vezes, verdadeiras “tatuagens eletrônicas”.

Mesmo sob o enfoque dos condenados por crimes, por mais que algo tenha sido provocado pelo próprio indivíduo, por mais que se trate de consequências dos próprios atos, não se lhes retira a oportunidade de se reconstruir – daí o sentido de existência do chamado “período depurador”. Se todas as vezes em que uma pessoa constrói algo, empurrando a pedra da sua existência para o topo da colina, um fato do passado for capaz de jogar por terra o esforço empreendido, tal não só aniquilaria a sua dignidade, mas também a impediria de efetivamente se reconstruir de forma diferente.

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 18.

Assim, se o próprio condenado por um crime possui o direito de reconstruir sua vida por meio do “esquecimento” de tal fato, que dizer, então, das vítimas diretas e indiretas do fato criminoso?

O Direito ao Esquecimento contempla, pois, mais do que uma adequada tutela da privacidade, mas, sobretudo, a proteção à saúde em nome de uma vida digna, logo, não é possível a resolução de casos concretos tomando por base, exclusivamente, a ponderação entre liberdade de expressão e privacidade. É, pois, imperioso, que se analise os fatos sob a perspectiva dos prejuízos, oriundos de uma exposição demasiada, à saúde individual dos envolvidos, direta ou indiretamente, com os fatos.

Dúvidas, portanto, não há que é imprescindível esquecer algumas coisas, para que outras, verdadeiramente inesquecíveis, possam ser guardadas no relicário da nossa existência.

Considerações finais

A presente pesquisa propôs-se a analisar o Direito ao Esquecimento sob uma nova perspectiva – a da saúde –, não com o objetivo de suplantar a clássica discussão privacidade *versus* liberdade de expressão, mas de acrescentar uma cogente análise dos danos provocados à saúde individual quando, em determinados casos, não é assegurado o Direito ao Esquecimento, a exemplo do Recurso Especial nº 1.335.153.

Nesse contexto, o baldrame de tudo que se pretendeu apresentar consiste no respeito máximo ao valor dignidade, fundamento do Estado Democrático de Direito e princípio norteador de todo o nosso sistema jurídico. Num mundo de diluição dos liames entre o espaço público e o privado, provocada pelo avanço tecnológico, é imperioso enfatizar alguns limites. Embora a informação seja, incontestavelmente, um direito fundamental do homem e alicerce da própria democracia, esse mesmo direito não pode transformar o indivíduo em mero objeto do dito interesse público. Não por outra razão, a sociedade de informação carece, cada vez mais, de adequada tutela dos direitos da personalidade.

Se, por um lado, a expansão da tecnologia, em especial da rede mundial de computadores, trouxe notáveis benefícios aos seres humanos, com ferramentas que não só relativizam a percepção de espaço e tempo, mas

também simplificam o cotidiano, proporcionando imensurável capacidade de acesso, acúmulo e divulgação de informações, por outro lado, essa mesma expansão, por meio da eternização de informações, escraviza indivíduos, numa completa erosão da privacidade e da própria saúde. Ressalta-se que, mais grave que a quantidade de informações circulando em tempo real na internet sobre os indivíduos, é a perenidade dessas informações.

É preciso observar os fins éticos da informação, não só pela veracidade dos fatos, mas para pôr limite à exploração da tragédia alheia. Como é um fim em si mesmo, o homem não pode ser tratado como mero objeto da notícia. O liame está no fato de que a veracidade da informação não confere a ela inquestionável licitude, nem transforma a liberdade de imprensa em um direito absoluto e ilimitado.

Não se pretende negar às gerações futuras o direito de conhecer e aprender com os erros do passado, principalmente para que eles não se repitam. Embora a análise da sociedade possa e deva ser feita com base nos fatos e nas respostas judiciais aos mesmos, é imperioso não só que se discuta sobre a excessiva e desnecessária exposição, após a vida útil da informação pelos motores de busca da internet ou mesmo por programas televisivos, mas também que se busquem soluções. Desse modo, perpetuam-se as experiências, e não as punições ou estigmas.

Sabe-se que, após uma situação de trauma, a fisiologia do cérebro humano aciona mecanismos – falsificação, extinção e repressão de memórias –, alguns de modo inconsciente, outros conduzidos por processo terapêutico, para reestabelecer a saúde psíquica do indivíduo e permitir, inclusive, a vida em sociedade. Sucede que, apesar da imprescindibilidade do Direito ao Esquecimento como tutela do direito à saúde, a imortalidade da informação, com a constante exposição ao fato traumático, impede o adequado funcionamento desses mecanismos fisiológicos que permitem a regeneração da saúde.

Não há possibilidade de analisar o Direito ao Esquecimento sem o auxílio das ciências da saúde, uma vez que o Direito não possui meios para aferir a partir de qual momento o “tempo apaga a dor” e nem mesmo se isto é possível. Se a própria fisiologia do cérebro afasta memórias traumáticas para preservar a saúde do indivíduo, somente perícias multidisciplinares poderão aferir se há dano à saúde ou não.

Por assim ser, os julgadores, que almejam proferir decisões justas, precisam afastar-se da zona de conforto que permeia a clássica discussão entre liberdade de expressão e privacidade, para compreender, tecnicamente, os danos que a perpetuação dos fatos e o seu asfixiante rememoração podem gerar à saúde individual. Não se trata de ponderar qual direito deve prevalecer, posto que, antes disto, todos serão realizados, bastando o estabelecimento de uma “vida útil” para que a informação não se torne desumana e degradante.

Considerando-se que, sem libertar-se das amarras do passado, o homem jamais poderá recomeçar, entende-se que fatos traumáticos devem ser transcendidos, para que momentos realmente dignos de ser considerados inesquecíveis tenham espaço na construção de uma vida digna e repleta de esperanças no porvir.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BORGES, Jorge Luís. **Ficções**. vol.I. Tradução Carlos Nejar. São Paulo: Globo, 1999.
- GERARD, Ralph W. O que é memória? *In*: Scientific American (periódico): **Psicobiologia: as bases biológicas do comportamento**. Lidia Aratangy (trad.). São Paulo: Editora Universidade de São Paulo e Polígono, 1970.
- IZQUIERDO, Iván. **Questões sobre memória**. Col. Aldus, 19. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004. p. 15.
- . **A arte de esquecer**. 2ªed. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2010
- . **Memória**. 2ªed. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- KARNAL, Leandro. **Lembrar e esquecer ou a vida entre Dory e Funes**. Disponível em: <http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,lembrar-e-esquecer-ou-a-vida-entre-dory-e-funes,10000065791>. Acesso em: 01.08.2016.
- KUNDERA, Milan. **Ignorance**. London: Faber, 2002.
- MAURMO, Julia Gomes Pereira. **Direito ao esquecimento e condenações penais: outras perspectivas sobre o tema**. 2017. 241f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.
- PAVLOV, Ivan Petrovich. **Conditioned reflexes: na investigation of the physiological activity of the cerebral cortex**. New York: Dover Publications, 2003.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.



A autonomia da Separação de Direito

Leonora Roizen Albek Oliven¹

Resumo

O artigo parte da historicidade do divórcio na Brasil para considerar os institutos da separação e do divórcio, comparando os diferentes efeitos, e analisar se a separação jurídica, formal, é modalidade intermediária ou autônoma e se permanece ou não na normativa após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010. Ela instituiu o divórcio potestativo e retirou qualquer exigibilidade de causa, de culpa ou de lapso temporal para a dissolução insuperável e direta do vínculo matrimonial. O questionamento advém de uma visão utilitária da separação, capaz de conduzir à sua revogação, e de outro enfoque, que admite a sua autonomia em respeito à liberdade de escolha do casal em atribuir outras respostas ao término da sociedade conjugal.

Palavras-chave: Família; casamento; separação; divórcio; efeitos.

Abstract

This paper arts from the historicity of divorce in Brazil to consider the institutes of separation and divorce, comparing the different effects, and to analyze whether legal, formal separation is an intermediate or autonomous modality and whether or not it remains in the normative after the advent of the Constitucional Amendment. no. 66/2010. It instituted potestative divorce and withdrew any claim of cause, guilt or time lapse for the unsurpassed and direct dissolution of the marriage bond. The questioning comes from a utilitarian view of separation that can lead to its repeal, and from another approach, which admits its autonomy with respect to the freedom of choice of the couple to attribute other answers to the termination of marital society.

Keywords: Family; marriage; separation; divorce; effects.

¹ Leonora Roizen Albek Oliven é Doutora em Direito e Mestre em Psicanálise, Saúde e Sociedade pela Universidade Veiga de Almeida. Docente da Universidade Veiga de Almeida e do IBMEC. leonora.oliven@gmail.com telefone (21) 981235297 e endereço para acessar o lattes <http://lattes.cnpq.br/1070351326253691>

Introdução

O tema separação como ponte ao divórcio e a suposta revogação do instituto depois da Emenda Constitucional nº 66/2010, que instituiu o divórcio potestativo, autorizado independentemente de tempo, causa ou requisito, não está superado e tem sido objeto de discussão no grupo de pesquisa Famílias Plurais. Na oportunidade, dá-se continuidade à discussão, considerando a relevância que ensejou repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao tema 1053. Ele trata da “Separação judicial como requisito para o divórcio e sua subsistência como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da EC nº66/2010²”. A provocação ao STF adveio de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), que decidira que, a partir da EC 66/2010, a manifestação da vontade de um dos cônjuges em romper o vínculo conjugal é suficiente ao divórcio, originando o extraordinário.

O tema é recorrente e já foi enfrentado a partir da ótica do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, em 2017, através das Terceira Turma³ e Quarta Turma, decidiu que os cônjuges não são obrigados a dissolver o vínculo matrimonial, admitindo a possibilidade de coexistência entre o divórcio e a separação judicial ou extrajudicial. Retorna-se a ele, não apenas pela proximidade da resposta do STF, mas por considerar-se relevante o debate sobre a sua natureza principal ou acessória ao divórcio.

A pesquisa enfrentará pontos que por vezes parecem colidentes: a) se a separação de direito, seja ela judicial ou extrajudicial, é requisito para o divórcio; b) se a separação se mantém como instituto autônomo no ordenamento jurídico brasileiro. Para possibilitar o debate, buscase a construção de argumentos favoráveis ou desfavoráveis ao instituto, oportunizando a compreensão que permita estruturar o debate jurídico.

Os estatutos jurídicos da separação e do divórcio são diferentes e há anos são objeto de discussões. Se o primeiro rompe e esgarça o casamento, o segundo o dissolve e libera os cônjuges para novos compromissos

² O recurso extraordinário RE 1167478 RG/RJ – Rio de Janeiro, demandou a discussão acerca da repercussão geral. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 02 ago.

³ Decisão proferida no REsp 1.431.370-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, julgado em 15/8/2017, DJe 22/8/2017.

conjugais. Aquele pode ser fático, judicial ou extrajudicial, este é formal. São singulares pelas peculiaridades que cada um deles revela exatamente por manter ou não a higidez do vínculo matrimonial, ainda que efetivamente separado o casal. E não poderia haver o divórcio sem que antes houvesse a regularização da separação. Essa é a grande mudança legislativa e social: o reconhecimento de que o tempo social demandava por mudanças no tempo do direito, eliminando esperas que não agregam às dinâmicas familiares.

Como método de pesquisa, considerando a proposta de historicidade e consequências jurídicas dos institutos analisados, a investigação se apoia nas codificações e leis especiais nacionais e considera os diferentes momentos histórico-sociais que afetam as famílias. Acredita-se que as respostas às indagações propostas demandam diálogo de ideias, de valores e de fontes, possibilitando a crítica, com pesquisa bibliográfica que tem como suporte a doutrina e o levantamento de dados de decisões dos Tribunais, ponderados de forma qualitativa.

Casamento e divórcio

Até o ano de 1890, o Brasil só admitia casamentos religiosos como forma única de instituição e de regularização das famílias, criando um mundo paralelo no qual as pessoas vivenciavam as suas escolhas e afetos sem que fosse possível atribuir os direitos típicos das famílias, como o nome, regime de bens, proteção assistencial e direitos sucessórios. O modelo canônico adotado e que sacralizou o casamento não admitia o seu rompimento pela manifestação da vontade, impedindo o desfazimento por ato entre vivos. Era necessária a invalidade ao contrato conjugal ou a morte de um dos cônjuges para que as pessoas pudessem seguir outros caminhos, ainda que não necessariamente as suas escolhas.

A proposta de laicização do Estado como estrutura política vai instituir o modelo civil como única forma de casamento e de reconhecimento da família, impedindo que a religiosidade se sobreponha aos fenômenos jurídicos, como na primeira Constituição republicana de 1891. O decreto 119-A, legitimando a separação entre as instituições, aliado ao fim do padroado que a República impunha, reduz o monopólio e o controle da Igreja sobre os registros de nascimentos, casamentos e os óbitos, e retira parte de suas fontes de rendimentos.

O casamento então se torna civil e é instituído o divórcio, permitindo a separação legal do casal, colocando fim ao regime de bens e aos deveres decorrentes do casamento, sem, no entanto, dissolver o vínculo conjugal. A primeira versão de divórcio admitida no Brasil mantinha o padrão canônico de indissolubilidade do casamento por decisão do casal. Seria possível regularizar a separação sem rompimento em definitivo ou autorizativo de novos casamentos ao casal divorciado. A solução encontrada não enfrenta na totalidade a demanda social, que desde então, ainda que contrariando dogmas religiosos, pretendia rescindir o vínculo matrimonial, houvesse ou não novos relacionamentos.

A resistência jurídico-social, conservadora o suficiente para configurar como família apenas a advinda do casamento civil e impedir a dissolução do vínculo pela manifestação a vontade, foi mantida na primeira codificação civil de 1916. Nela, a indissolubilidade matrimonial é acompanhada de mais direitos aos homens do que às mulheres, que se submetiam a um regime de redução da capacidade civil com o casamento. Ele implicava na necessidade de autorização para o trabalho extramuros da mulher, na limitação ao exercício das funções parentais, na sujeição à escolha do domicílio, nas restrições na administração patrimonial.

Ao revogar a norma de 1890, o legislador substituiu aquele divórcio, que tinha por finalidade permitir a separação de corpos, pelo desquite, revelando um estado de descompasso entre o casal e a sociedade pela escolha da não convivência conjugal. Ainda que colocasse fim a determinados direitos e deveres conjugais, mantinha o ex-casal atado pelo vínculo inquebrantável do casamento.

