

REVISTA

DIREITO SOCIEDADE

REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS

Ano 10, n. 02, jul./dez. 2019. ISSN: 2318-6879.

Ano 10, Nº2, Jul./Dez. 2019.

ISSN 2318-6879

REVISTA

DIREITO SOCIEDADE

REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS

UMA PUBLICAÇÃO FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS, FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS, CURSO DE DIREITO, ANO 10, Nº 2.

**Direitos Humanos,
Estado e
Políticas Públicas.**


Fema
Faculdades Integradas
Machado de Assis

CORPO EDITORIAL

COMISSÃO EDITORIAL

Prof.^a Dr.^a Bianca Tams Diehl
FEMA
Prof.^a Me. Mariel da Silva Haubert
FEMA
Prof.^a Me. Ana Paula Cacenate
FEMA
Prof.^a Dr.^a Marli Marlene Moraes da Costa
FEMA/UNISC
Prof.^a Dr.^a Sinara Camera
FEMA

CONSELHO CONSULTIVO

Prof. Dr. João Martins Bertaso
URI (Santo Ângelo)
Prof. Dr. Mauro Gaglietti
IMED/URI (Santo Ângelo)
Prof. Dr. Ricardo Hermany
UNISC
Prof.^a Dr.^a Ivete Simionatto
UFSC
Prof.^a Dr.^a Jânia Maria Lopes Saldanha
UFSC/UNISINOS
Prof.^a Dr.^a Taciana Camera Segat
UFSC
Prof.^a Dr.^a Tatiana Bolivar Lebedeff
UFPEL

COORDENAÇÃO

Prof.^a Dr.^a Bianca Tams Diehl
Coordenadora do Curso de Direito
Prof.^a Me. Mariel da Silva Haubert
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa,
Pós-Graduação e Extensão - NPPGE

ARTE E DIAGRAMAÇÃO

Assessoria de Imprensa/FEMA

EDITORIAÇÃO

Prof.^a Me. Mariel da Silva Haubert

APOIO TÉCNICO

Prof.^a Me. Ana Paula Cacenate

CAPA

Rafaeli Capeletti

R454 Revista Direito e Sociedade: reflexões
Contemporâneas/Faculdades Integradas
Machado de Assis - Santa Rosa, Ano 10, Nº 2, Jul./Dez. 2019.

I ISSN 2318-6879
Publicação Semestral

1. Direito 2. Sociedade 3. Artigos Acadêmicos
I. Faculdades Integradas Machado de Assis

CDU: 34(05)

Publicação Oficial das Faculdades Integradas Machado de Assis

Curso de Direito
Rua Santa Rosa, 902, Centro, Santa Rosa, Rio
Grande do Sul, Brasil.
CEP: 98900-000
Telefone/Fax: (55) 3511 9100
Homepage: www.fema.com.br

Endereço para o envio de trabalhos

revistadireitoesociedade@fema.com.br
Publicação Semestral. Todos os direitos reservados. A
produção ou tradução de qualquer parte desta
publicação somente será permitida após a prévia
permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos
assinados são de responsabilidade de seus autores. As
matérias desta revista podem ser livremente transcritas,
desde que citada a fonte.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	04
OS INSTRUMENTOS CONTRATUAIS OU CEDULARES UTILIZADOS PELOS BANCOS NA CONCESSÃO DE CRÉDITO E A PROTEÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	06
<i>Jeferson Rodrigo Griebeler</i> <i>Rosmeri Radke</i>	
A PROCESSUALÍSTICA CRIMINAL BRASILEIRA À LUZ DA EPISTEMOLOGIA DE KARL POPPER.....	32
<i>Dionatan Cabreira</i> <i>Jeremyas Machado Silva</i>	
PROVIMENTO 016/2019 CGJ-TJRS: ALTERAÇÕES PARA O REGISTRO DE NASCIMENTO DE CRIANÇAS INTERSEXUAIS.....	49
<i>Daiana Dreissig</i>	
A MEDIAÇÃO WARATIANA COMO PARADIGMA DE REALIZAÇÃO DA TRANSJUSTIÇA.....	69
<i>Ana Paula Cacenote</i>	
A REVOLTA DE ATLAS: A DISTOPIA DE AMANHÃ.....	88
<i>Victor Matheus Soares</i>	

EDITORIAL

A Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito, das Faculdades Integradas Machado de Assis, destaca temas referentes aos *Direitos Humanos, Estado e Políticas Públicas*, com o objetivo de refletir sobre assuntos relevantes aos docentes e discentes especificamente do Ensino Superior e da Pós-Graduação. Os artigos selecionados conferenciam conhecimentos acerca do espaço educacional, jurídico, político e sociocultural pertinentes as temáticas discutidas na sociedade contemporânea.

O primeiro artigo tem por título *Os Instrumentos Contratuais ou Cedulares Utilizados pelos Bancos na Concessão de Crédito e a Proteção do Código de Defesa do Consumidor*, escrito por Jeferson Rodrigo Griebeler e Rosmeri Radke. Este artigo trata acerca dos instrumentos de adesão para concessão de crédito bancário e suas cláusulas abusivas, frente à proteção oferecida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Discorre a respeito dos direitos dos clientes, assegurados pelo CDC, e da possibilidade de pleitear judicialmente a revisão dessas cláusulas.

O segundo artigo intitula-se *A Processualística Criminal Brasileira à luz da Epistemologia de Karl Popper*. Os autores Dionatan Cabreira e Jeremyas Machado Silva buscam apontar o desenvolvimento teórico de um modelo processual criminal regido pelos métodos desenvolvidos pelo filósofo Karl Popper, o qual dedicou grande parte da sua vida na elaboração de postulados que assegurassem a cientificidade do conhecimento.

Na sequência, apresenta-se o artigo *Provimento 016/2019 CGJ-TJRS: alterações para o registro de nascimento de crianças intersexuais* escrito por Daiana Dreissig. O presente estudo trata sobre o Provimento 016/2019 lançado pela Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, por sua vez, indica novas regras para o registro de nascimento de crianças intersexuais. O problema direcionador da pesquisa busca analisar em que medida o Provimento 016/2019 atende às necessidades e dificuldades de registro das crianças intersexuais.

O quarto artigo intitulado *A Mediação Waratiana como Paradigma de Realização da Transjustiça* de Ana Paula Cacenote aborda a Mediação Waratiana como forma de realização da transjustiça, em que se perfazem os meios permanentes de reconhecimento do Outro, e da construção ética do entre-nós.

Como último texto, apresenta-se uma resenha intitulada *A Revolta de Atlas: a distopia de amanhã*, escrita por Victor Matheus Soares. A presente resenha tem por tema o romance “A Revolta de Atlas”. O título é explicado ao longo do romance como metáfora à situação econômica e social na qual se encontra o mundo inteiro, já que Atlas, o titã da mitologia grega condenado a carregar o mundo nos ombros, representado na obra pelos homens criativos e produtivos da humanidade, resolve não mais sustentar esse peso.

Desse modo, a Comissão Editorial da Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito, das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA, sente-se agraciada pela qualidade dos artigos que compõem esta revista, oportunizando ao leitor o diálogo de qualidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Prof.^a Me. Mariel da Silva Haubert

Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão –
NPPGE/FEMA Membro da Comissão Editorial da Revista Direito e Sociedade

OS INSTRUMENTOS CONTRATUAIS OU CEDULARES UTILIZADOS PELOS BANCOS NA CONCESSÃO DE CRÉDITO E A PROTEÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Jeferson Rodrigo Griebeler¹
Rosmeri Radke²

RESUMO

Os bancos, em sua atividade empresarial, disponibilizam diversas modalidades de linhas de crédito para seus clientes, de modo a contribuir para movimentar a economia e fomentar o crescimento econômico do país. Contudo, os contratos e cédulas de crédito bancário são elaborados unilateralmente, pré-dispostos pelo credor. Ao cliente cabe unicamente aderir ou não às condições impostas para ter acesso ao crédito, ou seja, são instrumentos de adesão, nos quais o aderente não pode discutir ou intervir no que se encontra estabelecido em suas cláusulas. Esses documentos podem, eventualmente, contemplar condições que os tornem onerosos demais para àqueles que necessitam desses recursos. As cláusulas inseridas nesses instrumentos deveriam observar o que estabelece a legislação, no entanto, pelo grande número de ações tramitando no judiciário com o objetivo de rever esses instrumentos, é possível concluir que, na prática, isso nem sempre ocorre. Em assim sendo, tudo aquilo que é excessivamente oneroso para uma parte, pode se tornar objeto de revisão judicial. Nesse contexto, no presente artigo, trata-se acerca dos instrumentos de adesão para concessão de crédito bancário e suas cláusulas abusivas, frente à proteção oferecida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Discorre-se a respeito dos direitos dos clientes, assegurados pelo CDC, e da possibilidade de pleitear judicialmente a revisão dessas cláusulas, já que, após várias discussões a respeito da aplicabilidade da legislação consumerista a essas operações, atualmente já se tem entendimento pacificado de que as operações bancárias se submetem ao CDC, e sempre que apresentarem cláusulas abusivas são passíveis de revisão judicial.

Palavras-chave: Crédito Bancário – CDC – Cláusulas Abusivas.

ABSTRACT

The banks, in their business activity, offer several types of credit lines to their customers, in order to contribute to moving the economy and fostering the country's economic growth. However, bank credit agreements and bills are

¹Egresso do Curso de Direito pela Fundação Educacional Machado de Assis.

²Graduada em Direito. Especialista em Novos Direitos na Sociedade Globalizada, Mestranda em Docência Universitária, Docente do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis.

prepare dunitat erally, pre-arranged by the creditor. The client is solely responsible for adhering or not to the conditions imposed to have access to credit, that is, they are instruments of adherence, in which the adherent cannot discuss or intervene in what is established in its clauses. These documents may, eventually, include conditions that make them too costly for those who need these resources. The clauses included in these instruments should observe what the legislation establishes, however, due to the large number of lawsuits pending in the judiciary in order to review these instruments, it is possible to conclude that, in practice, this does not always occur. Therefore, anything that is excessively burdensome for a party may be subject to judicial review. In this context, in this article, the instruments of adherence for the granting of bank credit and its unfair terms are approached, in view of the protection offered by the Consumer Protection Code (CDC). The client's rights, guaranteed by the CDC, are discussed, as well as the possibility of pleading in court the revision of these clauses, since, after several discussions regarding the applicability of consumer legislation to these operations, there is now a peaceful understanding that banking operations are subject to the CDC, and whenever they present unfair terms, they are subject to judicial review.

Keywords: Bank Credit - CDC - Abusive Clauses.

INTRODUÇÃO

Os contratos bancários e as cédulas de crédito bancário, instrumentos utilizados na concessão de crédito, são pré-elaborados pelos bancos, sem que o cliente/consumidor participe da preparação de suas cláusulas, restando-lhe simplesmente aderir, ou não, ao que foi previamente disposto nesses instrumentos. Além de não participar da sua elaboração, raramente o financiado toma ciência plena do seu conteúdo, seja pelo fato da instituição bancária não disponibilizar cópia, ou mesmo pelo desinteresse do próprio consumidor em ler as cláusulas gerais, geralmente redigidas em letras pequenas e com termos jurídicos que fogem à sua compreensão.

Nesse sentido, é pertinente a discussão a respeito dos instrumentos de adesão para concessão de crédito bancário e suas cláusulas abusivas, frente à proteção oferecida pelo Código de Defesa do Consumidor, que apresenta diversas formas de proteção para a parte que se encontra em posição de vulnerabilidade na celebração de um contrato ou assinatura de uma cédula de crédito bancário.

Os bancos, exercendo atividade empresarial almejam o lucro, e este provém, principalmente, dos juros cobrados, além de taxas de manutenções de

contas e serviços, entre outros. A maioria dos bancos investe fortemente em marketing, ressaltando a qualidade dos produtos e serviços prestados aos clientes. Investem também em estrutura física e tecnológica para a comodidade dos clientes, serviços, em tese, gratuitos. Essas comodidades são financiadas com uma pequena parcela desses lucros, como se pode constatar quando divulgados os balanços anuais de resultados das instituições financeiras.

Atualmente, os estabelecimentos bancários configuram-se, do ponto de vista econômico, como uma das bases pilares da sociedade moderna, aprimorando a economia e mantendo a circulação efetiva de valores. Eles atuam não somente para capitalização de investimentos, mas também como alternativa no sentido de disponibilizar recursos para a criação de novas empresas e de concessão de crédito direto aos consumidores. Sua atuação, no entanto, deve respeitar os limites impostos pela legislação, e quando se relaciona com clientes, considerados consumidores, se coloca ao alcance das normas do Código de Defesa do Consumidor.

1 OS INSTRUMENTOS UTILIZADOS PARA A CONCESSÃO DE CRÉDITO BANCÁRIO E OS LIMITES IMPOSTOS PELA LEGISLAÇÃO

Em algum momento o ser humano sentiu a necessidade de formalizar seus negócios jurídicos, de reduzi-los a escrito, provavelmente para dar maior segurança às partes contratantes. A origem dos contratos remonta à antiguidade. No direito romano, por exemplo, já se encontravam reconhecidos e regulados vários tipos de contratos.

No Brasil, “[...] o Código Civil de 1916, notoriamente influenciado pela legislação francesa de Napoleão, fundamentou o contrato em uma liberdade de contratar quase absoluta.” (SCHONBLUM, 2015, p. 11). Não se pensava, ainda, nesse período, em vulnerabilidade ou proteção contratual. Os contratos assim entendidos, respeitando a vontade intangível das partes, se tornaram uma arma na mão dos economicamente mais fortes, que oprimiam os mais fracos. Com o advento do Estado Social, este passa a intervir nos contratos, visando proteger a parte mais vulnerável.

A Constituição Federal de 1988, que instituiu as bases para o Estado Democrático de Direito, em que o interesse coletivo se sobrepõe ao interesse

individual, foi um importante marco para a proteção contratual. Ela declara que todo indivíduo é igual perante a lei, e assegura uma série de garantias, entre elas a liberdade, da qual decorre a autonomia de vontade. Quando se externa a vontade de celebrar um contrato ou assinar uma cédula de crédito, cria-se um vínculo obrigacional entre as partes. No entanto, ela também estabelece outros princípios que devem ser observados nos contratos, como por exemplo, o princípio da boa-fé, da transparência, da equidade, e a proibição de cláusulas abusivas. Estabelece também a conformidade entre esses princípios, ou seja, nenhum deve sobrepor-se ao outro (BRASIL, 1988). A partir da CF/88, a legislação ordinária passou a seguir essa mesma concepção.

O atual Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002), embora mantendo o sistema do Código de 1916, introduziu novas figuras, que já vinham vigorando na prática, sendo que algumas regulamentadas por leis especiais. Com isso, implantou um regime de maior controle sobre as disposições bilaterais das vontades entre os indivíduos. (RIZZARDO, 2018, p.10).

A partir de 2004, outro instrumento passou a ser o preferido pelos bancos, a Cédula de Crédito Bancário (CCB), em virtude de maior agilidade na cobrança das operações, pois se trata de um título executivo extrajudicial que permite, além da execução, a capitalização dos juros e a constituição de garantia real no próprio instrumento. A CCB encontra-se regulada pela **Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004**. Do ponto de vista formal, ela se parece bastante com um contrato, com preambulo e cláusulas, que podem ser objeto de controvérsia entre as partes.

A criação da cédula de crédito bancário adveio da necessidade do mercado brasileiro em adquirir empréstimos bancários de forma rápida, segura e mais barata, vez que esses estavam ficando muito restritos, devido à insegurança e à instabilidade causada pelas decisões dos tribunais pátrios que enfraqueciam os vínculos contratuais entre a instituição financeira e o tomador de crédito. (RABELO apud CUNHA, 2014, p. 13).

Anteriormente à criação da cédula de crédito bancário, verificava-se uma grande dificuldade para a recuperação dos créditos das instituições financeiras, e conseqüentemente, essa inadimplência implicava em constantes aumentos na taxa de juros praticada. Toda vez que existia uma discussão judicial acerca

do tema, o contrato de abertura de crédito, ora tinha caráter executivo, ora não. Nas palavras de Carlos Henrique Abrão:

A metodologia que prestigiou o nascimento da medida provisória criadora da Cédula de Crédito Bancário visava preencher diversas lacunas, a instabilidade do próprio sistema e a inexistência de elementos voltados para as exigências da cobrança, uma vez que a abertura de crédito, na projeção contratual, nada indicava sedimentando a execução. (ABRÃO apud CUNHA, 2014, p. 13).

Objetivamente, a própria lei estabelece que a cédula de crédito bancário é título de crédito emitido por pessoa física ou jurídica, fator esse que esclarece a sua natureza jurídica (BRASIL, 2004). Assume então, a cédula de crédito, uma forma de promessa de pagamento, em favor da instituição financeira ou a ela dirigida. Nas palavras de Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa: “[...] trata-se de um título executivo extrajudicial, representando dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível.” (VERÇOSA apud CUNHA, 2014, P.16).

A Lei 10.931/04 dispõe em seu art. 28: “A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente [...]”. (BRASIL, 2004).

Por ser título executivo extrajudicial a Cédula de Crédito bancário é um meio mais eficiente e preciso para exigir ou cobrar algum saldo devedor. Uma vez representando uma dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, ela passa a ser adotada como um documento padrão, prático, com força jurídica indiscutível, que pode ser utilizado sempre que ocorrer a contratação de algum crédito junto à instituição bancária, para garantir o crédito.

Com a criação da cédula de crédito bancário, visou-se dar maior celeridade à recuperação dos créditos inadimplidos através do processo executivo. Conforme o art. 786, do Código de Processo Civil: “[...] A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo.” Por outro lado, estabelece o artigo 803, I, do mesmo diploma, que é nula a execução se “[...] o título executivo extrajudicial não corresponder à obrigação certa, líquida e exigível.” (BRASIL, 2015).

Assim, é possível afirmar que a cédula de crédito bancário foi instituída para superar aspectos controvertidos do contrato de abertura de crédito. Com isso, observa-se que a principal diferença entre os dois instrumentos vem a ser o procedimento para recuperação do crédito em via judicial.

A respeito da Cédula de Crédito Bancário, utilizada pelos bancos na concessão de crédito, em princípio é título de crédito emitido pelo tomador do recurso, em favor da instituição financeira. No entanto, na prática, é a instituição financeira que emite o documento, com suas cláusulas já pré-dispostas, restando ao contratante a simples adesão, através da assinatura. Nessa cédula de crédito também deve se observar as normas e princípios atinentes aos contratos, como por exemplo, a boa-fé, a transparência, dentre outros.

A Constituição Federal ampara os desfavorecidos economicamente, e nesse rol encaixa-se também o consumidor, a quem a Constituição reservou princípios e garantias, chamando para a necessidade de criação de lei especial de proteção. No artigo 5º, XXXII, estabelece: “[...] o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” (BRASIL, 1988). Nesse contexto, dois anos depois foi promulgada a Lei Nº. 8.078, denominada de Código de Defesa do Consumidor. Essa Lei veio para firmar conteúdos já abrangidos de forma sucinta na Constituição da República, pois, analisando a situação dos consumidores, denota-se em uma desvantagem fática, apontando um sistema jurídico fraco e também desatualizado na época.

Trata-se de uma necessária concretização do princípio da igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, mais fraco. A lei especial e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de igualdade. (MARQUES, 2006, p. 263).

Constatando-se a vulnerabilidade de uma das partes contratantes, a legislação especial foi concebida visando restabelecer a equidade, amparando aquele que se encontra em desvantagem, no caso, o consumidor. Complementando, Antônio Carlos Efiging afirma que:

O direito do consumidor justifica-se na sociedade consumidora, e aí encontra sua gênese, regulando a produção e a comercialização de

produtos e serviços pela ótica do consumo. Encontra-se o direito do consumidor num contexto atual, não obstante a existência de consumidores num passado em que o legislador ainda não se apercebia da distinção dessas classes das demais. (EFING, 2000, p. 27 apud FREITAS, 2017, p. 13).

O Código Civil também regula a questão dos contratos de adesão, estabelecendo, em seu artigo 423, que: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.” O artigo 424 complementa: “424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.” (BRASIL, 2002).

Considerando que os contratos e cédulas de crédito bancário são sempre de adesão, os citados artigos aplicam-se a esses instrumentos. Outra proteção importante para o aderente dos instrumentos bancários é a previsão contida no artigo 478 do Código Civil:

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. (BRASIL, 2002).

Por esse dispositivo, caso o aderente ao crédito bancário veja sua situação financeira modificada, de modo a impossibilitar o pagamento das parcelas, em virtude de algum acontecimento extraordinário e imprevisível, tem o direito de pleitear a resolução do contrato. Essa resolução pode ser evitada, segundo o artigo 479, desde que se ofereça ao aderente a possibilidade de modificar, equitativamente, as condições do contrato. Como geralmente nos contratos bancários a prestação depois de firmado o contrato e liberado o crédito, subsiste somente para uma das partes, pode-se aplicar o disposto no artigo 480, que dispõe que: “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.” (BRASIL, 2002).

Os artigos acima referidos garantem ao contratante a possibilidade de revisão contratual, tanto em caso em que se constate a presença de cláusulas abusivas no instrumento de concessão de crédito, como nos casos em que se

verifique a onerosidade excessiva em virtude de modificação da situação financeira/patrimonial do aderente, ou seja, tratam da teoria da imprevisão.

O que se pode observar é que o CC/02, alinhando-se com os preceitos constitucionais, substituiu o princípio da obrigatoriedade dos pactos, outrora vigente, por um princípio mais moderno e ajustado à visão social do direito:

Quanto à antiga norma “*pacta sunt servanda*” (princípio que prescreve a obrigatoriedade dos pactos, os quais devem ser considerados lei para as partes), esta é substituída por um princípio mais moderno e justo, compatível com a dinâmica do Direito, conhecido por “*rebus sic standibus*” (o contrato se cumpre, se as coisas se conservarem da mesma maneira, no estado preexistente, quando de sua estipulação, desde que essas coisas não tenham sofrido modificações essenciais), que designa a cláusula tida como um pressuposto contratual, resultante da teoria da imprevisão, para evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes e obrigando a outra à restituição do montante auferido indevidamente. (ASSUNÇÃO, 2013. p.245-246).

Além da proteção constitucional e civil, é importante destacar que, em sendo o tomador de crédito bancário enquadrado como consumidor, à essas relações se aplica a legislação especial, consubstanciada no Código de Defesa do Consumidor, eminentemente principiológica e protetiva.

