UNIG
UNIVERSIDADE IGUAÇU

Revista Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas

ISSN 2594-8768

Vol.1, nº 2, Jul - Dez, 2018

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, FaCJSA

Revista Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas

Dirigentes

Fábio Raunheitti, Chanceler "In memoriam"

André Nascimento Monteiro, Reitor

José Carlos de Melo, Pró-Reitor Administrativo

Aline Figueira Lira, Coordenadora de Extensão e Assuntos Comunitários

Tarcila Fonseca Huguenin, Coordenadora de Pós-Graduação

Adalgiza Mafra Moreno, Coordenadora de Pesquisa

Bárbara Helena da Silva de Barros, Secretária Geral (Interina)

Diretor da FaCJSA

João Batista Barreto Lubanco

Coordenadora do Curso de Direito

Luciana de França Oliveira Rodrigues

(Campus Nova Iguaçu)

Editora

Gleyce Anne Cardoso, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, FaCJSA, Brasil

Conselho Editorial

Amanda Parente, Universidade Iguaçu (UNIG), FacJSA, Brasil

Anna Beatriz Esser dos Santos, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), RJ, Brasil

Carmen Caroline Ferreira do Carmo Nader, Universidade Iguaçu (UNIG), FacJSA, Brasil

Cesar Alexandre e Barbosa, Universidade Iguaçu (UNIG), FacJSA, Brasil

Flavia Emilia Silva de Oliveira, Universidade Iguaçu (UNIG), FacJSA, Brasil

Henrique Lopes Dornelas, Universidade Iguaçu (UNIG), FacJSA, Brasil

Luciana de França Oliveira Rodrigues, Universidade Iguaçu (UNIG), FacJSA, Brasil

Renato Ferreira dos Santos, Universidade Iguaçu (UNIG), FacJSA, Brasil

Samir Roque Fernandes, Universidade Iguaçu (UNIG), FacJSA, Brasil

Conselho Científico

Thiago Rodrigues Pereira, Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (UNILASALLE-RJ), Brasil

Revisor

Lindinei Rocha Silva, Universidade Iguaçu (UNIG), FacJSA, Brasil

APRESENTAÇÃO

A Revista que ora tenho a honra de apresentar não é nova, não obstante há muito tempo sem ser editada. Nasceu com o nome de Arquivos de Direito, ficou adulta e adotou outro nome - In Solidum, com a missão de unir todos os Cursos que compõem a Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas. Agora, em nova e brilhante fase, ressurge com outra roupagem e modernas diretrizes.

Uma Universidade se caracteriza por ser um ambiente difusor do saber, que reúne intelectuais portadores de conhecimento diversificado, capaz de proporcionar novas e relevantes conquistas para a sociedade.

Esse conhecimento não é estático, nem letárgico, ele é, e deve ser, dinâmico, volátil, mentor das transformações sociais que deem vida à sociedade, tornando-a sujeita a mudanças que produzam novos caminhos e mudem a realidade em que vivemos.

Quais são as ferramentas que conduzem ao novo, às transformações? Sem dúvida alguma, as que nascem e prosperam de forma positiva e criam novas realidades sociais. Eis a missão das revistas acadêmicas, que, atuando em cada campos do saber, exaltam a produção científica dos professores que trabalham nesta Universidade.

Seja bem-vinda!

João Batista Barreto Lubanco
Diretor da FaCJSA

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DE ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA UNIVERSIDADE IGUAÇU - COMAR/UNIG

Vinícius Dornelas Camara[1]

Henrique Lopes Dornelas[2]

RESUMO

O objetivo deste trabalho é abordar a mediação como solução extrajudicial de conflitos pela comissão de mediação e arbitragem da Universidade Iguaçu — UNIG. Após uma abordagem doutrinária, buscou-se compreender as características deste procedimento de pacificação social. Destaca-se os princípios norteadores da mediação, bem como a regulamentação deste instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro e a sua inclusão no Código de Processo Civil de 2015. Sobre o COMAR/UNIG observa-se o aumento do número de mediações, principalmente, no núcleo de família, tendo o divórcio consensual como o caso mais representativo. Por outro lado, as causas cíveis ainda não são tão representativas, indicando a judicilização dos conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Conflito, Mediação, COMAR/UNIG.

ABSTRACT

The objective of this work is to approach mediation as an extrajudicial settlement of conflicts by the Commission of mediation and arbitration of Iguaçu University - UNIG. After a doctrinaire approach, we sought to understand the characteristics of this social pacification procedure. the guiding principles of mediation, as well as the regulation of this institute by the Brazilian legal system and their inclusion in the Civil Procedure Code of 2015. About COMAR / UNIG observed the increase in the number of mediations it stands out mainly in the nucleus family, having the consensus divorce as the most representative example. On the other hand, civil cases are not as representative, indicating the judicilização social conflicts.

KEYWORDS: Conflict, Mediation, COMAR / UNIG

[1] Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC-MG, graduado em Direito pela UNIG, graduado em Matemática (Licenciatura e Bacharelado) pela UFRRJ, Professor da Secretaria Estadual de Educação do Estado do Rio de Janeiro (SEEDUC/RJ) e-mail: vinicius_dornelas@yahoo.com.br

[2] Mestre em Direito pela UERJ, Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF, Especialista em Direito Público pela UGF, Especialista em Direito Tributário pela UCAM, Professor do curso de Direito da UNIG e FGS, e-mail: hldornelas@gmail.com

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é abordar as práticas restaurativas de conflitos como mediação e conciliação utilizadas pela Comissão de Mediação e Arbitragem - COMAR, órgão vinculado ao Núcleo de Prática Jurídica - NPJ, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas da Universidade Iguaçu - UNIG. Deste modo, serão analisado os pontos distintos entre a conciliação e mediação e, também, a abordagem destes recursos no Código de Processo Civil de 2015.

Via de regra, o processo funciona como instrumento para satisfazer o direito material, a questão do litígio de fato, e tem como objetivo a pacificação da lide entre as partes envolvidas. Neste ínterim, o Código Processual de 1973, Lei nº 5.869 de 1973, tornou-se obsoleto por não acompanhar os anseios sociais, favorecendo, de certo modo, a judicialização dos conflitos.

Assim sendo, a grande quantidade de demandas ocasionadas pelo aumento da judicialização dos litígios expõe a tutela jurisdicional, emanada pelo Estado em cheque, influenciando na morosidade do sistema judiciário brasileiro, além de, promover a perda de sua função social, pois, sob certo ângulo, o conceito de justiça torna-se cada vez mais distante para o cidadão.

Em tal contexto, a garantia constitucional do acesso à justiça representa uma conquista social assegurada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88). Caso o Estado não se precaveja para cumprir, com efetividade, este preceito constitucional, ter-se-á a morosidade da prestação jurisdicional, que, por fim, reflete num Estado que não atende à sociedade.

Nesse contraponto, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) dispõe que o processo será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos no Art. 1º da CF/88. Dessa forma, o processo torna-se um instrumento fundado em valores constitucionais, tais como o fim social a que se destina o processo, a fundamentação das decisões e dos julgados de forma expressa, o bem comum, a razoabilidade, a dignidade da pessoa humana, o contraditório, a razoável duração do processo, a publicidade, a eficiência e a igualdade (Art. 1º. e 5º. da CF/88).

Pode-se dizer, então, que a notável inovação do NCPC é a de que as partes integrantes de um determinado conflito possam, a qualquer tempo, buscar a melhor maneira de compor o conflito. Nessa vertente há duas possibilidades: (1) acionar o Poder Judiciário para dirimir a causa de maneira litigiosa ou (2) utilizar de meios consensuais para compor o conflito.

A mediação pode ser utilizada tanto pelos tribunais quanto pelas câmaras privadas. Tal instituto foi regulamentado pela Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, dependendo hoje, de sua implementação nos órgãos judiciais, uma vez que, pela via extrajudicial, depende somente da abertura de câmaras privadas para mediação e conciliação.

Neste sentido, a partir de uma abordagem doutrinária, pretende-se, com este artigo, destacar de maneira formal, a diferença entre mediação e conciliação, através da análise de dados do COMAR frente aos dissensos observados no Município de Nova Iguaçu.

2. Da Mediação

Entre os equivalentes jurisdicionais destacam-se a mediação e a conciliação, sendo que a mediação pode ser entendida como um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões, sendo que o papel desse interventor é de ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos (SERPA, 1999, p. 90). Desta forma, como um agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.

Nesse sentido:

> A mediação, numa definição bastante singela, como o instrumento de solução de um conflito, por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial, e que seja detentor de sua confiança.Esse terceiro, como visto, não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto); e é justamente isso que faz com que as partes procurem o mediador e exponham de forma mais sincera os seus problemas. Cabe ao mediador auxiliá-las na obtenção da solução consensual, fazendo com que elas enxerguem os obstáculos ao acordo e possam removê-los de forma consciente, como verdadeira manifestação de sua vontade e de sua intenção de compor o litígio como alternativa ao embate. Normalmente, ao fim de um

> procedimento exitoso de mediação, as partes compreendem que a manutenção do vínculo que as une é mais importante do que um problema circunstancial e, por vezes, temporário. Como explicaremos mais adiante, a mediação é o método de solução de controvérsias ideal para as relações duradouras, como é o caso de cônjuges, familiares, vizinhos e colegas de trabalho, entre outros (PINHO; DURÇO, 2010).