Impossibilitada de renovação dos vínculos conjugais, cresce uma população marginal, sem direitos das famílias a amparar o seu nome, estado civil, direitos conjugais e filiais. A parentalidade civil é balizada pelas presunções de paternidade dos maridos como pais dos filhos de suas mulheres, com reflexos na dignidade não apenas nos pais, mas a negação dela aos filhos, que sofriam com marcadores desabonadores e excludentes da bastardia. Os direitos pessoais, patrimoniais e sucessórios são impedidos ou limitados àqueles que não são casados e que não tem na certidão de nascimento a marca do matrimônio de seus pais. Essa filiação é a garantia do dever de fidelidade feminina e da legitimidade dos filhos, garantindo

que os bens dos pais permanecessem na família através da herança garantida aos seus filhos.

A vida familiar girava em torno de um modelo tipicamente patriarcal que não protegia ou dignificava exatamente a mulher e os filhos. Eles só serão reconhecidos se advierem das uniões formais, o que nem sempre era possível, considerando, dentre outras dificuldades, a indissolubilidade dos vínculos. A codificação manteve não apenas os privilégios masculinos, mas reforçou dogmas religiosos, como a legitimação da família e dos filhos apenas pelo casamento válido, como se ainda fosse um sacramento. O paradoxo entre a legalidade e a realidade se fazia presente ao manter as restrições às reconfigurações.

As uniões informais eram realidades rechaçadas pelo Direito, que as nominava de concubinato e alijava de direitos familiares. A regulamentação dessas famílias proposta em 1947 é rejeitada e a atuação da Igreja católica, que não admitia esses arranjos, é combatida pelos divorcistas. Nelson Carneiro sustenta exatamente a importância do divórcio como forma de reconhecer as novas famílias. Dependia da dissolução do casamento anterior a regularização das situações pendentes, o que de alguma forma fortaleceria a família religiosa. Os reajustes incentivariam a permanência em professar a fé católica, pois as Igrejas Presbiterianas e a Metodistas já acolhiam as pessoas desquitadas (CARNEIRO, 1977, p.229).

A reação ao modelo excludente e de dominação adveio das mulheres. A percepção de que o direito ao voto levaria a participação de mulheres ao poder legislativo ampliava a possibilidade de mudanças. Elas são tímidas no Estatuto da Mulher Casada, ainda que importantes, especialmente com a recomposição da capacidade civil das mulheres casadas e com certa flexibilização da autoridade marital. Ainda assim não havia igualdade jurídica entre homens e mulheres e era necessário encontrar instrumentos jurídicos que garantissem a emancipação.

A resistência em permitir a dissolução matrimonial pela manifestação da vontade dos cônjuges revelava uma moral religiosa que sacralizava o casamento e também uma resposta daqueles a quem aproveitava a perpetuação do casamento como forma de não partilhar o patrimônio conjugal. A Constituição vedava o divórcio e a primeira proposta de modificação foi apresentada por Nelson Carneiro em 1952, sendo

imediatamente rejeitada. O legislativo demorava a compreender que autorizar o divórcio reorganizaria as famílias e seria um alívio para as pessoas que bordejavam o direito das famílias.

A luta pelo divórcio como instituto capaz de dissolver em definitivo o vínculo matrimonial foi um movimento de longa duração, que só encontrou êxito com a Emenda Constitucional nº 9/1977 e a Lei do Divórcio. Pela primeira vez foi possível a dissolução da sociedade conjugal e do casamento. A primeira com uma abrangência de várias possibilidades, mas de menor alcance, incluindo a morte de um dos cônjuges, a invalidade do casamento, a separação judicial e o divórcio; a segunda referindo-se tão somente à morte e ao divórcio. É possível verificar que uma está contida na outra e que os efeitos são distintos: a dissolução do casamento permite novos casamentos, já a dissolução da sociedade conjugal coloca fim ao relacionamento familiar habitual, sem dissolver o matrimônio, admitindo a retomada do casamento com o exercício do direito de arrependimento. Não era fácil obter a liberdade relacional, a lei impunha condições e restrições ao divórcio.

Divórcio: requisitos e superações

A primeira versão da Lei do Divórcio tinha como requisito a separação judicial. Trata-se de figura jurídica que substituiu o desquite, revogado pela nova normativa, e com força suficiente a terminar com os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens. Ela admitia como modalidades a separação litigiosa e a consensual. A litigiosa impunha que o casal deveria declinar as razões pelas quais não permaneceria mais com a vida em comum, exigindo causa ao fim da relação. A consensual adviria da vontade do casal em não prosseguir com a vida em comum sem que houvesse a necessidade de exposição da intimidade, mas desde que o casal fosse casado há mais de dois anos, como se não fosse possível identificar a impossibilidade na relação familiar antes desse prazo de infelicidades. O Código Civil de 2002 reduziu esse prazo para um ano, forçando a conservação do vínculo por determinado período. A manutenção do casamento em patamar de prevalência evidencia a preferência dessa forma de constituição de família e subjuga a autonomia ao modelo de sociedade conservadora.

A insuportabilidade na vida em comum e em manter o casamento adviria tão somente de causas desagradáveis e afrontosas ao ex-casal, que se via compelido a permanecer no mesmo lar por certo tempo para uma separação amigável. A lei compelia o ex-par ao litígio ao exigir a imputação de conduta desonrosa, incrementando as desavenças e até mesmo potencializando enfrentamentos.

Se provada a descontinuidade familiar há mais de cinco anos, seria possível o divórcio, prazo reduzido para um ano em 1992. A decorrência de doença mental grave também é causa suficiente à separação. O abandono e os dramas familiares eram razões justas, mas não o reconhecimento de que não havia amor em menos de dois anos, como se houvesse prazo para essa compreensão ou sentimento.

A fixação de culpa como causa para a separação influenciava na guarda dos filhos comuns, o que por vezes dificultava, e até mesmo impedia, que um dos cônjuges efetivamente encarasse o fim do casamento. A discussão e infração aos deveres do casamento, a culpa, exibia, como ainda o faz, a privacidade do casal. Não parece razoável que essa indiscrição possa se sobrepôr à impossibilidade de vida em comum. O fim de um relacionamento afetivo não acontece de forma súbita. Ela decorre de violências físicas e morais, de assédios e desgastes emocionais e sexuais que podem conduzir a necessidade de afastamento ou de insatisfação relacional, sendo inócuo e desnecessário ao Direito, no que se refere à separação e ao divórcio, bem como aos respectivos efeitos pessoais e patrimoniais, a discussão do elemento culpa. Ele incumbe ao Direito Penal ou às hipóteses de responsabilidade civil, se o caso, mas não como causa caracterizadora da liberdade relacional.

A culpa também interferia no uso do nome de família. À época, apenas a mulher usava o nome do marido, símbolo do poder patriarcal, e perderia esse direito se fosse vencida na ação de separação judicial ou se fosse sua a iniciativa pelo término do casamento. A medida é punitiva às mulheres e constituía uma forma de reduzir, ou até mesmo de evitar, que dessem início às ações. Trata-se de mais uma forma de subjugação, aliada à questão referente aos alimentos, que seriam devidos tão somente àquele que não desse causa. Para as mulheres, prover o auto-sustento nem sempre era possível, considerando que até 1962 era necessária a autorização marital ao

trabalho extramuros, instrumento a serviço da conservação da hierarquia de gêneros (LOPES, 2006, p. 417).

O período de publicação da lei do Divórcio é permeado pela busca das mulheres de novas posições no mercado de trabalho, sem que a inserção fosse ampla. Os direitos trabalhistas eram desiguais, assim como os salários pagos pelas mesmas atividades, tornando a emancipação ainda mais árdua. A diferença na participação no mercado revela desigualdade: no ano de 1977, “32% das mulheres de 10 anos ou mais e 39% das mulheres dos 16 aos 60 participavam do mercado de trabalho; as taxas equivalentes eram 73% e 88% para os homens” (SOARES e IZAKI, 2002, p. 4). As taxas de 2001 revelam aumento significativo, com 46% e 58% (idem), respectivamente, possivelmente podendo ser creditado à capacitação e estudos, pois no “período 1977-2001, o número médio de anos de estudo das mulheres aumentou de 3,9 para 5,7” (SOARES e IZAKI, 2002, p. 15). A ascensão das mulheres no mercado formal de trabalho especializado se vincula à capacitação técnica, encontrando outros espaços de realização das dignidades.

A Constituição Federal de 1988 traz novos olhares a velhas questões. No que se refere aos filhos, o reconhecimento da importância da implantação da proteção integral a criança e do adolescente, elaborada a partir de premissas e regras da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e da Convenção Americana de Direitos Humanos, impondo os cuidados prestados pela sua família, Estado e sociedade. Posteriormente, a Convenção sobre os Direitos da Criança reforça a mesma linha protetiva, fortalecendo a integridade no desenvolvimento infantil e do adolescente.

A perspectiva desloca a guarda dos filhos para o genitor que tem as melhores condições de dedicar tempo e atenção aos filhos. Reconhecer que a atuação se dá em favor dos filhos e não no interesse dos pais permitirá a construção da ideia da guarda compartilhada em responsabilidades e deveres parentais com atuação concomitante. Em 2008, o Brasil adotará como a guarda preferencial e a partir de 2014 será a guarda compartilhada a regra. Ela será aplicada quando ambos os genitores podem exercê-la sem riscos aos filhos, e a “denominação mais apropriada é convivência familiar” (RIZZARDO, 2019), com “encargos do poder familiar são inerentes a ambos os pais, e o regime legal de convivência impõe a guarda

compartilhada” (DIAS, 2016, p. 242). Ela possibilita, ao menos como ideal teórico, o exercício da parentalidade responsável, revelando a prioridade na formação do sujeito de direito, oportunizando a pretendida proteção.

Quanto ao uso do nome, o Código Civil indica que a culpa pela separação pode implicar na perda de direito ao uso do nome de casado, agora permitida a inclusão a mulheres e aos homens. Colocava-se em risco a integridade pessoal ao permitir que “o culpado pelo seu fim ficava sujeito a perder a própria identidade, pois o uso do nome dependia da benemerência do inocente” (DIAS, 2016, p.149).

Considerando o nome como um importante direito da personalidade, não pode estar dissociado do sujeito. Não há razão para permitir que ele seja retirado como se fora um presente que possa ser reservado ao ex-cônjuge, salvo se essa for a vontade da pessoa que o adotou. Ambos tornaram-se titulares do nome e não apenas aquele que originariamente o detinha. O nome foi incorporado à personalidade de quem o acolheu e pode ser mantido se essa é a sua vontade, garantindo a projeção da personalidade da pessoa.

Em relação aos alimentos, considerando o tripé necessidade-possibilidade-razoabilidade, eles devem ser prestados ao ex-cônjuge que dele necessita sem que seja necessária a discussão da culpa. Ela não deve interferir na quantificação dos alimentos, fixados a partir do binômio ensejador da responsabilidade assistencial. Dependendo das condições, podem inclusive ser prestados de forma temporária, pois não são indenizatórios, mas, se possível, transitórios até que a pessoa possa se reinserir no mercado de trabalho. Alimentos entre cônjuges e companheiros não advém de benefícios, mas do dever assistencial e de solidariedade familiar, constituindo dever alimentar.

O texto constitucional originário admitirá o divórcio direto se o casal estiver separado de fato há mais de dois anos, assim como a conversão após um ano da separação judicial em divórcio. Nota-se que nesse momento a separação de fato de alguma forma ganha relevo e enfraquece a judicial. O reconhecimento que o distanciamento físico e afetivo influencia na caracterização do término da sociedade conjugal poderia fortalecer a ideia de que também coloca desde logo fim aos deveres do casamento e do regime de bens, ainda que não haja sentença. É necessário que seja dessa forma, ou

seria um contra senso com a SUM 380 do Supremo Tribunal Federal, que, desde 1964, reconhecia a sociedade de fato pelos concubinos, inclusive originariamente casados, desde que desquitados ou separados. Além disso, a pessoa casada, desde que efetivamente, pode constituir união estável. Ela também interfere no regime sucessório, afastando o direito hereditário, reconhecendo-se a sua força desconstitutiva da sociedade conjugal. O que se vislumbra é a força e importância do fato jurídico separação como suficiente a terminar a sociedade conjugal e aos deveres dele decorrentes.

A codificação de 2002 parte da Constituição Federal, para desenhar o regime legal da separação e do divórcio e as consequências jurídicas. Esse dissolve o casamento e “sob o prisma jurídico, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas o próprio vínculo matrimonial” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2018, p. 555). Acredita-se que o vínculo matrimonial inclui a sociedade conjugal, ainda que sem a mesma extensão. Para além de “um instituto jurídico menor, regendo, apenas, o regime matrimonial de bens dos cônjuges, os frutos civis do trabalho ou indústria de ambos os consortes, ou de cada um deles” (CARVALHO, 2018, p. 316), a sociedade conjugal traduz o *status* conjugal de permanência e de solidariedade, “que importa no estabelecimento de uma comunhão de bens e de interesses” (PEREIRA, 2012, p. 63).

O início do século XXI manteve os mesmos prazos de separação judicial e de fato, impedindo que o divórcio seja uma decisão imediata do casal. Há prazo para que o casal requeira a separação consensual, exigindo a convivência ao menos por um ano, mas não há limites para a separação litigiosa, considerando a urgência em resolver os conflitos.

Para reduzir os desgastes do não-casamento e otimizar os ajustes, a lei nº 11441/2007 introduz a separação extrajudicial, cartorária. Assim como o divórcio, ela pode ser realizado diretamente em ofício de notas quando não há litígio entre o ex-casal, capaz e acorde sobre todos os temas familiares, e não havendo filhos menores. Trata-se de medida de desjudicialização das famílias e de emancipação, conferindo “maior e mais responsabilidade com a própria autonomia privada” (PEREIRA, 2010, p. 46.).

A partir desse momento a separação extrajudicial, administrativa, passa a coexistir com a judicial, havendo a chamada separação de direito ou jurídica, que a seu turno conviverá com a separação de fato.

Mesmo sem conflito manifesto, era devido observar os mesmos prazos para possibilitar a separação e o divórcio⁴. A separação consensual também advém de desordens familiares que talvez não tenham colocado em risco a integridade física da família, mas que ainda assim tornam insuportáveis a vida em comum. Impor às pessoas a continuidade em laços familiares e de vida em comum pode constituir causa de sofrimentos psíquicos, sendo injustificável a demora do direito em liberar o ex-casal para as novas vidas e liberdades.