Tratando, agora, das relações de consumo, tem-se que tal terminologia é bem moderna no Direito, decorrendo dos novos entendimentos acerca das relações entre os fornecedores e consumidores e de como se pode entender quais sejam as pessoas qualificadas como consumidores. Para que seja configurada a *relação de consumo* é necessária a presença das partes características desse tipo de relação: Consumidores e Fornecedores ou Produtores. E, também, que o objeto seja enquadrado como típico de uma relação de consumo, isto é, um *produto* ou um *serviço* na forma tipificada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

O traço marcante utilizado para caracterizar a relação de consumo é a vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor/ produtor, pois, como afirma Mauro Cappelletti: “enquanto o produtor é de regra organizado, juridicamente bem informado, e tipicamente um litigante habitual (no sentido de que o confronto judiciário não representará para ele episódio solitário, que o encontre desprovido de informação e experiência), o consumidor, ao contrário, está isolado; é um litigante ocasional e naturalmente relutante em defrontar-se e com o poderoso adversário.” Assim, inicialmente, não há motivos que incompatibilizem as operações bancárias com as relações de consumo, devendo aquelas ser inseridas como objeto destas, vez que, em seu âmago, estão presentes todos os elementos e características aqui apontadas como inerentes às relações consumeristas. (SCHONBLUM, 2015, p.43).

A relação entre banco e cliente é caracterizada como sendo de consumo. O CDC oferece mais ampla proteção para o contratante, considerado vulnerável nessa relação, o consumidor. Por essa razão passa-se a análise mais aprofundada de suas disposições.

2 A CONCESSÃO DE CRÉDITO BANCÁRIO EA PROTEÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Alguns autores entendem não haver relação de consumo quando analisada a questão do dinheiro tomado por empréstimo, já que ele pode servir para a aquisição de produtos e a contratação de serviços, pois restaria descaracterizada a figura do consumidor final, já que o dinheiro se destina à circulação, e não à um fim específico. É o caso de Arnold Wald, por exemplo. Em contrapartida, outros autores defendem que embora o dinheiro não seja objeto de consumo, ela se caracteriza como tal, aliado ao fato de existir como moeda de troca, redundando na aquisição de bens de consumo. É o que afirma, por exemplo, Antônio Carlos Efig. Atualmente, no entanto, a partir de decisões judiciais, a matéria já foi pacificada, no sentido de reconhecer a aplicabilidade do CDC aos contratos e instrumentos de concessão de crédito bancário.

Partindo da ideia de que, no caso do Código Civil, as partes serem consideradas em posição de igualdade perante a lei, elas se obrigam, respondem, e provam, livremente, suas causas de forma equitativa. Já no caso da relação de consumo, considera-se uma das partes vulnerável, e pode se verificar a inversão do ônus probatório, que ficará a cargo do fornecedor. Evidencia-se a proteção do destinatário final, considerado este, o lado mais frágil da relação de consumo.

Quanto ao alcance do termo consumidor, diversas teorias foram criadas para explicar a quem a proteção se refere, sobretudo a respeito da expressão "destinatário final", sendo que duas delas se sobressaíram: a corrente finalista e a corrente maximalista. Enquanto a teoria maximalista entende que o CDC deve ser estendido ao máximo de relações possíveis, a finalista adota uma posição mais conservadora, reservando a aplicabilidade do CDC somente para quem é consumidor final. Essa última é a teoria adotada

pelo legislador na elaboração do Código de Defesa do Consumidor (MARQUES, 2016).

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como **destinatário final**.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo [grifei]. (BRASIL, 1990).

No entanto, o judiciário tem adotado posição intermediária, alargando o alcance do conceito de consumidor final, através da equiparação, para casos em que se denota clara vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor.

Sobre o alcance do termo consumidor, Cláudia Lima Marques também faz referência às duas correntes: a finalista e a maximalista. Para os finalistas, corrente defendida pela doutrinadora, a definição de consumidor “[...] é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores”. (MARQUES, 2016, p.99). O consumidor estrito é vulnerável nas relações de mercado, por isso necessita desta tutela, concedida pelo artigo 4º, inciso I do CDC. Em contrapartida, a teoria finalista apresenta a necessidade de se interpretar à expressão “destinatário final” do artigo 2º do CDC de maneira restrita (MARQUES, 2016).

Para os finalistas, consumidor, como destinatário final, seria apenas aquela pessoa física ou jurídica que adquire um produto ou contrata um serviço com o objetivo único e exclusivo de satisfazer necessidade própria, sem interesse algum em utilizar o mesmo para alguma linha de produção ou para desenvolver atividade comercial e industrial. Essa teoria sustenta ainda que, em caso de adquirir produto ou contratar serviço com a intenção de desenvolver ou utilizá-lo em alguma linha de produção, seja revendendo ou transformando, não seria atingido o quesito de consumidor final. Dessa forma restaria caracterizada a forma de compra de produto ou serviço para o fim comercial, destinando-se exclusivamente para venda ou revenda, ou ainda a transformação (NORAT, 2011).

A teoria finalista entende, dessa forma, que o comerciante pode ser considerado consumidor, quando comprar o produto para o uso não profissional, quando a compra ou contratação não tem ligação com a sua atividade produtiva. Assim, usando do bem de forma privada, podendo ser

considerado destinatário final, será considerado também vulnerável (NORAT, 2011).

Para a teoria maximalista, a regra a ser seguida é a do consumidor geral, ou seja, todo aquele que retira, compra ou contrata serviço ou produto do mercado e o utiliza como destinatário final, pouco importando dessa forma se o consumidor utilizar o bem ou serviço para fins privados ou para um uso profissional, mercantil, visando lucros (NORAT, 2011).

A teoria maximalista defende que as normas do Código de Defesa do Consumidor, em especial ao que se refere o art. 2º, sejam interpretadas da forma mais extensível possível, podendo ser adotada, dessa forma, para um número de relações cada vez maior. Essa corrente defende que o art. 2º é de alcance amplo, não definindo como consumidor a pessoa física ou jurídica, tampouco importando o fim lucrativo ou não de quem adquire tal produto ou serviço (NORAT, 2011).

Dessa forma, conforme define a teoria, destinatário final seria o destinatário fático do produto, ou seja, aquele que retira do mercado e o utiliza, sem importar a forma do consumo, objetivando lucratividade ou não, inserindo em meio de trabalho ou não. A teoria maximalista não considera a fundo a existência real da vulnerabilidade, pois importando a maioria dos contratos atuais em contratos de adesão, sem discussão de cláusulas, e muitas vezes sem a leitura das mesmas, todos os aderentes seriam vulneráveis, resultado essa vulnerabilidade da massificação dos contratos e das relações (NORAT, 2011).

O problema do uso do termo “destinatário final” está relacionado a um caso específico: o daquela pessoa que adquire produto ou serviço como destinatária final, mas que usará tal bem como típico de produção. Por exemplo, o usineiro que compra uma usina para a produção de álcool. Não resta dúvida de que ele será destinatário final do produto (a usina); contudo, pode ser considerado consumidor? E a empresa de contabilidade que adquire num grande supermercado um microcomputador para desenvolver suas atividades, é considerada consumidora? (NUNES, 2012, p. 122).

Constata-se dessa forma que pouco importa quem é o consumidor, se é pessoa física ou jurídica, e se utilizado bem para uso próprio ou não. Para ser caracterizado como consumidor é apenas necessário que realize a compra do bem ou contrate o serviço (NORAT, 2011).

Tratadas as definições e perspectivas acerca do destinatário final, é importante também, para se entender a relação de consumo completa, que se trate do conceito de fornecedor, que se encontra no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor:

Fornecedor é toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços. (BRASIL, 1990).

Quanto ao conceito de fornecedor, não restam maiores controvérsias, cabe apenas esclarecer que o comerciante, embora listado no artigo acima, somente será responsabilizado por defeitos ou vícios do produto colocado no mercado se restar provado que o defeito ocorreu em função do mau acondicionamento do mesmo no estabelecimento, ou quando ele não puder identificar o seu fabricante (BRASIL, 1990).

Os bancos se enquadram como fornecedores de produtos ou prestadores de serviços de fomento mercantil, e poderão ser responsabilizados sempre que esse serviço não for prestado com qualidade ou sem observância da legislação.

O Código de Defesa do Consumidor, no capítulo VI, trata especificamente da proteção contratual, mais especificamente nos artigos 46 a 50. Já nos artigos 51 a 53 cuida das cláusulas abusivas e no artigo 54 do contrato de adesão. O artigo 46 estabelece que os instrumentos contratuais próprios de relações de consumo “[...] não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.” (BRASIL 1990). Deduz-se desse artigo que o consumidor tem o direito de ter acesso, antes de decidir pela contratação, à leitura das cláusulas contratuais ou da cédula de crédito bancário, os quais devem ser redigidos de forma clara e de fácil compreensão.

O artigo 47 estabelece que, quando for dúbia alguma cláusula, esta deve ser interpretada de forma a favorecer o consumidor (BRASIL, 1990). Outro importante direito do consumidor encontra-se previsto no artigo 49, que prevê o seu direito de arrependimento:

O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. (BRASIL, 1990).

Esse dispositivo é largamente aplicado em operações contratadas em meio virtual ou a partir de ações de telemarketing, meio muito utilizado pelos bancos. O parágrafo único do mesmo artigo obriga o fornecedor a proceder à imediata devolução dos valores pagos, devidamente atualizados: “Se o consumidor exercer o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.” (BRASIL, 1990).

Com relação às cláusulas abusivas, o artigo 51 estabelece sua nulidade de pleno direito, trazendo em seus incisos as hipóteses em que essa nulidade pode se verificar. Em todas essas hipóteses elencadas no citado artigo, o consumidor, identificando a presença de cláusula com essas características, pode pleitear sua nulidade, e ela será considerada como não escrita. Outra disposição que se aplica ainda mais especificamente aos instrumentos jurídicos de concessão de crédito bancário é o artigo 52:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação. (Redação dada pela Lei nº 9.298, de 1º.8.1996)

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos. (BRASIL, 1990).

O artigo relaciona informações essenciais, que precisam estar presentes, de forma clara, nos instrumentos de concessão de crédito bancário. Paralelamente a essa exigência, existe ainda a Resolução 3.517, do Banco Central do Brasil, de 06 de dezembro de 2007, que exige “[...] a divulgação do

custo efetivo total correspondente a todos os encargos e despesas de operações de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, contratadas ou ofertadas a pessoas físicas.” (BRASIL, 2007).

A dita Resolução obriga à instituição financeira a “[...] informar o custo total da operação, expresso na forma de taxa percentual anual, calculada de acordo com a fórmula constante do anexo [...]” da norma (BRASIL, 2007). Esse custo efetivo total passou a ser conhecido, nas instituições financeiras, simplesmente pela sigla CET.

As operações bancárias são contratadas através de contrato de adesão. Mesmo quando a contratação se dá através de Cédula de Crédito Bancário, esta também já vem previamente preenchida. Esses instrumentos de adesão são elaborados pelo fornecedor, englobando aspectos formais indiscutíveis na relação, não sendo permitido modificar seu conteúdo.

É importante ressaltar que para essa modalidade de contratação, a Lei impõe que é necessário que as cláusulas que tratem de direitos do consumidor recebam destaque. Porém, o que acontece muitas vezes é a violação aos princípios e direitos básicos assegurados pela legislação. Quando verificada abusividade em determinados aspectos, tem o consumidor o direito de reivindicar a correção dessas cláusulas, tomando por base o que estipula o artigo 54 do CDC:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. (BRASIL, 1990).

Grande parte da doutrina critica o contrato de adesão, sob o fundamento de que, quando o mesmo é elaborado unilateralmente pela instituição bancária, o consumidor é vítima certa de abusividade contratual, levando em certos casos à onerosidade excessiva. Uma vez que ao consumidor não é permitida a escolha de cláusulas, tampouco ele costuma fazer a leitura concreta de seus termos, ficando restrito apenas à escolha de aderir ou não ao contrato, em seus termos pré-estabelecidos.

Embora o tema seja tomado por diferentes posicionamentos na doutrina, é pertinente destacar que, mesmo não existindo manifestação de vontade nos contratos de adesão, é possível ao contratante a escolha em firmar o contrato ou não. Assim, o consumidor não é obrigado a contratar. Argumento esse, porém, fácil de ser rebatido, considerando as atuais necessidades urgentes da sociedade, verificando-se índices alarmantes de inadimplência no país.

O fato é que o contrato de adesão é muito usado nas sociedades de consumo em massa, e conseqüentemente, pelas instituições financeiras. O que acontece, com certa frequência, é que o fornecedor, favorecido na relação, aproveita-se dessa condição impondo aos aderentes condições abusivas. Os contratos devem ser redigidos também observando os princípios do CDC, entre eles a boa-fé, que, quando ausente, configura o abuso.

Quando se fala em liberdade de contratar, refere-se às escolhas do que contratar. Não somente isso, mas também de aderir ou não a algo. Essa escolha cabe a cada um, no entanto, essa liberdade é limitada por preceitos legais. A autonomia de vontade, além de ser um princípio contratual, estabelece a plena liberdade dos indivíduos em celebrar e acordar determinada matéria, seja ela patrimonial ou não, de acordo pleno com a intenção das partes, desde que respeitada à legislação vigente. Silvio Rodrigues afirma que:

O Princípio da Autonomia da Vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam as regras impostas pela lei e que seus fins coincidam como o interesse geral, ou não o contradigam. (RODRIGUES, 2007, p.15).

Destaca-se aqui, ainda sobre a autonomia de vontade, que a mesma encontra limitação na ordem pública e também nos bons costumes. Dessa feita, não é permitido às partes convencionar sobre algo que fira os bons

costumes de certos lugares, ou que contrarie a legislação (RODRIGUES,2007).

Sobre o mesmo tema, afirma Maria Helena Diniz:

O princípio da autonomia da vontade se funda na liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. (DINIZ, 2008, p.23).

Tratando-se do princípio da boa fé objetiva, nota-se que o mesmo foi recepcionado no ordenamento jurídico pela primeira vez pelo CDC (Lei 8.078/90). Em suma, as instituições financeiras devem observar, em seus instrumentos de concessão de crédito, as normas e princípios do CDC. Os consumidores, por sua vez, tem o direito de exigir que seus direitos e os preceitos legais sejam respeitados.

3 A JURISPRUDÊNCIA DO TJ/RS QUE TRATA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS BANCÁRIOS E CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO

O Poder Judiciário tem sido desafiado, de forma recorrente, a revisar contratos ou cédulas de crédito firmadas entre instituições bancárias e seus clientes. Esse tipo de ação tem contribuído muito para a sobrecarga e consequente morosidade nos tramites judiciais. A partir dessa constatação é de se questionar porque, mesmo com esse alto índice de ações revisionais, os bancos não se ajustam, não cumprem o que prevê a legislação, para evitar, desse modo, serem questionados judicialmente em razão de cláusulas pré-dispostas em seus instrumentos de adesão a crédito.

O que se pode concluir é que esse índice de ações revisionais representa apenas uma ínfima parte das contratações firmadas, ou seja, a grande maioria dos clientes acaba pagando o crédito conforme contratado, independentemente de ter o instrumento jurídico, utilizado na contratação, cláusulas abusivas ou não. Ao final, ainda se mostra altamente rentável para as instituições manter essa prática, já que no cálculo das operações de crédito já se tem a inserção dessa taxa de risco, para prevenir eventuais inadimplências ou indenizações.

A partir da análise de casos jurisprudenciais é possível constatar que as instituições bancárias atuam, com frequência, em desconformidade com o que rege a norma consumerista, e por muitas vezes, além de ultrapassar os limites que conduzem à harmonização saudável das suas relações empresariais, desconsideram totalmente o seu papel junto à sociedade. O crédito é necessário e importante para a economia, no entanto, os ganhos exorbitantes da maioria das instituições financeiras provam que a desproporção da cobrança de juros atinge níveis preocupantes, lesando, em contrapartida, os consumidores.

Com o aumento da procura pelo judiciário para rever questões contratuais envolvendo bancos e seus clientes/consumidores, seria de se esperar maior conscientização das instituições acerca de suas práticas e consequente readequação, no entanto, não é o que se observa na prática. A maioria das pessoas, não procura rever seus contratos e os valores a pagar, de modo que, conseguindo quitar as prestações, ao final, não se questionam se houve algum equívoco ou abuso por parte do banco na concessão do crédito.

A contratação de crédito ainda é vista por grande parte da sociedade como o último caso, a última opção quando a necessidade sobrevier. A conta matemática, muitas vezes simples, ao se analisar o valor recebido e o montante da soma de todas as parcelas do débito, é ignorada, partindo do pressuposto de que ninguém, em tese, é obrigado a contratar o crédito. A realidade não é bem assim, muitas pessoas procuram as instituições financeiras para obter crédito em virtude de necessidades bem reais, seja para adquirir algum bem necessário para o seu trabalho, ou em caso de doença na família, por exemplo.

Na verdade, a razão da procura do crédito é irrelevante, já que, conforme prevê a Constituição Federal de 1988, todos os brasileiros são iguais perante a lei, e nesse sentido, qualquer pessoa que se sentir lesada a partir da contratação de um crédito bancário, pode buscar o judiciário para pleitear a revisão das cláusulas do instrumento de concessão desse crédito.

Ter sucesso ou não nessa empreitada vai depender do que efetivamente consta no instrumento de adesão ao crédito e do entendimento do judiciário com relação à aplicabilidade do CDC, a limitação de juros, a capitalização, a venda casada, e outros temas passíveis de discussão. O Tribunal de Justiça do

Estado do Rio Grande do Sul, em suas decisões, tem apresentado certa uniformidade de decisão com relação a essas matérias.

No que tange a aplicabilidade do CDC aos contratos e instrumentos de crédito bancário, a matéria realmente já se encontra pacificada junto ao referido Tribunal, não restando mais dúvidas de que o cliente bancário se enquadra como consumidor, estando, portanto, ao abrigo da norma protetiva. Inclusive a matéria já se encontra resolvida na súmula 297 do STJ que estabelece que “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.” (BRASIL, 2004).

Com relação à capitalização de juros, vem expressando entendimento o referido Tribunal em seguir o que prevê a Medida Provisória 2.170-36/2001¹, que permite a capitalização, desde que expressamente pactuada no instrumento de contratação do crédito:

Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Parágrafo único. Sempre que necessário ou quando solicitado pelo devedor, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais. (BRASIL, 2001).

A capitalização de juros somente é permitida quando expressa e claramente prevista no instrumento contratual ou cédula de concessão de crédito. A maior razão das ações e recursos, no entanto, reside na questão da taxa de juros pactuada. O entendimento do Tribunal também é uniforme sobre essa questão: “Sabe-se que os juros remuneratórios cobrados pelas instituições financeiras não mais sofrem as limitações da Lei da Usura, consoante determinando na Súmula nº 596 do STF.” (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

No entanto, isso não significa que o banco possa livremente praticar a taxa que bem desejar, é preciso existir algum parâmetro, e nesse caso se

¹Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências.

adota a taxa média de mercado como referência. É preciso verificar a taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central, para determinado produto, na época da contratação. Sendo a taxa contratada superior a essa média, é autorizada a sua revisão, com abatimento ou compensação dos valores já pagosa maior, ou seja, repetição do indébito.

Em acórdão recente do TJ/RS se declara: “Assim, no norte trilhado pelo eg. STJ, para verificação da configuração, ou não, de abusividade, deve-se fazer o confronto entre as taxas de juros cobradas pela instituição financeira e as constantes da tabela divulgada pelo BACEN para as mesmas operações de crédito.” (RIO GRANDE DO SUL, 2019). Com relação à repetição do indébito, entende o Tribunal ser possível, ainda que na forma simples, e não em dobro, quando ausente a má-fé:

Outra modalidade de abusividade frequentemente questionada, refere-se à venda casada. A respeito dessa prática, o Tribunal se manifesta de maneira clara e concisa a respeito da abusividade caracterizada no contrato. Reiteram os desembargadores que, embora a algum tempo a venda do seguro prestamista fosse considerado prática normal, e considerada relativamente necessária em contratos bancários, nos dias atuais verifica-se um posicionamento diverso daquele. Por tratar o seguro prestamista de uma condição de segurança, empregada pelas instituições para garantir a quitação do débito em caso de morte, invalidez ou então outra causa que venha a impossibilitar o pagamento, levando a inadimplência, como, por exemplo, o desemprego, deve o mesmo ser analisado como superioridade da instituição. Resta salientar que para ser caracterizada a situação de venda casada, deve ficar comprovado que a contratação do crédito em espécie, foi efetivada somente após a adesão ao seguro prestamista (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

A venda casada é vedada, no caso, justamente por privar o consumidor do direito de escolha de contratar o seguro prestamista ou não, direcionando ainda o contrato a uma seguradora específica, a qual o consumidor também não teve o direito de escolher. Consideradas as peculiaridades dos casos e confirmada a condição de venda casada, profere o tribunal decisão favorável ao consumidor, uma vez que tal prática é vedada pelo art. 39 do CDC, implicando em restituição do valor, de forma simples, não conferindo o pagamento em repetição de indébito (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

A atuação do tribunal é no sentido de revisar as cláusulas abusivas inseridas nos contratos e cédulas de crédito bancário, abrangendo diversas modalidades de abusividade, seja pela incidência de juros descontextualizados com as diretrizes do Banco Central e a média do mercado, seja por confirmação da prática de venda casada. Ao proferir decisões nesse sentido, o TJ/RS, além de caracterizar o negócio jurídico envolvendo instituições bancárias e seus clientes como sendo protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, também refuta a imposição de condições onerosas para os menos privilegiados.

Deve-se considerar que o Brasil é considerado atualmente um dos países que possui a maior taxa de juros do mundo. Essa estimativa corrobora literalmente a ideia de exploração por conta das instituições financeiras. Tecnicamente, os bancos emprestam um dinheiro que não é deles, e em cima deste dinheiro, lucram com altas taxas e encargos financeiros dos mais variados gêneros. Os lucros exorbitantes das instituições financeiras devem-se também a regulação dos percentuais de juros por eles mesmos, limitando-se às bases do Banco Central, ou pior que isso, sequer observando essas bases, que também já são muito elevadas (TUON, 2019).

Por regra, a tese firmada sobre os juros remuneratórios inclusos nos contratos bancários, é de que estes devem estar pareados aos juros de mercado, aliado a prerrogativas do Banco Central. Dessa forma, o Banco Central divulga todos os meses as linhas médias de juros praticadas pelos bancos, em todas as modalidades de contratações. O consumidor tem também a oportunidade de pesquisar e estudar qual instituição oferece um crédito com menos onerosidade, para que a contratação resolva efetivamente um problema financeiro, ao invés de agravar o problema já existente. No entanto, é uma escolha difícil essa, já que ele precisa escolher o que for menos prejudicial, considerando que as taxas médias de mercado são altas, comprometendo ainda mais o orçamento de quem precisa recorrer a essas linhas de financiamento.