A mediação é o instituto que visa compor a demanda por convenção das partes envolvidas através de um mediador, terceiro não interessado, que deve ser imparcial, de forma ativa ou passiva, antes ou depois de instaurado o processo e com o objetivo de facilitar o diálogo e o consenso entre as partes envolvidas.

Vasconcelos (2014, p. 54), define que:

> A mediação é o método dialogal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitem terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumo do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar de posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns para o entendimento sobre a alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo.

O Manual de Mediação Judicial (AZEVEDO, CNJ, 2015), define a mediação como uma política pública por meio da qual o conflito é percebido como parte construtiva das relações sociais e que pode promover a qualidade em processos autocompositivos.

Como disciplina a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, em seu Art. 1.º, Parágrafo Único, considera-se mediação "a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia".

3. Da distinção entre a Mediação e a Conciliação

O novo contexto processual brasileiro destaca a possibilidade de novas medidas para a composição do conflito, institucionalizando instrumentos que venham a se adequar de acordo

com o caso concreto, podendo, as partes optarem pela solução adversarial ou autocompositiva, acionando, ou não, à justiça para findar o conflito (MELLO e BAPTISTA, 2024).

Nesse desiderato, emergem a negociação, a conciliação e a mediação, no espaço judicial e extrajudicial, como alterações importantíssimas, onde, todos os agentes que participam do clássico modelo processual, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, deverão estimular tais institutos, inclusive no curso do processo (Art. 3º, § 2º, NCPC).

Portanto, é importante distingui-los, pois cada um deles deverá ser estimulado e utilizado no caso concreto, ressaltando as peculiaridades de cada um, visando sempre a celeridade e a razoável duração do processo.

Em relação a este tema, Tavares (2002, p.16) ensina que

> A autocomposição, menos estuda ocorre quando as próprias partes, sem auxílio de terceiro, resolvem suas controvérsias. A intermediação, também chamada de mediação (lato sensu), por outro lado, ocorre sempre que houver um terceiro interveniente, para facilitar o entendimento entre as partes na solução da controvérsia. Divide-se, basicamente, em quatro espécies: arbitragem, mediação (stricto sensu), negociação e conciliação.

Em relação à negociação, registra-se que esta deve ser entendida como um modelo onde as partes envolvidas compõem a lide sem a intervenção de qualquer terceiro, ocorrendo de modo competitivo/ distributivo ou colaborativo/ integrativo (LEWICKI; SAUNDERS e MINTON, 2002).

O método competitivo caracteriza-se quando um dos interlocutores objetiva maximizar vitórias sobre o outro. É o chamado ganha-perde, no qual o resultado substantivo, objetivo, tem valor preponderante, em detrimento do resultado subjetivo representando pela criação de um bom relacionamento entre os envolvidos (MORAES, 2016).

Por outro lado, a postura colaborativa, permite que os envolvidos cheguem num consenso, através de uma dialética enriquecedora permitindo, com efeito, a prática da cultura de paz, é o chamado ganha-ganha (SALES, 2006).

No mesmo sentido, Vasconcelos (2014, p.54) explica que

> Negocição é o planejamento, a execução e o monitoramento, sem a interferência de terceiros, envolvendo pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou trocas de interesses.

Complementa ainda que nem sempre é possível resolver uma disputa negociando diretamente com a outra pessoa envolvida, tendo assim, que, para retomar o diálogo, será preciso contar com a colaboração de uma terceira pessoa, que atará como mediadora.

O referido autor, ainda caracteriza a mediação como

> Método dialogal e autocompositivo, no campo da retórica material, e também como uma metodologia, em virtude de estar baseada num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da comunicação, da psicologia, da sociologia, do direito e da teoria dos sistemas. E é, também, como tal, uma arte, em face das habilidades e sensibilidades próprias do mediador (VASCONCELOS, 2014, p.55).

No mesmo entendimento, vale registrar a ideia de Serpa (1997, p.20), onde

> A mediação é o desenvolvimento da negociação de interesse, assistido por terceiro (mediador), o qual é encarregado pelo Estado a facilitar os passos do processo, cabendo a ele, desta forma, administrar os fatos e conduzir as pessoas a uma solução que pacifique o conflito e atenda as necessidades de ambas as partes.

Conforme o ensinamento de Pinho (2004, p.09), o mediador pode ser classificado em ativo ou passivo:

> Na mediação passiva o terceiro apenas ouve as partes, agindo como um facilitador do processo de obtenção de uma solução consensual para o conflito, sem apresentar o seu ponto de vista, possíveis soluções ou propostas concretas às partes. No caso da mediação ativa, o mediador funcionará como uma espécie de conciliador; ele não se limita a facilitar; terá ele também a função de apresentar propostas, soluções alternativas e criativas para o problema, alertar as partes litigantes sobre a razoabilidade ou

> não de determinada proposta, influenciando assim o acordo a ser obtido. Aqui o mediador assume posição avaliadora.

Ainda o mesmo autor, complementa que a mediação deve ser utilizada, prioritariamente para os relacionamentos interpessoais continuados, oportunidade em que faz distinção entre dois tipos de conflitos: aqueles oriundos de uma relação jurídica descartável, como numa ação indenizatória de ato ilícito qualquer) e aqueles de uma relação continuada (aquela que vai subsistir, quer as partes queiram, quer não queiram, após a solução daquele conflito, como é o caso da convivência entre cônjuges, familiares, afins, vizinhos e associados).

Em outras palavras, a COMAR/UNIG define a mediação como um meio extrajudicial de resolução de conflitos, utilizado para solucionar ou prevenir situações de litígio ou de impasse na comunicação ou na negociação. É a criação da oportunidade para que as partes discutam, questionem e contestem os seus conflitos abertamente, com fim de solução consensual.

Em suma, a mediação é o instituto em que as partes chegam num consenso, sendo auxiliadas por um terceiro imparcial, com o objetivo de garantir a paz social. A mediação não é um instrumento objetivo, com fim para definir o litígio, mas, sim, de plena satisfação entre as partes envolvidas, uma vez que existe o desgaste emocional entre elas. Nota-se que a mediação enfatiza os sujeitos do conflito, pois, eles mantêm autonomia e controle do procedimento, viabiliza acordos onde todos ganham, reforçando o sentimento de justiça e satisfação social.

Por outro lado, outro método para autocomposição de um conflito é já conhecida conciliação, a qual, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2015), trata-se de um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações.

É papel do conciliador oferecer às partes uma alternativa para a solução da controvérsia. Entretanto, não poderá impor a elas uma decisão: o conflito é resolvido com um ajustamento de vontade das partes que aceitem a proposta realizada pelo conciliador. Tal

prática é comumente adotada nos Juizados Especiais (Lei Nº 9099/95), onde a conciliação é conduzida por um juiz togado ou por um conciliador. (FIGUEIREDO; JÚNIOR, 2010).

A grande polêmica acerca da conciliação consiste no fato de que o Código de Processo Civil de 1973, as audiências de conciliação em Varas Cíveis, por exemplo, parecem meramente burocráticos, que acontecem simplesmente porque, assim determina o Código de Processo Civil, sem uma preocupação efetiva com o entendimento das partes e com o consenso, ao contrário do que sustenta o discurso institucional (MELLO; BAPTISTA, 2014).

Nesse raciocínio, a mediação se distingue da conciliação, pelo fato de estar atrelada a findar conflitos nas mais diversas relações sentimentais conflituosas, pois, as partes terão tempo para praticar o diálogo e buscar o entendimento. Por outro lado, a conciliação, que busca tão somente busca o acordo, as partes partem inicialmente de uma visão mais adversarial, depositando a confiança no conciliador, que agirá de maneira ativa, com o objetivo de se chegar num acordo que pode não atingir a paz social.

Em sendo assim, nota-se que o NCPC busca resgatar esta audiência de conciliação, não só com a finalidade de por fim ao processo, mas também, de se importar, de fato, com a questão subjetiva, humana. Nesse norte, o NCPC disciplina que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (Art. 165. NCPC).

Desta forma, destaca-se que a definição aludida por Grinover (2013) é pertinente, visto que na conciliação as tratativas voltam-se diretamente ao problema – e não primeiramente ao relacionamento interpessoal existente, como na mediação –, o que permite ao conciliador sugerir diversas propostas de acordo.

Com a regulamentação da autocomposição de conflitos, a conciliação no NCPC é mais completa e tende a ser mais eficaz, resguardando princípios constitucionais, pois, passa a exigir profissionais especializados na condução da transação, profissionais estes que podem trabalhar o antagonismo existente entre as partes de forma direcionada.

Há distintos meios de composição de um conflito regulamentados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Cabe às partes, em conjunto com seus advogados, escolher o melhor meio para compor o conflito, seja através da tutela jurisdicional, seja pela arbitragem, ou ainda

através das câmaras de conciliação e mediação disponíveis nos tribunais ou nas câmaras privadas.

4. Os princípios norteadores da mediação de conflitos

A mediação para ser efetiva e alcançar o seu fim deve estar pautada em uma série de princípios constitucionais, mas, também, atrelada aos valores e culturas sociais. Dessa forma, ao se violar um princípio, viola-se não só a norma disposta no ordenamento jurídico, mas, também, a cultura e os costumes de um sistema social. Sendo a forma mais grave de transgredir o valor moral instituído numa sociedade (MELLO, 1980).