A PEC do amor e a separação

O sistema binário separação judicial - divórcio era questionado pela sua demora e resistência na dissolução do vínculo conjugal. Se o fim relacional advém da impossibilidade de manutenção da vida em comum, a imposição de tempo para que o casal permaneça casado, ainda que separados de fato ou de direito, parece excessivo. É uma interferência desarrazoada na autonomia privada e nas liberdades de escolhas e de afetos, e que possivelmente não implicava em reconciliação, mas aumentava o mal-estar entre o casal, dificultando os diálogos e as futuras possibilidades de decisões ponderadas sobre a separação.

Reconhecer a importância das reconfigurações como exercício da felicidade e da alteridade viabiliza a proposta de emenda constitucional para o divórcio direto potestativo. A PEC do Amor (PEC 28/2009) suprimiu o requisito de prévia separação de direito por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 anos, não havendo mais a necessidade de requisito, causa ou tempo de espera, exceto a vontade de ao menos um dos cônjuges, para a dissolução do matrimônio.

Com isso, a liberdade se desvincula, ainda que paulatinamente, dos costumes de perpetuação dos casamentos como modelo de família idealizada. Sem a necessidade de justificar as razões ao fim da relação, reduz crises e constrangimentos, e enfrenta eventuais feridas narcísicas de um dos cônjuges, que permitiam o manuseio de ações judiciais como instrumento de vingança. O uso de medidas procrastinatórias pelo divórcio, como revanches da perda do objeto de desejo, possivelmente será reduzido, ainda que ocasionalmente manipulado em outras esferas.

⁴ A Resolução nº 35 de 24/04/2007 do Conselho nacional de Justiça dispõe sobre as escrituras públicas de separação e divórcio.

O divórcio potestativo conquista mais espaço para a realização das novas famílias e deixa de ser objeto de barganhas. Ele possivelmente permite a redução de ruídos e de desavenças familiares, não sendo mais imperativo manter junto um casal que não deseja essa convivência física ou jurídica. É libertador quando se compreende que as desordens familiares podem ser dissolvidas a partir da cooperação entre o casal, mas que também podem ser amplificadas se injustificadamente houver a imposição na manutenção dos vínculos, o que conduz à satisfação do direito.

Na mesma direção, não há sentido em discutir a culpa para o divórcio: a impossibilidade de viver uma vida em comum é causa suficiente para permitir a dissolução do vínculo sem que seja necessário expor a intimidade do ex-casal. Colocar à mostra as mágoas das quais advieram o fim da relação conjugal, exceto em casos de violências, nos quais é imprescindível a intervenção e atuação das autoridades públicas, abre espaço para a opinião de terceiros, por vezes agressivas, violando a dignidade individual e familiar. Esse pudor é capaz de proteger e acolher a intimidade, de cuidar das dores.

Ao reduzir a intervenção do Estado na vida privada, em especial nas relações familiares, atribui-se ao casal a autonomia necessária para o amadurecimento de todo o grupo familiar. A emenda constitucional 66/2010 contribui ao alterar o parágrafo 6º do art. 226 da Constituição Federal e autorizar o divórcio sem que seja necessário causa ou tempo. Desperta um novo momento para as famílias, responsáveis pelas decisões e pelas próprias vidas, concentrando nelas mesmas as responsabilidades.

Para efetivamente implantar o projeto, não mais se exige a separação judicial ou extrajudicial, bastando que seja fática, real, e que concretize o término da sociedade conjugal. Ela também é uma modalidade jurídica, ainda que informal, e deve ser incluída como separação jurídica ou de direito, pois ele, o Direito, reconhece na separação de fato o término da sociedade conjugal. O fim da relação dual afetiva é forte o suficiente a colocar fim aos efeitos direitos-deveres do casamento, ainda que não o dissolva ou que não esteja formalmente indicado como suficiente aos fins pretendidos.

E é exatamente a partir desse elemento que o fato jurídico separação autoriza o divórcio independente de separação prévia, que é questionada

a revogação – ou não – do instituto da separação judicial e extrajudicial. Sob o argumento que se tornaram desnecessárias por obsoletas, já que seriam medidas preparatórias inafastáveis para o divórcio até a emenda, não encontrariam mais utilidade.

Considerando que o divórcio coloca fim ao casamento e à sociedade conjugal, “não há mais qualquer modalidade de separação de direito ou jurídica admitida no Direito de Família Brasileiro” (TARTUCE, 2018), ele “desapareceu de nosso sistema constitucional e, por consequência, toda a legislação (que o regulava) sucumbiria, sem eficácia, por conta de uma não recepção” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2018). A emenda seria forma menos gravosa para o ex-casal, retirando os prazos e também extinguindo a separação formal, que arrasta o casamento e onera o ex-par nos aspectos financeiros e psicológicos.

A tese colide com a resposta da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), que em 2010 entendeu pela necessidade em manter a separação de direito⁵. Em 2017, o STJ se posiciona pela manutenção dos institutos: a Emenda Constitucional n. 66/2010 não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que trata da separação judicial. Elas coexistem. As decisões da Quarta Turma e da Terceira Turma concretizam como resposta que a EC 66/2010 coloca fim tão somente a prazos e condições ao divórcio, e por isso é potestativo, mas não termina com o a separação jurídica.

O STF decidirá sobre a (in)constitucionalidade na manutenção de todos os institutos de forma concomitante. Para definir se a emenda (norma) constitucional revoga o Código Civil no que se refere à separação, percorrerá a historicidade do Direito e da separação para conhecer a resposta social. A técnica jurídica permitirá definir se ela é tão somente requisito prévio ao divórcio, agora inócuo, ou se a sua importância reside nos resultados diversos aos da dissolução.

Se efetivamente há revogação tácita da separação judicial e extrajudicial por inconstitucionalidade superveniente, considerando a supressão da separação do texto constitucional e a separação como mero requisito, “desaparecendo os requisitos, os dispositivos do Código que deles tratavam foram automaticamente revogados, permanecendo os que disciplinam o

⁵ Os debates ensejaram a edição do enunciado nº 514 “Art. 1.571: A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”.

divórcio direto e seus efeitos” (LÔBO, 2010), o instituto será extirpado. De outro lado, será possível considerar que o texto constitucional tão somente facilitou o acesso para a dissolução e retirou a exigibilidade de separação prévia, considerando a eficácia diversa e mantendo simultaneamente os institutos.

Considerações finais

A pesquisa amplia a discussão sobre os diferentes efeitos jurídicos da separação, que termina a sociedade conjugal, mas não a dissolve, e o divórcio, que em definitivo extingue o casamento, permitindo novos vínculos. Os argumentos apresentados demonstram quão diferentes são as respostas jurídicas da separação judicial, extrajudicial e de fato para o divórcio. A crítica proposta se dá em face do olhar utilitário conducente, ainda que em parte, ao entendimento que a EC 66/2010 teria revogado a separação de direito, tendo posição assessória e transitória. A sua extinção admitiria que a separação ingressasse no Direito em 1977 tão somente como elemento de ligação, agora vetusto e despreciando, ao divórcio. Nesse caso, ele seria intermediário e a partir da EC 66/2010 não há qualquer sentido na sua manutenção.

De outro lado, perceber a relevância do término da sociedade conjugal sem que se imponha o fim em definitivo do matrimônio, até pela possibilidade de retomada da sociedade conjugal, harmoniza com a liberdade de escolha do ex-casal. Esse caminho observa o direito subjetivo na conclusão da vida conjugal de acordo com a sua conveniência. É facultado ao casal decidir se pretende apenas o término da sociedade, e com ele os efeitos limitados da decisão, ou a expansão com a dissolução do vínculo matrimonial.

Não haver menção ao vocábulo separação na EC 66/2010 não altera por si só a possibilidade dela permanecer como uma alternativa familiar. A Constituição Federal no formato originário mencionava tempo mínimo para as separações e não a obrigatoriedade em formalizar a separação. Sempre foi facultativo e seria possível o divórcio por conversão após um ano de separação formal ou de dois anos pela separação informal. O casal escolhia se iria se separar de forma expressa ou não. A situação permanece. Apenas como não há mais exigibilidade de prazo mínimo, não se faz

necessária qualquer delimitação, simplificando o texto. Essa dinâmica autoriza abranger a separação na alteração normativa, admitindo que ela apenas afastasse a exigibilidade dos requisitos de causa e tempo para atingir o divórcio, que é direto.

A eficácia plena da norma constitucional revela a impossibilidade de impor a qualquer um dos cônjuges a manutenção do casamento. Caso um deles decida pelo divórcio, essa vontade subjuga o outro, que não tem como se opor à extinção do vínculo. Pode suscitar a invalidade do casamento, mas não pode converter o requerimento de divórcio em separação; a fase fica superada pela vontade em dissolver o vínculo. Não se discute culpa, não é preciso tempo mínimo ao casamento ou de separação, não se faz necessário declinar causa. É exatamente nesse sentido que o divórcio é potestativo e não exige requisitos ou lapsos temporais ao livre exercício da liberalidade.

Referências

- BRASIL **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a lei sobre o casamento civil.
- BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil.
- BRASIL. **Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962** – Estatuto da mulher casada. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Diário Oficial da União, Brasília, DF
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380**.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.845 de 19 de agosto de 1966**.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.148 de 28 de março de 1968**.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977**. Dá nova redação ao artigo nº 175 da Constituição Federal.
- BRASIL. **Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Lei do Divórcio. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências
- BRASIL. **Constituição (1988) Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. De 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. **Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989**. Revoga o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e altera dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.
- BRASIL. **Lei nº 8.408, de 13 de fevereiro de 1992**. Dá nova redação aos dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.
- BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.
- BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, v. 134, n. 248, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 66/2010.

CARNEIRO, Nelson. **A luta pelo divórcio**. Rio de Janeiro: Livraria São José. 1977.

CARNEIRO, NELSON. Comissão da Família, da Educação, Cultura, Esportes, Ciência e Tecnologia e da Comunicação. **Reunião em 1º de junho de 1987**. Diário da Assembleia nacional Constituinte (Suplemento), de 8 de julho de 1987. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup90anc08jul1987.pdf#page=207>

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**, 6. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de.e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 6. Famílias. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

GAGLIANO, P. S. e PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil. Direito das famílias. A família em perspectiva constitucional**. 8 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LÔBO, Paulo. *Jornal Folha de S. Paulo*, **Opinião: Tendências e Debates**, publicação de 24-7-2010.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção**. cadernos pagu (26), janeiro-junho de 2006: pp.405-430.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEN, Leonora Roizen Albek. **O direito à separação e a separação de direito**. Anais do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, Salvador, BA. Direito das Famílias e das Sucessões. p. 242-257, 2018. Disponível em <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/wn2plsse/pbVX8GDAbxMYo3fl.pdf>

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: Teoria e Prática**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4.a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, Ana Gabriela da Silva Santos. **O casamento na implantação do Registro Civil brasileiro** (1874 – 1916). Disponível em https://www.seo.org.br/images/Ana_Gabriela_Santos.pdf

SOARES, Sergei e IZAKI Rejane Sayuri. **A participação feminina no mercado de trabalho**. TEXTO PARA DISCUSSÃO Nº 923. IPEA, Instituto de Pesquisas Econômica Aplicada: Rio de Janeiro, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 5: **Direito de Família**.13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Direito Civil**. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano IV, nº04, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares**. In: Buscalegis, 2006. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15079-15080-1-PB.pdf> Acesso em: 07. Abr. 2018

Sites

www.stj.gov.br

www.stf.gov.br

Cidade e Políticas Públicas: A Questão da Saúde Pública

O Rio de Janeiro contemporâneo como discussão pontual

Vanderlei Martins

Resumo

O artigo discute a cidade contemporânea e, no caso específico, o Rio de Janeiro como foco central. O eixo temático aqui privilegiado entende a cidade como centro de convivência sócio-institucional que aglutina interesses políticos, econômicos e culturais específicos, mas nem sempre tratados com o devido equilíbrio, principalmente equilíbrio político. Nesse sentido, a coisa pública, síntese dessa convivência institucionalizada no espaço urbano da cidade, é tratada pelas autoridades responsáveis de uma forma que não atende devidamente aos interesses da população em sua totalidade, no caso, específica e principalmente, as camadas sociais mais desfavorecidas. Objetivamente, o trabalho se volta para analisar a questão da saúde pública no Rio de Janeiro, tentando demonstrar que o colapso no setor é decorrência direta da ausência de uma política pública eficiente associada ao descaso e ao descompromisso social e cultural com as camadas pobres da população urbana.

Palavras-chave: Cidade; políticas públicas; sociedade; saúde pública; cultura; Rio de Janeiro; ética.

Abstract

The article discusses the contemporary city and, in the specific case, the Rio de Janeiro as the central focus. The main theme here privileged understands the city as socio-institutional community center that brings together political, economic and cultural interests specific, but not always treated with the right balance, especially political balance. In this sense, public affairs, synthesis of this institutionalized living in urban areas of the city, is treated by the authorities in a way that does not meet adequately the interests of the population as a whole, in the specific case, and especially the most disadvantaged social strata. Objectively, the work turns to consider the issue of public health in Rio de Janeiro, trying to show that the collapse in the sector is a direct result of the absence of an efficient public policy associated with the neglect and social and cultural lack of commitment to the poor layers of the population urban.

Keywords: City; public policy; society; public health; culture; Rio de Janeiro; ethics.

A questão da saúde pública na cidade do rio de janeiro contemporâneo

Basta a chegada do verão no Rio de Janeiro para que o grave problema da saúde pública na cidade fique devidamente exposto e denuncie essa grave anomalia que tornou-se normalidade na convivência sócio-institucional urbana rotineira, ou seja, o descaso com a saúde pública por parte das autoridades responsáveis pela saúde da cidade. Mais uma vez, como ocorre em todos os verões, o chamado “mosquito da dengue” nos desafia ao deixar devidamente claro nosso desprezo por uma política de saúde preventiva, fundamental em qualquer espaço urbano de grande concentração populacional. No Rio de Janeiro, ao invés disso, as medidas tomadas para se conter o surto que a todo ano se anuncia desencadeiam-se através do poder público, em multirões e campanhas publicitárias de teor educativo para conscientização da população por meio da mídia oficial. Dinheiro (público) que poderia ser usado ao longo do ano em programas preventivos contra tal anomalia. Hoje, como novo desafio e descrença em nossa capacidade de controle da saúde pública, o ‘mosquito da dengue’ nos oferece a Zika, nova forma de contaminação derivada do mesmo mosquito. Fato que dá mais amplitude à incompetência e descaso das autoridades que se apresentam como públicas.