Embora o Código de Defesa do Consumidor seja aplicável aos contratos e instrumentos de concessão de crédito bancário, seu alcance é limitado, uma vez que os bancos não precisam observar qualquer limitação legal nas taxas de juros que praticam, apenas se mantendo dentro da linha de média de

mercado. A consequência para eles, é que no máximo verão reajustadas as cláusulas abusivas de um pequeno percentual das operações que contratam, já que comprovadamente é uma minoria da clientela que busca esse direito judicialmente. Além disso, mesmo nos casos que precisam ser ajustados, o percentual a reduzir é baixo, pois a taxa média de mercado é calculada com base em taxas elevadas que os bancos já praticam.

Apenas a diferença que exceder a taxa média de mercado é que será reajustada. É um cálculo matemático que garante ampla vantagem para as instituições financeiras, razão pela qual preferem o questionamento judicial de poucos casos a reajustarem sua conduta em todas as operações que contratam, de modo a estarem alinhados com o que prevê o Código de Defesa do Consumidor.

CONCLUSÃO

A temática envolvendo contratos e instrumentos de crédito bancários, desde a sua elaboração até a efetiva liberação de crédito envolve várias etapas. Estes instrumentos, em regra, e como premissa da relação jurídica, servem para garantir a restituição dos valores recebidos, com os devidos juros. As linhas de créditos e empréstimos tem um papel importante na sociedade, como fomento da economia. A prática mais comum entre as instituições bancárias, para dar celeridade às operações de crédito, são os contratos de adesão, e nestes, pouco espaço existe para a manifestação do aderente.

A jurisprudência já adotou entendimento pacífico com relação à aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor às relações entre instituições bancárias e seus clientes, pois se trata de uma prestação de serviço. Houve, ao longo do tempo, uma constante evolução na forma de contratar operações de créditos, sobrevivendo em 2004, a regulamentação da cédula de crédito bancário, a qual é considerada hoje, ferramenta mais eficaz para os bancos, pois além de oferecer a garantia e segurança da operação, oferece aos bancos vantagem em caso de execução do título.

Embora o CDC seja aplicável às operações bancárias, é lamentável que se precise recorrer ao judiciário para questionar uma conduta que deveria estar, naturalmente, adequada à legislação. Uma vez que a legislação de

proteção existe, seria de se esperar que ela fosse naturalmente respeitada, o que não se verifica em relação aos bancos, que preferem assumir o risco de verem uma pequena parcela de seus instrumentos de crédito sendo objeto de demanda judicial.

O consumidor, ao procurar a instituição financeira para contratar um crédito, depara-se com um instrumento já redigido, que não lhe dá opção de discutir suas cláusulas, como por exemplo, negociar as taxas de juros, vindo a aderir ao crédito muitas vezes sem ao menos ler o que o instrumento traz nessas cláusulas. Contudo, ao analisar de forma fática o estilo de redação desses instrumentos de concessão de crédito, tanto para pessoas físicas como para jurídicas, apresenta-se nítida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

A maior incidência de reivindicações com relação à cláusulas abusivas refere-se aos juros remuneratórios exorbitantes praticados pelas instituições, e nesse caso, os tribunais vem decidindo de maneira reiterada pela revisão dos mesmos, aplicando percentuais condizentes com a taxa média de mercado, implementada pelas diretrizes do Banco Central.

O Código de Defesa do Consumidor é considerado importante ferramenta no combate a abusividades entre instituições financeiras e seus clientes, ora consumidores. A proteção é encontrada em diversas partes da legislação, de modo que, embora muitas vezes inicialmente os bancos se aproveitem de sua posição superior, elaborando contratos de forma unilateral, a discussão de suas cláusulas é plenamente possível perante o judiciário, reivindicando sua revisão. Dessa forma, o CDC é a proteção do consumidor contra os abusos dos bancos, e essa proteção é confirmada pela súmula 297 do STJ.

Na análise da conjuntura social atual é possível perceber a necessidade e importância da atuação das instituições financeiras, no sentido de fomentar a economia. No entanto, a liberdade conferida aos mesmos, muitas vezes agrava a vulnerabilidade do consumidor, como por exemplo, nos casos dos percentuais de juros aplicados aos limites de crédito disponibilizados aos clientes, e as implicações em caso de atraso no pagamento.

Apesar das reiteradas decisões dos tribunais em revisar as condições impostas pelos bancos de forma unilateral, poucas mudanças efetivas

ocorreram nos procedimentos dos bancos, pois muitos clientes, apesar de sentirem a dificuldade e não concordarem com as taxas de juros cobradas, pagam regularmente as parcelas a cada mês, e preferem não discutir a sua dificuldade. Porém, quando não conseguem cumprir com suas obrigações, parte dos consumidores procura levar ao judiciário a causa, na tentativa de verem seus direitos respeitados. Verifica-se, em muitos casos, a má gestão das contas domésticas, onde muitas pessoas, ainda que de boa-fé, não cuidam adequadamente de seu orçamento familiar ou empresarial. Mas independentemente da causa que leva à busca do crédito, sempre é possível ao consumidor defender judicialmente seus direitos, quando se sentir lesado.

De forma resumida, em princípio, vale a regra de que os contratos devem ser cumpridos, porém quando neles se acham inseridas cláusulas abusivas, ferindo os princípios de boa-fé, transparência e outros, é possível revisar suas cláusulas.

Não existe atualmente nenhuma legislação que obrigue os bancos a operarem dentro de certos limites de taxa, já que a Lei de Usura não é aplicável nesses casos. Vale a média de mercado, e se essa média é alta, significa que mesmo revendo cláusulas, o consumidor continua pagando um preço exorbitante pelo crédito no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Cédula De Crédito Bancário**: dinheiro magnético. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

ASSUNÇÃO, Magno Alves de. **Visão do Direito Civil sob Prisma de Influência Constitucional** – princípios. 2013. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13t10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos Volume I. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_239.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____, **Lei Nº 4.595, de 31 de Dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____, **Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 22 out. 2018.

_____, Superior Tribunal De Justiça – STJ. **Súmula 297 do STJ.** 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Jurisprudencia/Sumulas>. Acesso em: 11 out. 2019.

_____, **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____, **Lei Nº 10.931, de 02 de agosto de 2004.** Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/legiscomp/leis/10931.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

_____, **Lei Nº 13.105, de 02 de agosto de 2004.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 out. 2019.

_____, **Medida Provisória Nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2170-36.htm. Acesso em: 30 de mar. 2020.

_____, **Resolução Nº 3.517 do Banco Central do Brasil.** 2007. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2007/pdf/res_3517_v1_o.pdf. Acesso em: 30 out. 2019.

_____. STJ, **Súmula 297** de 2004. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/113058/aniversario-do-cdc-sumulas-285-e-297-do-stj>. Acesso em: 30 mar. 2020.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial.** V.3.14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Alexandre Silva. **A Constitucionalidade da Cédula de Crédito Bancário e suas Implicações Jurídicas.** Monografia apresentada à Banca Examinadora da Universidade Federal de Juiz de Fora, em 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/4929/1/alexandresilvacunha.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor.** 1. ed. São Paulo: RT, 2000.

FREITAS, Bruno de Souza. **Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo: As Operações Bancárias à Luz do CDC.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso Superior de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/Rose/Downloads/631-2438-1-PB%20(2).pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos:** ADIn 2.591 . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NORAT, Markus Samuel Leite. **Direito do Consumidor: interpretação jurisprudencial.** – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: CDAN, 2011.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RABELO, Thiago Santana. **Aspectos Gerais da Cédula de Crédito Bancário.** 2014. Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/detalhe-artigos/doutrina/civil/>> Acesso em: 15 set. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos** – 17. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70080982796**, Vigésima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Paula Dalbosco, Julgado em 30/04/2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70079574844**, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alberto Delgado Neto, Julgado em 30/04/2019 Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível, Nº 70081112666**, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em: 09-05-2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris>. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70082964370**, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,

Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em: 31-10-2019. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível, Nº 70081391542**, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em: 06-06-2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris>. Acesso em: 10 nov. 2019.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 30. ed., Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. **Contratos Bancários** – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUON, Lígia. **Brasil Segue entre Oito Países com os Maiores Juros Reais do Mundo**. 2019. Disponível em: < <https://exame.abril.com.br/economia/brasil-segue-entre-oito-paises-com-os-maiores-juros-reais-do-mundo/>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **A Cédula de Crédito Bancário** (MP 1925/99), Revista de Direito Mercantil nº 116, São Paulo: Malheiros, 1999.

WALD, Arnaldo. **O Direito do Consumidor e suas Repercussões em Relação às Instituições Financeiras**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 28, n. 11, jul.- set./1991.

A PROCESSUALÍSTICA CRIMINAL BRASILEIRA À LUZ DA EPISTEMOLOGIA DE KARL POPPER

Dionatan Cabreira¹
Jeremyas Machado Silva²

RESUMO

Este artigo tem por tema a reestruturação da Processualística Criminal Brasileira sob um viés epistemológico neopositivista de construção da verdade. Como delimitação do tema, focaliza-se a observação acerca da possibilidade de uso de um método científico na prospecção da verdade processual. Neste sentido, objetiva-se, o desenvolvimento teórico de um modelo processual criminal regido pelos métodos desenvolvidos pelo filósofo Karl Popper, o qual dedicou grande parte da sua vida na elaboração de postulados que assegurassem a cientificidade do conhecimento. Propõe-se, nestes termos, a equiparação do processo criminal ao processo científico de produção de conhecimento, pois a metodologia aliada à racionalização lógica dos elementos possibilita a obtenção do conhecimento objetivo. A importância do tema se demonstra pela possibilidade de proporcionar um tirocínio crítico e aprofundado dos aspectos que buscam qualificar como ciência o processo judicial de modo a aproximar a verdade processual da realidade dos fatos.

Palavras-chave: Filosofia do Direito – Verdade – Processo Criminal – Karl Popper – Epistemologia.

ABSTRACT

This article has as its theme the restructuring of the Brazilian Criminal Processualistics under a neopositivist epistemological bias of truth construction. As a delimitation of the theme, the observation of the possibility of using a scientific method in the prospection of procedural truth is focused. In this sense, it aims, the theoretical development of a criminal procedural model governed by the methods developed by the philosopher Karl Popper, who dedicated a large part of his life in the elaboration of postulates that would ensure the scientificity of know ledge. In these terms, it is proposed to equate the criminal process with the scientific process of knowledge production, since the methodology combined with the logical rationalization of the elements makes it possible to obtain objective knowledge. The importance of the theme is demonstrated by the possibility of providing critical and the aspects that seek to qualify the judicial process as science in order to bring the procedural truth closer to the reality of the facts.

¹ Bacharel em Direito – Faculdades Integradas Machado de Assis (2019). Pós-graduando em Ciências Criminais – Complexo Educacional Renato Saraiva. d_cabreira@hotmail.com

² Doutorando em História pela Universidade de Passo Fundo – UPF/RS. Orientador. Professor do Curso de Direito – Faculdades Integradas Machado de Assis. jeremyass@gmail.com.br

Keywords: Philosophy of Law - Truth - Criminal Procedure – Karl Popper – Epistemology.

INTRODUÇÃO

O presente artigo deriva de uma pesquisa em que se busca teorizar um modelo processual criminal pautado em premissas de metodologia científica como sistema norteador da busca da verdade processual.

Este artigo tem por tema a reestruturação da Processualística Criminal Brasileira sob um viés epistemológico neopositivista de construção da verdade. A delimitação temática tem por enfoque a compreensão da prospecção da verdade processual à luz da metodologia científica aplicada ao modelo brasileiro de instrução e julgamento na seara criminal.

Esta pesquisa se justifica pela importância do tema aventado frente ao período de pós-verdade, caracterizado por grande insegurança jurídica, que compõe o atual Estado Democrático Brasileiro. De modo que, uma maior cientificidade na metodologia que rege o processo criminal teria por reflexo uma real singularidade na resolução dos casos concretos, evitando a massificação de sentenças por equiparação e rebatendo o modelo indutivo que rege o sistema jurisdicional no Brasil.

O exaurimento cognitivo derivado das teorias desenvolvidas por Karl Popper permite uma análise profunda de cada elemento factual que integra a realidade de um crime, a fim de validar e confrontar cada item entre si e com demais preceitos predefinidos.

Deste modo, o presente trabalho foi organizado em três capítulos: o primeiro traz, de forma abreviada, a contextualização histórica do processo criminal, desde a sociedade greco-romana até os presentes dias; o segundo trata dos processos de formação da verdade e da sua conceituação; o terceiro analisa a teoria desenvolvida pelo filósofo Karl Popper no contexto da instrumentalização do método científico de busca da verdade bem como busca desenvolver a possibilidade de internalização de tal sistema epistemológico ao modelo processual criminal vigente no Brasil.

1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO PROCESSO CRIMINAL

O Direito Processual Criminal Brasileiro deriva de conjuntos jurídicos internacionais cujos saberes ainda ecoam em nossa legislação. Assim, para compreendê-lo, se faz necessária a contextualização histórica de alguns sistemas jurídicos influentes na processualística brasileira, bem como, a demonstração da metodologia utilizada por estes na obtenção da verdade.

Considera-se, no âmbito deste artigo, a Grécia enquanto berço da civilização ocidental e do nosso atual modelo de organização social e jurídica. A antiga Grécia se fez surgir da incorporação de diversas culturas, como a escrita advinda dos fenícios, antigo povo do Oriente Médio que desenvolveu o método fonético de grafia. Foi justamente a capacidade de internalização cultural e a forte propensão comercial que permitiu a prosperidade da civilização grega. Aos poucos, a sociedade camponesa passa a se organizar em cidades que se espalharam por todo o Mediterrâneo. Este período compõe o nascimento e estruturação de uma sociedade forte e dinâmica quando, de fato, podemos falar sobre uma civilização grega. Isso ocorre nos séculos VIII – VI a.C. (FUNARI, 2013).

A compreensão do processo criminal na antiga Grécia abrange a distinção, entre o direito penal público e o privado, fortemente estabelecida no modelo adotado por aquela sociedade. Nos crimes de cunho público, a iniciativa da persecução criminal partia da delação ofertada por qualquer indivíduo, pois sendo o interesse coletivo todo cidadão detinha legitimidade para atuar junto à apuração do ato delituoso. Em Atenas, eram cridos como cidadãos unicamente os homens adultos com maioria superior aos dezoito anos, nascidos de pais atenienses e, por conseguinte, pertencentes às elites da referida cidade-estado. Sendo assim, estes cidadãos tinham três direitos considerados essenciais a sua época: liberdade individual, igualdade com relação aos outros cidadãos perante a lei e direito a falar na assembleia (FUNARI, 2013).

Alguns aspectos do Direito Grego merecem realce como o avançado modelo de disposição legal desenvolvido. Os gregos foram pioneiros na distinção dos dispositivos de tipificação criminal daqueles de ordem puramente

processual. Assim, passou a lei processual criminal a tratar unicamente dos meios e dos instrumentos norteadores da lide (WOLKMER, 2003).

Deste modo, no contexto de uma civilização em ascensão, verifica-se o surgimento de um sistema de instrução criminal, com aspectos característicos, no objetivo de revelar a verdade contida nos elementos levantados pelas partes. Neste sentido, tem-se o Direito Processual Criminal da Grécia Antiga como pilar de toda processualística contemporânea, a qual ainda se faz nortear por alguns princípios lá instaurados.

Posteriormente, na Roma Antiga tem-se o surgimento da positivação do Direito, vez que a civilização era muito atenta aos aspectos jurídicos que permeavam a organização social. Assim, todos os homens de posses eram instruídos dos preceitos legais e a sua vida pública se mesclava com a prática da advocacia. Foram os romanos antigos os primeiros a compilarem de forma organizada as leis, decretos, pareceres e decisões judiciais, no intuito de melhorar o acesso ao conhecimento posto. Neste sentido, verifica-se o real interesse dos cidadãos da Antiga Roma no estabelecimento de uma ciência jurídica, feito inédito dentre os povos da Antiguidade (FUNARI, 2013).

Ademais, o conceito de ciência jurídica fomentado pela Antiga Roma constitui o marco inicial da metodologia de instrução processual que veio a se desenvolver nos séculos seguintes. A metodologia de prospecção da verdade estabelecida pelo Direito Romano constitui, *a priori*, a base do Direito Processual Moderno, pois ratificou valores como a contradição, a ampla defesa e o levantamento probatório.

Com o declínio do Império Romano, em meados do século VI, houve a invasão germânica, o que resultou em uma mescla cultural. Alarico II, já estabelecido na cidade de Toledo na Província de Carpetânia (atualmente a região que integra a Espanha), foi o responsável pela compilação dos diversos códigos romanos imperiais, reunindo-os na chamada *Lex Romana Visigothorum*, também conhecida por *Brevário de Alcáriu* ou Código Visigótico (BARROS, 2002).

A busca da verdade no processo criminal germânico foi subjugada em virtude dos fortes costumes sociais e do apelo religioso que permeavam os tribunais à época. Embora formalmente dispusesse de vasta legislação processual posta, oriunda da absorção do sistema jurídico romano pelo

germânico, na prática a sociedade adotava praticas primitivas de prospecção da verdade, valendo-se da tortura como principal ferramenta de obtenção da confissão a qual valoravam como verdade absoluta.

Tal modelo primitivo de prospecção da verdade foi fomentado de forma exponencial durante a vigência do Processo Criminal Canônico, que se deu na Europa no período que compreende os séculos XIII a XIX. Esse período se caracteriza pela absoluta influência da Igreja Católica na elaboração e aplicação das leis penais. A prospecção da verdade, neste íterim, também deixa de ser prioridade, pois prevalecem os interesses de propagação e dominação do catolicismo.

O Brasil, no período da descoberta até o ano de 1832 compartilhou do sistema português de processo penal. O primeiro conjunto de normas processuais criminais brasileiras foi promulgado em 1832, sob a denominação de Código de Processo Criminal de Primeira Instância. Tal Código ditou todo rearranjo da estrutura judicial processual, determinando a utilização de juris e juízes de paz. Por ordem desse Código Processual, alguns cargos remanescentes dos períodos anteriores tais quais: juízes de fora, juízes ordinários e ouvidores de comarca, foram extintos. Determinou-se a alocação de um juiz de paz para cada distrito, cada termo com um Conselho de jurados, um juiz de municipal e um promotor público, cada comarca com um juiz de direito. A denúncia poderia ser ofertada por um promotor público ou por qualquer cidadão (BARROS, 2002).

Um marco para o direito brasileiro, com reflexos no processo criminal, foi a promulgação da primeira Constituição Republicana do Brasil em 1890, a qual inovou ao trazer em seu âmago a garantia expressa de ampla defesa, embora deixasse vago os termos em que esta se daria.

O próximo advento na processualística criminal brasileira foi a promulgação do Código de Processo Penal, o qual vigora até os dias de hoje. O atual sistema segue nos moldes estabelecidos pelo Código de 1832, mantendo um modelo misto de persecução criminal, sendo na fase de inquérito policial inquisitório e já na fase processual constitui um sistema formal acusatório.

2 A VERDADE E SEUS ASPECTOS

A busca da verdade reflete antes de tudo a própria ambição humana pela compreensão da realidade, e seu surgimento remonta ao início de nossa própria espécie. Pode-se dizer que a própria ciência deriva da constante inquietude do homem pela descoberta do verdadeiro, pela busca de respostas. Para Eduardo Pallares, a busca da verdade constitui a essência da filosofia em si, pois tem por finalidade a investigação extrema dos fatos e das coisas (PALLARES, 1964).

A busca de conceituação para o termo verdade configura uma das mais difíceis tarefas da cognição especulativa, por exigir um prévio posicionamento acerca da probabilidade do pensamento, ou seja, dos elementos que compõem a capacidade humana de saber. Nesse sentido, o trato acerca da possibilidade ou não da racionalidade humana desde a trajetória do intelecto até a sua metodologia de análise (BAPTISTA, 2001).

A verdade, como representação fiel dos fatos, advém do conhecimento ou da posição crítica acerca de determinado assunto. O conhecimento, por sua vez, avesso ao senso comum, advém da pesquisa científica e metodológica. Contudo, a verdade extraída pelo método científico é temporal, constitui uma resposta efêmera para determinada pergunta, pois a ciência é por essência mutável.

De outra banda, para Gadamer (1999), a verdade pode ser interpretada como resultado de um processo histórico, isto é, a percepção da influência que a história exerce sobre o ser humano e que modela e orienta o modo de compreender, ou seja,

[...] cada época entende um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto constitui parte do conjunto de uma tradição pela qual cada época tem um interesse objetivo e na qual tenta compreender a si mesma. O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta a seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e o seu público originário. Ou, pelo menos, não se esgota nisso. Pois este sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete e, por consequência, pela totalidade do processo histórico. (GADAMER, 1999, p.366).

Já para Kant, a verdade não pode advir das experiências e nem estas podem ratificá-la, conquanto o conhecimento ultrapasse a sensibilidade de meio e se oriunda das investigações racionais as quais devem ser conduzidas exaustivamente na busca pela sublime sabedoria. Desse modo, a sabedoria não pode ser alcançada pela pura vivência, mas por meio de juízos racionais aplicados de modo metodológico (KANT, 1980).

Em um sentido aproximado da área do Direito, o conceito de verdade se vislumbra sob os aspectos de: verdade de fato, ou seja, aquela advinda de um juízo de valor aplicado pelo julgador a determinado caso, ou acontecimento; e verdade de direito, qual seja, aquela verificada quando da aplicação da lei ao caso concreto, quando da tipificação de um fato (BARROS, 2002).

Na esfera do Direito ainda se é possível distinguir dois conceitos que derivam da verdade e que muitas vezes se fazem confundir, quais sejam: a verdade real e a verdade processual. Pode-se dizer que a verdade processual constitui aquela extraída do conjunto probatório e dos autos do processo, enquanto a verdade real se caracteriza por ser uma ideologia do que seria a fiel reprodução da realidade. No Direito Processual Criminal Brasileiro a verdade real foi elevada a nível principiológico, centralizando atualmente um grande debate acerca da sua validade enquanto elemento norteador da persecução criminal.

Por meio do princípio da verdade real se busca assegurar que o *jus puniendi* somente seja aplicado em desfavor daquele que tenha perpetrado ato ilícito, dentro dos limites de sua culpa, em uma persecução criminal sem fronteiras na sua forma e na participação das partes. Desse modo, em sua decorrência surge a obrigação do juiz de dar impulso ao processo quando da inércia de uma das partes, determinando, quando necessário, de ofício o levantamento de provas e a oitiva de testemunhas, a fim de instruir o processo e prospectar a verdade. Sendo que, no processo criminal brasileiro o princípio da verdade real não influi com toda sua força, pois não se permite após uma absolvição com trânsito em julgado a sua revogação mesmo quando do surgimento de provas concretas contra o indivíduo (MIRABETE, 2002).