Neste sentido, segundo Vasconcelos (2014, p.119):

> A mediação de conflitos não se dá à margem dos princípios jurídicos. Os valores jurídicos mais próximos, mais vinculados à mediação de conflitos, são os que consubstanciam os Direitos Humanos. Uma visitia a esses princípios fundamentais, constitucionais e internacionais é requisito necessário à formação dos mediadores. Do ponto de vista do direito, os princípios fundamentam a criação e aplicação de todas as regras do ordenamento jurídico.

Ademais, a Lei nº13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação, definindo inicialmente este instituto e regula a utilização deste na administração pública, *in verbis*:

> Art. 1º.Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
>
> Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Portanto, essa relação entre as partes e o mediador, deve estar pautada em princípios. Deste modo, o Art. 2º da Lei 13.140/2015, disciplina que "a mediação será orientada pelos seguintes princípios: I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé.

Os princípios aqui citados pautarão as pessoas em litígio de modo que elas possam tomar consciência da natureza social do conflito e da possibilidade de se chegar a alternativas de resolução dos mesmos com autonomia justamente porque tendo todos os aspectos explicitados e cognitivamente percebidos, os indivíduos parecem capacitados a tomar decisões. É neste sentido que o conflito é considerado positivo (BAPTISTA; MELLO, 2014).

Nota-se que o Estado regula tal instituto com a finalidade incorparar a mediação no processo civil, objetivando a diminuir a judicialização dos conflitos e proporcionar a sociedade a cultura da pacificação, desafogando desta forma o Poder Judiciário.

5. Da Comissão de Mediação e Arbritagem (COMAR) da Universidade Iguaçu – UNIG

A Universidade Iguaçu - UNIG possui na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas (FaCJSA) o Centro de Formação Profissional Dr. Paulo Fróes Machado (CFP), que incorpora as atividades práticas do curso de Direito e Administração.

Com relação ao curso de Direito, o Centro de Formação Profissional é organizado pelo Núcleo de Prática Jurídica (NPJ), órgão acadêmico, que tem como um dos objetivos oferecer, aos alunos do 9º e 10º períodos, sempre acompanhado dos professores orientadores, a prática forense, mediante prestação de serviços de consultoria, assessoria e assistência jurídica às pessoas que buscam o NPJ.

O NPJ, ao longo de suas atividades, tem procurado concentrar seus esforços em dois pontos fundamentais:

a) O primeiro, atividade precípua, dando aos alunos uma visão prática e eficiente da atuação do Advogado, preparando-o não só tecnicamente, mas, sobretudo, fomentando a formação de uma consciência profissional, visando ao sucesso de cada um e à melhoria da qualidade do advogado, e, conseqüentemente, da Justiça que se procura distribuir com a prestação jurisdicional do Estado, sem divorciar-se das questões éticas no trato com os assistidos.

b) O segundo, mas não menos importante, consiste em proporcionar um atendimento de qualidade às pessoas carentes, que, ao procurar os serviços do NPJ, depositam, neste, talvez, as últimas esperanças de solução para questões fundamentais de suas vidas. Por essa

razão, o atendimento deve ser feito, sempre, com cortesia, competência, e, sobretudo, com carinho, como é feito habitualmente.

O NPJ possui três setores autônomos, que são: (1) Escritório de Assistência Jurídica (ESAJUR); (2) Programa de Defesa do Consumidor (PROCON/UNIG) e (3) Comissão de Mediação e Arbitragem (COMAR).

5.1. Breve relato do procedimento de atendimento

Inicialmente, no NPJ, num primeiro momento, verifica-se se o atendido preenche os requisitos para ser atendido, os quais são: residência no município de Nova Iguaçu e renda de até três salários mínimos. Sendo possível, indaga-se ao assistido sobre o desejo e a possibilidade de realizar a mediação; existindo a vontade, agenda-se a data para mediação, convocando-se a outra parte. Nessa oportunidade já é solicitada a documentação pertinente.

Cabe mencionar, que não há limites fixos ou prazos para que ocorra o consenso, podendo a mediação durar mais de dois meses, uma vez que o sistema não adversarial, ganha-ganha, não está difundido na sociedade.

Caso a parte não deseje realizar a mediação, serão solicitados os documentos necessários para a propositura da ação, nesse contexto, apesar da parte não ter optado pela mediação, ela é sempre informada das vantagens que esta possui sobre o processo judicial.

Iniciada a mediação e não havendo o consenso, a parte retorna ao atendimento do NPJ para a propositura da ação litigiosa.

5.2. Análise dos dados das mediações realizadas no COMAR/UNIG

Os dados analisados e expostos a seguir são concentrados nos três últimos períodos letivos, 2014.II; 2015.I e 2015.II, uma vez que as atividades iniciadas na COMAR datam de 2014.II.

Em 2014.II, do número total de atendidos pelo NPJ, 36 optaram por iniciar o procedimento de mediação. Desse total, 18 mediações foram homologadas; em dez casos as

partes optaram por demandar judicialmente e em oito dos casos as partes convocadas desistiram.

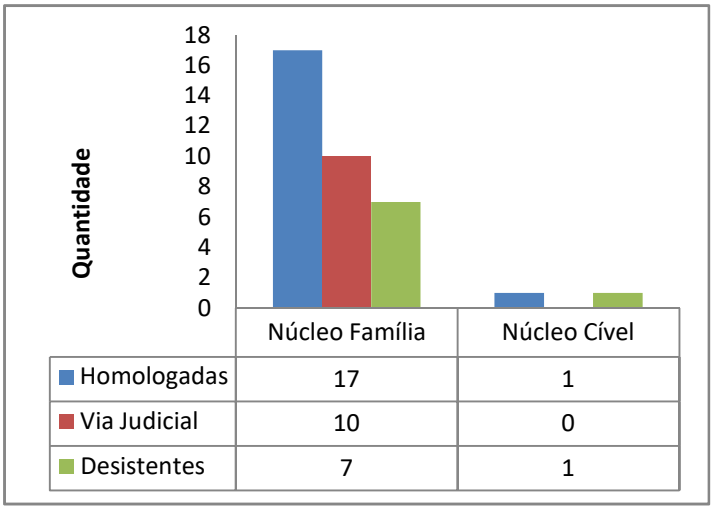


Figura 1 - Mediações Núcleo Família e Cível Iniciadas em 2014.II.

Fonte: Autoria própria.

Ao analisar os dados, observa-se que no primeiro período em que foi instituída pelo NPJ, a COMAR, teve um aproveitamento de 18 mediações positivas em 36, representando 50% dos casos atentidos.

Cabe Ressaltar que o núcleo de família atendeu 34 casos, já o núcleo cível, dois. Ora, desses 34 casos, o núcleo de família teve 17 mediações positivas, onde as partes chegaram num consenso, evidenciando o êxito de 50%. Por outro lado, o núcleo Cível atendeu dois casos, onde apenas em um deles foi possível a mediação (pacto de extinção de conflitos), equivalendo, também a 50% dos casos.

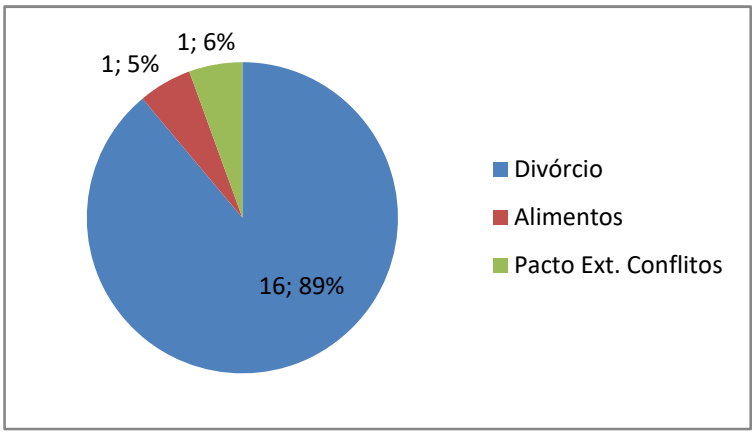
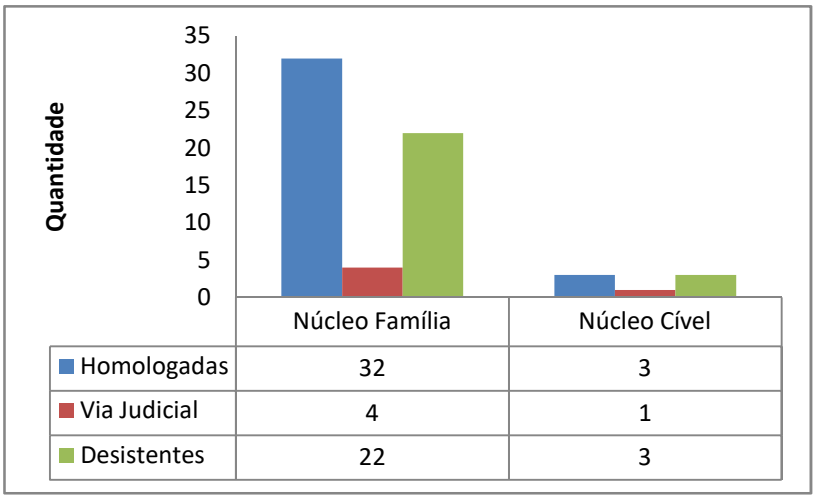


Figura 2 - Mediações Homologadas em 2014.II

Fonte: Autoria própria.

Com respeito as mediações homologadas, observa-se que o núcleo de família foi responsável por 94%, onde 89%versaram sobre divórcio e 5% de alimentos, tendo o núcleo cível com apenas 6%.