Segundo o advogado Paulo Marcos Senra Souza (2016), presidente da Associação Para a Saúde Populacional, pouco se investe em prevenção, cuidamos mais da doença do que da saúde. Para ele, o surto da hora dá mais uma oportunidade para que se enfrente de frente e seriamente a questão, aglutinando sobre o mesmo problema diversos atores sociais diretamente ligados à mesma questão de saúde pública. Governo, hospitais, operadoras de planos de saúde, médicos e, claro, a população urbana de uma maneira geral. É falso considerar que apenas com médicos e hospitais o problema será resolvido, pois exige uma mobilização de maior alcance e abrangência, diferente das medidas que são postas em prática de forma corriqueira e convencional, como, por exemplo, no caso do surto da Zika que ora penaliza a cidade.

“A doença é transmitida por um mosquito conhecido, cuja forma de prevenção é conhecida, depois de anos de combate à dengue e fumacê. Trata-se de conter a proliferação do mosquito, evitando-se depósito de água parada, como fez com sucesso Oswaldo Cruz no século passado ao acabar com a febre amarela. É tarefa de todos e de cada um de nós. O governo precisa difundir tais informações. E acionar os agentes sanitários, se necessário com logística e suporte de segurança pública. Médicos e hospitais devem orientar os pacientes. As empresas podem informar seus funcionários. E cada caso deve ser notificado, para se formar um banco de dados sobre a doença. No caso da zika, há uma população especialmente vulnerável, a de mulheres grávidas, que correm o risco de gerar crianças com microcefalia. O cuidado é maior, e todos os agentes devem se mobilizar para garantir que as mulheres com manchas vermelhas no corpo em algum momento da gravidez sejam encaminhadas a atendimento especializado para o devido tratamento. Como se vê, nem o governo sozinho, nem os hospitais e planos de saúde conseguirão enfrentar o problema por sua conta. Como de resto está demonstrado que não serão capazes de enfrentar problemas crônicos como obesidade, pressão alta, aids, cancer ou diabetes, entre tantos outros, agindo de forma descoordenada” (SOUZA, 2016:13).

Vale dizer, ainda segundo Senra Souza, que Estados Unidos e Inglaterra, exemplos de países que se deparam com problemas de saúde pública, estão reunidos na ASAP, Aliança Para a Saúde Populacional, criada em 2012 com intuito de implantar uma ação conjunta através de uma medicina mais moderna e universal, onde a integração de todos aqueles agentes de saúde é o ponto de partida principal. A ideia da Aliança é identificar a origem do problema e estabelecer ações objetivas e diretas por intermédio de uma medicina basicamente preventiva e social. O custo de projetos dessa natureza é, certamente, menos oneroso para os cofres públicos do que o montante que se gasta com a cura das doenças instauradas. O que os grandes centros populacionais urbanos pós-modernos necessitam, inclusive a cidade do Rio de Janeiro, são de programas de saúde pública efetivos e de natureza sócio-preventivas e não de ações emergenciais voltadas para prestar atendimento precário para uma realidade onde as doenças são inesgotáveis.

Fazendo um breve histórico sobre o assunto, no caso do Rio de Janeiro, a opção feita pelo estado foi adotar um modelo de terceirização da saúde pública com a regulamentação em 1998 das Organizações Sociais,

que passaram a ser as principais responsáveis pela gestão da saúde pública do estado. O primeiro grande erro de avaliação cometido pelo governo pode ter sido justamente esse, apostar nas OSs como solução final para administração da saúde pública, considerando-as, a partir de então, como regra definitiva. A partir dessa concepção, a maior parte da rede pública foi entregue à essas entidades.

A presença das Organizações Sociais na saúde pública do estado vem desde 1998, quando a lei 9.637 definiu as OSs como pessoas jurídicas de Direito Privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. O texto original da lei era exatamente esse. Na esfera municipal, a implementação das OSs ocorre desde 2009, mas no âmbito estadual as modificações começaram a ocorrer a partir de 2012, quando as OSs passaram a adotar um modelo de natureza empresarial e, paulatinamente, deixaram de cumprir a missão à elas destinada, ou seja, que não faltariam quadros nas unidades de saúde, que não faltariam médicos e equipamentos e que não haveria corrupção. No entendimento de Felipe Asensi,

“As OSs funcionam, em última instância, como empresas. A questão do lucro é ‘sutileza jurídica’, afirma. O advogado refere-se ao fato de que juridicamente as OSs não podem ter fins lucrativos. Mas isso não significa que elas não tenham receita maior que despesa, e sim que a receita tem que ser revertida para a própria OS. Distribuição de lucro não pode, mas há mecanismos para existirem pagamentos mais pomposos para o corpo diretivo, por exemplo” (FRAGA, 2016: 6).

O que se discute em relação à isso é a falta de transparência na gestão financeira das OSs, uma vez que não se sabe como a Secretaria de Saúde atua internamente no monitoramento das agências, já que, externamente, a responsabilidade é do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado. O fato é que a a prática mostra desvio de conduta àquilo que se propõe juridicamente as organizações em relação à oferta de serviços de saúde para a população do estado, em que artifícios são empregados para contornar o que legalmente está estabelecido como responsabilidade médico-social das OSs.

Fato também relevante é que o Conselho Estadual de Saúde representa a sociedade na discussão, proposição, deliberação, acompanhamento e fiscalização da política de saúde. Contudo, apesar dessas atribuições, o Conselho fica à margem, não sendo envolvido nas decisões e práticas adotadas pelas OSs. Segundo Solange Belchior, membro do conselho, a Secretaria de Saúde dificulta o máximo o envio de dados financeiros sobre tudo aquilo que envolve as Organizações.

Já a Secretaria de Saúde se defende argumentando que há rigor na fiscalização interna que é feita por Comissões Técnicas de Avaliação (CTA) e das coordenadorias regionais de urgência e de atenção primária. Segundo a secretaria, as CTAs são compostas por 130 servidores públicos que fiscalizam mensalmente todas as contas, notas fiscais, gastos e indicadores sociais assistenciais das organizações contratadas. Ainda segundo a SMS, as coordenadorias regionais fiscalizam os itens assistencialistas e, quanto à disponibilidade desses relatórios, a secretaria informou, laconicamente, que “está trabalhando nessa questão”. Como se vê, há enormes lacunas que precisam ser devidamente revistas, ajustadas, preenchidas, afinal de contas, quando se fala que as OSs buscam, através de suas gestões, atingir metas qualitativas, é preciso que essas idealizações atinjam todas as unidades da rede, seja, por exemplo, para o Instituto do Cérebro, seja para um hospital da baixada fluminense.

Todavia, é pertinente que seja dito nesse momento de colapso institucional que a crise na saúde pública no Rio de Janeiro é fato recorrente, espécie de moléstia crônica, usando linguagem médico usual. Em todos esses momentos, o ponto em comum está na falta de recursos financeiros para o setor. Pablo Vasquez, presidente do Cremerj, diz que na crise atual, houve um diferencial mais grave, a possibilidade de fechamento de TODOS os hospitais e emergências do estado, fato que só não ocorreu por conta de ajuda federal.

Para ilustrar a crise na saúde do Rio de Janeiro como fato recorrente, pode-se tomar como exemplos os anos de 1999/2003/2005/2006/2008 e 2012. Saulo Pereira Guimarães em matéria para o boletim digital VOZARIO de 07/01/2016, intitulado ‘Saúde na UTI: Uma Doença Crônica do Rio’, apresenta alguns episódios pontuais considerados por ele como casos agudos na saúde do estado, relatados a seguir:

1999: Caos no Getúlio Vargas. Ao tomar posse em janeiro de 1999, o governador Anthony Garotinho cancelou contratos de terceirização de sete hospitais estaduais que haviam sido firmados seis meses antes pelo seu antecessor Marcelo Alencar. Como reflexo imediato, dois meses depois, a falta de profissionais fez com que o Hospital Getúlio Vargas entrasse em colapso. Os médicos deixaram de atender após ficarem três meses sem receber salários por conta da mudança no tipo de gestão. Médicos da Polícia Militar substituíram os grevistas. Um acordo foi firmado entre o estado e o município passando o segundo a administrar os hospitais Rocha Maia, Carlos Chagas e Getúlio Vargas.

2003: Manobras Fiscais Com o Fundo Estadual de Saúde. Na edição de 30/08/2003, o Jornal do Brasil noticia que o remédio Interferon e outros medicamentos de uso contínuo estão em falta nas farmácias do estado. No mesmo dia, O Globo publica que dois tomógrafos, de última geração, estão parados no Instituto Estadual de Cardiologia no Humaitá e no refeitório do Hospital Getúlio Vargas. A governadora Rosinha Garotinho alegou não ter recursos para instalá-los. Contra essa alegação, o Ministério Público acionou a governante por usar recursos do Fundo Estadual de Saúde nos programas sociais Restaurante Popular e Cheque Cidadão. Rosinha encaminhou, então, à Alerj projeto de lei que tornava legal a manobra fiscal. O projeto foi aprovado em primeira votação, mas foi vetada através de uma liminar expedida pela juíza Georgia de Vasconcellos.

2005: Intervenção Federal nos Hospitais. Seguindo na matéria de Saulo Pereira Guimarães, o fechamento das emergências dos hospitais Cardoso Fontes e do Andaraí foi o estopim da crise da saúde de 2005. A falta de repasses por parte do governo federal foi pelo descumprimento, por parte da prefeitura, de metas estabelecidas por um acordo firmado em 1999. A persistência no impasse no início de 2005 deu origem a uma decisão radical por parte do governo federal, qual seja a decisão de intervir nos hospitais federais do Andaraí, Cardoso Fontes de Ipanema e Hospital da Lagoa e nos hospitais municipais Miguel Couto e Souza Aguiar. Para tentar amenizar a crise, foram montados hospitais de campanha da Aeronáutica e Marinha na Barra da Tijuca e outro no Campo de Santana. Mediante intervenção do STF, a prefeitura deixou de administrar os hospitais federais e em contrapartida prometeu ampliar o Programa Saúde da Família no Rio de Janeiro.

2006: Saúde no Improvise. Ainda segundo a matéria, a intervenção federal de 2005 não foi capaz de resolver a crise da saúde na cidade. A falta de materiais básicos e equipamentos em vários hospitais passou a ser rotina. Tal precariedade fazia com que os médicos improvisassem, na hora de prestarem atendimento aos pacientes. Para ilustrar melhor tal penúria, fazer uma citação direta é mais interessante para entendimento de tal realidade:

“No Salgado Filho e no Rocha Faria, tomografias computadorizadas são substituídas por desenhos de papel e caneta em função da ausência de filmes para impressão. Fios de cobre comum são usados para intubação de pacientes no Lourenço Jorge, já que o material indicado para esse tipo de procedimento não estava disponível. Um aparelho remendado com esparadrapo foi encontrado no Cardoso Fontes. Internações em cadeiras e corredores e até colares cervicais feitos de papelão foram alguns dos achados inacreditáveis da comissão (de vereadores) que percorreu quatorze hospitais durante três meses” (GUIMARÃES, 2016: 7).

2008: Todos contra a dengue. Seguindo a cronologia estabelecida pelo autor, os hospitais da capital não estavam preparados para a maior epidemia de dengue da história do Rio de Janeiro, registrada em 2008, em que só em janeiro teve cerca de 3 mil pessoas contaminadas pelo vírus. Tal quadro obrigou um trabalho de contenção para enfrentamento da doença entre os governos federal, estadual e municipal e, outra vez, hospitais de campanha das três armas foram instalados em vários bairros da cidade, além de tendas de hidratação montadas em vários pontos da região metropolitana a mando do governador Sérgio Cabral. A situação se normalizou em maio, quatro meses após o surto inicial. Vale dizer que em todos os episódios relatados até aqui, o uso de contêineres passou a ser medida adotada com regularidade para funcionarem como emergência nos hospitais do R. de Janeiro, como no episódio seguinte.

2012: Contêineres em Bonsucesso. Como solução alternativa para não interromper o setor de emergência do Hospital Geral de Bonsucesso, três contêineres foram instalados na unidade por conta de uma obra no hospital com previsão para durar nove meses. Tendo em vista a suspeição de irregularidades, o Ministério da Saúde determinou suspensão das

obras em março, tornando, assim, a alternativa que seria provisória em solução definitiva. O fato é que, no mês de junho, 74 pessoas disputavam 30 leitos disponíveis nos contêineres. Tal quadro de penúria fez com que o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro visitasse o hospital em outubro, quando se constatou aquilo que já era notório: a unidade estava com superlotação. Em novembro, o impasse foi resolvido com a promessa do Ministério da Saúde feita junto ao Cremerj de que respeitaria o limite de internações, providenciaria a contratação de novos funcionários, além de se comprometer que, com a devida urgência, uma nova empresa seria contratada para concluir as obras iniciadas no começo do ano. Ao longo de 2012, portanto, o Hospital Geral de Bonsucesso teve o seu setor de emergência atendendo em três contêineres instalados no pátio da unidade.

“...O acumulado de 2015 é uma carga pesada de um ano que aprontou demais, deixando como saldo uma confluência inédita de crises simultâneas: econômica, política, social, moral, ambiental. Para quem mora no Rio, a mais angustiante de todas elas é com certeza a crise da saúde pública, que parece se encontrar em estado terminal. É de cortar o coração ver as imagens de pacientes morrendo sem assistência na porta de hospitais ou estirados nos corredores à espera de uma cirurgia de urgência que não acontece ou mães com crianças no colo atrás de vacinas que o governo alega não ter dinheiro para comprar. E se não bastasse tudo isso, há um país amedrontado por um mosquitinho quase invisível que produz um surto de febres exóticas de difícil combate: dengue, zika, chicungunha... Até essa animação pré-carnavalesca e pré-olímpica da cidade soa como uma metáfora de mau gosto do naufrágio do Titanic. Deus nos livre” (VENTURA, 2016: 21).

Tomando como referência o exposto acima, pode-se buscar um melhor entendimento para o colapso pelo qual passa a saúde pública no Rio de Janeiro atualmente. É lugar comum o diagnóstico há muito conhecido, ou seja, o descaso com o setor da saúde pública é uma prática antiga que chega hoje à uma condição que põe a saúde pública em incontestável e impiedoso estágio terminal, graças à inobservância no atendimento dos sintomas básicos provocadores de tal estágio. Um péssimo modelo de gestão e a crise econômica que tomou conta do país são fatores que,

associados, desencadearam o agravamento da saúde pública da cidade. Associa-se a isso, segundo especialistas, a absorção por parte dos estados da prestação de serviço de atenção básica, antes atribuição dos municípios, a partir do surgimento das UPAs, desde 2007, bem como da implementação das organizações sociais (OS), como referências de gestão, que, sem uma devida disciplina controladora, se transformaram em organizações de alto custo para os estados, uma vez que só as despesas de manutenção dos serviços da Secretaria consumiram setenta e um por cento do orçamento em 2015. Se não bastasse, o fisiologismo político-partidário interfere no quadro já caótico, colocando interesses políticos individuais acima dos interesses públicos, no caso interesses de saúde pública.