Tecendo crítica à verdade real, Francisco das Neves Baptista, pondera que a pretexto de prospectar a verdade absoluta, por muitas vezes, o Estado

adentra a vida pessoal dos indivíduos, ficando a estes a árdua tarefa de se postar contra a verdade construída com vastos recursos públicos. Pois, a justiça do processo advém exatamente da manutenção das garantias basilares dos indivíduos, sendo a dignidade humana e não o patrimônio pessoal o alicerce referencial. Não havendo a necessidade de se buscar uma verdade a qual custo, inclusive solapando direitos básicos das pessoas, para se concluir justamente um processo criminal (BAPTISTA, 2001).

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório [...] com sistemas autoritários; com a busca de uma „verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz ator (inquisidor). (LOPES JR., 2005, p. 262 apud KHALED JR., 2016, p. 166).

Configura função do juiz o atendimento ao chamado e à prospecção da verdade real, a fim de fundamentar a sentença. Vez que, a natureza de interesse coletivo nas ações repressivas exclui limites artificiais que se baseiem em atos ou omissões das partes. Assim nas ações criminais em que as premissas coletivas se sobreporiam sobre as individuais, não existe concessão à verdade formal (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012).

Em contrassenso, a verdade buscada pelo modelo processual enquanto fundamento de uma condenação criminal, constitui uma verdade processual, alcançada em observância aos limites de atuação do magistrado e se referem estritamente aos fatos e circunstâncias atinentes ao ilícito. Tal verdade não tem pretensão de ser absoluta e não advém de procedimentos inquisitórios ou que adentrem as garantias fundamentais, pois se dá em observância à integridade particular e aos princípios de ampla defesa e contraditório. Em resumo configura uma verdade mais rasa no que consiste o conteúdo, entretanto atingida pelos métodos idôneos de respeito aos institutos fundamentais que norteiam o devido processo legal (FERRAJOLI, 2010).

A definição da noção de “verdade formal” ou “processual” e a análise das condições nas quais uma tese jurisdicional é (ou não é) “verificável” e “verificada” constituem, pois, o primeiro capítulo de uma teoria analítica do

direito e do processo penal e, também, os primeiros parâmetros de um sistema penal garantista (FERRAJOLI, 2010).

Deste modo, no âmbito do processo penal só se torna legítima a busca pela verdade processual, vez que dada em atenção aos preceitos e garantias fundamentais que regem a sociedade atual. Tal verdade se mostra perseguida por meio do método formalista como base de uma condenação e que só pode ser atingida mediante respeito das regras precisas e relativas aos fatos considerados criminalmente relevantes. Essa valoração do modelo formal de prospecção da verdade tem por escopo a proteção da liberdade dos sujeitos contra o levantamento de verdades de cunho substancial e arbitrárias (LOPES JUNIOR, 2015).

3 O PROCESSO CRIMINAL BRASILEIRO REPENSADO A PARTIR DAS TEORIAS DE KARL POPPER

Toda ciência se funda em princípios, que se constituem verdades determinantes dentro de uma determinada seara do conhecimento, ou que regem um determinado agrupamento lógico. Neste sentido, o Direito enquanto ciência, também se convalida de princípios os quais norteiam toda a atividade jurisdicional. Deste modo, a unidade sistêmica que compõe não só o Direito como as demais ciências, se divide em elementos primordiais, quais sejam: os tipos, as leis e os princípios. É o arranjo lógico destes elementos que configuram enquanto ciência determinado ramo do saber (REALE, 2010).

O Direito, na condição de ciência, pode ser definido como um estudo metódico, sistemático e fundamentado focados nas relações jurídicas. Tal ciência se distingue da história do direito, da psicologia jurídica e da sociologia, pois estas são causais enquanto aquela figura como uma ciência social normativa. Pode-se dizer que a Ciência do Direito busca estabelecer métodos de aplicação das normas jurídica por meio da racionalização tecnológica (DINIZ, 2003).

Crítico da busca da verdade no processo criminal, Kaled Júnior, entende que a cientificidade jurídica não implica o desejo de tornar inquisitorial o processo de persecução criminal. Contudo, tais premissas abrem margem à busca da “verdade inquisitorial”. O autor afirma ainda, que a roupagem

científica do Direito serve apenas à justificar o modelo inquisitorial o qual se vale da premissa de verdade equiparada a conhecimento científico para legitimar o uso exacerbado do poderio estatal na busca “obcecada” pela verdade (KHALED JUNIOR, 2016).

De outro ponto, a ciência do direito assim se constitui pela sua metodologia e pelo seu objeto. Pela visão dos juristas, esta é tida como uma atividade sistêmica voltada à compreensão das premissas que regem a relação das normas e suas respectivas aplicações. Deste modo, tem-se que a Ciência do Direito encontra respaldo para sua concepção na medida em que se constitui de metodologia na busca da verdade. Neste sentido, sua atividade não se reduz apenas ao conhecimento, mas também verificação das condições de aplicabilidade de normativas enquanto modelos de organização social (FERRAZ JUNIOR, 1977).

Neste sentido, as teorias do filósofo científico Karl Popper que são amparadas pelo racionalismo crítico no sentido da mutabilidade científica e do caráter temporal da verdade. Karl Popper foi um filósofo científico que viveu entre 1902 e 1994, de origem austríaca e naturalizado britânico, Doutor em filosofia pela Universidade de Viena, configura um dos maiores pensadores do século XX. Para o filósofo austríaco, a verdade de uma teoria advinha da sua capacidade de ser submetida ao processo de falseabilidade das suas premissas. Quanto mais falseável uma teoria maior a sua cientificidade e maior a sua verdade ao tempo de sua concepção.

É significativa a contribuição de Karl Popper no campo da epistemologia científica, a qual se pauta na compreensão dos métodos e processos cognitivos que integram a metodologia de pesquisa. O filósofo, Imre Lakatos, contemporâneo de Karl Popper, classifica suas ideias como sendo o “[...] desenvolvimento filosófico mais importante do século XX”. (LAKATOS, 1989, p.180).

O início da tese de Popper, acerca da metodologia científica de prospecção da verdade se dá com sua ferrenha crítica ao método de Lógica Indutiva, a qual infere que o conhecimento pode ser alcançado da perspectiva de um fato singular ser elevado à universalidade. Em outras palavras, um acontecimento particular explicaria a totalidade dos acontecimentos semelhantes (POPPER, 1993).

Sobre a questão das inferências indutivas segue o conhecimento do próprio Karl Popper, o qual denominou tais premissas de *problema da indução*:

O problema da indução também pode ser apresentado como a indagação acerca da validade ou verdade de enunciados universais que encontrem base na experiência, tais como as hipóteses e os sistemas teóricos das ciências empíricas. Muitas pessoas acreditam, com efeito, que a verdade desses enunciados universais é “*conhecida através da experiência*”; contudo, está claro que a descrição de uma experiência – de uma observação ou do resultado de um experimento – só pode ser o enunciado singular e não um enunciado universal. Nesses termos, as pessoas que dizem que é com base na experiência que conhecemos a verdade de enunciado universal querem normalmente dizer que a verdade desse enunciado universal pode, de uma forma ou de outra, reduzir-se à verdade de enunciados singulares e que, por experiência, sabe-se verdadeiros. Equivale isto a dizer que o enunciado universal baseia-se em inferência indutiva. Assim, indagar se há leis naturais sabidamente verdadeiras é apenas outra forma de indagar se as inferências indutivas se justificam logicamente. (POPPER, 1993, p. 27-28).

Nestes termos, o filósofo austríaco questiona a cientificidade das verdades extraídas do método de indução, pois afirma que a experiência singular configura insuficiente para proposição do conhecimento universal acerca de determinado fato. Assim, a verdade só poderia advir de uma metodologia que expusesse ao falseamento do conjunto de enunciados, sendo que a falsidade de apenas um implicaria na inverdade da premissa universal.

Deste modo, mesmo se colocados sob uma ordem lógica – denominada por Karl Popper de *princípio de indução* - os enunciados indutivos não seriam capazes de chegar à universalidade de uma verdade. Tal princípio deveria se constituir de forma sintética, de modo que sua falseabilidade se mostrasse logicamente possível. Sugere o filósofo supramencionado a fomentação do método dedutivo em contraposição ao indutivismo, o qual se configura incapaz de alcançar a verdade científica (POPPER, 1993).

Segundo o método dedutivo de prospecção da verdade proposto por Karl Popper, como uma solução à teoria da indução de inferências, consiste no exaurimento crítico de uma teoria, pondo a prova todos os seus elementos e organizando os resultados obtidos. Os conhecimentos resultantes devem ser submetidos à comparações entre si e com demais informações semelhantes, a fim de identificar possíveis elos e equivalências (POPPER, 1993).

Vale ressaltar que na concepção do filósofo austríaco, a verdade se constitui temporal e mutável, jamais incontestável. A verdade científica defendida por ele, aqui neste trabalho, equivale à verdade processual no âmbito criminal, vez que as duas buscam aproximar-se do absoluto dentro dos limites dos elementos que possuem.

Por conseguinte, entende-se que a teoria do método dedutivo, ao contrário do indutivo, não se contenta com a mera universalização de um enunciado observado, mas busca de forma exaustiva a comparação e comprovação dos elementos os quais compõem uma teoria. De tal modo, a verdade advinda do dedutivismo representa a evolução científica em si, vez que seu caráter provisório incentiva, por assim dizer, a superação constante das teorias por outras com maior grau de predicados científicos e tecnológicos.

Outra questão levantada por Karl Popper e que integra a sua metodologia de produção científica, consiste no *problema da demarcação*, assim denominado pelo próprio filósofo. Tal problemática se faz referente aos limites divisórios das ciências empíricas e das ciências lógicas, bem como os critérios que estabelecem onde começa uma e termina outra. Contudo a questão central do problema proposto advém da conceituação majoritária da terminologia “*ciência empírica*”. O filósofo austríaco estabeleceu alguns critérios para designar como empírico um conhecimento, quais sejam: deve ser um fato possível, deve ser real e deve ser oriundo da experiência cotidiana. Atendendo a tais requisitos seria a verdade tida como empírica, ou seja, contrária àquela que é buscada com método e lógica (POPPER, 1993).

Karl Popper adentra nos critérios de veracidade dos enunciados, a fim de estabelecer preceitos que determinem o grau de verdade ou falsidade de uma circunstância apresentada. Propõe o filósofo científico, a falseabilidade como critério de julgamento de um enunciado, no que tange à sua essência lógica. Nesse sentido, a aplicação da falseabilidade serviria para determinar o caráter científico ou empírico de um enunciado, pois,

[...] só reconhecerei um sistema como empírico ou científico se ele for passível de comprovação pela experiência. Essas considerações sugerem que deve ser tomado como critério de demarcação não a verificabilidade, mas a falseabilidade de um sistema. Em outras palavras, não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas, em sentido positivo; exigirei,

porém, que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico. (POPPER, 1993, p. 42).

Tal teoria parece avessa à busca da verdade, vez que parece sugerir que se extrairia um conhecimento pela exposição de uma informação à refutação do seu âmago. Contudo, o contrário justamente acontece, vez que mais verdadeira é uma premissa quanto mais sujeita a falseabilidade ela for. Porquanto, a progressão da verdade se faz justamente na substituição de um enunciado por outro, que melhor atenda aos preceitos científicos exigidos pelo espaço-tempo em que se encontre.

Quando exposta aos parâmetros científicos verifica-se o aumento da falseabilidade de uma hipótese se tem, em verdade, o reforço da sua correspondência. De modo progressivo, a hipótese se torna mais forte, pois cada vez que suporta uma falseabilidade de seu eixo central, mais difícil se torna a sua contraposição. Igualmente, a caracterização quanto ao grau de falseabilidade de uma teoria se dá pelas interações lógicas estabelecidas entre a teoria e sua base de enunciados (POPPER, 1993).

Em um conceito amplo, a epistemologia se posta como um estudo direcionado à compreensão dos paradigmas estruturais que integram a busca pelo conhecimento científico. De tal modo, pode-se dizer que as aplicações epistemológicas se dão na ordem de descoberta da verdade enquanto resultado da expressão cognitiva e análise dos postulados.

A epistemologia, proposta por Popper, deve ser identificada com a teoria do método científico. Tal concepção transcende a pura análise racional e lógica dos enunciados científicos, mas engloba a compreensão e a delimitação dos métodos empregados. Esta escolha metodológica depende do objeto da pesquisa e, se constitui da escolha de preceitos que assegurem a possibilidade de submeter à prova os enunciados aventados. Em outras palavras, de se aferir a sua falseabilidade (POPPER, 2018).

Consoante este conhecimento se pode teorizar a extrapolação de tais premissas epistemológicas ao campo jurídico, a fim de promover a instrução processual criminal nos moldes científicos. Neste sentido, estabelece-se um

paralelo entre a processualística e a pesquisa científica, vez que ambas almejam a verdade frente à racionalização metodológica dos enunciados.

O sistema de cientificação da processualística criminal pela epistemologia *popperiana*, implica em se estabelecer preceitos de verificação e refutação dos enunciados, estes tidos como as hipóteses e provas que compõem os autos processuais. Nesta senda, tem-se que a metodologia racional pode aferir caráter científico em áreas afins, desde que estas se manifestem com base em premissas reais e objetivas. Assim, o Direito e, mais propriamente, o Processo Criminal, contemplam os paradigmas necessários para o emprego dos processos metodológicos e cognitivos desenvolvidos por Karl Popper, no sentido de agregar valor científico às verdades alcançadas.

Na acusação criminal, o critério da falseabilidade aplicado, implicaria que apenas fatos determinados poderiam ser atribuídos a um suspeito, de modo a possibilitar sua refutação pela defesa, garantindo os fundamentais direitos assegurados pela Magna Carta. Não se poderia, por exemplo, oferecer denúncia criminal atribuindo culpa a um indivíduo pelo cometimento de crime embasado por fato indeterminado, pois assim se vedaria a possibilidade de argumentação contrária por parte da defesa e restariam ausentes as garantias de um devido processo legal.

O devido processo legal, de modo abreviado, constitui um princípio abrangente o qual assegura determinadas premissas norteadoras do processo criminal a fim de garantir justiça aplicada por meios e métodos idôneos e equitativos. O método científico de busca da verdade processual atuaria no mesmo sentido, determinando prerrogativas a serem preenchidas pelas teses que embasam os autos processuais no intuito de assegurar a cientificidade dos meios de aplicação da lei.

Contudo, é na seara probatória da processualística criminal brasileira que a epistemologia proposta por Karl Popper se faz mais aplicável, pois constituída de elementos diversos seria possível a aplicação da falseabilidade a cada um deles a fim de validar a sua existência de modo que a inverdade de apenas um enunciado implicaria na falsidade da tese arguida em si, seja ela suportada pela defesa ou pela acusação. Deste modo, para Paolo Tonini, a metodologia de Karl Popper teria grande aplicabilidade no âmbito do processo criminal, principalmente no que tange a análise das provas auferidas, pois

implicaria na exauriente investigação acerca dos elementos constituintes dos fatos falseáveis (TONINI, 2004).

A processualística penal brasileira se vale do sistema da livre convicção, no qual o magistrado prospecta a inatingível verdade real pelo seu intelecto e convicções pessoais. A proposta de implementação da epistemologia *popperiana* no processo criminal, restringiria a discricionariedade do magistrado norteando sua atuação na busca pela verdade processual, ou seja, aquela mais próxima da realidade, alcançável com base nos enunciados probatórios contidos nos autos.

Ademais, a principal característica do “Processo Científico Criminal”, nos moldes epistemológicos propostos por Popper, seria justamente a capacidade de gerar segurança jurídica frente às suas decisões, as quais se fariam baseadas em preceitos tecnológicos e, também, em um preestabelecido processo cognitivo por parte dos magistrados.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, a hipótese aventada, a qual aduz a possibilidade de remanejo instrumental da processualística criminal brasileira sob o aspecto epistemológico proposto por Karl Popper (2018), no sentido de agregar valor científico à verdade prospectada atrelando as partes e reduzindo a margem de discricionariedade decisional; se mostra plausível. Tal objeto demanda uma reforma dos dispositivos legais que regem o processo no Brasil, de modo a se positivar a epistemologia na instrumentalização processual. Na expectativa de se proporcionar maior segurança jurídica aos julgamentos da seara criminal, vez que estes ficariam alheios às convicções e precognições que permeiam o poder jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

BARROS, Marco Antonio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo. Editora Mallheiros Editores, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FUNARI, Pedro Paulo. **Grécia e Roma**. 5. ed., 2 reimp. São Paulo: Contexto, 2013.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1999.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Valério Rohde e Udo B. Moosburger. São Paulo. Editora Abril Cultural, 1980.

KHALED JUNIOR., Salah Hassan. **A busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

LAKATOS, Imre. **La Metodologia de los Programas de Investigación Científica**. Madrid: Alianza, 1989.

LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2002.

PALLARES, Eduardo. **Diccionario de Filosofia**. México: Editorial Porrúa, 1964.

POPPER, Karl. **Conjecturas e Refutações**. Tradução Benedita Bettencourt. 1.ed. Lisboa: Almedina, 2018.

POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 9. ed. São Paulo: Cultrix, 1993.

TONINI, Paolo. **Direito de Defesa e Prova Científica: Novas Tendências no Processo Penal Italiano**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais (IBCCRIM), n. 48, 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rei, 2003.

PROVIMENTO 016/2019 CGJ-TJRS: ALTERAÇÕES PARA O REGISTRO DE NASCIMENTO DE CRIANÇAS INTERSEXUAIS

Daiana Dreissig¹

RESUMO

O presente estudo trata sobre o Provimento 016/2019 lançado pela Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, por sua vez, indica novas regras para o registro de nascimento de crianças intersexuais. O problema direcionador da pesquisa busca analisar em que medida o Provimento 016/2019 atende às necessidades e dificuldades de registro das crianças intersexuais. Dessa forma, o objetivo principal da construção do artigo é identificar e compreender os aspectos do registro de nascimento de crianças intersexuais antes e depois do Provimento 016/2019, verificando as inovações propostas. A construção da pesquisa é de natureza teórica, baseada na investigação da legislação e das doutrinas brasileiras e estrangeiras. Para abarcar satisfatoriamente a temática, o artigo é proposto em partes que abordam os seguintes pontos, além da conclusão: aspectos gerais da intersexualidade, para que se compreenda o tema principal do Provimento em estudo; registro de nascimento de crianças intersexuais: como era antes do Provimento 016/2019 e quais inovações foram trazidas e seus impactos. Conclui-se que apesar de ser recente, o Provimento 016/2019 trouxe inovações legislativas muito pertinentes para as crianças intersexuais e suas famílias, visto que permite o registro do nascimento sem a necessidade (indireta) de adequação sexual, possibilitando trato adequado e humano principalmente à criança.

Palavras-chave: Crianças – Intersexuais – Registro de Nascimento – Provimento.

ABSTRACT

This study deals with Provision 016/2019 issued by the General Court of Justice of the Court of Justice of Rio Grande do Sul, which, in turn, indicates new rules for the registration of birth of intersex children. The research's guiding problem seeks to analyze the extent to which Provision 016/2019 meets the needs and difficulties of registration of intersex children. Thus, the main objective of the article construction is to identify and understand the aspects of birth registration of intersex children before and after Provision 016/2019, verifying the proposed innovations. The construction of the research is theoretical in nature, based on the investigation of Brazilian and foreign legislation and doctrines. To satisfactorily cover the theme, the article is proposed in parts that address the following points, besides the conclusion: general aspects of intersexuality, so that the main theme of the Provision under

¹Advogada. Bacharela em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA. dreissigdaiana@gmail.com

study is understood; birth registration of intersex children: as it was before Provision 016/2019 and what innovations were brought about and their impacts. It is concluded that despite being recent, Provision 016/2019 brought very relevant legislative innovations for intersex children and their families, since it allows the registration of birth without the (indirect) need for sexual adequacy, allowing for adequate and humane treatment mainly the child.

Keywords: Children - Intersex - Birth Registration - Provision.

INTRODUÇÃO

O presente artigo dedica-se estudo do Provimento 016/2019 articulado pela Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pontuando seus principais aspectos. O problema direcionador da pesquisa pretende analisar em que medida o referido Provimento atende às necessidades e dificuldades do registro de nascimento de crianças intersexuais.

O objetivo geral da construção do artigo é identificar e apontar as questões atinentes ao registro de nascimento de crianças intersexuais antes e depois do Provimento 016/2019, possibilitando assim a verificação das inovações práticas apresentadas na alteração de legislação. Para tanto, serão estudados também os aspectos da intersexualidade, vez que dizem muito sobre as dificuldades de registro.

O estudo se justifica pela importância e novidade do tema, uma vez que ainda é pouco conhecido e discutido na sociedade – e por isso, muitas vezes visto como uma problemática. Nota-se também a relevância do tema pelo alcance populacional, vez que de acordo com dados da ONU, de 0,05% a 1,7% dos nascimentos são de crianças intersexuais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

A construção da pesquisa é de natureza teórica, baseada na investigação da legislação brasileira e de doutrinas brasileiras e estrangeiras. Entre os autores utilizados para a construção teórica, não diferentes em importância em relação aos demais, cita-se Ana Karina Canguçu Campinho, Ana Cecília de Sousa Bittencourt Bastos e Isabel Maria Sampaio de Oliveira Lima; Moara de Medeiros Rocha Santos e Tereza Cristina Cavalcanti de

Araújo; Michel Foucault; Walter Ceneviva; Tereza Rodrigues Vieira; e Paulo Nader.

Para melhor organização e compreensão, o artigo é proposto e dividido conforme a seguir, pontuando sobre os seguintes aspectos além da conclusão: aspectos gerais da intersexualidade; registro de nascimento de crianças intersexuais: como era antes do Provimento 016/2019 e quais inovações trazidas e seus impactos (se beneficiam ou não as crianças).

1 O QUE É INTERSEXUALIDADE

Uma vez que o Provimento 016/2019 da CGJ-TJRS dispõe sobre o registro de nascimento de crianças portadoras de *anomalia de diferenciação sexual* (ADS), para discuti-lo é necessário, antes, aprofundar e estudar o conceito do que seja essa anomalia, que é o propósito de toda a elaboração legislativa do referido Provimento. Essa abordagem será feita neste primeiro tópico do artigo.

A *anomalia de diferenciação sexual* (ADS) de que trata o Provimento 016/2019 possui várias outras denominações, como *genitália ambígua* (SANTOS; ARAÚJO, 2003), *estado intersexual/ intersexo*¹ (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2003) no vocabulário médico, e antigamente *hermafroditismo*, termo oriundo da mitologia grega. Para o presente estudo, utilizar-se-á o termo intersexualidade, que é também utilizado pela Organização das Nações Unidas.