Em 2015.I, a COMAR iniciou o procedimento de mediação em 65 casos, representando um aumento de 71% com relação ao período de 2014.II. Aumento este, devido ao grande números de pessoas que buscam a gratuidade de justiça, por não terem condições de constituir advogado particular e, também, por ter a Defensoria Pública sobrecarregada para atender os anseios sociais.



	Núcleo Família	Núcleo Cível
Homologadas	32	3
Via Judicial	4	1
Desistentes	22	3

Figura 3 - Mediações Iniciadas em 2015.I

Fonte: Autoria Própria.

A COMAR obteve aproveitamento de 54% dos casos mediados, superando não só as taxas das mediações realizadas em 2014.II, mas também, os números de casos, que foi de 35.

O núcleo de família iniciou a mediação em 58 casos, obtendo um aproveitamento de, aproximadamente, 55%. Já no núcleo cível, observa-se que das sete mediações iniciadas, três obtiveram sucesso, representando, aproximadamente 42% de sucesso.

Analisando a figura 4, tem-se que das 35 mediações realizadas, 91% representam o núcleo de família e 9% o núcleo cível. Ademais, 26 casos foram mediações sobre divórcio, equivalendo 74% das mediações homologadas e seis sobre alimentos, correspondendo a 17% das homologações. Já no núcleo cível houve duas ações relativas à cobrança e uma relativa a dano moral, representando, 6% e 3% respectivamente.

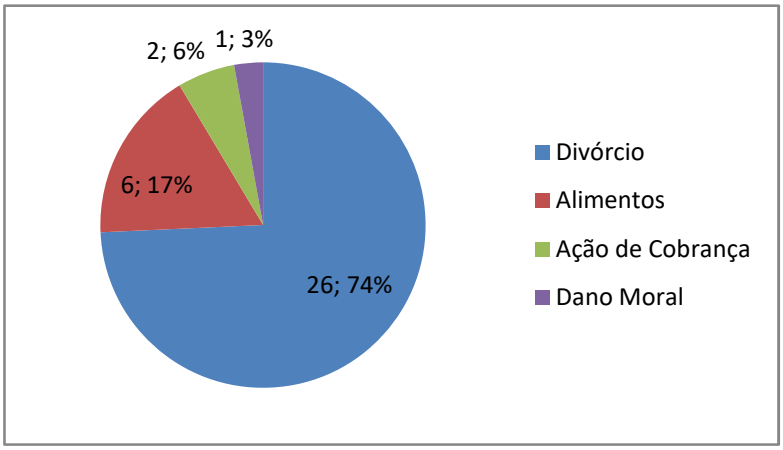
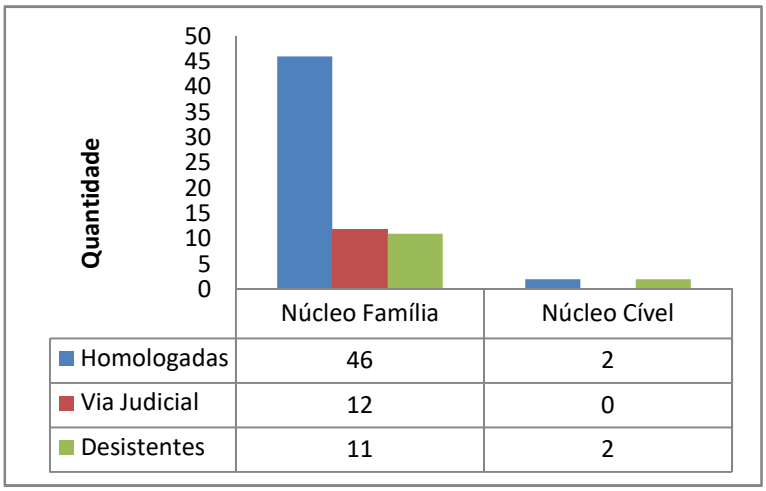


Figura 4 - Homologações das mediações em 2015.I

Fonte: Autoria própria.

No período de 2015.II, a COMAR iniciou o procedimento de mediação em 73 casos, sendo 69 relativos ao núcleo de família e quatro ao núcleo cível. O sucesso na mediação ocorreu em 48 casos, representando, aproximadamente, 66% dos casos mediados (figura5).



	Núcleo Família	Núcleo Cível
Homologadas	46	2
Via Judicial	12	0
Desistentes	11	2

Figura 5 - Mediações Iniciadas em 2015.II

Fonte: Autoria própria.

Neste raciocínio, observa-se que 69 atendidos versavam sobre o núcleo de família, enquanto quatro sobre o núcleo cível. Ainda interpretando a figura 5, a taxa de aproveitamento da mediação foi de 67%, um aumento considerável em relação aos números absolutos, pois foram 48 mediações realizadas frente a 35 do período anterior.

Mais uma vez o núcleo da família obteve destaque, representando, aproximadamente, 96% das mediações iniciadas, ao passo que o núcleo cível apresentou 4%.

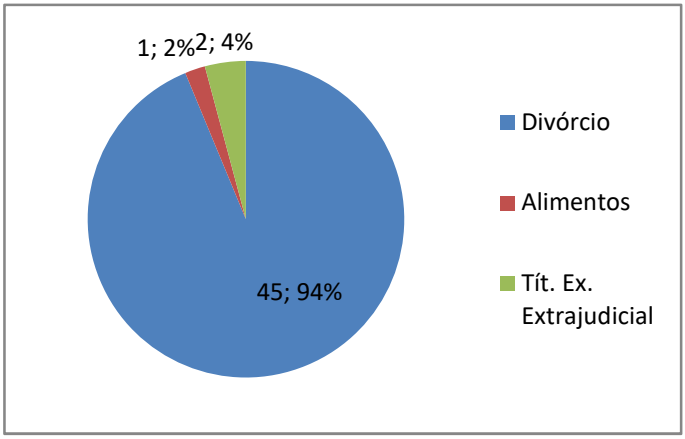


Figura 6 - Mediações Homologadas em 2015.II

Fonte: Autoria própria.

Das 48 mediações homologadas, 45 casos versavam sobre divórcio (94% dos casos), apenas um caso de alimentos (2% dos casos) e o núcleo cível com apenas 4%, correspondendo a duas homologações sobre título executivo extrajudicial.

Por fim, o núcleo de família representa 91% das decisões homologadas e, consequentemente, o núcleo cível, 9%. No âmbito da família, 74% das mediações homologadas versavam sobre divórcio e 17% sobre alimentos. No que diz respeito ao núcleo cível, 3% com relação ao dano moral e 6% sobre ação de cobrança. Observa-se o núcleo de família representa mais de 90% das decisões homologadas, enquanto no âmbito do direito civil sequer se chega aos 10%.

CONCLUSÃO

Com base em todo o exposto, pode-se concluir que o Novo Código de Processo Civil (NCPC) permite que as partes interessadas construam a melhor solução para o conflito, através do diálogo e do empoderamento social. Tendo a necessidade de analisar o conflito sob a perspectiva positiva.

Ademais, com a Lei de Mediação e o advento do NCPC, instaurou-se a possibilidade de que as partes busquem a qualquer tempo a resolução consensual do conflito, tanto pela via judicial, como pela extrajudicial.

Dessa forma, é primordial que os meios de solução consensual de conflitos principalmente, a conciliação e mediação, sejam estudados e compreendidos por todos que integram o processo, além de que a capacitação orientada e fiscalizada pelo CNJ seja exercidada de fato, a fim, sempre, de garantir a satisfação da sociedade.

Neste sentido, é relevante o trabalho realizado pela COMAR/UNIG. Desde o período de 2014.II até 2015.II, o número de mediações realizadas subiu de 36 para 73, representando um aumento 37 casos (102%).

Cabe ressaltar que dentre as 101 mediações homologadas durante o período citado, 95 versavam sobre o direito de família (94%) e seis sobre o direito civil (6%). O número de divórcios homologados foi de 87 (86%), indicando a preferência de uma parcela da sociedade iguaçuana de utilizar a mediação para compor os conflitos de família.

Ainda com relação à atuação da UNIG, é primordial o trabalho que os docentes e os discentes do núcleo de Direito e os funcionários do NPJ realizam na atividade prática, salientando a função social que a COMAR/UNIG possui no município de Nova Iguaçu.

Por fim, espera-se que com o advento do NCPC o processo se torne mais célere, porém, sem perder a qualidade jurisdicional. Ademais, que os Cursos de Direito possam prestar esse serviço de mediação à sociedade, fomentando não só a pesquisa, mas também, o desenvolvimento social e democratizando o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 02 de abril de 2016.

BRASIL. **LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 10/04/2016.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Dispõe sobre o novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20/04/2016.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial.** 5. ed. Brasília: 2015.

BAPTISTA, B. G. L.; MELLO, K. S. S. Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e Significados. **Utilização da conciliação e mediação de conflitos no âmbito do Poder Judiciário,** Rio de Janeiro, v.1, p.1-26, 2014.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

DIDIER JR, F. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento,** vol. 1, 11ª edição. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2009.

FIGUEIREDO, F. V.; JÚNIOR, L. F. F. **Sínteses Organizadas Saraiva: Conciliação, mediação e arbitragem.** vol.46, São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCEZ, J. M. R. **Negociação. Mediação. Conciliação e arbitragem.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. LEWICKI, R. L. *et al*. **Fundamentos da negociação.** Porto Alegre: Bookman, 2002.