Observando mais detalhadamente cada um desses pilares básicos responsáveis pela crise na saúde pública, mencionados acima, em uma reportagem feita pelo jornal O Globo, em sua edição de 27 de dezembro de 2015, intitulada 'A Penúria da Saúde. O Diagnóstico da Crise', a questão é tratada a partir dos referidos pilares, entendidos como a razão maior do estágio terminal em que chegou a saúde pública na cidade do Rio de Janeiro.

Segundo a reportagem, o governo do estado assumiu o serviço de atenção básica com a criação das UPAs(Unidades de Pronto Atendimento), de forma quase irresponsável, pois não tinha garantias ou condições administrativo-financeiras de bancá-las e/ou mantê-las. Recebidas como solução importante, pois sua idealização visava desafogar a demanda pesada dos hospitais, essas unidades de atenção básica foram exportadas para outros estados, inclusive para a Argentina, sendo inclusive assumida como bandeira de campanha nas eleições para o governo do estado, ao ser proclamada como uma 'grande conquista da população carioca'. E, assim, foram criadas 29 UPAs em diferentes bairros do Rio de Janeiro e outras 28 em diversos municípios do estado, por parte do governo estadual, apesar da responsabilidade pelo serviço de atenção básica ser uma atribuição dos municípios . Além dessas Unidades, criou-se ainda o Hospital da Mulher e o Instituto Estadual do Cérebro.

Ainda segundo a reportagem, as 29 UPAs, em um ano, consumiram cerca de 740 milhões da verba da Secretaria de Saúde, incluindo-se aí o repasse às 28 unidades municipais. Sem recursos, o sistema entrou em

colapso, obrigando o estado a recuar e rediscutir as atribuições que, de fato, são de sua responsabilidade. Aqui um parênteses, apoiado na reportagem: de acordo com a legislação do SUS, ao estado, assim como à União, cabe o atendimento de média e alta complexidade. Por outro lado, municípios de médio e alto porte ficam responsáveis pelos setores de emergência e atenção básica à população. Essa norma regula os repasses federais correspondentes. Ao assumir a responsabilidade que lhe cabe nesse colapso, o governo do estado já admite que o porte da rede de saúde do estado precisa ser reduzido, principalmente naquilo que, de fato, é atribuição do estado. O que se discute, nesse momento, é a devolução ou não das UPAs aos municípios.

“Para o vereador e médico Paulo Pinheiro (PSOL), presidente da Comissão de Saúde da Câmara Municipal do Rio, o governo estadual deveria ter uma previsão de quanto o custeio de hospitais inaugurados poderia onerar à pasta, que, na análise dele, teve motivações políticas:

‘O governador... começou a vender essa ideia e fazer a secretaria maior do que ela poderia ser. Montou uma rede de saúde acima da sua capacidade de resolução. Se fosse cumprida a regra (que normatiza as atribuições dos entes), isso não teria acontecido” (BACELAR,2016:8).

As Organizações de Saúde(OSs), como já dito, surgiram com a finalidade de tornar mais rápidos e dinâmicos os serviços de saúde, haja vista que não dependem, por exemplo, de licitações públicas para compra de materiais, bem como têm maior liberdade para contratação de médicos especialistas. Mas foi justamente tais facilidades que transformaram as OSs em grave problema, uma vez que, em decorrência de desmandos administrativos em sua má gestão, se tornaram vilãs, bem como uma das principais causas da falência da saúde pública. A falta de uma fiscalização mais aguda por parte do estado passou a ser um facilitador para os desmandos administrativo-financeiros. Tal como ocorre com as UPAs, o governo não tem recursos suficientes para mantê-las operando de forma eficaz. Em números, a mesma reportagem do jornal O Globo mostra que a dívida com as OSs já chega a R\$ 710 milhões. Em 2015, de R\$ 3,8 bilhões pagos pela Secretaria de Saúde, R\$ 2,1 bilhões foram destinados às OSs.

Outro desmando importante cometido pelas Organizações Sociais que também merece ser citado: segundo o Sindicato dos Médicos do Rio, enquanto um profissional concursado ganha em média R\$ 2,3 mil, um contratado pelo regime CLT recebe, por mês, R\$ 6 mil. A constatação que se chega é que as OSs só funcionam à base de muitos recursos, mas isso é justamente o que mais falta nos cofres do estado. Um outro equívoco que se cometeu com as OSs foi a implantação dessas em larga escala, sem serem devidamente testadas de forma pontual e restrita. Devido à essa expansão precoce, as despesas (e as dívidas) também se processaram em larga escala, entrando em colapso. No dizer do Professor e Chefe do Serviço de Infectologia Pediátrica da UFRJ, Edimilson Migowski, especializado em gestão hospitalar, as OSs podem segurar profissionais experientes e mais caros no serviço público: ‘É uma administração mais ágil. A OS tem uma agilidade administrativa que todo gestor público gostaria de ter. Eu acho que o problema é falta de fiscalização’, diz ele. Já o governo estadual pensa em uma solução alternativa para a gestão, pois não é tarefa simples manter especialistas como o neurocirurgião Paulo Niemeyer Filho, que atende pelo SUS na rede de saúde pública do estado. Apenas como ilustração concreta dessa grave crise institucional, instaurada em um setor público básico e fundamental na vida da população urbana do Rio de Janeiro, pode-se citar o Hospital Albert Schweitzer, complexo mantido por OS, que entrou em colapso, ficando no centro da crise por deixar de prestar assistência hospitalar a centenas de cariocas diariamente.

“Os sintomas que levaram o estado e, principalmente, a prestação de serviços de saúde à insolvência financeira não surgiram por acaso. Turbinado pelo boom do setor de óleo e gás e pelas receitas de royalties, o governo aumentou gastos nos últimos anos. Só para citar o caso específico da saúde, o número de cargos comissionados, ocupados por pessoas que não têm concurso público, saltou de 613 em dezembro de 2014 para 689 esse ano, de acordo com reportagem da TV Globo, quando o colapso do setor já se desenhava” (BACELAR, 2016: 8).

Em relação aos royalties do petróleo como garantia de um programa sólido em saúde e em educação para estados e municípios brasileiros, a euforia tomou conta das autoridades brasileiras; afinal de contas, recursos não faltariam para tal empreitada. Como medida inicial, o governo federal

criou, em 2013, a estatal Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A.(PPSA), de amplos poderes para agir em nome do governo, sendo responsável pela exploração e produção de todo petróleo extraído da camada pré-sal. Criada com essa finalidade, mas com a nobre missão de alimentar financeiramente os programas idealizados para a saúde e a educação, a estatal, dois anos após sua criação, não conseguiu decolar, contribuindo, assim, com a falência dos sistemas de saúde e educação dos estados e municípios brasileiros.

Infelizmente, não é apenas o alto custo de manutenção que obstrui o pleno funcionamento das OSs. Irregularidades em contratos firmados em alguns municípios são práticas usuais em razão de um sistema de fiscalização ineficiente. Em matéria publicada pelo jornal O Globo de 20 de janeiro de 2016, essa questão foi abordada. Segundo o jornal, a Associação Paulista Para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM), selecionada pela prefeitura do Rio para assumir a gestão da Clínica da Família Estácio de Sá, recém-inaugurada no Rio Comprido, faz parte de uma lista de oito Organizações Sociais investigadas pelo Ministério Público. Ainda segundo o jornal, contra ela há uma ação civil pública e outros cinco procedimentos no MP por irregularidades em contratos com o município, como falta de médicos e atendimento feito por seleção. Se não bastasse, a SPDM também responde à uma ação ligada à um contrato com a Secretaria de Saúde do estado.

Vale dizer ainda sobre a SPDM que ela foi a pioneira nesse tipo de gestão na cidade, pois foi a primeira OS contratada pela prefeitura, logo após a criação da lei federal, abrindo caminho para a inclusão de outras OSs no programa. A SPDM, segundo a mesma matéria, recebeu dos cofres da prefeitura, entre 2009 e 2015, algo em torno de R\$ 1,3 bilhão. Constam, na lista de postos/unidades sob a responsabilidade da SPDM, 26 Clínicas da Família, distribuídas pelo Centro, Meier e Zona Oeste da cidade. Além dessas unidades, também é responsável pela gestão das Unidades de Pronto Atendimento(UPAs) de Santa Cruz, Paciência e Sepetiba. Estão também sob responsabilidade da SPDM os Centros Emergenciais Regionais(CER)

de Santa Cruz e Leblon. Mesmo sob investigação do Ministério Público, a SPDM continua a merecer a confiança da prefeitura do município do Rio de Janeiro, o que, segundo o MP, pode provocar a inclusão da prefeitura como ré no processo, como afirma o promotor Silvio Ferreira Neto, do Grupo de Atuação Integrada na Saúde do MP: “O nosso objetivo é excluir aquelas organizações sociais que não estão prestando serviço de forma adequada. Se o município resiste, a investigação pode enveredar para atos de improbidade administrativa”.

Outra OS envolvida em irregularidades administrativas é a Biotech Humanas, responsável pela gestão do Hospital Pedro II em Santa Cruz. Após ter tido presos oito de seus administradores na Operação Ilha Fiscal, a prefeitura do Rio de Janeiro se viu obrigada a suspender o contrato e excluir essa OS de seu quadro de gestores de saúde. Para substituí-la, foi contratada, de forma emergencial, a SPDM.

“TRIBUNAL ANALISARÁ PRESTAÇÕES DE CONTAS DE CONTRATOS COM 15 HOSPITAIS ESTADUAIS. Um dia depois de a Assembleia Legislativa do Rio (Alerj) anunciar uma comissão especial para fazer auditorias em todos os contratos do governo com OSs, o TCE decidiu agir: divulgou uma devassa em todas as seis OSs que administram hospitais estaduais. O objetivo é evitar que o estado continue repassando recursos públicos à organização que descumpre metas contratuais” (BOTTARI, 2016: 18).

Dentro desse objetivo, a incursão do Tribunal de Contas do Estado vai analisar contratos e prestações de contas de 15 hospitais, além de vistorias. Entre os hospitais elencados estão o Getúlio Vargas (Penha), Carlos Chagas (Marechal Hermes), Azevedo Lima (Niterói), Adão Pereira Nunes (Caxias) e o Hospital da Mulher (São João de Meriti). De acordo com o TCE, na matéria do Globo, desde 2011, auditorias apontam transgressões em várias unidades geridas por OSs. Em 2014, foram encontrados casos de hospitais com leitos em condições inadequadas, sem medicamentos para distribuição e com falhas no abrigo de resíduos. Em outra auditoria, foram identificados pagamentos irregulares à uma organização social. O agravamento na saúde do estado foi a principal razão para o desencadeamento dessas auditorias, quadro que penaliza pacientes que ficam sem atendimentos e funcionários sem salários.

Ao se pronunciar, o presidente do Tribunal de Contas do Estado, Jonas Lopes de Carvalho, disse na mesma reportagem que, “desde 2011, o Tribunal de Contas vem auditando a área de saúde, incluindo contratos feitos com organizações sociais e a gestão de pessoal na Secretaria Estadual de Saúde. Em unidades de pronto atendimento, verificamos, por exemplo, que faltam aparelhos de refrigeração e revestimento de proteção na área de radiologia”. As seis organizações sociais que terão os contratos fiscalizados pelo tribunal são: Pró Saúde, Associação Congregação de Santa Catarina, associação Lar São Francisco de Assis na Providência de Deus, Hospital Maternidade Therezinha de Jesus, Instituto D’or, e Instituto Sócrates Guanaes.

O futuro secretário de saúde do estado – que assumirá o posto deixado vago pelo antecessor que irá concorrer como candidato à prefeitura de Niterói nas próximas eleições municipais – chega ao cargo prometendo amenizar a crise, já admitindo que o estado não tem mais condição financeira de bancar a ‘grande rede’. Não tendo outra coisa a prometer, promete sérios estudos sobre a grave crise que assola a saúde pública. Em entrevista ao Globo em 28/12/2015, Luiz Antônio Teixeira Junior informou que nesses estudos vai analisar e priorizar o que se pode pagar e quais os serviços que o estado tem condição de assumir nesse momento. A ideia inicial é rever e refazer contratos, mas já sinalizando que cortes haverá, com certeza. Aqui um comentário oportuno: quando uma autoridade pública sinaliza cortes no orçamento de uma instituição pública que cuida da saúde, significa dizer que um determinado segmento da população ficará privado de algum tipo de serviço essencial nessa área, lamentavelmente.

Na mesma entrevista, o novo secretário disse ainda que a capacidade financeira do estado no momento em que criou a rede viabilizava o projeto, mas a realidade dos cofres públicos hoje é outra. Luiz Antônio Teixeira Junior não critica de forma direta as OSs, ao não mencionar desmandos ou irresponsabilidade administrativa no uso do dinheiro público por parte dessas gestoras, indo mais além ao dizer que não é sua intenção fechar unidades, mas que vai verificar aquilo que é possível manter em funcionamento. Evasivo e contraditório, excessivamente político, para quem está para assumir uma secretaria estadual importante e sob suspeita no Ministério Público e no Tribunal de Contas do Estado.

Indagado se pensava em passar as Unidades de Pronto Atendimento(UPAs) para o município, o secretário não confirmou nem descartou a ideia, preferindo um diálogo inicial com o secretário de saúde do município, adiantando que tem um projeto na cabeça para pôr em discussão. Sobre o projeto, ele explica (insistindo em não mencionar desmandos e irregularidades administrativas) que

“É a redistribuição de serviços. A gente vai fazer UPAs especializadas, como UPAs infantis. Fazer o atendimento infantil diferenciado. É um projeto que a gente pode fazer, separar o adulto do infantil. Eu não posso fazer em lugar igual à Mesquita, que só tem uma UPA, ali tem que ser adulto e infantil. Não é questão de tirar serviço, é otimizar. Não adianta você ter vários lugares fazendo a mesma coisa” (BACELAR, 2015: 7).