De acordo com Machado, a intersexualidade é caracterizada pela impossibilidade de distinção sobre a genitália e órgãos sexuais externos e/ou internos da criança (MACHADO, 2005). Estima-se que de 0,05% a 1,7% dos nascimentos seja de crianças intersexuais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016) – o que, apesar da significância, representa um contrassenso aos padrões de caracterização sexual estabelecida como feminino – masculino (OLIVEIRA, 2013). Foucault, utilizando a denominação hermafroditas, teoriza

¹O Conselho Federal de Medicina, pela Resolução 1.664/2003, aponta ainda subclassificações da intersexualidade: genitália ambígua, ambiguidade genital, intersexo, pseudo-hermafroditismo masculino ou feminino, hermafroditismo verdadeiro, disgeniagonadal, sexo reverso, entre outros (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2003).

sobre esta condição e a explica como um monstro humano, um ponto de “contra-natureza” (FOUCAULT, 2001).

De acordo com Machado, são quatro as possibilidades de ocorrência de intersexualidade: pseudo-hermafroditismo feminino; pseudo-hermafroditismo masculino; disgeniagonadal mista; hermafroditismo verdadeiro (MACHADO, 2005). Maciel-Guerra e Guerra Jr., por outro lado, “[...] consideram a distinção nas seguintes categorias: hermafroditismo verdadeiro, gônada disgenética, testículo disgenético, pseudo-hermafroditismo masculino e pseudo-hermafroditismo feminino.” (MACIEL-GUERRA; GUERRA JR. apud CAMPINHO; BASTOS; LIMA, 2009, p. 1.154).

Já para Sterling, são três as subdivisões: os hermafroditas verdadeiros, *hermes*, que têm um ovário e um testículo, que podem crescer de forma separada ou conjunta no mesmo órgão; os pseudo hermafroditas masculinos, *mermes*, que possuem testículos, cromossomos XY e alguns aspectos de genitália feminina; os pseudo hermafroditas femininos, *fermes*, que possuem ovários, cromossomos XX e alguns aspectos de genitália masculina (STERLING, 1993). Assim também é a identificação feita por Santos e Araújo:

[...] as condições intersexuais são classificadas de acordo com critérios anatômicos, histológicos, citológicos e psiquiátricos. Assim, o **hermafroditismo verdadeiro** é uma condição muito rara, correspondendo à diferenciação gonádica incompleta, que leva à presença de tecidos ovariano e testicular reunidos no mesmo indivíduo. Em geral, a genitália externa é ambígua, com características morfológicas predominantes do tipo masculino, o que conduz à determinação do sexo como masculino. A genitália interna pode conter útero, trompas, epidídimo e ductos deferentes. Esses indivíduos são estéreis. Na puberdade, podem apresentar desenvolvimento das mamas e menstruação (Speroff, Glass & Kase, 1995).

Já os casos de pseudo-hermafroditismo possuem tecido gonadal de apenas um sexo. **Pseudo-hermafroditismo masculino** corresponde aos indivíduos incompletamente masculinizados que possuem sexo genético 46, XY e natureza testicular das gônadas. Contudo, a genitália externa não está normalmente formada e, assim como a genitália interna, pode ser ambígua ou feminina. Nos casos de **pseudo-hermafroditismo feminino**, os sujeitos são providos de gônadas femininas, geralmente funcionais, e uma constituição cromossômica 46, XX. Os órgãos genitais internos são femininos, porém a genitália externa apresenta graus de masculinização. Essa é a única condição em que os indivíduos são férteis. (SANTOS; ARAÚJO, 2003, p. 27) [grifos da autora].

Sterling indica que o conceito de hermafrodita/intersexual se dá a partir do que se conhece por desenvolvimento sexual masculino – feminino, já que em geral o embrião se desenvolve com características masculinas ou femininas: um conjunto de caracteres se interrompe e se dissolve, para que outro conjunto prospere (STERLING, 1993).

A partir dessas informações, formularam-se teorias sobre a sexualidade de pessoas intersexuais, propondo maneiras de acompanhamento e tratamento. De forma geral, Money propõe uma teoria de papéis sexuais, pela qual indica serem distintos entre si o sexo biológico e o sexo psíquico (MONEY apud MACHADO, 2005). Santos e Araújo indicam duas teorias específicas sobre a intersexualidade: a Teoria da Neutralidade Psicosexual ao Nascimento¹ desenvolvida por John Money, J. G. Hampson e J. L. Hampson, e a Teoria da Tendência Interacionista após o Nascimento² desenvolvida por Milton Diamont (SANTOS; ARAÚJO, 2003).

Ambas teorias sugerem a intervenção cirúrgica como solução para os casos intersexuais, de maneira que se chegue a um resultado masculino ou feminino. Esse “objetivo classificador” se dá porque “[...] agimos e pensamos conforme o que aceitamos ser e julgamos ser, [de forma que] cada indivíduo introjeta e assimila noções fundamentais acerca das atitudes certas e dos padrões condizentes com a aceitação da função masculina ou feminina.” (VIEIRA, 2012, p. 155). Ou seja, a sugestão cirúrgica de adequação se dá pela questão do registro de nascimento, que é uma questão jurídica, mas também pela inserção prática da criança no contexto social.

Diante dessas perspectivas se faz relevante a desconstrução de elementos. Isso porque quando se fala em sexo é exigida uma compreensão conjunta de fatores parciais e que se complementam (DEL CAMPO apud ARANTES, 2007). De acordo com o autor, são cinco subdivisões que

¹ De acordo com a Teoria da Neutralidade Psicosexual ao Nascimento, a percepção da criança quanto ao gênero ao qual pertence se dará pelas informações que adquirirá do meio no qual será inserida. Indica a realização de cirurgia de designação sexual brevemente, para que os pais não fiquem incertos sobre as balizas educativas que devem aplicar (SANTOS; ARAÚJO, 2003).

² Conforme a Teoria da Tendência Interacionista após o Nascimento, é inerente à criança desde o seu nascimento a propensão ao desenvolvimento de sua sexualidade de forma masculina ou feminina. Por isso, a perspectiva da criança quanto à sua sexualidade deve ser levada em consideração para a possibilidade de intervenção cirúrgica (SANTOS; ARAÚJO, 2003).

compreendem sexo: sexo genético¹, sexo endócrino², sexo morfológico³, sexo psicológico⁴ e sexo jurídico⁵.

O conceito inicial do sexo, ou seja, a primeira análise, se dá pelas características orgânico-físicas externas (morfologia), até porque é o aspecto mais evidente e perceptível inclusive no momento do nascimento. Contudo, a formação dessa diferenciação é delicada, conforme Papalia, Olds e Feldman:

Inicialmente o sistema reprodutivo rudimentar do embrião é quase idêntico em machos e fêmeas. De seis a oito semanas após a concepção, os embriões masculinos normalmente começam a produzir o hormônio masculino testosterona, e a exposição de embriões geneticamente masculinos a níveis constantes e elevados de testosterona geralmente resulta no desenvolvimento de um corpo masculino com órgãos sexuais masculinos. Mas o processo não é automático. A pesquisa com ratos descobriu que os hormônios devem primeiro sinalizar o gene SRY, que então ativa a diferenciação celular e a formação dos testículos. Sem essa sinalização, um rato geneticamente macho desenvolverá genitais femininos ao invés de masculinos (Hughes, 2004; Meeks, Weiss & Jameson, 2003; Nef et al., 2003). É provável que um mecanismo semelhante ocorra em homens. Ao contrário, o desenvolvimento do sistema reprodutivo feminino é controlado por uma molécula sinalizadora chamada *Wnt-4*, uma forma variante que poderá “masculinizar” um feto geneticamente feminino (Biason-Lauber, Konrad, Navratil & Schoenle, 2004; Hughes, 2004; Vainio, Heikkila, Kispert, Chin & McMahon, 1999). (PAPALIA; OLDS; FELDMAN, 2010, p. 66-67). [grifo da autora]

A partir daí é possível compreender que existe um conjunto de fatores que age desde o início na complexa formação do corpo humano, e que, mais que influenciar, determina/delimita a forma de seu desenvolvimento. Significa que cada desdobramento de elementos no organismo pode potencializar características diversas. Assim, embora a maior parte do que conhecemos seja condizente ao conceito dualista (masculino – feminino), nem sempre esse modelo é produzido.

Assim, a questão norteadora do presente artigo encaixa o trato oferecido às pessoas com peculiaridades sexuais, já num dos primeiros e mais

¹ Considera a forma cromossômica do organismo, com 22 pares autossômicos e um par sexual, ou seja, homem 44 A + XY; mulher 44 A + XX (ARANTES, 2007).

² Refere aos hormônios produzidos pelo corpo humano, constituído por glândulas como a tireoide e a hipófise, bem como pelas gônadas, ou glândulas reprodutoras (testículos e ovários) que se apresentam entre os 40 e 45 dias de vida intrauterina (ARANTES, 2007).

³ Aponta as características externas da genitália.

⁴ Composto por “[...] fatores constitucionais e endócrinos [que] predisporão alguém a um prevalente tipo de reação psicológica.” (MARANHÃO, apud ARANTES, 2007, p. 218).

⁵ Quanto à obrigatoriedade de constar o sexo em documentos oficiais do indivíduo.

importantes aspectos de inserção em uma sociedade que, à priori, reconhece apenas o que já é padronizado, ou seja, a identificação sexual feminina ou masculina. Esse ponto de inserção é o registro civil de nascimento, abordado a seguir.

2 REGISTRO DE NASCIMENTO DE CRIANÇAS INTERSEXUAIS

O registro de nascimento dá origem à certidão de nascimento, documento oficial de identificação que acompanha o indivíduo por muitos anos, quiçá a vida toda. Visto que a intersexualidade é uma condição diferenciada, seu registro também possui especificidades, tanto que é tema do Provimento 016/2019. Dessa forma, como a presente pesquisa trata do referido provimento, os próximos tópicos abordarão os principais pontos sobre o registro de nascimento e sua aplicação nos casos de intersexualidade.

2.1 ASPECTOS GERAIS DO REGISTRO DE NASCIMENTO

O Registro Civil de Pessoas Naturais (que é um desdobramento dos Registros Públicos - Lei de Registros Públicos, nº 6.015 de 1973), é que cuida do registro de eventos específicos relativos ao indivíduo, como o nascimento, o casamento e o óbito. São seus objetivos a autenticidade, a segurança e a eficácia, e têm por efeitos jurídicos a constituição, comprovação e publicidade de direitos, é realizada por delegação do Poder Público (CENEVIVA, 2010).

Atendendo aos objetivos da pesquisa, o recorte de abordagem dar-se-á quanto ao registro do nascimento¹, cuja obrigatoriedade existe em razão do interesse público em identificar os cidadãos (CENEVIVA, 2010), porque “[...] implica na *identidade jurídica* da criança e, necessariamente, importará na visão futura sobre si mesma.” (SILVA, MOTA, *et. al.*, 2011, p. 87). Esse aspecto forma o que Arantes diz ser uma das subdivisões do sexo, que é a sua conceituação jurídica (ARANTES, 2007).

¹O nascimento se concretiza cientificamente pelo momento no qual a criança deixa o útero materno e efetua respiração (CENEVIVA, 2010).

Dessa forma, de acordo com a combinação dos artigos 29, I¹ e 50, caput², da Lei 6.015/73, todos os nascimentos ocorridos no território nacional devem ser devidamente registrados no Registro Civil de Pessoas Naturais, no prazo de 15 (quinze) dias, e conforme art. 54, item 2³, com redação dada pela Lei 6.216/73, é requisito a indicação do sexo da criança a ser registrada, que acontece, via de regra, pela apresentação do registro hospitalar da criança.

Atente-se que, quando do nascimento de uma criança, é emitida pela entidade hospitalar uma Declaração de Nascido Vivo (DNV), regulamentada pela Lei 12.662/2012. Essa declaração somente pode ser emitida por profissional de saúde ou de acompanhamento inscrito no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde ou respectivo Conselho profissional. De acordo com o art. 3º da referida lei, a DNV tem validade para fins de lavratura do assento de nascimento (BRASIL, 2012).

Nesse documento, conforme art. 4º da Lei 12.662/2012, devem constar, entre outras informações, a data, hora e local de nascimento, o nome, o sexo. Conforme é possível observar pelo modelo de DNV abaixo, no campo de enumeração 3, referente ao sexo, existem três opções para assinalar: “M – Masculino; F – Feminino; I – Ignorado”.

O formulário de Declaração de Nascido Vivo (DNV) é dividido em seções numeradas:

- 1 Nome do Recém-nascido
- 2 Data e hora do nascimento, subdividido em Data (dia, mês, ano) e Hora (hora, minuto, segundo).
- 3 Sexo, com opções de seleção: M - Masculino, F - Feminino, I - Ignorado.
- 4 Peso ao nascer, em gramas.
- 5 Índice de Apgar, com campos para 1º minuto e 5º minuto.
- 6 Detectada alguma anomalia congênita? Caso afirmativo, usar o bloco anomalia congênita para descrevê-las. Opções: 1 Sim, 2 Não, 9 Ignorado.

Ilustração 1: Recorte da Declaração de Nascido Vivo.

Fonte: Ministério da Saúde.

Verifica-se que o primeiro documento de identificação da criança, ainda que seja provisório, contempla a opção de não caracterização sexual. É

¹“Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais: I - os nascimentos; [...]” (BRASIL, 1973)

²“Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.” (BRASIL, 1973)

³ “Art. 54. O assento do nascimento deverá conter: [...] 2º) o sexo do registrando; [...]” (BRASIL, 1973).

importante frisar, contudo, que a DNV não é o documento oficial da criança, mas sim um documento auxiliar cuja função principal é orientar a confecção do documento oficial, que é o registro de nascimento.

2.2 REGISTRO DE NASCIMENTO ATÉ O PROVIMENTO 016/2019 CGJ-TJRS

Até a publicação do Provimento da CGJ-TJRS, o registro de nascimento somente assinalava as opções de sexo como masculino-feminino, de maneira que as crianças intersexuais tinham sua peculiaridade sexual documentada (na DNV) somente até o momento do registro civil de nascimento, quando era necessário optar entre masculino ou feminino. Essa restrição de registro, aliada a outras questões, forçava a classificação das crianças intersexuais recém-nascidas, que muitas vezes era (e ainda é!) realizada por meio de intervenções cirúrgicas e hormonais. Foucault entende que

[...] o ser que tem dois sexos e, por conseguinte, que não sabe se deve ser tratado como menino ou como menina [...] traz consigo a transgressão natural, a mistura das espécies, o embaralhamento dos limites e dos caracteres. Mas ele só é monstro porque também é um labirinto jurídico, uma violação e um embaraço da lei, uma transgressão e uma indecidibilidade no nível do direito. (FOUCAULT, 2001, p. 81 – 82).

De acordo com Alves, é da natureza do ser humano a necessidade de buscar, criar e manter uma ordem em relação às coisas, porque causa a sensação de segurança e autonomia quanto ao futuro (ALVES, 2012). Seguindo esse raciocínio, compreende-se a prática social de classificação dos próprios seres humanos, a exemplo da situação estudada, pelo sexo. Assim,

A imposição de modelos de comportamento realiza-se por diferentes aparelhos ideológicos, dirigidos ou pelo menos orientados pelo Estado. Com base em Althusser, podemos distinguir os seguintes aparelhos ideológicos: escolar; familiar; religioso; político; sindical; de informação; cultural. [...] Os indivíduos não são vistos como seres humanos, cada um com suas características, mas como seres classificados, desde o nascimento, segundo uma dicotomia de gêneros, imposta pela aparência de seus órgãos genitais. **Quem não apresenta clareza nessa definição sexual é considerado “anormal” e, na maioria das vezes, submetido a cirurgias e tratamentos hormonais para ser adaptado à expectativa social sobre o gênero.** A justificativa é que a pessoa de gênero “diferente” ou “indefinido” sofrerá preconceitos, e por isso procura-se “adaptá-la”.

Trata-se de postura que sacrifica a identidade biológica e psíquica em nome da “normalidade”, sendo, recentemente, alvo de fortes contestações sociais e jurídicas. (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 77) [grifos da autora].

De acordo com a Resolução 1.664/2003 do CFM, quando da suspeita de caso intersexual, devem ser realizados procedimentos de averiguação, tais como: avaliação clínico-cirúrgica (descrição genital detalhada – palpação gonadal – avaliação anatomopatológica), avaliação hormonal (função adrenal – função gonadal – insuficiência de conversão ou ação periférica de andrógenos em relação testosterona/de hidrotosterona, hormônio antimulleriano), avaliação por imagem (ultrassonografia pélvica – ultrassonografia de rins e vias urinárias – genitograma contrastado – procedimentos endoscópicos), avaliação psicossocial, avaliação genética (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2003). Sob o ponto de vista clínico

A identidade sexual [...] é determinada primordialmente por condições biológicas, abrindo espaço para as práticas de reconstituição dos órgãos sexuais como algo de extrema relevância para a consolidação do “verdadeiro sexo”. A pós a delimitação do sexo verdadeiro, iniciam-se algumas práticas cirúrgicas que são indicadas de acordo com a condição estética do órgão genital. Desta forma, uma anatomia considerada “cosmeticamente ofensiva” se torna alvo privilegiado de correções cirúrgicas. (CAMPINHO; BASTOS; LIMA, 2009, p. 1155).

Dessa maneira, o que se tem é que a realização das cirurgias¹se dá muito antes pela necessidade e angústia que os pais sentem em relação à forma de criação da criança e sua apresentação à sociedade (se menino ou se menina) – que se mistura como registro civil e seus desdobramentos, principalmente acesso a direitos fundamentais, para os quais é obrigatória documentação – do que por risco de vida da criança.

Destaque-se que, de acordo com a Resolução 1.664/2003 do CFM, não há estudos sobre indivíduos intersexuais adultos que não tiveram seu sexo

¹A masculinização da genitália externa é feita em três etapas: 1ª) realizada entre dois e quatro anos de vida, compreende a remoção do conteúdo ovariano, cirurgia para liberação do testículo retido na cavidade abdominal e correção do canal uretral localizado ao longo da superfície do pênis; 2ª) durante o período pré-escolar, realiza-se nova cirurgia plástica da uretra e 3ª) no final da puberdade, é introduzida a prótese testicular (diante da ausência de testículos). A feminilização da genitália é planejada em dois tempos: 1º) remove-se o conteúdo testicular e faz-se cirurgia plástica do clitóris e da vulva; 2º) no final da puberdade, torna-se necessária a complementação da genitália, sendo realizada dilatação vaginal e cirurgia plástica da vagina, nos casos de vagina rudimentar ou ausência da mesma (Longui & Chiara, 1997). (SANTOS; ARAÚJO, 2003, p. 27).

designado quando crianças (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2003). Visto que o conceito de sexo possui segmentações, por mais apurados que sejam os tratamentos de designação/correção sexual, não é possível concluir sobre a satisfatoriedade dos resultados desses procedimentos para o indivíduo submetido a eles, vez que não há indícios científicos.

2.3 O PROVIMENTO 016/2019 DA CGJ-TJRS E SUAS INOVAÇÕES PARA O REGISTRO DE NASCIMENTO DE CRIANÇAS INTERSEXUAIS

Embora existam e estejam em andamento projetos de lei que sugerem mudanças nos registros de crianças intersexuais, a exemplo dos Projetos nº4.241/2012¹; nº 1.475/2015² e nº 5.255/2016³, sua burocrática tramitação restou ultrapassada pela Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que pelo já citado Provimento 016/2019 incluiu artigos na Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul (CNNR/RS), abrangendo o registro de crianças intersexuais.

O Provimento 016/2019 da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, objeto do presente estudo, é datado de 03 de junho de 2019, e assinado pela Desembargadora e Corregedora Geral de Justiça do TJRS Denise Oliveira Cezar. Abaixo, texto de mudança normativa do Provimento 016/2019:

Art. 1º - Inclui os artigos 101-A, 101-B, 101-C e 101-D na Consolidação Normativa Notarial e Registral, que passará a vigor com a seguinte redação:
Art. 101-A - Nos casos de diagnóstico de Anomalias de Diferenciação Sexual – ADS em recém-nascidos, o Registrador **deverá lançar no registro**

¹ Apresentado em 01 de agosto de 2012 pela deputada Erika Kokay, visa garantir o direito das pessoas ao reconhecimento da identidade de gênero, conforme a qual se identificar, bem como a livre escolha de modificação do corpo e de suas funções por meios farmacológicos ou cirúrgicos. O diferencial é que o texto explicita que essas intervenções devem ser de livre escolha da pessoa. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012).

² Apresentado em 11 de maio de 2015 pelo deputado Carlos Bezerra, pretende alterar a redação do § 4º, do art. 54 da Lei 6.015/1973, a fim de que não seja obrigatória a declaração e a constância de sexo no assento de nascimento de crianças intersexuais, ressaltando a possibilidade de o registrando atualizar essa informação um ano após completar a maioridade. (CÂMARA DE DEPUTADOS, 2015).

³ Apresentado em 11 de maio de 2016 pela deputada Laura Carneiro, objetiva regular o registro civil de recém-nascidos intersexuais, alterando o art. 54, § 4º da Lei de Registros Públicos para que se possa constar na certidão de nascimento o sexo como indefinido ou intersexo quando, mediante laudo elaborado por equipe multidisciplinar, for atestado que as características físicas, hormonais e genéticas não permitem, até o momento do registro, a definição do sexo do registrando como masculino ou feminino. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016).

de nascimento o sexo como ignorado, conforme constatação médica lançada na Declaração de Nascido Vivo – DNV.

Parágrafo único - Fica facultado que, a critério da pessoa que declarar o nascimento, no campo destinado ao nome conste a expressão "RN de", seguida do nome de um ou de ambos os genitores.

Art. 101-B – **Assim que definido o sexo da criança, o registro deste e do nome poderão ser retificados diretamente perante o ofício do registro do nascimento**, independentemente de autorização judicial.

§1º - O requerimento para retificação mencionada neste artigo deverá ser acompanhado de laudo médico atestando o sexo da criança, podendo ser formulado por qualquer de seus responsáveis.

§2º - Ocorrendo o óbito do registrando antes da retificação mencionada no caput, fica facultada a retificação do nome, a requerimento de qualquer um dos responsáveis, independentemente de laudo médico;

§3º - A averbação de retificação mencionada neste artigo será realizada de forma gratuita e unificada com a informação do número do CPF do registrado.

Art. 101-C – Decorridos 60 (sessenta) dias da data do registro e **não tendo sido realizada a retificação pelos responsáveis, o Oficial que proceder ao registro nas condições do art. 101-A deverá comunicar o Ministério Público, por meio da Promotoria responsável pelos registros públicos da Comarca de Porto Alegre, para fins de acompanhamento da situação e tomada de eventuais providências** que entender cabíveis no sentido de **assegurar os direitos indisponíveis de personalidade da criança**.

Art. 101-D – O registro feito na forma do art. 101-A tem natureza sigilosa, razão pela qual a informação a seu respeito não pode constar das certidões, salvo por solicitação do registrando, seus pais ou procurador com poderes específicos e firma do outorgante reconhecida por autenticidade, ou ainda por determinação judicial.