MELLO, C. A. B. de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1980.

PINHO, H. D. B. de. Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias. In: **Revista Dialética de Direito Processual,** vol. 17, pp. 09/14. São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

PINHO, H. D. B. de; DURÇO, K. A. A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O "juiz Hermes" e a nova dimensão da função jurisdicional. Disponivel em **Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume II**, Disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual>, Acesso em: 12/09/2010.

SERPA, M. de N. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

TAVARES, F. H. **Mediação e conciliação.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

VASCONCELOS, C. E. de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

SOCIEDADE, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RELAÇÕES DE PODER NO BRASIL

SOCIETY, PUBLIC ADMINISTRATION AND POWER RELATIONS IN BRAZIL

Bruno Muller Teixeira[1]

Gleyce Anne cardoso[2]

RESUMO

O artigo faz uma análise da sociedade e das relações de poder no Brasil. Para tanto, foi realizado um apanhado histórico desde a formação da sociedade brasileira, a partir das relações de dominação sob o prisma da administração pública no Brasil. E para atingir esse objetivo optou-se for fazer uma reflexão sobre o patriarcalismo, o patrimonialismo e a burocracia como modelos de administração praticados no Brasil. A relevância acadêmica se revela por ser um tema que versa sobre conhecimentos históricos e teóricos sobre a sociedade brasileira. Por se tratar de uma pesquisa bibliográfica e documental, optou-se por trabalhar com autores, teóricos e estudiosos que possam contribuir para a discussão de forma crítica com a expectativa de superar o senso comum.

Palavras chaves: sociedade, administração pública, relações de poder

ABSTRACT

The article analyzes society and power relations in Brazil. In order to do so, a historical survey was made since the formation of Brazilian society, based on the relations of domination under the prism of public administration in Brazil. And in order to achieve this goal, we opted for a reflection on patriarchalism, patrimonialism and bureaucracy as models of administration practiced in Brazil. The academic relevance is revealed to be a topic that deals with historical and theoretical knowledge about Brazilian society. Because it is a bibliographical and documentary research, we opted to work with authors, theoreticians and scholars who can contribute to the discussion in a critical way with the expectation of overcoming common sense.
Keywords: society, public administration power relations

[1] Mestrando em Direito. E-mail: mullerbruno@gmail.com
[2] Mestre em Direito. E-mail: Gleyce _cardoso@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo realizar uma reflexão sobre pensamento crítico sócio-institucional brasileiro. O exercício do Poder desde o Brasil- colônia até os dias atuais. O objetivo do presente artigo é de elaborar uma reflexão sobre a sociedade escravocrata e patrimonialista; Bem analisar o processo de burocratização do Estado Brasileiro.

O Patriarcalismo e Patrimonialismo foram formas de exercício do poder praticadas no Brasil Colonial. E no escopo de superar essa forma de administração o Brasil iniciou no período Vargas a burocratização do Estado.

Tendo em vista que apesar de estarmos no século XXI, ainda não temos no Brasil uma burocracia de fato, embora essa questão do patrimonialismo já ter sido superada em outros países, a exemplo de Portugal, mas aqui ainda não foi.

No Brasil existe uma histórica precedência das idéias sobre os fatos, que a legislação pátria utiliza a teoria para se chegar aos fatos, quando que em outros estados, notadamente mais desenvolvidos que o Brasil, o que existe é justamente o contrário. O conjunto normativo desses países parte de fatos para se construir uma teoria que seja aplicável de maneira eficaz e que possa gerar bons frutos para aquela sociedade, onde o conhecimento parte dos "cases books", ou seja, a partir daquela realidade se formam as idéias e conseqüentemente um arcabouço legal proveitoso.

1. BRASIL COLÔNIA PORTUGUESA

Desde o início do século XVI até a paz de *Cateau-Cambrésis (1559),* a Europa viveu um período de prosperidade e de grandes inovações em vários domínios. Neste período, ocorreram decisivas descobertas que produziram avanços históricos: as viagens dos descobrimentos, entre outras as realizadas pelos espanhóis e portugueses à América, a aspiração à hegemonia dos Habsburgo sob o poder de Carlos V e a reforma protestante, que conteve um pouco o impulso do cristianismo. As viagens dos descobrimentos levaram a uma ampliação importante das fronteiras do mundo antigo. Nas colônias que espanhóis e portugueses estabeleceram impôs-se seu poder pela força. Subjugaram as estruturas sociais e econômicas dos novos territórios e aniquilaram as culturas nativas dos maias, dos incas e dos astecas. Ao longo do século XVI, os viajantes e os missionários entraram em contato com as antigas culturas da China e do

Japão, o que gerou uma importante troca de objetos e idéias entre a Europa e o Extremo Oriente. Durante essa época as frotas inglesas e holandesas ameaçavam a hegemonia espanhola nos oceanos. Entre finais do século XV e meados do XVI, nasceu a base dos estados modernos. A monarquia francesa, que fundou as primeiras cidades <<nacionais>>, inicia uma importante luta contra os Habsburgo, que alheios à realidade pretendiam obter o domínio de toda a Europa. (BOVO, 2007, p. 40-41)

Na França começam sérios confrontos entre católicos e protestantes, o que gera uma guerra civil. Durante a segunda metade do século XVI, surgem confrontos políticos e sociais no campo da cultura; em lugar da claridade e da serenidade humanista chega o desassossego espiritual e religioso do Maneirismo, uma introdução à época de sensibilidade que se daria no século XVII.O mundo islâmico sofre uma crise no âmbito científico, pelo que buscará novos progressos e descobertas. Durante o século XVI, a China tem um comércio interior muito bem organizado, mas, apesar disso, passa por uma crise significativa. O reinado da dinastia Ming chega ao fim. A chegada dos primeiros navegantes europeus não repercute muito sobre a sociedade e cultura do império celeste, que se mantém fechado no mais estrito conservadorismo do confucionismo. No início do século XVI a Espanha e Portugal, ainda que de formas diferentes, realizaram um trabalho colonial que foi decisivo para a história mundial. A expansão não afetou apenas os territórios americanos, mas chegou também ao oriente, onde se estabeleceram relações com os grandes estados asiáticos. A história econômica da Espanha e de Portugal está relacionada com as novas descobertas geográficas. As façanhas de navegantes como Bartolomeu Dias, Cristóvão Colombo, Vasco da Gama, Magalhães e Cabral foram fundamentais para o desenvolvimento marítimo das duas potências ibéricas. (BOVO, 2007,7-32)

Os Portugueses também cobiçaram o importante mercado africano, que estava nas mãos dos caravaneiros mulçumanos. Aos portos do Mediterrâneo chegavam caravanas com produtos procedentes de Tumbuctu, do Senegal e do Sudão: pimenta, especiarias indianas, canela do Ceilão, cravo, seda, porcelana chinesa, incenso e mirra Quando os portugueses entraram nos mercados orientais (Calecute,Goa,Cantão,Samatra,Java e ilhas Molucas), desbancaram a concorrência veneziana, até ficarem com o controle do mercado dos produtos asiáticos.Para vigiar o comércio a coroa portuguesa criou três instituições (a Casa da Índia, a Casa da Guiné e a Casa da Mina) que cobravam direitos alfandegários, financiavam contratos em nome

do rei, armavam frotas e controlavam a carga e descarga de mercadorias. Portugal limitou-se a construir escalas e bases comerciais, com exceção do Brasil, onde em 1533 o território foi dividido em doze capitanias, cujos responsáveis se chamavam *donatários*. (BOVO, 2007,7-32)

BOVO (2007) nos ensina que em sua política econômica, Espanha e Portugal garantiram através de monopólios a maior parte dos benefícios das expedições. Para poder comerciar os mercadores tinham que entregar ao estado espanhol 10% dos seus lucros e ceder a décima parte da carga de seus barcos. Nos territórios portugueses, durante a primeira metade do século XVI, o estado não interveio para regular a vida econômica, mas a partir da união entre as coroas da Espanha e de Portugal (1580) proibiu-se que os barcos estrangeiros atracassem nos portos brasileiros sem autorização especial (1591). Devido à pirataria, em 1543 o governo espanhol implantou o sistema de navegação em comboio. Portugal tomou medidas parecidas em 1571. Mais tarde o estado espanhol concedeu numerosas licenças para o transporte de escravos provenientes da África, para que fossem empregados nas minas e nos trabalhos agrícolas.

Em 1518 Carlos V deu uma licença para introduzir 4000 escravos, e durante todo o século o envio de escravos funcionou baseado no sistema de licenças. Contudo, em 1595 houve uma mudança; as numerosas licenças foram substituídas por um contrato único entre a Coroa e um cidadão particular, Pedro Gomez Reynal. Este contrato (assento de negros) venceu em 1601. No Brasil a introdução de escravos começou mais tarde, mas por volta de 1600 havia entre 13000 a 15000 negros, que trabalhavam, sobretudo, nas plantações de cana de açúcar. (BOVO,2007,40-41)

Sobre esse período, o de introdução à sociedade patriarcal no Brasil a obra de Gilberto Freyre, Casa- grande & Senzala de 1933, retrata a época, pelo ponto de vista de vários críticos e historiadores que viveram e registraram aquela realidade.