Pelas palavras do futuro secretário de saúde do estado do Rio de Janeiro, não há esperança de que a grave crise que assola a saúde pública da cidade vá ser revertida, pelo menos à médio prazo. Excessivamente vago, Luiz Antônio em nenhum momento da entrevista concedida tocou nos pontos nevrálgicos que envolvem o caos financeiro na área da saúde do Rio de Janeiro, conforme já exposto em vários momentos do texto em questão.

Enquanto isso, o Hospital Pedro Ernesto, referência enquanto hospital-escola na cidade, agoniza por conta dos atrasos nos repasses de recursos para pagamento de salários dos funcionários terceirizados, situação que acaba se refletindo diretamente na questão da higiene com a sujeira que se propaga e que é provocada pelo acúmulo de lixo hospitalar na unidade. Como decorrência da crise, o hospital se viu obrigado a suspender todas as suas cirurgias em razão do alagamento de seu centro cirúrgico provocado por fortes chuvas ocasionais. Esse vem a ser apenas mais um problema provocado pelo descaso do estado em relação ao Hospital Pedro Ernesto. A falta de material básico, como gaze e fralda geriátrica também já faz parte da rotina do hospital. No caso do Pedro Ernesto, não se deve falar em má gestão da unidade, pois o problema maior do hospital é falta de repasse dos recursos financeiros por parte do estado para que a unidade funcione regularmente e retome sua condição de hospital-escola referência no estado. A questão da formação de futuros médicos também é afetada, pois, segundo o presidente da Academia Nacional de Medicina,

Francisco Sampaio, tanta deficiência estrutural provoca deficiência na capacitação dos médicos-residentes do hospital. Segundo ele, a residência é fundamental para a formação do médico e não se está concluindo essa etapa de maneira correta, posto que está sendo ministrada sem rigor e o devido apuro acadêmico-científico.

Ainda sobre o Hospital Pedro Ernesto, também por conta do caos, o hospital se vê obrigado a antecipar altas de pacientes por falta de insumos de uso contínuo e falta de higiene por conta da paralização de funcionários terceirizados que estão com salários atrasados. Enquanto o reitor da UERJ, Ruy Garcia, diz que, no auge da crise em meados de janeiro de 2016, apenas 200 pacientes estavam ocupando os 300 leitos do hospital, o médico ortopedista Renato Graça contradiz afirmando que o Pedro Ernesto tem 500 leitos e que, no mesmo período, somente 100 estavam ocupados. Assim é que rouparia, limpeza, segurança, manutenção, engenharia e administração, todos terceirizados, funcionam, quando funcionam atualmente de forma precária, situação que faz com que a rotina do hospital se dê de forma inadequada e sem o devido controle habitual. Tal anomalia provoca uma outra tão grave quanto, ou seja, a rapinagem de materiais e equipamentos do hospital, para piorar o que já está pior, conforme relato a seguir:

“A polícia civil abriu inquérito ontem para investigar CONSTANTES (o grifo é nosso) furtos de equipamentos no Hospital Pedro Ernesto. Segundo depoimento de uma testemunha à polícia, médicos constataram pela manhã que faltavam dois aparelhos de colonoscopia utilizados em exames no intestino. O hospital não tem câmeras em seu interior e apenas três dos dez seguranças escalados para a madrugada estavam trabalhando. De julho de 2015 até agora, diversos computadores, uma impressora, um aparelho de oftalmologia e até papel toalha foram furtados do Pedro Ernesto, de acordo com registros feitos na delegacia” (BACELAR, 2016: 17).

Nesse momento, a circulação de médicos, funcionários e pacientes por corredores e alas do hospital é quase nenhuma. No início de 2015, o Pedro Ernesto tinha 500 leitos, quase todos estavam ocupados; com a crise, no início de 2016, uma enfermaria com vinte vagas abriga apenas 2% dessa capacidade. No geral, em janeiro de 2016, apenas 30% da capacidade

do hospital está sendo utilizada e pacientes, sem risco de vida, têm alta antecipada por não haver previsão para realização de cirurgias. Uma médica, que não quis se identificar, confirma essa decisão ao desabafar que “os leitos estão vazios porque os pacientes foram mandados para casa. Não existe uma ordem por escrito para isso, mas não faz sentido ele ficar internado, à espera de cirurgia, se não há previsão para ser operado. Se não for urgente, o procedimento não ocorre”, disse ela ao Globo em 28/01/2016.

O que é incontestável nesse momento do Pedro Ernesto é uma realidade caótica que abarca os cinco andares do hospital, tornando-o totalmente insalubre e onde pacientes com doenças infectocontagiosas, como Aids e tuberculose, se misturam com o lixo não recolhido devidamente, o que obriga médicos e enfermeiros a limparem setores onde há pacientes internados. Esses, inclusive, pedem aos familiares que tragam fraldas para seus parentes que estão internados. Assim é que o Hosp. Universitário Pedro Ernesto está parando. E com ele param transplantes, cirurgias cardíacas neurocirurgias, tratamentos de câncer, de recém-nascidos de muito baixo peso e gestantes de alto risco, de acordo com os médicos-professores Ricardo Chaves e Henrique Aquino, da Faculdade de Ciências Médicas da UERJ.

Em artigo publicado no Globo de 07/02/2016, estes dois professores explicam, em tese, a sistemática de funcionamento da saúde pública. Expõem que, a partir de 1988, o Brasil adotou o Sistema Único de Saúde (SUS), de caráter universal, integral e igualitário para atendimento em todo o território nacional. Neste sistema, se devidamente organizado, a ‘porta de entrada’ são os postos de saúde e as unidades de emergência, responsáveis por 15% dos atendimentos primários. Se contarem com equipes eficientes, mais de 85% dos casos são resolvidos nesse nível primário de atendimento.

Prosseguem eles na explanação que, como suporte para essas unidades primárias, devem existir as policlínicas, centros de referências de especialidades médicas para atendimentos ambulatoriais mais complexos, referenciados pelas unidades básicas, num sistema de mão dupla.

Além disso, eles afirmam que, na retaguarda dessas estruturas, estão os hospitais gerais e os especializados, fazendo a atenção daqueles que precisam de tratamento em nível de internação hospitalar, e na alta, os encaminhando às policlínicas ou às unidades básicas, conforme o caso. Na

explicação, os professores Chaves e Aquino explicam, em seguida, o real papel dos Hospitais Universitários no Sistema Único de Saúde (SUS), que é buscar a melhoria desse sistema através da formação de recursos humanos de qualidade, capaz de dar soluções efetivas ao sistema, à pesquisa, ao desenvolvimento de novas técnicas, à avaliação e incorporação de novas tecnologias, terapias e procedimentos de alta complexidade, medindo seu impacto e seus custos para o SUS. Esse é o real papel dos HUs.

Entretanto, arrematam os professores, há total e absoluta negligência por parte dos governos estaduais que se sucedem quanto à importância dos Hospitais Universitários para o Sistema Único de Saúde, sendo que a situação do Hospital Pedro Ernesto, para eles, é emblemática, ou seja, uma unidade de 500 leitos – com pessoal técnico altamente capacitado, grande formador de recursos humanos, engajado em diversos projetos de pesquisa e tratamentos de alta complexidade – encontra-se paralisada por falta de pagamento de pessoal de limpeza, lavanderia e segurança. Milhares de usuários necessitando de tratamento estão deixando de ser atendidos simplesmente por falta de insumos básicos. Vale lembrar que o Pedro Ernesto é o primeiro hospital universitário do Rio de Janeiro considerado “Amigo da Criança” pelo Unicef, mas que nesse momento está parando de funcionar.

Drama semelhante vive o Hospital Universitário Clementino Fraga Filho, da Faculdade de Medicina da UFRJ, obrigado a suspender as aulas práticas da faculdade à qual pertence. Tal medida é, ao mesmo tempo, lamentável e trágica, pois trata-se de uma das poucas instituições de ensino de excelência na área médica do Rio de Janeiro.

Segundo o diretor geral do Hospital Universitário da UFRJ, Eduardo Côrtes, para o Globo na edição de 29/01/16, “é penoso ter que tomar essa decisão. Mas também é preciso reconhecer que, se continuarmos sem verbas e investimentos, corremos um sério risco de comprometermos a formação de nossos alunos, tradicionalmente entre os mais bem preparados do país”. O hospital tem capacidade para 500 leitos, mas no momento utiliza apenas 170, para um contingente de 1.200 acadêmicos, o que é impraticável para uma boa preparação acadêmico-profissional. O atraso no repasse de verbas, bem como a falta de investimentos são os responsáveis por esse quadro caótico. A atual direção tem buscado apoio

junto a parlamentares com intuito de conseguir verbas para manutenção e ampliação do hospital, de enorme relevância principalmente para a população da Baixada Fluminense.

Enquanto isso, voltando ao comentário inicial desse trabalho, de forma paralela e inapelável, o mosquito da dengue não dá tréguas e se prolifera pela cidade de forma preocupante. No início de 2016, em uma semana, houve um aumento de 200% em casos de dengue no Rio de Janeiro, segundo a Superintendência de Vigilância Epidemiológica e Ambiental da Secretaria Estadual de Saúde. Como alento, de acordo com artigo publicado no jornal o Globo de 20/01/2016, Ruben Berta informa sobre um projeto que está em desenvolvimento na Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) no Rio de Janeiro. Relata o autor que o projeto ‘Eliminar a dengue: Desafio Brasil’, parte da liberação de mosquitos adultos e de ovos com uma bactéria chamada Wolbachia. Os estudos demonstraram que os insetos infectados reduzem a transmissão da dengue, febre amarela, chikungunya e zika. As primeiras liberações foram feitas entre setembro de 2014 e janeiro de 2015, no bairro da Ilha do Governador. Ao final de 20 semanas, 65% dos mosquitos *Aedes aegypti* da região continham a bactéria, o que configurou um resultado satisfatório. O projeto também está sendo testado agora em Jurujuba, Niterói.

Para a bióloga uruguaia, radicada nos Estados Unidos, Mercedes Pascual, “o mosquito da dengue pode também estar nos transportes públicos, ele também anda de ônibus. É preciso analisar seu ciclo e o do parasita. A evolução do inseto é muito mais rápida que a nossa capacidade de desenvolver métodos de combate... Mudar o comportamento de uma população é muito difícil. Se as cidades continuarem crescendo, os problemas sociais associados às mudanças climáticas vão impor um desafio ainda bem maior à saúde pública” (DALE, 2016: 2).

Nesse momento, fica claro que a preocupação maior das autoridades brasileiras no controle da evolução dos focos transmissores da dengue/zika é muito mais por conta dos Jogos olímpicos de 2016 do que propriamente com a população do Rio de Janeiro. Há uma nítida intenção de agir no sentido de aplacar o medo e a preocupação dos países que participarão dos Jogos, principalmente os países mais ricos.

Nesse sentido, o Comitê Olímpico Brasileiro, ao mesmo tempo que cobra medidas imediatas às autoridades brasileiras, tenta tranquilizar o Comitê olímpico Internacional garantindo que o surto está sob controle e que todas as instalações dos Jogos não correm riscos de contaminação. Dentre os países presentes nas Olimpíada, os Estados Unidos é o mais incisivo e exigente nos pedidos de providências urgentes. Na argumentação do COB, através do médico da Rio-2016, João Grangeiro, o mês de realização das competições o Rio de Janeiro tem clima seco, o que praticamente acaba com a incidência de proliferação do *Aedes aegypti*. Para ele, o grande problema não é o zika. O grande problema é o vetor, o *Aedes*, que com o clima seco não prolifera de maneira descontrolada.

Apesar dessa argumentação, no Reino Unido há verdadeira comoção, com jornais e televisão abrindo espaço para a epidemia, colocando o Brasil como principal foco do vírus, alertando para as Olimpíadas, conforme o Globo de 27/01/2016. A maioria das matérias publicadas tem teor alarmista e ao mesmo tempo fatalista, pois associam a morte à um surto supostamente incontrolável pelas autoridades brasileiras. Manchetes do tipo ‘fique longe do Rio se estiver grávida’, ‘se a viagem for inadiável, fazer uso de repelente’, além de fazerem reportagens exibindo depoimentos de mães com baixa auto estima, sofridas, sem o devido atendimento médico nos hospitais no Brasil e ilustrado por fotos de bebês nascidos com microcefalia em Pernambuco. Não é difícil imaginar o tom de superioridade dado pelos britânicos na execução dessas reportagens, em que é provável que prevaleça muito mais o desprezo e a frieza do que a compaixão e solidariedade à população atingida.

Alguns especialistas brasileiros em saúde pública foram ouvidos para opinarem se realmente há razão para tanto temor com a propagação dos surtos de dengue e zika. Para o virologista do Instituto Evandro Chagas do Pará, Pedro Vasconcelos, por exemplo, a situação é grave no mundo e não apenas no Brasil. A dengue mata entre 25 e 50 mil pessoas no mundo atualmente, sem que não haja uma comoção mundial contra esse fato. Para o virologista, os focos estão nas casas, por isso não se deve deixar a zika invadir as residências, o deve ser a conscientização em massa a ser empreendida junto à população. O especialista do Instituto Adolfo Lutz de São Paulo, Akemi Suzuki, pensa igual, ao afirmar que a situação precisa ser alardeada para que a população se volte contra o problema, que só se

tornou grave por conta do descaso com o perigo que o mosquito representa. Para ele, que também considera que a maioria dos focos está dentro das casas, não se levou a dengue à sério e o mosquito se proliferou, tornando a situação quase incontrolável. É preciso envolver a população no combate ao mosquito a partir das próprias residências.

Por outro lado, o virologista Amilcar Tanuri, do Laboratório de Virologia Molecular da UFRJ, considera um exagero o alerta internacional decretado pela IMS, pois ainda não se tem certeza absoluta de que a microcefalia é causada pelo vírus zika. No entendimento do médico, ainda existem muitas pesquisas a serem feitas, argumentando ainda que ‘o vírus da dengue já foi encontrado na placenta de gestantes, e isso não prova que dengue provoca microcefalia, não havendo portanto, motivo para pânico’. É preciso combater e acompanhar, mas fora de um clima de comoção nacional ou internacional. O infectologista e epidemiologista da UFRJ, Celso Ramos Filho, segue o mesmo raciocínio, ao considerar que há um alarde exagerado dentro e fora do Brasil sobre o assunto, principalmente por conta das Olimpíadas. Os Jogos serão realizados em período seco, quando o mosquito tem menos possibilidade de se desenvolver e demora mais para chegar à forma adulta. (Os depoimentos dos quatro especialistas aqui mencionados, foram dados ao jornal O Globo em sua edição de 29/01/2016).