§1º – Após a averbação do prenome e do sexo, a certidão poderá ser emitida a qualquer requerente.

§2º – A certidão de inteiro teor poderá ser fornecida a requerimento do registrado ou com autorização judicial.

Art. 2º - Este Provimento entrará em vigor no primeiro dia útil após a sua disponibilização no Diário da Justiça Eletrônico.

(CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Nesse aspecto, é grande a inovação implementada, possibilitando o registro civil de nascimento em acordo com a Declaração de Nascido Vivo, com a opção de “sexo ignorado”. Também, permite que não seja de imediato indicado um nome à criança, podendo essas informações (sexo e nome) serem indicadas ou corrigidas posteriormente. Se não ocorrida a retificação de sexo no prazo de 60 dias, o Oficial de registro deverá comunicar a situação ao Ministério Público para que faça o devido acompanhamento e asseguramento dos direitos da criança.

Essa mudança na legislação é muito significativa, porque existe um dogma científico de que sem tratamento médico a vida dos intersexuais, se não inviável, sofreria muitas adversidades, e por isso quase que automaticamente lhes são impostos programas de controle hormonal e cirúrgicos, especialmente

na fase infantil, com a finalidade de inseri-los na sociedade já ajustados aos padrões macho – fêmea (STERLING, 1993).

A possibilidade de registro de nascimento sem indicação de sexo significa que a família terá mais tempo para refletir e buscar informações sobre as intervenções que autorizará ou não serem realizadas no corpo da criança e suas respectivas consequências¹. Observe-se que

[...] quando se enfatiza a urgência operatória, transmite-se a ideia de que existem riscos para a saúde da criança, podendo ser este um fator que confunde a família, pois, na realidade, é raro existir tal condição. Na maior parte dos casos, a decisão pode ser adiada do ponto de vista médico. (SANTOS; ARAÚJO, 2003, p. 28).

Atente-se que a formação dualista é uma construção social, ou seja, uma invenção ou interpretação humana a partir de uma parte geral da biologia como tentativa de separar, de organizar os indivíduos e direcionar comportamentos². E, principalmente: é uma formação que não comporta a pluralidade da original apresentação do corpo humano. Para Herdt, “[...] a existência de um terceiro, quarto ou quinto sexo é [...] sempre uma construção histórico-cultural.” (HERDT apud MACHADO, 2005, p. 260).

Mais que a questão de gêneros-sexos, a importância da flexibilização que o Provimento 016/2019 proporciona é quanto à pressa que se impunha em definir, inclusive por meios interventivos cirúrgicos e medicamentosos, o sexo da criança até então intersexual. Dito de outra forma, há uma abertura para a reflexão e maior busca de entendimento e conhecimento pelos pais e familiares sobre a intersexualidade e suas condições antes da tomada de decisão sobre intervenções de definição de sexo.

¹Existe a lógica necessidade de “[...] inserir essa criança na sociedade e ser cidadão implica em ter o sexo social definido. Estamos, portanto, frente ao dilema de decidir, com a ajuda da família, o que será melhor para aquela criança no futuro.” (SILVA, MOTA, *et. al.*, 2011, p. 82).

² Ao rediscutir o conceito de saúde, Almeida Filho (2000) constata que “persiste um interesse na produção de modelos biomédicos de patologia com forte inspiração mecanicista, em detrimento de um olhar sobre a saúde em sua complexidade. [...] No campo da intersexualidade, as práticas ainda estão direcionadas para a doença e não para a saúde. As diferenças orgânicas ou relativas à peculiaridade desta experiência são quase sempre ressaltadas como limitações e quase nunca como potencialidades. Na sociedade ocidental, o intersexo está circunscrito à lógica biomédica, não sendo possível vislumbrar práticas sistemáticas de promoção da saúde destinadas a este grupo específico.” (CAMPINHO; BASTOS; LIMA, 2009, p. 1146).

A Resolução 1.664/2003 do CFM indica como fundamental o fornecimento de informações para o paciente e para a família ou responsáveis legais sobre o “problema e suas implicações” (artigo 4º, parágrafo 1º). Isso porque, conforme o artigo 3º, os familiares, responsáveis legais e eventualmente o paciente (eventualmente porque em geral os pacientes são recém-nascidos e por isso não possuem capacidade de decisão), precisam estar conscientes, no momento final da definição sexual, dos resultados a serem atingidos (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2003).

Essa questão é relevante, primeiro e mais importante, porque diz respeito à integridade física imediata da criança e, segundo, porque existe a possibilidade de se “criar” um sexo com o qual o indivíduo, ora criança, não se identificará no futuro. Essa preocupação se justifica porque “[...] o comportamento de indivíduos adultos que tiveram definição sexual nessas circunstâncias é bastante variado: alguns se adaptam perfeitamente ao sexo que lhe foi atribuído, outros se rebelam e às vezes demandam redefinição.” (SILVA, MOTA, *et. al.*, 2011, p. 83).

Note-se que é uma decisão muito delicada, porque diz sobre um aspecto personalíssimo, de identidade da criança, que ainda não tem capacidade, discernimento e autoconhecimento para dizer sobre si e sua sexualidade. Por isso, é especialmente grande a responsabilidade da equipe médica e da família.

Nesse ponto demonstra-se novamente acertado o texto do provimento¹, quando assegura que, quando decorridos 60 dias do nascimento e não retificado e complementado o registro civil com as informações necessárias, o Ministério Público faça o acompanhamento da criança para que sejam resguardados seus direitos. A Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, e também o Estatuto da Criança e do Adolescente preveem como obrigação da sociedade e direito da criança e do adolescente que sejam protegidos a integridade física, moral, psíquica, bem como a sua dignidade enquanto ser humano (artigos 7º, 17 e 18 da lei).

¹ “[...] o Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa.” (ANDRIGHI apud RABELO; VIEGAS; POLI, 2014, p. 37).

Não se pode deixar de observar, contudo, que as alterações articuladas pelo Provimento 016/2019 sugerem que ocorra a identificação sexual da criança/indivíduo, ainda que tardia. Se por um lado a criança ainda fica à mercê de tratamentos médicos invasivos, por outro lado, se oportuniza um mínimo de desenvolvimento e de reconhecimento antes da submissão a esses procedimentos.

Também, há que se observar, por outro viés, que a sugestão de identificação sexual não prazo delimitado para que seja feita. Este é um caminho mais interessante para o trato com as crianças intersexuais porque dá maior atenção aos princípios do melhor interesse da criança, da autonomia e da menor intervenção estatal (PEREIRA, 2006), permitindo que a criança progrida seu desenvolvimento físico e psíquico e vá, ainda que aos poucos, se identificando com sua sexualidade.

A possibilidade de aguardar e retardar o registro do sexo até a criança poder expressar minimamente sua identidade sexual demonstra um trato mais cuidadoso, empático e, portanto, mais humano a ser dispensado para as crianças intersexuais. A preocupação com o seu bem-estar psíquico futuro significa observação e respeito à sua personalidade¹ e à sua dignidade².

Também, há que se considerar que essa inovação legislativa é uma espécie de experimento, e que possíveis ajustes ainda não de ser feitos no decorrer da prática e de seus resultados: a norma é construída em conformidade com a necessidade fática que o grupo social apresenta a partir do que está posto. De acordo com Scuro Neto, o ordenamento jurídico toma por referência os valores do grupo social no qual se aplica, porque ele existe em razão da sociedade (SCURO NETO, 2010).

¹ Os direitos de personalidade se conceituam como aqueles que visam proteger os atributos físicos, psíquicos e morais do indivíduo e em relação a determinados objetivos no contexto da sociedade. Compõe-se de uma triangulação, corpo-mente-espírito, referindo, respectivamente, a vida e a integridade física, a integridade psíquica e as criações intelectuais, a integridade moral (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

² A dignidade constitui uma síntese de valores éticos, capaz de dar sustentação à pessoa humana, permitindo-lhe a realização de suas potências ativas. A pessoa, como vimos reiterando, constitui o princípio e o fim do Direito, que deve ser moldado de acordo com a natureza humana. Isso quer dizer, também, que as instituições devem promover a pessoa humana e não permitir a sua coisificação. Emmanuel Kant, ao considerar a natureza racional como "fim em si mesma", enuncia como princípio objetivo universal, do qual devem originar as leis da vontade, o imperativo prático: "Procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio." (NADER, 2015, p. 75).

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como tema central as modificações fomentadas pelo Provimento 016/2019 articulado pela Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que trata sobre a forma de registro de nascimento de crianças intersexuais.

Para tanto, foram abordadas as nuances da intersexualidade, condição que atinge de 0,05 a 1,7% dos nascimentos mundiais, conforme dados da Organização das Nações Unidas. Essa condição, antigamente conhecida como hermafroditismo, significa a dubiedade sexual, a existência de características sexuais masculinas e femininas no mesmo corpo humano, de forma que seja impossível distinguir a sexualidade “preponderante”.

Antes do Provimento estudado, o registro de nascimento obedecia às regras gerais, de maneira que em 15 dias a contar do nascimento deveria ser realizado, indicando o sexo da criança (se masculino ou feminino, tão somente). Essa condição, aliada ao desconhecimento do tema, então vista como uma doença, muitas vezes forçava os genitores a iniciar tratamentos medicamentosos e até mesmo cirurgias de correção sexual, vez que só assim seria possível indicar no registro de nascimento e para a sociedade de a criança “era menina” ou “era menino”.

O Provimento 016/2019 trouxe alterações na Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul (CNNR/RS), possibilitando que, assim como na Declaração de Nascido Vivo (documento hospitalar), o sexo seja registrado na certidão de nascimento como “ignorado”. Uma vez detectado o sexo da criança, é viável a sua retificação do registro de nascimento, sem custos e sem necessidade de ingresso a vias judiciais, o que torna o procedimento desburocratizado. Ainda, se passados 60 dias do nascimento e não identificado o sexo da criança, é obrigatória a notificação do Ministério Público pelo Oficial registrador, para que o caso seja acompanhado e para que sejam garantidos os direitos da criança – o que é função do Estado, conforme a Constituição Federal (artigo 227¹).

¹ Art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à**

Assim, em resposta à pergunta-problema norteadora da presente pesquisa, tem-se que o Provimento 016/2019 trouxe inovações muito positivas para as crianças intersexuais e suas famílias. Se não terminando, mas amenizando dificuldades de registro e de trato para com as crianças, uma vez que possibilitam seu desenvolvimento sem a urgência de adequação do corpo, que na maioria das vezes já é saudável, para realização do registro de nascimento e acesso aos direitos básicos.

Dado o tratamento humano, solidário e oportuno que as alterações de legislação que o Provimento proporcionará às crianças intersexuais, é um infortúnio que por ser de caráter estadual (advindo da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), o Provimento tenha seu alcance limitado ao Rio Grande do Sul, não podendo ser automaticamente estendido a todo o país.

Observa-se que por ser recente (datado de 03 de junho de 2019), é concebível que ainda sejam realizados ajustes e alterações na legislação, no percurso que o Direito desempenha com o propósito de acompanhar os avanços e suprir as necessidades da sociedade. De toda forma, é verificável quanto benéfica foi a mudança legislativa alcançada, pelo justo motivo de melhor dedicar-se aos direitos e ao saneamento dos padecimentos das crianças, que são, mais que futuro, responsabilidade atual da sociedade.

Assim, imprescindível que se mantenha acompanhamento e estudo da aplicação dessas novas regras para o registro de nascimento das crianças intersexuais no Rio Grande do Sul, para que sejam possibilitados ajustes eventualmente necessários, bem como sugerida a extensão de sua aplicação para os demais estados brasileiros, dada sua significância.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência**: introdução ao jogo e suas regras. 17. ed. São Paulo: Loyola Jesuítas, 2012.

educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade, ao respeito, à liberdade** e à convivência familiar e comunitária, **além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.** (BRASIL, 1988) [grifos da autora].

ARANTES, Artur Cristiano. **Fundamentos de Medicina Legal para o Acadêmico de Direito**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro** – Lei 10.406/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. **Lei 8.069 de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL. **Lei 12.662 de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12662.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

BRASIL, **Manual de Instruções para o Preenchimento da Declaração de Nascido Vivo**. Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/junho/08/inst_dn.pdf>. Acesso em> 03 nov. 2019.

CÂMARA DE DEPUTADOS. **Projeto de Lei 1.475/2015**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1331687&filename=PL+1475/2015>. Acesso em: 12 out. 2019.

CÂMARA DE DEPUTADOS. **Projeto de Lei 4.241/2012**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1015822&filename=PL+4241/2012>. Acesso em: 12 out. 2019.

CÂMARA DE DEPUTADOS. **Projeto de Lei 5.255/2016**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1456906&filename=PL+5255/2016>. Acesso em: 12 out. 2019.

CAMPINHO, Ana Karina Canguçu; BASTOS, Ana Cecília de Sousa Bittencourt; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. **Dinâmica da Identidade em Pessoas Intersexuais: Entre Vozes e Silêncios**. Disponível em: <<http://www.uneb.br/enlacandosexualidades/files/2012/04/Dinamica-da-identidade-em-pessoas-intersexuais-entre-vozes-e-silencios.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

CAMPINHO, Ana Karina Canguçu; BASTOS, Ana Cecília de Sousa Bittencourt; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. **O Discurso Biomédico e o da Construção Social na Pesquisa Sobre Intersexualidade**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312009000400013&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 14 out. 2019.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1664/2003**.

Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1664_2003.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL,

Provimento nº 016/2019-CGJ. Disponível em:

<http://www3.tjrs.jus.br/servicos/diario_justica/dj_principal.php?tp=0&ed=6519&pag=27&va=9.0&idxpagina=true&pesq=016/2019-cgj>. Acesso em: 03 nov. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**: curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 1: parte geral. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Paula Sandrine. **O Sexo dos Anjos**: um olhar sobre a anatomia e a produção do sexo (como se fosse) natural. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n24/n24a12.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2019.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. **O Direito à Liberdade de Orientação Sexual para além das Limitações de Gênero**. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. Manual do Direito Homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Nota Informativa**: Intersex.

Disponível em: <[https://unfe.org/system/unfe-76-](https://unfe.org/system/unfe-76-UNFE_Intersex_final_Portuguese_rev3__MED.pdf)

[UNFE_Intersex_final_Portuguese_rev3__MED.pdf](https://unfe.org/system/unfe-76-UNFE_Intersex_final_Portuguese_rev3__MED.pdf)>. Acesso em: 28 out. 2019.

PAPALIA, Diane E.; OLDS, Sally Wendoks; FELDMAN, Ruth Duskin; tradução: VERCESI, Carla Filomena Marques Pinto [et al.]. **Desenvolvimento Humano**. 10. ed. Porto Alegre: AMGH, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Uma Princiologia Para o Direito de Família**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. coord. Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. **O Direito do Transexual de Alterar o**

Prenome, o Gênero e Exercer sua Autodeterminação. In: Revista Síntese Direito de Família. v. 15. n. 82, fev./mar. 2014.

SANTOS, Moara de Medeiros Rocha; ARAUJO, Tereza Cristina Cavalcanti Ferreira de. **A Clínica da Intersexualidade e Seus Desafios para os Profissionais de Saúde.** In: Psicologia Ciência e Profissão. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n24/n24a12.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia Geral e Jurídica** – Introdução ao Estudo do Direito, Instituições Jurídicas, Evolução e Controle Social. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Ivani Novato; MOTA, Joaquim Antônio César; TATSUO, Edson Samesima; PIÇARRO, Clécio; VALADARES, Eugênia Ribeiro; FERNÁNDEZ, Ana Cristina de Carvalho; DE PAULA, Ana Amélia O. Reis; MARQUES, Daniela de Freitas; OLIVEIRA, Fátima. **Os Dilemas da Definição Sexual: Como Proceder com a Criança Nascida com Graves Alterações Genitais?** Disponível em: <<file:///D:/Downloads/609-1904-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2019.

STERLING, Anne Fausto. **Os Cinco Sexos:** porque macho e fêmea não são o bastante. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/anne-fausto-sterling-os-cinco-sexos.html>>. Acesso em: 20 out. 2019.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo** – Mudanças no Registro Civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

A MEDIAÇÃO WARATIANA COMO PARADIGMA DE REALIZAÇÃO DA TRANSJUSTIÇA

Ana Paula Cacenote¹

RESUMO

Através de pesquisa bibliográfica e de métodos fenomenológico e comparativo, tem-se como norte a Mediação Waratiana como forma de realização da transjustiça, em que se perfazem os meios permanentes de reconhecimento do Outro, e da construção ética do entre-nós. Resulta na concepção de uma base de justiça despida de uma identidade de valores absolutos, mas sustentável em uma natureza dialógica, onde a outridade, a liberdade, a não-violência e o amor, enquanto prática pedagógica, repercutem sobre as condições de possibilidades da autonomia individual e coletiva, da realização ampla da democracia, da cidadania e da concretização da cultura de paz.

Palavras-chave: Mediação – Transjustiça – Outridade – Reconhecimento – Autonomia.

RESUMEN

Através de la investigación bibliográfica y los métodos fenomenológicos y comparativos, la Mediación Waratiana se utiliza como un medio para realizar la transjusticia, en la cual se realizan los medios permanentes para reconocer al Otro, y la construcción ética de los nodos internos. Resulta en la concepción de una base de justicia despojada de una identidad de valores absolutos, pero sostenible en una naturaleza dialógica, donde la otredad, la libertad, la no violencia y el amor, como práctica pedagógica, reflexionan sobre las condiciones de posibilidades de autonomía individual y colectiva, la amplia realización de la democracia, la ciudadanía y la realización de una cultura de paz.

Palabras-clave: Mediación - Transjusticia - Alteza - Reconocimiento - Autonomía.

INTRODUÇÃO

A inclusão da globalização fez com que a sociedade contemporânea passasse a vivenciar intensas mudanças no campo econômico, político, social e cultural, que contribuíram para a quebra dos paradigmas existentes,

¹Doutoranda em Direito na URI, com bolsa pela CAPES/CNPq. Mestre em Direito pela URI. Professora das Faculdades Integradas Machado de Assis.

necessitando assim, a introdução de novos paradigmas que atendam tais transformações.

Atualmente, o momento é de reivindicações e mudanças de mentalidade/entendimento, em que as emoções, as subjetividades, as incertezas, a liquidez se sobrepõe a racionalidade, as certezas, e a solidez das relações e dos conflitos. Com isso, as formas de manifestação de poder do Estado apresentam-se ultrapassadas frente o cenário social.

A presença da diversidade social e cultural, junto à complexidade das relações humanas desencadeia uma infinidade de conflitos que precisam ser tratados de forma precisa, para que assim possa-se conquistar um convívio sustentado na paz, no respeito, e no reconhecimento recíproco das diferenças. A necessidade da introdução de outros paradigmas de tratamento de conflitos na sociedade contemporânea advém da certificação de que o modelo tradicional de resolução de conflitos já não mais atende as necessidades dos conflitantes, que participam cada vez mais de conflitos de diversas naturezas.

O cenário social contemporâneo necessita da superação da cultura do litígio, e da introdução da cultura de paz, para que assim possam se fazer cessar as relações binárias/dicotômicas, impostas pelo sistema jurisdicional, e a partir disso, desenvolver relações baseadas no diálogo, no respeito, na solidariedade, de alteridade, e na responsabilidade mútua.

Desta forma, o presente estudo tem o escopo de evidenciar a necessidade da realização de um paradigma pedagógico de justiça – a transjustiça – a partir da Mediação Waratiana, bem como, a sua importância na transformação dos conflitos interpessoais, num patamar democrático, de dignidade humana, de autonomia e de realização da cidadania.

Para tanto, num primeiro, far-se-á uma breve análise acerca da atuação do Poder Judiciário quanto a realização de suas finalidades. No segundo momento, apresentar-se-á a mediação de Luis Alberto Warat como paradigma de realização da transjustiça.

1 BREVES REFLEXÕES ACERCA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Nas últimas décadas, grande parte das discussões acerca das atribuições do Estado estão voltadas para o Poder Judiciário, o qual tem a

função de dar segurança jurídica e assegurar a justiça nas relações e no convívio em sociedade. Porém, o avanço da complexidade social acarretou o surgimento de novos meios/possibilidades de interação e de conflitos carentes de solução por parte do Poder Judiciário.

Desse modo, percebe-se que a uma das causas da crise está na forma de realizar a justiça, uma vez que a normatividade do sistema jurisdicional implica em inserir o caso concreto no aparato legal. E muitas vezes a interpretação por parte dos operadores dos direitos torna-se obscura, pois o ato de interpretar requer antes a compreensão do fato, e isso o referido sistema não permite.

Muitos operadores do Direito se encontram presos ao modelo positivista, não se permitindo, assim, a compreensão por meio de outros campos, como o da filosofia, da psicologia, da antropologia, entre outros. Tal situação faz com que o Poder Judiciário não responda satisfatoriamente as angústias que assolam a sociedade.

O paradigma liberal-individualista-normativista de produção do direito atual encontra-se fatigado, uma vez que sua finalidade é atender as disputas entre indivíduos, enquanto que a realidade da sociedade atual necessita de instrumentos que atendam os conflitos que envolvam direitos difusos e coletivos.

O exacerbado individualismo e formalismo são presenças constantes no âmbito jurisdicional; este marcado pelos ritos e procedimentos fundamentados na infalibilidade jurídica e conseqüentemente na segurança da demanda. Já aquele se configura em razão de os direitos individuais sobreporem os direitos coletivos. Portanto, a crise jurisdicional se deu, também, em virtude de os direitos individuais apresentarem-se mais relevantes que os direitos/necessidades da sociedade, como também a formalidade/burocracia¹ ser requisito indispensável para o arrolamento do processo. Nesse sentido, Luis Alberto Warat sustenta:

¹O excesso de linguagem técnica – juridiquês – empregados pelos magistrados nos ritos e nas decisões apresenta-se como um formalismo prejudicial para os conflitantes, dada a dificuldade dos mesmos em compreender tal linguagem, e conseqüentemente, recorrer dos posicionamentos prolatados pelos juízes. Tal formalismo acarreta o afastamento da sociedade a insatisfação dos serviços prestados pelos operadores do direito.

Estamos falando do individualismo como visão de mundo, o paradigma que regulou, nos últimos dois séculos da modernidade, nossas concepções sobre os direitos humanos, sobre a cidadania, determinou o sentido de Direito e impulsionou o núcleo vital do econômico. Refiro-me ao individualismo que subjaz no que se simula chamar instituições democráticas ocidentais e também no que nos permitimos chamar de produção do saber científico. (WARAT, 1998, p. 16).

Dessa forma, se denota o falso caráter democrático do modelo de produção do direito e de resolução de conflitos, o qual impõe o direito à situação real, posicionando os conflitantes na condição de ganhador e perdedor. Tal sistemática refere-se à delegação de direitos que gera obstáculos normativos e conseqüentemente o distanciamento entre o Direito e a sociedade.