Freyre (2003) nos mostra que em 1532 se organizou econômica e civilmente a sociedade brasileira, já foi depois de um século inteiro de contato dos portugueses com os trópicos; de demonstrada na Índia e na África sua aptidão para a vida tropical. Mudado em São Vicente e em Pernambuco o rumo da colonização portuguesa do fácil, mercantil, para o agrícola; organizada a sociedade colonial sobre base mais sólida e em condições mais estáveis que na Índia ou nas feitorias africanas, no Brasil é que

realizaria a prova definitiva de aptidão. A base, a agricultura; as condições, a estabilidade patriarcal da família, a regularidade do trabalho por meio da escravidão, a união do português com a índia, incorporada assim à cultura econômica e social do invasor. Formou-se na América tropical uma sociedade agrária escravocrata na técnica de exploração econômica, hibrida de índio – e mais tarde de negro – na composição. Sociedade que se desenvolveria defendida menos pela consciência de raça, quase nenhuma no português cosmopolita e plástico do que pelo exclusivismo religioso desdobrado em sistema de profilaxia social e política. Menos pela ação social do que pelo braço e pela espada do particular.

Freyre (2003) relata ainda que a singular predisposição do português para a colonização híbrida e escravocrata dos trópicos, explica-a em grande parte o seu passado étnico, ou antes, cultural, de povo indefinido entre a Europa e a África. Nem intransigentemente em uma nem de outra, mas das duas. A influência africana fervendo sob a européia e dando um acre requeime à vida sexual, à alimentação, à religião. O sangue mouro negro correndo por uma grande população branca quando não predominando em regiões ainda hoje de gene escura; o ar da África, um ar quente, oleoso, amolecendo nas instituições e nas formas de cultura as durezas germânicas; corrompendo a rigidez moral e doutrinária da Igreja medieval; tirando os ossos ao cristianismo, ao feudalismo, à arquitetura gótica, à disciplina canônica, ao direito visigótico, ao latim, ao próprio caráter do povo.

> A Europa, reinando mas sem governar; governando antes a África. Corrigindo até certo ponto tão grande influência do clima amolecedor, atuaram sobre o caráter português, entesando-o, as condições sempre tensas e vibráteis de contato humano entre a Europa e a África; o constante estado de guerra (que entretanto não exclui nunca a miscigenação nem a atração sexual entre as duas raças, muito menos o intercurso entre as duas culturas); a atividade guerreira, que se compensava do intenso esforço militar relaxando-se após a vitória, sobre o trabalho agrícola e industrial dos cativos de guerra, sobre a escravidão ou a semi-escravidão dos vencidos. “Em vão se procuraria um tipo físico unificado”, notava há anos em Portugal o conde Hermann de Keyserling. O que se observou foram elementos os mais diversos e mais opostos, “figuras com ar escandinavo e negróides”, vivendo no que lhe pareceu “união profunda”. “A raça não tem aqui

papel decisivo", conclui o arguto observador. E já da sociedade moçárabe escrevera Alexandre Herculano: "População indecisa no meio dos dois bandos contentores [nazarenos e maometanos], meia cristã, meia sarracena, e que em ambos contava parentes, amigos, simpatias de crenças ou de costumes". [...] Ferraz de Macedo [...] procurando definir o tipo normal português, deu logo com a dificuldade fundamental; a falta de um tipo dinâmico determinado. O que encontrou foram hábitos, aspirações, interesses, índoles, vícios, virtudes variadíssimas e com origens diversas – étnicas, dizia ele; culturais, talvez dissesse mais cientificamente. [...] no português os seguintes característicos desencontrados: a "genesia violenta" e o "gosto pelas anedotas de fundo erótico", "o brio, a franqueza, a lealdade"; a pouca iniciativa individual", "o patriotismo vibrante"; "a imprevidência"; "a inteligência";"o fatalismo"; "a primorosa aptidão para imitar". [...] Considerando o seu todo, o caráter português dá-nos principalmente a idéia de "vago impreciso", pensa o crítico e historiador inglês Aubrey Bell; [...] A escassez de capital – homem, supriam – na os portugueses com extremos de mobilidade e miscibilidade; dominando espaços enormes e onde quer que pousassem, na África ou na América, emprenhando mulheres e fazendo filhos, em uma atividade genésica que tanto tinha de violentamente instintiva da parte do indivíduo quanto de política, de calculada, de estimulada por evidentes razões econômicas e políticas da parte do Estado.[...] Quanto a miscibilidade, nenhum povo colonizador, dos modernos, excedeu ou sequer igualou nesse ponto aos portugueses.[...] A miscibilidade, mais do que a mobilidade, foi o processo pelo qual os portugueses compensaram – se da deficiência em massa ou volume humano para a colonização em larga escala e sobre áreas extensíssimas. Para tal processo prepara - os a íntima convivência, o intercurso social e sexual com raças de cor, invasora ou vizinhas da Península, uma delas, a de fé maometana, em condições superiores, técnicas e de cultura intelectual e artística, à dos cristãos louros.[...] pelo intercurso com a mulher índia ou negra multiplicou-se o colonizador em vigorosa e dúctil população mestiça, ainda mais do que ele puro ao clima tropical. A falta de gente, que o afligia, mais do que a qualquer outro colonizador, forçando-o à imediata miscigenação – contra o que não o indispunham, aliás, escrúpulos de raça , apenas

> preconceito e religiosos – foi para o português vantagem na sua obra de conquista e colonização dos trópicos. Vantagem para a sua melhor adaptação, senão biológica social.[...] É certo que através de muito maior miscibilidade que outros europeus: as sociedades coloniais de formação portuguesa têm sido híbridas, umas mais, outras menos. No Brasil, tanto em São Paulo como em Pernambuco – os dois grandes focos de energia criadora nos primeiros séculos da colonização, os paulistas no sentido horizontal, os pernambucanos no vertical [...] foi uma sociedade construída com pequeno número de mulheres brancas e larga e profundamente mesclada de sangue indígena. Diante do que torna-se difícil, no caso do português, distinguir o que seria aclimatabilidade de colonizador branco – já de si duvidoso na sua pureza étnica e na sua qualidade, antes convencional que genuína de europeu – da capacidade de mestiço, formado desde o primeiro momento pela união do adventício sem escrúpulos nem de consciência de raça com mulheres da vigorosa terra.(FREYRE,2003,65-73)

Sobre a formação de uma aristocracia patriarcal, Gilberto Freyre destacou a partir dos registros de historiadores da época, que tratava-se de uma extensão ultramar de famílias portuguesas. A sociedade colonial no Brasil, principalmente em Pernambuco e no Recôncavo da Bahia, desenvolveu-se patriarcal e aristocraticamente à sombra das grandes plantações de açúcar, não em grupos a esmo e instáveis: em casas-grandes de taipa ou de pedra e cal, não em palhoças de aventureiros. Observa Oliveira Martins que a população colonial do Brasil, "especialmente ao norte, constituiu-se aristocraticamente, isto é, as casas de Portugal enviaram ramos para ultramar; desde todo o princípio a colônia apresentou um aspecto diverso das turbulentas imigrações dos castelhanos na América Central e Ocidental". E antes dele já escrevera Southey que nas casas de engenho de Pernambuco encontravam-se, nos primeiros séculos de colonização, as decências e o conforto que debalde se pronunciaram entre as populações do Paraguai e do Prata. E Ruediger Bilden escreve, com admirável senso crítico, que no Brasil a colonização particular, muito mais que a ação oficial, promoveu a mistura de raças, a agricultura latifundiária e a escravidão, tornando possível, sobre tais alicerces, a formação e o desenvolvimento de grande e estável colônia agrícola nos trópicos. [...] A Partir de 1532, a colonização portuguesa do Brasil, do mesmo modo que a inglesa da América do Norte e ao contrário da espanhola e da francesa nas duas Américas,

caracteriza-se pelo domínio quase exclusivo da família rural ou semi-rural. Domínio a que só o da igreja faz sombra, através da atividade, às vezes hostil ao familismo, dos padres da Companhia de Jesus. (FREYRE,2003,78-81)

Conforme acentuou Oliveira Martins, a população colonial do Brasil, "especialmente ao norte, constituiu-se aristocraticamente, isto é, as casas de Portugal enviaram ramos para ultramar; desde todo o princípio a colônia apresentou um aspecto diverso das turbulentas imigrações dos castelhanos na América Central e Ocidental".

As famílias dos senhores de terras concedidas pelo rei de Portugal, é que se constituíram nos registros de Rudiger Bilden, "na aristocracia colonial mais poderosa da América".

> A família, e não o indivíduo, nem tampouco o Estado nem nenhuma companhia de comercio, é desde o século XVI o grande fator colonizador no Brasil, a unidade produtiva, o capital que desbrava o solo, instala as fazendas, compra escravos, bois, ferramentas, a força social que se desdobra em política, construindo-se na aristocracia colonial mais poderosa da América. (FREYRE,2003,81)

E o que se tem de registro pertinente a massa de pessoas que também migrou ao Brasil naquela época? Sim, porque o Brasil não se constituiu exclusivamente desta elite aristocrata. Nessa época, como hoje, nem todos faziam parte desta casta de poderosos.