Enquanto isso, seria cômica se não fosse trágica a postura adotada pela maior autoridade da saúde pública do país, o Ministro da pasta Marcelo Castro. Através de algumas de suas declarações veiculadas na grande imprensa brasileira, percebe-se a infelicidade e o quanto foram inoportunas em um momento tão crítico vivido pelo Brasil:

“No repertório de Castro está, por exemplo, a pouca feliz brincadeira de que, na falta de vacina contra zika, seria bom que as mulheres pegassem a doença antes de engravidar e assim ficassem imunizadas. Em janeiro, três novas gafes. A primeira foi durante a reunião da força-tarefa criada para combater o Aedes e a microcefalia, quando ele tentou desconstrair o ambiente e contou uma piada que recebeu a respeito do emprego de forças do Exército nessas ações. ‘Devemos usar a Marinha porque ele(o mosquito) se reproduz em água. E a Aeronáutica, porque ele voa’”. (SOUZA, 2016: 3).

A repercussão negativa após as infelizes declarações de um ministro empossado há apenas quatro meses causou desconforto no governo e sua permanência no cargo ocorreu por conta de ter sido uma indicação feita pelo PMDB para o Ministério da Saúde. A contrapartida para essa indicação, bem como sua manutenção na pasta da saúde, é a garantia de consolidação da maioria parlamentar contrária ao impeachment. Independente dos arranjos políticos, fica evidenciado o total despreparo de Marcelo Castro para uma empreitada de tamanha envergadura, qual seja a de chefiar um dos ministérios mais importantes no momento atual do país. Eduardo Cunha, presidente da Câmara dos Deputados e que está sob pesada investigação por conta de diferentes crimes cometidos contra os cofres públicos, é um dos principais defensores de Marcelo Castro.

Ainda sobre o ministro da saúde, é dele o desabafo ‘estamos perdendo feio para a dengue’. Esta frase também causou um certo mal estar junto ao governo, uma vez que não é comum uma autoridade oficial admitir o fracasso de um programa governamental sob sua responsabilidade. Mas esse desabafo expressa uma verdade que o governo federal prefere não admitir publicamente. Porém, existem ainda outras verdades sobre a realidade de nossas cidades que também precisam ser vistas como ‘derrotas’ a serem transformadas em vitórias. O Rio de Janeiro é uma das cidades brasileiras que, infelizmente, manifesta em seu cenário social maior concentração destas ‘derrotas’ oficiais, não apenas a ‘guerra contra o mosquito da dengue’.

No Rio de Janeiro contemporâneo, apesar de não admitido oficialmente, há a nítida sensação de que se está ‘perdendo feio’ a guerra contra a violência. Esta percepção é decorrência do estado de espírito que tomou conta das pessoas na rotina da convivência social no território urbano. É nítido o clima de insegurança instaurado neste convívio, onde a rua passou a ser local de perigo e não de interação amistosa. A angústia e o medo substituem a paz de espírito e a descontração emocional como elementos determinantes na convivência urbana, que pressupõe aproximação mas acaba por impor aos indivíduos o afastamento e o distanciamento. Condomínios fechados, guaritas nas ruas residenciais e shoppings como local seguro de lazer passam a ser a expressão arquitetônica desse medo e insegurança que se instaurou na cidade.

Além da batalha que se trava (e se perde) no âmbito da saúde pública e da violência, o Rio de Janeiro também ‘perde feio’ na guerra da educação pública, onde falta-se de tudo, inclusive quadros de professores bem preparados intelectualmente e remunerados dignamente. De uma maneira mais abrangente, a educação nacional, das primeiras letras à chamada formação superior, segue ‘ladeira à baixo’, sem que uma política consistente e um projeto pedagógico unificado de educação à nível nacional sejam pensados e instaurados. O discurso oficial atual de fazer do Brasil a expressão de uma ‘pátria educadora’ é apenas e tão somente um discurso. São 50 milhões de brasileiros adultos sem o ensino fundamental que aguardam por esta pátria imaginada pelo discurso oficial. Além disto, as universidades brasileiras não estão institucionalmente preparadas para produzirem conhecimento científico e tecnológico exigidos pela Pós-modernidade contemporânea, competitiva por excelência, como pressuposto obrigatório para atingir o desenvolvimento econômico e social exigido à um país que se pretende moderno.

Uma outra guerra em que o Rio de Janeiro (e o Brasil) também ‘perde feio’ é a da desigualdade social, intimamente ligada às outras batalhas aqui referidas. Zuenir Ventura já disse que o Rio de Janeiro é uma ‘cidade partida’, arquetonicamente simbolizada pelos túneis que ligam ‘o norte’ ‘ao sul’. Fato curioso é que os moradores ‘do sul’ consideram as praias como propriedades próprias, sendo, portanto, absurdamente indesejada a presença dos moradores ‘do norte’ no usufruto dessa natureza (pública). A desigualdade social tem a sua face mais cruel ao mostrar que a cidade (e o país) ainda possui vasto contingente populacional que vive naquilo que sociologicamente é chamado de ‘miséria absoluta’.

Dívida pública, inflação, endividamentos privados e familiares, controle do crescimento urbano, transporte público e a gestão da coisa pública aliada à corrupção institucional e à impunidade, são outras guerras em que a cidade (e o país) continuam perdendo feio. Como cereja de um bolo que desandou, há o iminente perigo de se perder a democracia plena por conta de um movimento elitista que prega a cassação de um governo federal eleito democraticamente, mas que não sabe como lidar com os inimigos que continuam vencendo as guerras citadas acima.

Voltando a falar aqui sobre a questão principal e pontual, a impressão que fica na discussão acerca da saúde pública, seja na área do estado ou na área do município é que, devido à falta de uma fiscalização mais apurada e de forma mais sistemática e ininterrupta, o controle da gestão das OSs fugiu ao controle dos governos estadual e municipal. Ainda segundo reportagem do Globo de 18/01/2016, o que se tem como realidade é que, das dez OSs que atuam na área da saúde do município, oito delas estão sob investigação. Existem, nessas investigações, pontos comuns nos problemas existentes em cada uma delas, ou seja, superfaturamento na compra de remédios com preços até 508% acima da tabela da prefeitura, cobranças indevidas por serviços não prestados pelas OSs, e auditorias que indicam que encargos sociais dos empregados não foram recolhidos, bem como atendimento deficiente aos pacientes no acesso aos serviços nas unidades. Além disso, há casos suspeitos de despesas irregulares como, por exemplo, despesas em churrascarias.

Seguindo a matéria, também, nesses casos, são as ações do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado, que enfrentam os desmandos cometidos por gestões irresponsáveis nas unidades sob suspeição; todas as investigações tomaram por base auditorias preliminares realizadas pelo Tribunal de Contas do Município. Nas investigações, foram identificadas práticas idênticas àquelas praticadas pelas OSs investigadas pela operação Ilha Fiscal, isto é, devido à inércia governamental no controle dessas organizações, há uma certa “padronização” na prática de ilegalidades, espécie de “manual para atos ilícitos”, haja vista a incidência e rotina com que ocorrem essas transgressões e desvios das metas a que se propõem as OSs. Isso tudo é implesmente lamentável e ao mesmo tempo inconcebível, tendo em vista que é a saúde, bem como a vida da população, a razão maior desses serviços. É muito (recursos) para tão pouco (serviços).

Apenas como ilustração, ainda segundo a denúncia da reportagem, o Centro de Estudos e Pesquisas Dr. João Amorim (Cejam), uma das oito OSs sob investigação, mesmo não tendo sede no Rio de Janeiro, conseguiu se inscrever na Comissão de Qualificação da Casa Civil e ficou sob sua responsabilidade a gestão das Coordenações de Emergência Regional (CER) do centro da cidade e da Ilha do Governador, bem como do Hospital Evandro Freire também na Ilha do Governador. Pois bem, a grandeza em reais desses contratos assinados em 2012, com a duração de

24 meses, tinha o valor total de R\$ 134.190.792,62. A ousadia (e covardia) na falta de comprometimento com a saúde da população da cidade do Rio de Janeiro é mostrada na citação direta que se segue, mostrando de maneira mais clara tal episódio:

“No caso do Evandro Freire (hospital), a unidade só abriu oito meses depois. Mesmo assim, a Cejam apresentou gastos de custeio vinculados ao hospital e à CER-Ilha, com autorização dos gestores da secretaria municipal, que somaram R\$ 4.928.322,93. Foi apurado que, entre as despesas, estão pagamentos de salários profissionais de saúde e médicos contratados pela OS na quantia de R\$ 2.362.506,01, sem que eles prestassem qualquer atendimento, caracterizando exemplo de má gestão dos recursos públicos.

Além disso, como seus profissionais eram de São Paulo e não contratados no Rio, como determina a lei das OSs, a Cejam também apresentou despesas consideradas irregulares, como gastos na Churrascaria Fogo de Chão, táxis, passagens aéreas e taxa de administração, gerando perdas no valor de R\$ 1.262.251 entre abril de 2012 e março de 2014. (...) Até 2015, as oito investigadas foram contratadas para receberem um total de cerca de R\$ 9,2 bilhões” (WERNECK, BOTTARI, 2016: 6).

Se não bastasse a desonestidade que permeia a relação entre estado/município/empresas de saúde, em âmbito interno, o descaso administrativo oficial também contribui para alimentar a crise institucional no setor. Não são raros os casos em que materiais cirúrgicos e medicamentos são esquecidos em depósitos públicos por conta de uma desorganização logística por parte das autoridades que se dizem responsáveis. Em janeiro de 2016, uma fiscalização apurada do Ministério Público encontrou um lote de material desperdiçado na Central Geral de Abastecimento(CGA) da Secretaria de Saúde. Nessa inspeção, foram encontradas 7.510 próteses importadas, além de equipamentos ortopédicos e vasculares com validade vencida, cateteres de coronária, próteses de quadril, além de remédios com prazo de validade expirado para portadores do vírus da Aids, conforme divulgação feita pela grande imprensa da cidade em 23/01/2016.

Tal descaso tem duas agravantes: a primeira diz respeito à não utilização desse material por parte de pacientes necessitados dos mesmos; e a segunda agravante se refere ao prejuízo causado aos cofres públicos com o desperdício, nesse caso, na ordem de R\$ 2 milhões, o que não é pouca

coisa, levando-se em consideração a penúria das finanças públicas, sem falar no prejuízo maior que é a vida da população doente. No caso citado acima, algumas constatações e indagações se fazem pertinentes. O local onde todo esse material se encontrava armazenado estava sob responsabilidade da Log Rio, empresa privada contratada pelo governo do estado para administrar o depósito. Não se sabe ainda o teor desse contrato. É preciso que se saiba, também, de quem é a responsabilidade pela compra desse material estocado, uma vez que trata-se de material importado, logo, de alto custo. De qualquer forma, independente da conclusão que se chegue e da decisão que o governo irá tomar, já está caracterizada improbidade administrativa no controle do material estocado, haja visto que todo o estoque estava armazenado de forma inadequada.

Uma grande contradição, para não dizer extrema irresponsabilidade, perpassa toda essa crise na saúde pública do Rio de Janeiro. Ao mesmo tempo que se constata escassez de materiais, bem como de medicamentos, ocorre, de forma simultânea, desperdício de materiais e medicamentos, de acordo com o episódio mencionado no parágrafo anterior. Se há escassez, por exemplo, no Hospital Rocha Faria em Campo Grande, há desperdício no depósito da Central Geral de Abastecimento em São Gonçalo. Seria cômico se não fosse trágico, quando o governador do estado diz, nesse mesmo momento, que a dívida com fornecedores da área da saúde é na ordem de R\$ 1,3 bilhão. Na verdade, a falta de comprometimento social, aliada à falta de responsabilidade ética, permeia a gestão da saúde pública, assim como são princípios ausentes no controle administrativo-fiscal por parte do estado e município. Para se ter uma melhor noção da falta de comprometimento e responsabilidade, o Hospital Rocha Faria possui 300 leitos e presta cerca de 10 mil atendimentos por mês, envolvendo emergência e maternidade. A partir de janeiro de 2016, o hospital passou a ser responsabilidade do município do Rio de Janeiro.

Se discute atualmente a política de terceirização da saúde pública adotada no Rio de Janeiro pelo estado e município. Há uma corrente favorável ao modelo, outra nem tanto, pois considera que o modelo é falido. A favor, argumenta-se que há casos de gestão que funcionam satisfatoriamente na prestação dos serviços, mas sem citar um exemplo concreto.

Na defesa que se faz às Organizações Sociais, esse segmento pró aponta para a queda da arrecadação financeira por conta dos royalties do petróleo aliada à crise que se instaurou na Petrobrás com a Lava Jato, a causa maior. Entendem que as denúncias que estão sendo feitas são pontuais e não refletem a totalidade do Programa. Já para a outra corrente que pensa de forma contrária, o programa em si é de teor muito mais patrimonialista do que propriamente sócio-assistencialista, o que transforma tal modelo de gestão em negócio. Segundo o médico e também vereador Paulo Pinheiro, a maioria das Organizações Sociais contrata a totalidade dos serviços continuados sem processo seletivo, ferindo o princípio da impessoalidade. Para ele, é preciso que se mude o modelo de gestão, esclarecendo que sua opinião não é ideológica, mas sim técnica, pois está apoiada em sua experiência como médico e gestor do Miguel Couto durante oito anos.

Em artigo publicado no Globo de 18/01/2016, a Profa. Ligia Bahia da UFRJ argumenta que todas as decisões tomadas pelas autoridades da saúde para contornar a crise no setor são meramente paliativas, que não tratam a questão com a seriedade devida. Tais medidas são improvisadas, carregadas de retórica e que, na verdade, podem acarretar novos problemas mais à frente. Se de um lado se tem um segmento sério que pensa em novas formas sócio-gerenciais-institucionais, de outro lado se tem um segmento comprometido com uma política de corrupção também institucionalizada e que tratam a saúde pública apenas como uma grande oportunidade para negócios. Nessa lógica, as instituições políticas, dominadas por políticos patológicos e aéticos, acabam por obstruir de maneira sistemática o bom serviço e o bem-estar da população.

Dentro desse contexto, não há qualquer tentativa de equilíbrio entre os interesses privados e os interesses públicos. O Estado ao mostrar toda sua incapacidade e inoperância de impor livremente sua autoridade de natureza pública, sucumbe diante dos interesses privados que são conduzidos pela mão pesada do capital.