E o sistema jurisdicional, por meio de seus tribunais, ficou na função de atender a vontade da coletividade, e assim transformar o paradigma de produção do direito. Contudo, tais objetivos não vêm sendo realizados, dado ao fato de que a legislação utilizada pelos magistrados na resolução dos confrontos, não atende/corresponde aos anseios e expectativas da sociedade contemporânea, caracterizando a deficiência da dogmática jurídica.

Atinente o exposto, comporta mencionar também o caráter fictício e abstrato, presente no texto legal e nas decisões prolatadas pelos juízes. Nesse sentido, Warat explica:

Em um processo judicial, em los mecanismos de producción de las decisiones por parte de los magistrados se juegan ficciones y abstracciones que alejan el texto legal del querer de las partes. El juez interpreta monolíticamente alejando el sentido de la vida cotidiana de las partes, produciendo decisiones amparadas en la ficción de un atributo mesiánico. El imaginario una semiótica del hacer de cuenta que marca la presencia estructural de la deslectura. (WARAT, 1997, p. 39).

O sistema jurisdicional com o fito de regular as relações sociais e garantir segurança, utiliza normas/categorias abstratas que reduzem, mediorizam os confrontos de interesses, distanciando a realidade das oposições. Esse processo de abstração possibilita reduzir a diversidade e a pluralidade de fatores presentes nas pessoas (com sua individualidade), nas relações e nos conflitos. Através desse processo generalizante de abstração, as normas que regulam o convívio em sociedade são ordenadas de maneira

formalmente igualitárias. Assim, pode-se afirmar que o sistema jurisdicional apresenta-se limitado para atender os embates por meio de decisões judiciais, dada a sua forma homogênea e disciplinadora.

Tal sistema estabeleceu a cultura do litígio, de modo que a única forma de resolver o conflito e realizar os escrutínios da justiça, está no poder de decisão do magistrado. Em que pese tal modelo ter sua importância no seio social, sabe-se que sua atuação contribuiu significativamente para a passividade da sociedade no exercício de seu poder reflexivo e crítico, que na concepção de Warat, é chamado de castração simbólica:

Somos sujeitos castrados quando não sentimos a necessidade de um confronto com o instituído, quando não vemos a importância de expor os poderes estabelecidos frente aos conflitos que os desestabilizam, quando não podemos fazer (porque não percebemos a necessidade) uma prática descentrada e desierarquizada do político e, sobretudo, na medida em que não sabemos transformar o político e o saber em um espaço simbólico sem proprietários. Enfim, quando procuramos a autodestruição da sociedade adormecendo Eros, simulando o alívio da culpa originária na mecânica das verdades científicas e nas lendas do amor. [...] Na castração simbólica, o que há de mais vital não é a poda, a perda, mas sim a saturação, o excesso. Os homens estão tão repletos de estereotipações, de prêt-à-parler, das versões singulares e lineares que lhes são impostas, que não há espaço dentro deles para a criatividade, para a autonomia, para a compreensão não oficial dos sentidos, o que viria a constituir o plural das significações. [...] A gênese da castração é uma gênese de dominação. Qualquer dominação começa por proibir a linguagem que não está prevista e sancionada. Quadro dramático, quadro dogmático, que bem define como capador-capado o campo do imaginário instituído: jurídico, educacional, científico ou cotidiano. É um imaginário onde se produz um frágil equilíbrio entre castrações e sublimações e que faz crer que roto, o homem tende ao autoritarismo. Nesse sentido, o discurso jurídico existe para fazer crer que há menos autoritarismo. (WARAT, 1985, p. 17-18).

Se não bastasse o reducionismo do senso crítico da sociedade acerca da atuação do Poder Judiciário na realização da justiça, percebe-se que o referido sistema, demonstra-se deficiente para proporcionar ambientes de pacificação, de integração e de diálogo entre os conflitantes. Isso ocorre em virtude da relação dicotômica entre as partes (ganhador-perdedor), imposta pelo mesmo na resolução dos dissensos.

Tal forma de resolução apresenta-se equivocada, uma vez que a dissolução do conflito não estimula relações dialogais, nem tampouco, contribui para o desenvolvimento humano, apenas decide o futuro das pessoas sem

considerar suas angustias, sua realidade, e suas necessidades. Assim, o empenho de converter novas as práticas jurídicas para tratar dos conflitos, demonstra a fragilidade de tal sistema em retomar o caráter humanitário da sociedade.

A cultura do litígio apresenta-se como uma cultura (insustentável) do monopensamento. Deste modo, os instrumentos jurídicos não permitem descobrir e reconhecer como se conduz a variação da realidade social, dado o caráter imprevisível da mesma. Por esta razão, as verdades advindas da decisão judicial, buscam tornarem-se inextinguíveis. Assim, esse entendimento mecanicista e destrutivo, não consegue captar o que está por detrás (subtexto) do conflito.

Em que pese a inefetividade do sistema jurisdicional esteja aliada a escassez de recursos/remédios de ordem material, estrutural, cultural, entre outros, que atendam às necessidades das relações de conflito, deve-se considerar que tais recursos tratam apenas os sintomas (a superficialidade) e não a causa (motivações afetivas, relacionais, etc.) uma vez que tais recursos (instrumentos normativos) não foram criados para trabalhar com a profundidade das relações e dos conflitos humanos nos diversos setores da sociedade.

Segundo Warat (2004), para que a causa do conflito possa ser tratada, deve-se sentir o outro, colocando-se no lugar do outro. Contudo, o aparelho jurisdicional não permite que os magistrados sintam as partes, e a partir desse reconhecimento decidam o dissenso. A eles é determinado ajustar o conflito num modelo normativo, sem sentir as partes. Assim, administra-se a justiça com decisões deterministas, que desconsideram o que as partes sentem como o justo no dissenso (salvo raras exceções), podendo, em algumas situações, a distribuição de justiça servir de agressão para os conflitantes.

Pode-se afirmar que a sociedade demonstra-se desacreditada com o cumprimento dos fins propostos pelo Poder Judiciário e pelo instrumento normativo. O poder do discurso jurídico apresenta-se afadigado, diante dos pontos de vista padronizados e esgotados. A partir disso, começa a surgir um desencantamento com os princípios do Direito,¹ que por muito tempo

¹ Conforme Warat, o pensamento jurídico era algo sagrado e agora se está profanando, diante da carga maciça de racionalizações pretenciosas que não passam de meras expressões de conformismo e da

conduziram a validação do justo e do verdadeiro. Vive-se o declínio da crença jurídica. (WARAT, 2004).

Assim, o pensamento jurídico é caracterizado por um discurso vazio, que não acompanha a realidade hodierna, e por consequência, não adquire novos pontos de vista acerca da sociedade. Nesse sentido, Warat acentua:

[...] depois do excesso de plenitude ideológica, de um saber jurídico apegado à fantasia de um “já-dito-desde-sempre”, surgiu o excesso do vazio: o descompasso provocado por uma infinidade de discursos superpostos (um dogmatismo vulgar) que não pode pensar criativamente na realidade de nossa época. O fantasma da ideologia jurídica configurada durante a modernidade. Na mesma intensa e degradada inconsistência conceitual que aparece com insistente frequência nos meios de comunicação de massas como culto puro à validade dos rótulos. A aceitação de um rótulo [...] expressado por um movimento que não consegue propor novas visões da sociedade, ou enfrentar o problema do eclipse do projeto de autonomia. (WARAT, 2004, p. 36).

Nesse limiar, pode-se afirmar que a ineficiência do sistema jurisdicional também é resultante da deficiência discurso jurídico, que não mais corresponde aos anseios da sociedade, aos interesses das relações e dos conflitos humanos, que agora assumem um caráter complexo, repleto de diversidade cultural. Os princípios/valores¹ culturais, políticos, sociais, econômicos, morais que conduzem tal discurso, não passam de uma ilusão, uma simulação de sua realização no convívio em sociedade.

2 A REALIZAÇÃO DA TRANSJUSTIÇA A PARTIR DA MEDIAÇÃO WARATIANA

A modernidade é determinada pela atuação do capitalismo, oriundo da globalização. Tal fenômeno contribuiu fortemente para o individualismo, que impede as pessoas de reconhecer o outro e de aprender com suas experiências. No sistema jurídico brasileiro percebe-se a referida postura, pois

banalidade. Estes segregam uma atitude passiva: uma melancólica resignação que os impossibilita de sobrepujar o estado de simplificações e simulacros jurídicos existentes..

¹ Segundo Warat, a sociedade está ameaça por modelos de simulação do Direito, de democracia, de cidadania, de Direitos Humanos, de ecologia, de desejo, de identidades, e inclusive modelos de simulação de crítica do conhecimento. Modelos fantasiados de si mesmo. Poderia dizer que existe consenso sobre os valores contidos em todos esses modelos, mas só há registro de ilusão. Uma ilusão que se simula realizada ainda que os fatos demonstrem o contrário.

para se fazer justiça torna-se necessário a negação do outro. Nesse sentido, Warat destaca:

Falo de um individualismo autista que formou a idéia de um sujeito autista de direito. Uma concepção jurídica baseada em um individualismo proprietário-possessivo-manipulador, que se esqueceu do outro, que perdeu algo que se constrói com o outro, pela presença do outro na experiência. (WARAT, 2001, p. 160).

Neste contexto, vale sobressaltar o exercício da cidadania para o despertar de uma sociedade solidária. Por muito tempo a concepção de cidadania foi fundamentada no controle social, concedido a um seletivo grupo de indivíduos fadados de poder, para controlar o comportamento dos grupos vulneráveis. Contudo, tal concepção perdeu forças com o aumento da complexidade social, e com o desvirtuamento às leis por parte da parcela dominada, acarretando o aumento dos grupos marginalizados e excluídos.

Falar de cidadania, requer falar de direitos humanos. Consoante ao vínculo entre cidadania e direitos humanos, Bertaso (2012) afirma que os direitos humanos são ferramentas de auxílio e proteção da sociedade contra os poderes públicos e privados, e, portanto, a prática de tais direitos através da cidadania, coopera para o reconhecimento social, a inclusão e a dignidade de todos os cidadãos, como também, para o exercício da solidariedade, da igualdade, do respeito às diferenças, e da participação ativa nos assuntos de ordem coletiva. Nesse sentido, Warat sustenta:

Quando yo hablo ahora de los Derechos Humanos, me estoy refiriendo antes de mas nada, al reconocimiento de mi Derecho a dialogar (que implicar el deber del otro de escuchar-no simplemente oír-y ponderar mis sentidos, pretensiones e intenciones); luego em seguida al Derecho reciproco de conquistar um denominador común a ser respetado. Sin descuidar El Derecho a contar con um Estado que garantice el dialogo y no se me imponha como hacedor de los sentidos de mi adicción: lo que quiere decir um Estado que reconozca como parte del denominador común valorativo mi Derecho a no ser invadido, ni moralmente acossado. Pienso, em fine el futuro de los Derechos Humanos como um Humanismo de alteridad. (WARAT, 2004, p. 377).

Desta forma, a prática dos direitos humanos através da cidadania possibilita aos cidadãos reconhecer o direito de dialogar e de escutar o outro, para que juntos consigam encontrar uma resposta/condição a ser respeitada por todos. Tal prática visa também a atuação de um Estado, que

assegure/utilize o diálogo como instrumento de poder, voltado para a alteridade e para a autonomia dos cidadãos. Busca-se assim, a humanização da sociedade com práticas voltadas para a coletividade, chamado pelo referido autor como “humanismo da alteridade”.

E para alcançar tal transformação cultural, é que se propõe a Mediação Waratiana. E para uma melhor compreensão, faz-se necessário trazer o conceito de mediação¹ formado por Luis Alberto Warat, que assim conceitua:

[...] a mediação pode ser vista como um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual as partes têm a oportunidade de resolver suas diferenças reinterprestando, no simbólico, o conflito com o auxílio de um mediador, que as ajuda, sem que o mediador participe da resolução ou influa em decisões ou mudanças de atitude (nisso se baseia sua imparcialidade; é imparcial porque não resolve nem decide). (WARAT, 1998, p. 06).

Em que pese existir vários modelos de mediação, o presente estudo tem como base, o modelo proposto pelo referido autor, denominado como “terapia do amor” ou “terapia do reencontro mediado” (TRM). Tal modelo parte da psicoterapia do reencontro (WARAT, 2004),² em que a mediação sustentada na sensibilidade, na compaixão e no direito de outridade³, busca através das próprias identidades o que cada um precisa, ocasionando assim, a transformação dos conflitos. Deste modo, o paradigma da transjustiça empregado na mediação, deve ser compreendido como uma prática participativa, que busca o fortalecimento dos vínculos sociais/culturais e a construção de uma identidade calcada em elementos comuns/comunitários, contudo, sem desrespeitar as diferenças.

A espécie humana tem uma predisposição a encarar o conflito no seu aspecto negativo, buscando respostas defensivas/protetoras. Neste sentido, a mediação waratiana propicia a uma terapia conduzida pela

¹ Epistemologicamente e quanto à origem provável da palavra, tem-se que a palavra mediação, antes de derivar de uma palavra latina (médius, medius, mediator) terá aparecido na enciclopédia francesa em 1694, cujo aparecimento é identificado nos arredores do século XIII, para designar a intervenção humana entre duas partes.

² Segundo Warat, a terapia do reencontro, que a mediação institui, precisa focalizar, detectar essas estruturas fundamentais da chantagem emocional, trabalhá-las, tentando que a parte aprisionada pela dominação emocional, recupere sua auto-estima e a viagem a ela mesma. A terapia do reencontro é uma tentativa de reinscrição dos afetos no feminino. É uma forma de transformar vínculos conflitivos em vínculos amorosos.

³ Para Warat, outridade é um encontro com o outro, onde ambos saem de seus lugares, para encontrar e vislumbrar o entre-nós, esse espaço de reconhecimento.

alteridade/outridade, a qual oportuniza a construção de novo sentido para o conflito, permitindo que o sujeito passe a olhar a partir do olhar do outro. Nesse sentido Warat (2001, p. 93) aduz: “É chegar com o outro a seu segredo, para descobrir os efeitos internos do que o afeta e me afeta; tudo com a orientação do mediador”.

Com o intento de complementar a ideia de Warat, é que se resgata o entendimento de Bonafé-Schmitt *apud* José Luis Bolzan de Moraes (1994), acerca da mediação, o qual a compreende como um modelo de regulação social, ou ainda como um modelo de integração, em que se permite a reconstituição de lugares de socialização, e uma ressignificação das relações entre a sociedade e o Estado. Nesse limiar, torna-se pertinente apontar o entendimento de Delfina Linck, a qual aduz:

Cuando décimos conducta décimos comunicación. Esto, que parece tansencillo, es olvidado em lapráctica de todos los días, cuando para intentar influenciar la visión del otro, pretendemos incidir em forma directa sobre su pensamiento com discusiones y argumentos, olvidando que el pensamiento, no va directo al pensamiento sino que llega envuelto em una conducta, que es um mensaje respecto de su persona. Por eso, es primordial, cuando se quiere influir sobre la visión de otro, recordar que una vía preferente para hacerlo es primero y antes que nada, reconocer de manera adecuada a esse outro, estar dispuesto a escucharlo, hacer se agradable o aceptable a través de la conducta y de la forma de comunicar. Porque em principio es tan fácil excitar la agresividad em los demás como lo es despertar respuestas cooperativas. Lo mejor de nosotros mismos es capaz de despertar lo mejor de los otros, mientras que lo peor de nosotros mismos es capaz de despertar lo peor de los otros. Usando metáforas podemos decir que em cada uno hay um ángel y um demônio listos para ser despertados, em cada uno hay um sócio y um adversário, em cada uno hay um aliado y um enemigo. Cuando existe um conflicto que no se há podido encaminhar a uma resolución por acuerdo es porque se há estado descuidando la posibilidad de despertar al ángel, de convocar al sócio, de llamar al aliado. (LINCK, 1997, p. 31-32).

A mediação conduz os conflitantes na restauração dos sentimentos, permitindo a desconstrução das camadas superficiais para que haja uma integridade recíproca no enfrentamento. É a oportunidade de expressar o que sente e assim encontrar um ponto de equilíbrio para si e para o outro, uma proporção entre a razão e o sentimento, é provocar a sensibilidade de cada participante (WARAT, 2004).

A metodologia da mediação está baseada no diálogo, na participação responsável e na autonomia dos envolvidos, contribuindo para o

reconhecimento e o respeito às diferenças de cada conflitante, como também, para a construção de um consenso, em que todos possam sair satisfeitos com a resolução do confronto. Segundo Warat, a mediação apresenta-se como um caminho para a realização da autonomia dos conflitantes no tratamento do conflito, onde a autonomia de cada um, juntas possam produzir o novo, o diferente. “A autonomia como a possibilidade de me transformar olhando-me a partir do olhar do outro.” (WARAT, 1998, p. 08).

A terapia do reencontro mediado desenvolve o amor sob o inimigo. Nesse sentido Warat explica:

Aquilo que detestamos no outro é algo que está em nós, na sombra de nós mesmos; se lograrmos descobrir, não significa que passaremos a nos gostar, mas sei que perderemos as razões para odiar ou matar o outro que faz o mesmo. (WARAT, 2001, p. 96).

Os mecanismos empregados pela mediação proporcionam uma profunda compreensão entre os conflitantes, o que facilita na reconstrução do vínculo e no cumprimento responsável do que foi acordado. No âmbito social, a prática da mediação reforça e efetiva na comunidade, os valores e os direitos fundamentais assegurados de forma abstrata pelo Estado, realizando assim a pacificação social.

Para tanto, a mediação waratiana permite a criação de uma outra percepção da justiça – a transjustiça – a qual, por meio da outridade, em que os conflitantes deslocam-se de seus lugares e vão ao encontro do entre-nós, livres de convicções plenas, de padrões estereotipados, com o ideal de atingir a qualidade de vida. Ou seja, a justiça da transjustiça está em colocar-se na dor do outro. Como pode ser entendida como uma atitude ética que não obstaculize a felicidade do outro. Desta forma, torna-se imprescindível a definição de transjustiça estabelecida por Warat:

A outridade, como espaço ético de reconhecimento introduz um novo sentido de justiça (a transjustiça), longe dos valores absolutos sobre o que é correto ou incorreto, fora dos usos fabuladores da linguagem. A outridade constrói um novo conceito de justiça, que passa a ser entendida como uma possibilidade, em cumplicidade com o outro, de encontrar conjuntamente nosso “sur-vie” (sobrevida, vida superior). É uma vida para além da vida presente, e de seus conflitos, que nos deixam insatisfeitos aqui e agora, efetivamente vivos, e sentindo-nos insatisfatórios [...] É um princípio de responsabilidade ante àquele que desajusta; justiça como melhora na qualidade de vida [...] Administra-se justiça, ajudando as pessoas a melhorar sua qualidade de vida, e não

decidindo sobre sua vida, respaldando-se em uma presuntiva ou fabulosa percepção do que é correto ou incorreto [...] Para ajudar a melhorar a qualidade de vida, não é preciso que se realize a justiça, decidindo em reação a valores transcendentais, fora da vida; se ajuda a melhorar a vida colocando-se na dor do outro. Que sentido tem falar em justiça no vazio das abstrações, apenas para que nos sirva cotidianamente? (WARAT, 2011, 209-210).

Sendo assim, a transjustiça proposta pela mediação visa partilhar/resgatar a dignidade humana, calcada nos sentimentos reais e não no vazio das abstrações. Em outras palavras, a transjustiça está em o indivíduo deixar de se preocupar egocentricamente consigo para se empenhar em prol da coletividade.

Tendo em vista as condições do contexto social atual, a proposta da transjustiça desafia a sociedade para o convívio com a flexibilidade das relações, as incertezas do futuro, e com as diferenças sociais e culturais. Neste sentido, Warat afirma que:

Estamos na véspera de uma nova concepção de cultura. Dispostos à constituir-nos desconstruindo todo tipo de dispositivo imodificável. Uma transmodernidade disposta a desconstruir um pensamento ocidental que se negou a aceitar a presença das diferenças, em nome de um absolutismo logocêntrico. Cultivo de uma palavra hegemônica que aborda qualquer expressão de sentido e de construção de realidades que não se adequem à ordem que do poder se impõe. (WARAT, 2004, p. 133).

A contemporaneidade desperta a necessidade de uma nova forma de viver da humanidade, que permita atitudes responsáveis perante suas ações, sem sujeição a pretensões irreais e valores irrealizáveis. Contudo, busca-se o amadurecimento de uma consciência livre do normativismo como forma única de garantia dos direitos fundamentais, e aberta para as práticas que atribuem ao próprio ser humano a realização de seus direitos (WARAT, 2004).

A realização da transjustiça a partir da mediação, está direcionada para a criação de uma justiça voltada para a qualidade de vida das pessoas e não com a aplicabilidade de punições para os que cometerem erros de cunho moral, legal, entre outros. Tal proposta preconiza pela humanização das relações humanas/sociais. Em contrapartida, a justiça cultivada pelo Direito busca a imposição do poder. Nesse sentido, vale destacar a ideia de Warat atinente ao Direito:

Em todos esses mundos, se trata de compreender a partir de interpretações, que não deixam captar gente, apelam a um modo de racionalidade que reduz tudo ao esforço de exercer poder sobre o objeto interpretado. Estão sempre tratando de interpretar, para revelar fragilidades, que logo que reveladas permitem assentar nosso poder sobre o interpretado. (WARAT, 2001, 202).

A mediação oferece múltiplas formas e estratégias para resolver os conflitos sem a exigência de determinado padrão/formalidade, e esta prerrogativa contribui para uma pacificação, ausente de excessivos desgastes emocionais, altos custos financeiros, perdas temporais e prolação de decisões vagas e insatisfatórias. O mediador, tendo em vista os interesses e as necessidades dos conflitantes, atua com mecanismos direcionados à integração, repelindo desta forma, o enfrentamento destrutivo (WARAT, 1998).

Além do caráter transformador do conflito, a terapia do reencontro mediado/ terapia do reencontro amoroso proporciona aos envolvidos a inserção num processo de aprendizagem com a experiência. Nesse aspecto, Warat preconiza:

Uma intenção de aprender abre caminho para mudanças significativas. Ela é a única que pode abrir, quebrar o círculo das defesas. Uma intenção de aprender facilita a construção do entre-nós dos afetos, do espaço da intimidade e de todas as possibilidades de realização da autonomia. É um processo de desarme: temos que aprender a desarmar-nos, provocar a queda de nossas defesas e armaduras construídas por medo das sombras e dos fantasmas da alma. E ficar desarmados, sem defesas, para poder sentir sem os filtros de nossas defesas. (WARAT, 2001, p. 126).