> A colonização por indivíduos – soldados de fortuna, aventureiros, degredados, cristãos-novos fugidos à perseguição religiosa, náufragos, traficantes de escravos, de papagaios e de madeira – quase não deixou traço na plástica econômica do Brasil. Ficou tão no raso, tão a superfície e durou tão pouco que política e economicamente esse povoamento irregular e à-toa não chegou a definir-se em sistema colonizador.[...] O seu aspecto puramente genético não deve entretanto ser perdido de vista pelo historiador da sociedade brasileira. Sob esse critério há mesmo quem o considere "tara étnica inicial" e surpreenda "entre traços de fisionomia coletiva do povo brasileiro, inequívocos vestígios dos estigmas hereditários, impressos por aqueles patriarcas pouco recomendáveis da nacionalidade." De Azevedo Amaral (de quem é essa observação) aceitamos, sobre o período em apreço, duas generalizações que nos parecem caracteriza-lo com toda a exatidão: uma, que foi pela sua "heterogenidade racial" um período, não português, mas promíscuo, o cunho português só se imprimindo sobre a confusão de etnias pelo predomínio do idioma; outra, que constitui uma espécie de "pré-história nacional","Eliminar os primeiros cinqüenta anos", escreve Azevedo Amaral, "durante os quais à revelia de qualquer supervisão política e fora mesmo da civilização, o Brasil recebeu os primeiros aluviões complexos de

> povoadores, equivale a suprimir um elemento básico da formação nacional, cuja influência, projetada pelos séculos seguintes, podemos induzir seguramente de fatos positivos, que a moderna pesquisa biológica demonstra suficientemente. (FREYRE,2003,81)

Os direitos os valores e os sentimentos que formaram a epistemologia do colonizador era estreitíssimo o critério que ainda nos séculos XV e XVI orientava entre os portugueses a jurisprudência criminal.No seu direito penal o misticismo, ainda quente dos ódios de guerra contra os mouros,dava uma estranha proporção aos delitos. Carlos Malheiros Dias afirma que "não exista na legislação coeva código de severidade comparável ao livro V das Ordenações Manuelinas." E acrescenta: "cerca de duzentos delitos eram nele punidos com degredo." A lei 7 de janeiro de 1453, de D.Dinis, diz-nos o general Morais Sarmento, que "mandava tirar a língua pelo pescoço e queimar vivos os que descriam de Deus ou dirigiam doestos a Deus ou aos Santos"; e por usar de feitiçarias " per que uma pessoa queira bem ou mal a outra...", como por outros crimes místicos ou imaginários,era o português nos séculos XVI e XVII "degredado para sempre para o Brasil". Em um país de formação antes religiosa do que etnocêntrica, eram esses os grandes crimes e bem diversa da moderna, ou da dos países de formação menos religiosa, a perspectiva criminal. Enquanto quem dirigisse doestos aos santos tinha a língua tirada pelo pescoço e quem fizesse feitiçaria amorosa era degredado para os ermos da África ou da América; pelo crime de matar o próximo, de desonrar-lhe a mulher, de estuprar-lhe a filha, o delinqüente não ficava muitas vezes, sujeito a penas mais severas que a de "pagar de multa uma galinha" ou de "pagar mil e quinhentos módicos". (FREYRE,2003,82)

No tocante a formação da sociedade colonial do século XVI, Gilberto Freyre esclarece que:

> A nossa verdadeira formação social se processa de 1532 em diante, tendo a família rural ou semi-rural por unidade, quer através de gente casada vinda do reino, quer das famílias aqui constituídas pela união de colonos com mulheres cablocas ou moças órfãs ou mesmo à-toa, mandadas vir de Portugal pelos padres casamenteiros. Vivo e absorvente órgão da formação social brasileira, a família colonial reuniu, sobre a base econômica da riqueza agrícola e do trabalho escravo, uma variedade de funções sociais e econômicas. Inclusive, como já insinuamos, a do mando político: o oligarquismo ou nepotismo, que aqui madrugou, chocando-se ainda em meados do século XVI com o clericalismo dos padres da Companhia.[...] O Brasil formou-se despreocupados os seus colonizadores da unidade ou pureza de raça. Durante quase todo o século XVI a colônia esteve

> escancarada a estrangeiros, só importando às autoridades coloniais que fossem de fé ou religião católica. Handelmann notou que para ser admitido como colono no Brasil no século XVI a principal exigência era professar a religião cristã: "somente cristãos" – e em Portugal isso queria dizer católicos – "podiam adquirir sesmarias". "Ainda não se opunha todavia", continua o historiador alemão, "restrição alguma no que se diz respeito à nacionalidade: assim é que católicos estrangeiros podia emigrar para o Brasil e aí estabelecer-se.[...] Através de certas épocas coloniais observou-se a prática de ir um frade a bordo de todo navio que chegasse a porto brasileiro, a fim de examinar a consciência, a fé, a religião do adventício. O que barrava então o imigrante era a heterodoxia; a mancha de herege na alma e não a mongólica do corpo. Do que se fazia questão era da saúde religiosa: a sífilis, a bouba, a bexiga, a lepra entraram livremente trazidas por europeus e negros de várias procedências. O perigo não estava no estrangeiro nem no indivíduo **disgênico** ou **cacogênico**[3]**,** mas no herege.[...] Temia-se no adventício acatólico o inimigo político capaz de quebrar ou enfraquecer aquela solidariedade que em Portugal se desenvolvera junto com a religião católica. Essa solidariedade manteve-se entre nós esplendorosamente através de toda a nossa formação colonial, reunindo-nos contra os calvinistas franceses, contra os reformados holandeses, contra os protestantes ingleses. Daí ser tão difícil, na verdade, separar o brasileiro do católico: o catolicismo foi realmente o cimento da nossa unidade.[...] Silvio Romero observa que no Brasil foram o catecismo dos jesuítas e as Ordenações do Reino que "garantiram desde os primórdios a unidade religiosa e a do direito. (FREYRE,2003,85-)

Como não podia ser diferente, a econômica da época foi determinante no tipo de sociedade colonial que se figurou. É claro, que essa riqueza gerada pela agricultura sempre esteve concentrada nas mãos de poucos. A cana-de-açúcar começou a ser cultivada igualmente em São Vicente e em Pernambuco, estendendo-se depois à Bahia e ao Maranhão a sua cultura, que onde logrou êxito – medíocre como em São Vicente ou máximo como em Pernambuco, no Recôncavo e no Maranhão – trouxe em conseqüência uma sociedade e um gênero de vida de tendências mais ou menos aristocráticas e escravocratas. Por conseguinte de interesses econômicos semelhantes. O antagonismo econômico se esboçaria mais tarde entre os homens de maior capital, que podiam suportar os custos da agricultura de cana e da indústria do açúcar, e os menos favorecidos de recursos, obrigados a se espalharem pelos sertões em busca de escravos – espécie de capital vivo – ou a ficarem por lá, como criadores de gado. Antagonismo que a terra vasta pôde tolerar sem quebra do equilíbrio econômico. Dele resultaria,

[3] Cacogênico: ca·co·gê·ni·co.adj 1 Que tem tendência à degeneração racial.2 Relativo ou pertencente à cacogenia. 3 Vdisgenético. ETIMOLOGIA *der* de *cacogenia*+ico[2], como *ingl cacogenic*. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=jed5> acesso em: 04/12/16.

entretanto o Brasil ante-escravocrata ou indiferente aos interesses da escravidão representado pelo Ceará em particular, e de modo geral pelo sertanejo ou vaqueiro. A igualdade de interesses agrários e escravocratas que através dos séculos XVI e XVII predominou na colônia, toda ela dedicada com maior ou menor intensidade à cultura do açúcar, não a pertubou tão profundamente, como à primeira vista como a primeira vista parece, a descoberta das minas ou a introdução do cafeeiro. Se o ponto de apoio econômico da aristocracia colonial deslocou-se da cana-de-açucar para o ouro e mais tarde para o café, manteve-se o instrumento da exploração: o braço escravo (FREYRE,2003,85-93)

Quanto às condições de vida daquela população naquela época, Freyre acrescenta que é ilusão supor-se a sociedade colonial, na sua maioria, uma sociedade de gente bem-alimentada. Quanto à qualidade, eram-no em geral os extremos: os brancos das casas-grandes e os negros das senzalas. Os grandes proprietários de terras e os pretos seus escravos. Estes porque precisavam de comida que desse para fazer suportar o duro trabalho da bagaceira.[...] Melhor alimentados, repetimos, eram na sociedade escravocrata os extremos: os brancos das casas-grandes e os negros das senzalas.[...] País de Cocagne coisa nenhuma: terra de alimentação incerta e vida difícil é que foi o Brasil dos séculos coloniais.[...] “São milhões”, escrevera Nabuco em 1883, “que se acham nessa condição intermediária, que não é escravo, mas também não é cidadão...”[...] Por mais esquisito que pareça, faltavam à mesa da nossa aristocracia colonial, legumes frescos, carne, verde e leite.[...] Pelo antagonismo que cedo se definiu no Brasil entre a grande lavoura, ou melhor, a monocultura abosrvente do litoral, e a pecuária, por sua vez exclusiva, dos sertões, uma se afastando da outra quanto possível, viu-se a população agrícola, mesmo a rica, a opulenta senhora de léguas de terra, privada do suprimento regular e constante de alimentos frescos.[...] o bispo de Tucumã, tendo visitado o Brasil no século XVII, observou que nas cidades “ mandava comprar um frangão, quatro ovos e um peixe e nada lhe traziam, porque nada se achava na praça nem no açougue”. (FREYRE,2003,95,98,102)