“Quem se lembra do nome dos últimos secretários de saúde do Rio de Janeiro, a não ser de quem foi acusado de desvios de recursos? A caracterização da saúde como um negócio como outro qualquer, ironicamente, abre alas para o atacado de interesses políticos particularistas. Gurus gerencialistas e seus sempre renovados clichês desenvolvem esforços e agitações respeitáveis.

Contudo, as promessas revolucionárias de poupar gastos desnecessários na saúde não deram certo em lugar nenhum. Acumulam-se evidências sobre a fragilidade de diversas fórmulas tecnocráticas de pagamento de médicos e hospitais e sobre propostas ingênuas de políticas saudáveis (...).

Saúde é um desafio democrático, refere-se à plausibilidade dos compromissos e compatibilidade dos recursos alocados para os efetivar. Nas eleições municipais de 2016, a política de saúde e o SUS podem ser resgatados desde que liberados do confinamento e dos modismos, achismos e pilhagens” (BAHIA, 2016: 12).

Um alento, em razão da grave crise que atravessa a saúde do Rio de Janeiro e muito mais em razão dos desmandos cometidos pelas organizações de saúde: a Secretaria Estadual de Saúde, através de Resolução publicada no Diário Oficial do Estado de 28/01/2016, define e impõe diretrizes que deverão ser seguidas pelas OSs a partir dessa publicação. O objetivo principal da Resolução da Secretaria de Saúde é que as organizações cortem despesas e se enquadrem nas tabelas definidas pelo órgão.

Dentre as normas definidas, vale destacar algumas: a compra de medicamentos não mais poderá ser com preços superiores aos preços pagos pela secretaria; serviços de apoio e manutenção das unidades, tais como fornecimento de alimentos, vigilância de patrimônio, limpeza dos hospitais, lavanderia, engenharia clínica e manutenção dos prédios, também deverão ser serviços contratados de acordo com preços estabelecidos pelo governo estadual. Além dessas medidas, deverão passar por aprovação da Secretaria de Saúde toda e qualquer realização de obras, bem como compras de equipamentos para as unidades sob administração das OSs. Outra imposição importante definida pela Resolução é que os vencimentos dos ocupantes de cargos diretivos não poderão ultrapassar o valor do salário do secretário de saúde. Luiz Antônio de Souza Teixeira Junior, recém empossado na direção da Secretaria, informou, através da grande imprensa, que a publicação da Resolução é só o início de um grande projeto de reforma institucional, que inclui a criação de um órgão estadual para controlar as OSs. Espera-se que a RESOLUÇÃO não se transforme em resolução.

Enquanto aguardam-se efeitos práticos das novas diretrizes idealizadas para o setor da saúde pública do Rio de Janeiro, “a justiça anula prisão

domiciliar de acusados de fraude na saúde e donos de OS terão que voltar para a cadeia”, conforme noticiado em O Globo de 28/01/2016. Na matéria, para a justiça, o fato dos réus, em telefonemas gravados, terem ocultado os seus verdadeiros endereços, reforçou a necessidade de os irmãos voltarem para o presídio. O revoltante é que, mesmo presos após condenação, a propensão ao crime não se altera enquanto patologia psíquica. Os donos são os irmãos Valter e Wagner Pelegrine, responsáveis pela organização social Biotech, que foram condenados por superfaturamento de contratos enquanto administradores dos hospitais Pedro II (Santa Cruz) e Ronaldo Gazolla(Acari), durante a Operação Ilha Fiscal em 2015.

Curioso é que a prisão domiciliar foi concedida pelo desembargador Ciro Darlan que estava no plantão judiciário. A cassação da liminar que concedeu o benefício da prisão domiciliar foi feita porque ‘não compete ao plantão judiciário apreciar um pedido de habeas corpus que poderia ter sido formulado ao juiz natural do processo’, segundo o relator do processo. A quadrilha, segundo a matéria, supostamente comandada por Valter e Wagner Pelegrine, é acusada de fraudes de mais de R\$ 48 milhões em recursos públicos.

Fazendo uma análise naquilo que caracteriza as Organizações Sociais enquanto entidades jurídicas, elas são entidades privadas que atuam dentro do interesse público que prestam serviços ao chamado bem comum, como saúde, educação ou cultura. Mas, há uma característica própria que a distingue do governo, que também tem essa responsabilidade com o bem comum: as OSs não dependem da legitimidade social ou de eleições, não sendo, portanto, entidades representativas. São organizações de caráter particular que se valorizam pelo trabalho que fazem, ou deixam de fazer.

“Assemelham-se, neste aspecto, às empresas no mercado, com foco nos resultados e na eficácia dos meios para atingí-los. Diferenciam-se, contudo, por serem sem fins lucrativos. Com as OSs, o superávit de uma boa gestão não pode ser apropriado pelos seus sócios e diretores. Ao contrário, deve ser integralmente reinvestido na organização e no seu objeto. As OSs parecem órgãos do governo e parecem também agentes do mercado, mas não são nem um nem outro. Compõem um ‘Terceiro Setor’ (...) As OSs participam de licitações e gerenciam projetos, como as ONGs em geral, mas vão além e se qualificam para a gestão de programas públicos de ampla escala. Desenvolvem uma relação diferente com o Estado, nem

bem subordinação, nem bem terceirização, nem bem contrato, nem bem convênio; aproximam-se de uma corresponsabilidade, onde o governo define objeto e metas, a OS gerencia a execução, o governo financia e fiscaliza, a OS cuida dos resultados” (FERNANDES, 2016: 15).

Segundo Rubem Cesar Fernandes, antropólogo e diretor da ONG Viva Rio, o modelo é amplamente utilizado em outros países, principalmente nos Estados Unidos e Europa, onde museus, bibliotecas, escolas, hospitais também e até penitenciárias são administrados por essa modalidade de gestão e funcionam cumprindo a finalidade a que se destinam. No Brasil, infelizmente não é bem assim. As OSs, por serem ainda muito recentes, não são totalmente confiáveis porque suas gestões e gestores também não são confiáveis, principalmente na qualidade dos serviços a que se propõem administrar.

Não seria fora de propósito dizer que é bem provável, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, que o nível de comprometimento, gestão e fiscalização com a coisa pública seja bem mais rigoroso do que no Brasil; historicamente, o princípio da responsabilidade social com as questões de natureza interna é mais presente entre seus indivíduos. O Brasil, historicamente, sempre foi um país imprevidente no que concerne à civilismo e cidadania, e isso, tal qual o mosquito *Aedes*, torna a vida do brasileiro desprovido em um eterno sofrimento.

Cristovam Buarque faz uma comparação interessante quando diz em artigo que o *Aedes aegypti* é um produto do *Aedes brasilis* e que a consequência do casamento entre esses dois *Aedes* é o sofrimento de milhões de brasileiros contaminados com os vírus transmitidos. O *Aedes brasilis*, continua ele, provoca a interrupção do desenvolvimento do cérebro das crianças brasileiras, quando, por descaso, deixa de lado a educação e deixa de fortalecer a escola enquanto instituição responsável pelo desenvolvimento intelectual das crianças. Por falta desse estímulo, o cérebro de nossa criança carente não evolui plenamente e não acompanha o crescimento do corpo para a fase adulta.

“Desde a Proclamação da República, provocamos várias limitações intelectuais em dezenas de milhões de brasileiros, contaminados pelo *Aedes brasilis*, que induz ao analfabetismo, impedindo brasileiros de reconhecer a

própria bandeira, por não serem capazes de ler ‘Ordem e Progresso’. Este é pois o grau mais violento, mas não é o único, na interrupção do crescimento intelectual do cérebro, provocado pelo *Aedes brasiliis*. Também é vítima do *Aedes brasiliis* cada criança jogada para fora de uma escola de qualidade antes do fim do ensino médio. Ao longo de nossa história, a maioria de nossa população vem sendo contaminada por uma zika social transmitida pelo *Aedes brasiliis*” (BUARQUE, 2016: 17).

Ainda no dizer do senador Cristovam Buarque, a agravante é que, no Brasil, que se diz ser um país republicano, o *Aedes brasiliis* seleciona a vítima conforme a renda familiar. As crianças de alta renda dispõem de recursos para manterem-se afastadas do vírus da microcefalia intelectual, são vacinadas em boas escolas, enquanto as crianças sem esse privilégio são condenadas ao vírus social.

Continuando em sua argumentação histórica, Buarque afirma com muita propriedade que a tragédia pessoal desses milhões de contaminados pelo *Aedes brasiliis* impede o desenvolvimento de seus talentos intelectuais, limitando o aproveitamento de alguns milhares desses cérebros e provocando uma microcefalia social que impede transformar o Brasil em um potente centro de desenvolvimento científico e tecnológico.

Como decorrência direta dessa microcefalia social, se perpetua o atraso econômico e social e obstrui-se o avanço político e a efetivação de uma sociedade verdadeiramente democrática. Além disso, essa formação intelectual historicamente doentia obstrui também a afirmação consistente de se ter, de fato, sistemas de saneamento e educação cívica capazes de barrarem a presença do *Aedes aegypti*.

Finaliza Buarque dizendo que o *Aedes brasiliis* provoca microcefalia social, que termina sendo a principal causa das demais formas de pobreza intelectual e, por decorrência, das doenças que são transmitidas pelo *Aedes aegypti*.

Em um olhar mais apurado sobre o comportamento dos políticos e administradores da saúde pública, é perceptível a distância que existe entre o discurso e a atuação desses personagens no contexto médico-social. Mentem de maneira cínica e inescrupulosa, pois os discursos são, via de regra, otimistas e moralizantes, mas que logo são desmascarados pela postura prática que assumem diante de uma realidade social carente

de soluções virtuosas. É decepcionante observar que o bem do interesse público, que deveria estar acima dos interesses pessoais, é colocado à margem para que conjecturas político-mercantilistas particulares se realizem de forma sistemática e naturalmente. Então, o que se tem diante dos olhos são duas situações concretas e imutáveis, ou seja, de um lado o que é dito pelo discurso ético-moralizante, e do outro o que se faz através de uma prática antiética e desmoralizante.

Nesse sentido, há absoluta falta de coerência no indivíduo que assume um cargo de natureza pública, mas que, na prática, transforma essa responsabilidade com o bem comum em interesse político-econômico pessoal. Suprassumo do contra-senso, devidamente protegido pela impunidade. O discurso que é bem elaborado e manifesto através de uma retórica empolada, juntamente com a proteção institucional dos gabinetes oficiais de que dispõe, é a arma habilmente utilizada pelos mal-intencionados para impressionar os incautos, desvalidos e miseráveis, no caso o vasto e predominante segmento pobre da sociedade brasileira.

Em meio a tantos desmandos e imoralidades com a coisa pública, no caso a saúde pública, o que se tem como realidade crua e, ao mesmo tempo, cruel é um cenário social desolador em termos de uma política sanitária e de higiene para a população desfavorecida, ignorada no que concerne ao acesso ao saneamento básico, fundamental para preservação da vida, da saúde e do meio ambiente.

Como consequência, seis milhões de brasileiros não têm sequer acesso a banheiros, o que leva o indivíduo ao limite da miséria humana. A esperança de reversão desse cenário triste e vergonhoso vem de alguns setores da sociedade civil, como, por exemplo, a campanha da Fraternidade da Igreja Católica de 2016, que tem como tema o saneamento, ou os sistemáticos apelos da Confederação Nacional da Indústria pela democratização da água e do esgoto.

É preciso que haja envolvimento e comprometimento não só por parte da sociedade civil para superação de tal anomalia, mas também, e principalmente, por parte dos governantes do país de uma maneira geral. Enquanto essa tomada de consciência não ocorrer, os mosquitos e os gestores da saúde pública vão continuar proliferando impunemente, principalmente contra a população brasileira mais pobre.

Referências

- SEBRA SOUZA, Paulo Marcos. Saúde no País Doente. *In O Globo*, 03/01/2016, p.13.
- BACELAR, Carina. A Penúria da Saúde. O Diagnóstico da Crise. *In O Globo*, 27/12/2015, p. 8.
- . Em Crise, Pedro Ernesto Antecipa Alta de Pacientes. *In O Globo*, 29/01/2016, p.17.
- BOTTARI, Celia C. E. TCE Anuncia Devassa em Seis Organizações Sociais. *In O Globo*, 20/01/2016, p.18.
- FRAGA, Isabela. Crise Na Saúde do Rio de Janeiro Suscita Críticas ao Modelo de Terceirização. *In VozeRio*, Pref. Cidade do R.J., Boletim Eletrônico, capturado em 22/01/2016.
- GUIMARÃES, Saulo P. Saúde na UTI. Uma Doença Crônica do Rio. *In VozeRio*, Pref. Cidade do R. J., capturado em 07/01/2016.
- VENTURA, Zuenir. Prece ao Padroeiro. *In O Globo*, 20/01/2016, p. 21.
- BERTA, Ruben. Modificação Genética Reduz Larvas de Aedes. *In O Globo*, 20/01/2016, p.13.
- DALE, Joana. O Mosquito Também Anda de Ônibus. *In O Globo*, 20/01/2016, p.2
- WERNECK, Antonio. BOTTARI, Elenice. Saúde do Rio. *In O Globo*, 18/01/2016, p.6.
- BAHIA, Ligia. Saúde em Quarentena. *In O Globo*, 18/01/2016, p.12.
- CÔRTEZ, Eduardo. O Drama de um Hospital. *In O Globo*, 29/01/2016, p.17.
- SOUZA, André. Uma Epidemia de Frases Infelizes. *In O Globo*, 26/01/2016, p.3.
- FERNANDES, Rubem Cesar. OSs, Entre o Estado e o Mercado. *In O Globo*, 04/02/2016, p.15.
- BUARQUE, Cristovam. Aedes brasiliis. *In O Globo*, 22/01/2016, p. 17.
- . Perdemos Feio. *In O Globo*, 06/02/2016, p.15.
- CHAVES, Ricardo. AQUINO, Henrique. A Agonia do Hospital Pedro Ernesto. *In O Globo*, 07/02/2016, p. 17.



Informações Gráficas

Formato: 16 x 23cm

Mancha: 11,5 x 21cm

Tipologia: Adobe Garamond Pro

Papel: AP90 g/m² (miolo) – Triplex 250 g/m² (capa)

Tiragem: 100 exemplares

Projeto editorial, impressão e acabamento: Editar Editora Associada – Juiz de Fora/MG

Tel.: (32) 3213-2529 – (32) 3241-2670 – www.editar.com.br – contato@editar.com.br

Impresso em dezembro de 2019