Desta forma, percebe-se que o conflito, sob o ponto de vista da mediação, é uma oportunidade de aprendizagem e de despir-se das defesas castradoras, uma vez que oportuniza aos conflitantes rever os pontos de vista inflexíveis, para que os mesmos consigam enxergar as cegueiras.

Em linhas gerais, a base da mediação está no reconhecimento dos direitos humanos, na realização da cidadania e da cultura de paz, como também, na participação democrática nas decisões que dizem respeito a sua vida, sem deixar de considerar os valores éticos e a condescendência à diversidade cultural contemporânea. Neste sentido, Warat assevera:

[...] aprendi que os excluídos tem existência sem cidadania, os esquecidos nem sequer têm o mínimo sentido da própria identidade. Os excluídos têm sentimentos de revolta contra à exclusão [...]. Os esquecidos não têm consciência de que são esquecidos; nem sequer podem verbalizar para si mesmos sua condição de esquecidos [...]. Não adianta chegar a eles outorgando-lhes o título de eleitor, e achando que assim se integram à cidadania. A Justiça do Brasil para eles tem que ser pedagógica e terapêutica. (WARAT, 2010, p. 03-04).

A mediação também adota essa visão ampla do exercício da cidadania, pois instiga a participação dos conflitantes, ressaltando o potencial, a responsabilidade e a liberdade de escolha de cada um na resolução do conflito. Cumpre mencionar, que a prática da mediação também faz com que os participantes tomem conhecimento dos direitos de falar, ouvir e participar como autor da transformação da sua própria realidade.

A justiça proposta pela mediação waratiana é uma justiça cidadã, pois resgata o empoderamento das pessoas no exercício de suas condições de cidadãos. Nesse sentido, Warat reverbera:

A justiça no Brasil tem que ajuda-los para que possam recuperar sua própria identidade; ajuda-lo a terem consciência de que são gente; logo temos que ajuda-los a que aprendam os sentidos e as práticas cotidianas da cidadania. [...] Este é o trabalho da mediação preventiva que se necessita para os esquecidos. A mediação dos esquecidos que têm que ser ajudados para que possam aprender o que é escutar a si mesmos e, posteriormente, aprender a escutar ao outro, ao diferente. Esta mediação é a que faz a grande diferença na Torre de Babel do normativismo jurídico; que impedirá a perversão infinita da razão apoiada no normativismo das plenitudes.[...] a maioria dos juristas acreditam também que todas as verdades de seu universo encontram-se nas normas, não sendo necessário sair delas para realizar as práticas sociais de justiça. (WARAT, 2010, p. 04).

Acerca do acesso à justiça, a mediação tem contribuído significativamente para a sua realização, pois o acesso à justiça compreende não somente o ajuizamento de ações nos fóruns e tribunais, mas também, uma ordem de valores e direitos fundamentais pertencentes ao ser humano. A ideia de justiça para Júlio César Tadeu Barbosa é:

[...] cada um de nós à medida que alcançamos certo discernimento das coisas e possuindo um mínimo de capacidade intelectual, desenvolve um senso de justiça, desde que viva sob circunstâncias normais. De acordo com a nossa razão este senso nos induz a julgar as coisas como justas ou injustas. E, via de regra, nossas ações são

baseadas nesse senso, ao mesmo tempo que esperamos que as outras pessoas também tenham comportamento similar. Ao tomarmos conhecimento daquilo que entendemos ser um ato de injustiça somos tomados por um sentimento de indignação. (BARBOSA, 1995, p. 08).

A ideia de justiça referida pelo autor busca viabilizar as relações humanas e sociais, alcançar condutas e soluções justas para a construção de uma sociedade melhor. Diante de um conflito, as pessoas recorrem ao Poder Judiciário com o intuito de obter uma justa solução, contudo, a justa resolução de um conflito não está na decisão judicial proferida por um terceiro, que em conformidade com a lei, estabelece um perdedor e um vencedor, e sim, na autonomia das partes em decidir o confronto de maneira pacífica e satisfatória para todos os envolvidos.

Em linhas gerais, a mediação possibilita através das práticas dialógicas, a oportunidade de transformação, em que os protagonistas podem evoluir espiritualmente, intelectualmente e fisicamente, e assim, construir uma identidade comunitária voltada para a conquista de uma vida digna.

Atinente ao contexto, torna-se digno de destacar as considerações pertinentes de João Martins Bertaso acerca da mediação:

A mediação é instrumento da sociedade civil! A promoção da democracia e dos direitos humanos se fará por meio da mediação popular/comunitária, como mecanismo de empoderamento da sociedade civil. Potencializa a democracia e repercute sobre a administração da violência familiar, grupal e comunitária. Implica formação de cidadania. A mediação popular dissemina direitos e deveres coletivos, e enseja o conhecimento fundamentado na dignidade da pessoa humana. A mediação comunitária estanca o carregamento das demandas conflituosas em direção ao Estado (polícia e judiciário), pois resolve os conflitos familiares, de vizinhança, educacionais e outros tantos, sem a necessidade de retirá-los do âmbito privado da sociedade civil. A mediação estimula as pessoas a organizarem-se comunitariamente, a participar e monitorar suas próprias vidas. Isso tudo, dado ao fato de que os direitos humanos não pertencem aos Estados, são mecanismos da sociedade humana, próprios para solucionar os problemas no âmbito do “mundo da vida” das pessoas. Motivos pelos quais, os direitos humanos são rebeldes, incrédulos, laicos e republicanos! São virtuosos valores de cidadania.¹

A realização da cidadania não consiste apenas na disposição de direitos e na execução das obrigações, mas principalmente, no compartilhamento do

¹ Considerações sobre a mediação publicada em rede social.

espaço social. A diversidade de valores, culturas, crenças, relações, e formas de pensar em tais espaços, acarretam conflitos que carecem de um tratamento voltado para a pacificação do convívio social. Assim, pode-se afirmar que a prática da mediação no tratamento das relações conflitivas, apresenta-se como uma forma de realização/exercício de cidadania, pois incentiva a participação autônoma dos cidadãos no tratamento do dissenso, favorecendo para a inclusão social. A prática da mediação propicia também a expansão da cultura de paz, através da introdução de um mecanismo próprio de resolução, onde as pessoas podem trabalhar com as diferenças, com os reais interesses/necessidades de forma solidária, dialógica, democrática e pacífica.

Assim, diante da complexidade das relações sociais da contemporaneidade, e do enfraquecimento das formas tradicionais de solução de conflitos, a mediação waratiana é um instrumento contribui para a realização da transjustiça, pois além de ser eficaz no tratamento dos conflitos sociais, desperta um olhar sensibilizador, humanitário e solidário na sociedade. Através do seu potencial comunicativo, restaurativo e transformador, busca o reconhecimento dos direitos humanos, a concretização do acesso à justiça, da democracia, do exercício de cidadania, como também, da inclusão e pacificação social.

CONCLUSÃO

É possível constatar, diante da análise da pesquisa desenvolvida, que a complexidade das relações, presentes na sociedade contemporânea contribuíram para a intensificação das relações conflitivas, a ponto de o sistema jurisdicional apresentar-se ineficiente e insuficiente no tratamento das mesmas, uma vez que a diversidade de elementos presentes nos conflitos interpessoais, intrapessoais e intragrupal contribuíram para o distanciamento entre a realidade social e a realidade jurídica.

O sistema jurisdicional utiliza normas/instrumentos abstratos que reduzem/ simplificam os conflitos de interesses, distanciando a realidade das oposições. Tal processo de abstração reduz a diversidade e a pluralidade de elementos presentes nas relações conflituosas. Assim, constatou-se que o

sistema jurisdicional encontra-se limitado para os conflitos atuais, dada sua forma homogênea e disciplinadora de decidir o embate.

A decisão judicial não considera os interesse e necessidades dos conflitantes, acarretando no adormecimento do problema, o qual futuramente poderá ressurgir com maior intensidade. Verificou-se também que o sistema jurisdicional proporciona ambientes de luta entre egos, e não oportunidades de reconstrução do diálogo e de transformação do conflito, não correspondendo aos anseios da sociedade.

A adoção da mediação waratiana contribui para a realização da transjuíça, pois utilizam meios e processos permanentes de escuta do Outro, que favorecem a construção de uma base cultural sustentável de natureza dialógica, onde a sensibilidade, o amor e o reconhecimento, enquanto prática social, repercutem sobre as condições de possibilidades da autonomia individual e coletiva, da realização ampla da democracia, da inclusão social e realização da cidadania para todos.

A mediação direciona os conflitantes para a restauração dos sentimentos, permitindo, assim, a desconstrução das camadas superficiais para que haja uma integridade recíproca no enfrentamento. É a oportunidade de expressar o que sente e assim encontrar um ponto de equilíbrio para si e para o outro, uma proporção entre a razão e o sentimento, é provocar a sensibilidade de cada conflitante.

É possível verificar que a prática da mediação transcende o objetivo de tratamento dos conflitos, pois contribui para a concretização dos direitos fundamentais e das políticas de cidadania, democracia e dos direitos humanos. Dessa forma, a proposta da mediação como paradigma de realização da transjuíça é um avanço favorável para transpassar o sentido jurídico tradicional de justiça, contribuindo para o desenvolvimento humano e social.

Observou-se que a mediação é uma forma de realização da cidadania, pois estimula a participação dos conflitantes, ressaltando o potencial, a responsabilidade e a liberdade de escolha de cada um na resolução do conflito. A prática da mediação também faz com que os participantes tomem conhecimento dos direitos de falar, ouvir e participar como autor da transformação da sua própria realidade.

É possível constatar que a mediação desperta atitudes baseadas na alteridade, na solidariedade e na cultura de paz, pois possibilita um diálogo viável, com o envolvimento de todos os protagonistas, contribuindo assim para a construção de um consenso. Cumpre ressaltar que o reconhecimento mútuo das partes, como também a sua participação nas mudanças/crescimentos de suas vidas e de sua comunidade, é o caminho para a realização da paz social e do sentimento de inclusão e responsabilização social.

Diante da problemática proposta, conclui-se que a prática da mediação waratiana apresenta-se como uma forma de realização da transjustiça, pois possibilita, através das práticas dialógicas, a oportunidade de transformação, em que os protagonistas passam a olhar a partir do outro, assumindo atitudes e espaços de diálogo, solidariedade, sensibilidade e amor.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **A Modernidade como Experiência de Humanização do Direito na Pós-Modernidade**: inquietações a partir do pensamento complexo. Revista Húmus, Edição jan/fev/mar/abr, nº 1, 2011. p. 116. Disponível em: <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/viewFile/1645/1307>>. Acesso 12 abr. 2014.
- BARBOSA, Júlio César Tadeu. **O que é justiça?** 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- BERTASO, João Martins. **Cidadania, Diversidade, Reconhecimento**. 2. ed. Santo Ângelo: FURI, 2012.
- EGGER, Ildemar. **Cultura da Paz e Mediação**: uma experiência com adolescentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- LINCK, Delfina. **El Valor de La Mediación**. Editora AD.HOC S.R.L. Buenos Aires: Argentina, 1997.
- SCHMITT, Bonafé apud MORAES, José Luis Bolzan de. **Mecanismos Simplificados para Problemas Complexos** Ou: O Verso-Reverso da Medalha. In *Revista Sequência 21 anos Estudos | Jurídicos e Políticos*. N. 28. Florianópolis: Editora UFSC, 1994.
- WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Vol. I. Florianópolis: Habitus, 2001.

_____. **A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos.** Santa Cruz do Sul:
Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

_____. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e
Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Em nome do acordo:** a mediação no Direito. Argentina: Almed, 1998.

_____. **Epistemologia e Ensino do Direito:** o sonho acabou. Vol II.
Florianópolis: Boiteux, 2004.

_____. **Semiotica Ecológica y Derecho:** Los alrededores de una semiótica
de la mediación. Florianópolis: Almed, 1997.

_____. **Surfando na Pororoca:** o ofício do mediador. Volume III. Florianópolis:
Fundação Boiteux, 2004.

A REVOLTA DE ATLAS: A DISTOPIA DE AMANHÃ.

RAND, Ayn. **A Revolta de Atlas**. São Paulo: Arqueiro, 2017.

Victor Matheus Soares
Faculdades Integradas Machado de Assis—Curso de Direito – 7º
Semestre.

Ayn Rand, nascida como Alisa Zinovyev na Rosenbaum em 1905 em São Petesburgo, na Rússia, foi uma escritora e filósofa naturalizada estadunidense, conhecida por seus populares romances, em especial A nascente, Cântico e A Revolta de Atlas, este último objeto desta resenha. Além disso, formulou uma corrente de pensamento filosófico conhecida como Objetivismo, cujo núcleo estrutural é formado pela defesa do individualismo e da razão. Uma das características mais notáveis de sua obra é a utilização da ficção para o desenvolvimento de conceitos filosóficos complexos, de modo que o enredo de seus romances é permeado pela defesa, a partir dos discursos dos personagens, dos princípios essenciais da tese objetivista que compõe o centro de seu pensamento.

Tendo nascido na Rússia do início do século XX, Rand enfrentou nos seus anos de formação a incerteza política gerada pelas revoltas socialistas no país. Com a vitória dos comunistas em 1917, o estabelecimento comercial de seu pai foi confiscado e a sua família passou por dificuldades financeiras. Assim que possível, viajou aos Estados Unidos, local que a havia impressionado pela liberdade, para visitar parentes e nunca mais retornou à Rússia.¹

Como referido, a presente resenha tem por tema o romance “A Revolta de Atlas”, título assim traduzido nas edições brasileiras mais recentes, como é o caso da edição utilizada para análise. No entanto, vale referir que edições passadas² optaram por intitular a obra como “Quem é John Galt?”, fazendo referência à uma expressão largamente utilizada no romance - sendo, inclusive, a frase que abre a obra – e a um dos seus personagens principais. A questão do nome do livro é interessante visto que no original tem-se o título

¹Informações biográficas constantes na edição do romance já referenciado.

²A editora Expressão e Cultura apresentava esse título em edições anteriores.

“Atlas Shrugged”, expressão sem correspondente literal em português, já que o verbo “to shrug” significa, nesse caso, algo como “dar de ombros”, o que dificulta uma tradução que seja ao mesmo tempo sonora e fiel ao original. Nesse sentido, o título é explicado ao longo do romance como metáfora à situação econômica e social na qual se encontra o mundo inteiro, já que Atlas, o titã da mitologia grega condenado a carregar o mundo nos ombros, representado na obra pelos homens criativos e produtivos da humanidade, resolve não mais sustentar esse peso.

Levando em conta a profundidade, a extensão e a profusão de temas da obra, torna-se necessário estabelecer um foco de análise, um recorte temático que facilitará a abordagem. Ao tratar, portanto, do enredo, são escolhidos os aspectos tidos como principais, sem desprezar as diversas camadas de análise e sem ignorar a importância narrativa das subtramas. Assim, pode-se dizer que o romance em questão se encaixa no gênero da distopia, caracterizado por apresentar um futuro, próximo ou longínquo, no qual a humanidade enfrenta alguma ameaça ou problema, no geral ligado aos avanços tecnológicos ou à ascensão de um poder totalitário. Contudo, já utilizando essa definição precária, alguns aspectos da obra a distanciam do que normalmente se define como distopia clássica. O principal é o realismo do mundo apresentado pela autora, já que o leitor não sofrerá nenhum estranhamento com o cotidiano e a realidade dos personagens, diferente do que acontece em muitas obras do gênero. É claro que existem diferenças importantes deste mundo para o nosso, sobretudo no que diz respeito à organização política dos Estados Unidos, local onde se passa a história, mas não há um choque de realidade, o que denota uma das intenções da autora: mostrar um futuro próximo e bem possível, que pode acontecer se um certo pensamento, denunciado na obra, se propagar. Nessa linha, o tempo da história também é incerto, não é mostrada ao leitor a época dos fatos, o ano exato em que tudo ocorre. É possível deduzir, no entanto, considerando que não aparecem na narrativa objetos tecnológicos mais modernos, que a ação se passa numa realidade semelhante a da época do lançamento do livro, o final da década de 50. Isso, ao contrário do que possa parecer, não demonstra a falta de imaginação da escritora, mas sim um desejo de posicionar a história a um passo da realidade, fortalecendo o ideal de realismo pretendido, aproximando o leitor e gerando identificação imediata.

A leitura acompanha, desse modo, os Estados Unidos passando por uma série de crises financeiras e vendo todos os demais países do mundo se transformando em repúblicas socialistas, com ampla nacionalização de fábricas e abolição da propriedade privada. Ainda que não fique claro qual é o modelo político estadunidense, tem-se, em vez de um presidente, a figura de chefe do Estado, o que possivelmente significa que se trata de uma espécie de democracia na qual o Poder Executivo assumiu poderes enormes de criação legislativa e restrição de propriedade. Nesse contexto, a personagem principal do romance é uma executiva de uma grande ferrovia que enfrenta os nocivos desígnios legais que buscam restringir a competição mercadológica e favorecer aliados políticos. A história acompanha, de início, o funcionamento das linhas ferroviárias e os esforços da protagonista para manter a empresa funcionando, ao mesmo tempo que procura distanciar suas ações da política corrupta que domina o país. O ponto principal da realidade apresentada é, como referido diversas vezes no romance, o código moral do sistema vigente, que se baseia na expropriação dos bens dos mais ricos e capazes para sustentar os improdutivos, incluindo nisso a classe política inteira. Tem-se, portanto, uma situação na qual os indivíduos mais talentosos, mais corajosos e mais inteligentes estão sendo punidos pela sua eficiência em produzir riqueza e parasitados pelo governo, que se utiliza do argumento da prevalência de um suposto bem público em detrimento de qualquer anseio individual. A partir disso, - e é nesse ponto que o romance inicia - alguns desses homens notáveis, de diversas áreas de atuação, estão sumindo ser deixar vestígios, desaparecendo e deixando para trás tudo que construíram. Trata-se de um esforço coordenado de rebelião que tem por finalidade a destruição dessa sociedade corrompida e a construção de uma nova, sob novos valores morais. Os homens que se rebelam buscam demonstrar que a sociedade irá ruir sem os esforços de suas mentes capazes: Atlas, aquele que carrega o mundo, se revoltou; Prometeu, em outra imagem referida no livro, condenado por levar o fogo do conhecimento à humanidade, rejeitou sua pena e exigiu que sumissem os abutres que dele se serviam.

Não se pode negar as consequências políticas do discurso defendido pela autora, no sentido de que há, de maneira inequívoca ao longo do romance, a apresentação do sistema tido como ideal em contraste com o

vigente na história. Não há nenhuma imparcialidade narrativa, a história não é contada por um narrador que não faz questão de apontar o que é correto, não deixa margem para o arbítrio do leitor em considerar os fatos e tirar suas próprias conclusões. Mas isso não é um defeito se forem considerados dois aspectos importantes. O primeiro é de cunho essencialmente literário e diz respeito a habilidade narrativa da autora. Em uma palavra, o fato de haver uma evidente tomada de partido e um flagrante posicionamento político no texto não faz dele um instrumento panfletário. Ainda que a autora esteja interessada em apresentar suas ideias, ela não sacrifica a narrativa para conseguir isso, a história é coerente e muito bem escrita. O segundo diz respeito à finalidade da obra. Conforme mencionado, a intenção da autora é apresentar e desenvolver suas ideias filosóficas a partir de uma demonstração ficcional, o que faz com que seja necessária uma parcialidade narrativa, por assim dizer, ainda que a chance de cair em um certo maniqueísmo, um “nós contra eles”, um “mundo em preto e branco”, seja considerável e aconteça em alguns pontos da história, sobretudo na criação dos personagens, que muitas vezes são ou bons e perfeitos ao extremo ou maus e perversos por completo. De qualquer forma, o que ecoa como valor pulsante é uma defesa da mente humana e da capacidade produtiva do indivíduo, princípios esse que só podem existir sem contradições no capitalismo de mercado.

Para demonstrar a popularidade da obra em tela, algumas vezes referida como “o livro mais influente dos Estados Unidos depois da Bíblia” pela Biblioteca do Congresso Americano, convém citar uma produção de uma área um tanto distante do âmbito literário convencional, ainda que pertencente ao mesmo espectro da arte, nesse caso a música “Free will” da banda canadense Rush, lançada no álbum *Permanent Waves* em 1980. O compositor da letra, o baterista Neil Peart, revela em diversas entrevistas a influência do pensamento de Ayn Rand nas composições do grupo, afirmando sua crença no individualismo como único sistema moral aplicável e capaz de proporcionar felicidade.¹ Nesse sentido, a letra da música aborda, como diz o seu título, o

¹“We’re certainly devoted to individualism as the only concept that allows men to be happy, without somebody taking from somebody else. The thing for me about Ayn Rand is that her philosophy is the only one applicable to the world today – in every sense. If you take her ideas, then take them farther in your own mind, you can find answers to pretty well everything on an individual basis. Putting the individual as the first priority, everything can be made to work in a

livre arbítrio e o caminho do indivíduo a partir de suas próprias decisões, sendo ele o responsável pelo seu próprio destino. Assim, um caminho de inconsciência e irresponsabilidade também é uma escolha (If you choosen otto decide/You still have made a choice) e pode-se escolher a partir do medo ou de uma suposta gentileza devida a alguém (You can choose from phantom fears/And kind ness that cankill), mas o caminho correto é a clareza do juízo individual livre (I Will choose a path that's clear/I Will choose freewill). Nesses trechos fica clara a influência do pensamento da autora, com a exposição da responsabilidade individual sobre o destino e a capacidade humana de perseguir seus objetivos tendo por base a razão.

Sobre os efeitos das ideias propostas na narrativa em relação ao campo do Direito, é correto inferir que, apesar da área jurídica não representar o centro das preocupações filosóficas da autora, tanto o romance em si quanto o seu núcleo de ideias afeta, ainda que colateralmente, a situação da produção legislativa em um ambiente político dominado por jogos de interesse e no qual os poderes executivos governam a partir de decretos, sufocando a participação popular nas decisões. Além disso, talvez a principal contribuição da obra para a realidade jurídica seja a noção, fatalmente concluída pelo leitor ao final da leitura, de que problemas sociais e econômicos graves enfrentados pela sociedade são, no fim das contas, gerados por problemas morais profundos. Ou seja, só existe política degenerada e exploradora porque as pessoas seguem um código moral permissivo em relação a essas condutas. As crises, assim, não são isoladas, e apenas descendem logicamente dos conceitos de certo e errado propagados e aceitos pela sociedade. Com isso, para completar a triste mensagem do título, talvez a próxima distopia já tenha começado.

REFERÊNCIA

RAND, Ayn. **A Revolta de Atlas**. São Paulo: Arqueiro, 2017.

way that it can never be made to work under any other system". Rush: 'You have no freedom. You do what you're told to do. Bythe socialists'. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/music/2015/may/13/rush-nme-interview-1978-rocks-backpages>>. Acesso em: 31 mar. 2020.