João Daniel Lima de Almeida, autor do Manual do candidato de História do Brasil (2013) da Fundação Alexandre Gusmão FUNAG, retrata este período colonial para os aspirantes a diplomatas Brasileiros da seguinte forma: Que doar terras de modo hereditário aos fidalgos do reino mantinha a tradição que vinha desde a reconquista moura, passando pela tomada de Ceuta e pela aventura africana: premiar o serviço ao rei

com a adoção de terras. Esse modelo se reproduzia de forma bastante adaptada à realidade colonial. O Capitão donatário doava sesmarias, que eram ocupadas apenas em sua “testada” e alugadas ou arrendadas para novos colonos, reproduzindo uma relação de hierarquia muito verticalizada, marco até hoje da sociedade brasileira.[...]Tal hierarquia é o fio condutor da organização da sociedade colonial, expressando-se na forma de monopólios. O monopólio é a síntese do mercantilismo.[...] Trata-se de um conjunto de práticas econômicas adotadas pelos modernos, estados absolutistas europeus parar sustentar os crescentes gastos com a burocracia e, sobretudo, com as forças Armadas. Esses gastos eram inerentes no modelo feudal, que terceirizava as funções estatais – justiça, coerção, segurança, cobrança de impostos -, exercidas privativamente, na idade Média, por senhores feudais. Toda essa trajetória centralizadora [...]foi sintetizada na formulação weberiana de que o estado é o “monopólio legítimo dos meios de coerção” e discutida longamente por debatedores e estudiosos da formulação dos estados nacionais, como Perry Anderson, Charles Tilly, Hendrick Sprut, Janice Thomson e outros. Assim sendo, o mercantilismo é o que viabiliza economicamente o Estado moderno Absolutista. O mercantilismo é a expressão econômica dos monopólios assumidos pelo Estado ao final do período feudal, enquanto o absolutismo seria a expressão política desse monopólio. (ALMEIDA, 2013, p. 17-19)

> Um exemplo é a perspectiva de Ilmar Mattos. Este autor resgata as complexidades internas da sociedade colonial que foi aos poucos ganhando vida própria, independente dos interesses metropolitanos. Isso se deu à medida que o colonizador português, com seu intuito de monopólio colonial, foi se transformando em colono “brasileiro”. Também este “colono” era titular de outros tipos de monopólios – da violência sobre os escravos, por exemplo – ao mesmo tempo que seguia submetido aos monopólios emanados da metrópole – monopólio comercial, monopólio da fé, entre outros. Estes monopólios emanavam dos centros de poder aqui criados para disseminar a autoridade do rei: as cidades coloniais. Ao contrario da cidade medieval, expressão da liberdade contra a opressão feudal dos camponeses, servos dos nobres, a cidade colonial era a expressão da autoridade metropolitana e centro administrativo e burocrático do poder português. Seu símbolo era o pelourinho, marco do exercício da violência. Na famosa expressão medieval “o ar da cidade liberta”. Bastava ao servo viver um ano e um dia para se tornar um homem livre. Muito diferente era a dinâmica da cidade colonial. A vida dos escravos, mas também a dos senhores, funcionários e dos homens livres, era objeto de constante vigilância social. As autoridades metropolitanas exerciam sobre eles controles social, religioso, comercial e legal. Não surpreende que, nos registros históricos, seja freqüente a menção a brancos e mestiços em quilombos. O quilombo

> desterritorializado negava o espaço de poder e se constituía em espaço de liberdade.A cidade, não raro nascia a partir de um forte e de uma igreja(expressão do monopólio político-militar e religioso), era igualmente a forma do império português se afirmar perante inimigos como os franceses e os espanhóis. As fundações do Rio de Janeiro (1565) e Belém (1616), originada do Forte do Presépio, serviram de elemento de defesa e dissuasão contra os franceses invasores na Guanabara e na Amazônia. (Almeida, João – FUNAG, Manual do candidato 2013,21,22)

> A interpretação de Ilmar Mattos sobre o período colonial tem o propósito mais amplo de iluminar uma época mais recente.[...] está esse autor mais preocupado com a fase de "recunhagem" da moeda colonial, que se daria após a Independência. No chamado período do "regresso" (de1837 em diante), uma facção conservadora foi capaz de articular-se de modo bem-sucedido para restauração, com modificações, o modelo de população mercantil. Retomaram o monopólio da violência legitimada pelo Estado imperial que se deseja fortalecer. Mattos chamou essa época de "tempo saquarema", título de seu livro homônimo, clássico da historiografia sobre o Império brasileiro. [...] O colonizador que aos poucos vai se transmutando em colono, é, ao chegar, agente do Império português, trazendo para a colônia o monopólio mercantil gravado nas leis e nos editos reais. Além do monopólio comercial, havia o monopólio religioso. Expressava-se de modo violento nas visitações do Santo Ofício à Colônia, que punia comportamentos desviantes da fé católica.[...] O confisco de bens e a pena de morte foram com freqüência aplicados nos crimes contra a fé. Como vimos, esses monopólios eram expressos a partir da cidade colonial, centro de difusão do poder metropolitano e quanto mais longe desses centros, mais difusa a presença da autoridade metropolitana.(Almeida, João – FUNAG, Manual do candidato, 2013,23)

A sociedade colonial tolerava e aceitava a escravidão como prática legal.

Tratando-se ainda do período colonial, Almeida, João faz uma importante observação a respeito do Quilombo dos Palmares:

> A história do maior quilombo do Brasil também se tornou disputada, sobretudo pelo movimento negro, que vê, ainda hoje, em Zumbi, um precursor na luta pela liberdade dos negros, o que é muito controverso. Como líder africano, Zumbi, como seu antecessor Ganga Zumba, não questionava a escravidão, mas sim seu lugar nela. É quase certo que existiam escravos em Palmares, ainda que não fosse um regime econômico escravista. O questionado feriado de Zumbi e sua cabeça empalada em bronze no canteiro central da Avenida Presidente Vargas no Rio de Janeiro, que foi foco de conflitos de memória do passado colonial adiquire ainda hoje os contornos políticos que se prestam às circunstâncias, em apropriação nem sempre fiel ao que dizem os historiadores. (Almeida, João – FUNAG, Manual do candidato 2013,56)

Os Portugueses trouxeram para cá o mesmo jeito de administrar. Um estilo de administração denominado por Patrimonialismo.

Sabe-se que a transferência da família real Portuguesa para o Brasil se deu de maneira muito confusa. No momento da travessia foram escolhidas de 10 ou 15 mil pessoas que comporiam a lotação das naus, o que pode nos dizer alguma coisa sobre as instituições e espaços de poder que estavam sendo transplantados. (COSTA, 2008, p. 832)

Este modelo de administração, típico dos estados absolutistas europeus, tinham como principal característica a não distinção entre o que era bem público e o que era bem privado. Outras características decorrentes dessa não distinção entre público e privado, o rei era quem indicava os funcionários públicos que exerciam as funções do Estado, geralmente pessoas próximas a ele como amigos, parentes ou membros da nobreza. Esses funcionários eram responsáveis pela justiça, pela elaboração de leis e pela ordem. Por este trabalho eles eram bem remunerados, detinham honrarias aristocratas, bem como o acesso ao luxo e ostentação. Raymundo Faoro (2001) nos mostra que "o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi. [...] forma mais flexível do que o patriarcalismo e menos arbitrária que o sultanismo".

Faoro em sua obra os donos do Poder analisa o patrimonialismo durante a transição do estado absolutista ao estado liberal.

> Na transição de uma estrutura para outra, a nota tônica se desviou – o indivíduo, de súdito, passa a cidadão, com correspondente mudança de converter-se o Estado de senhor a servidor, guarda da autonomia do homem livre. A liberdade pessoal assume o papel, dogma do direito natural ou da soberania popular, reduzindo o aparato estatal a um mencanismo de garantia do individuo. Somente a lei, como expressão de vontade geral institucionalizada, limitando o Estado a interferências estritamente previstas e mensuráveis na esfera individual, legítima as relações entre os dois setores, agora rigidamente separados, controláveis pela lei e pelos juízes, é o que se chamou de Estado burguês de Direito. (FAORO, 2001)

Para o autor a realidade histórica demonstrou que o patrimonialismo pessoal que converteu em patrimonialismo estatal.

2. BUROCRATIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

A administração Pública burocrática surge durante o período Vargas que tinham como objetivo combater o nepotismo patrimonialista e os desvios de finalidade da Administração Pública.

A Teoria Burocrática foi formalizada por Max Weber emprestando à administração uma conceituação lógica e formal para dirigir um sistema social. Para Weber, a Burocracia é o único modo de organizar eficientemente um grande número de pessoas, e, assim, expandir com o crescimento econômico e político.

A burocracia weberiana teve sua origem nas mudanças religiosas verificadas após o Renascimento. O sistema de produção, eminentemente racional e capitalista originou de um novo conjunto de normas sociais morais denominadas de "ética protestante".

Em seu livro a ética protestante e o espírito do capitalismo, Weber defendeu a importância do papel da política na vida social, sendo esta realizada através de uma burocracia eficiente e controlada pela democracia, condição que justifica a origem de um sistema legal voltado para o capitalismo.

A Burocracia, segundo a definição Weberiana é uma tentativa de formalizar e coordenar o comportamento humano por meio do exercício da autoridade racional legal, para atingir objetivos organizacionais gerais. A Sociedade burocrática é idealizada por normas impessoais e uma racionalidade na escolha dos meios e dos fins como nas grandes empresas, estados e exércitos.

Dentre as características da administração burocrática no período da Era Vargas está a profissionalização do funcionário público, a impessoalidade e competência técnica.

> De todas essas medidas, a mais emblemática foi a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público, "o líder inconteste da reforma e, em grande parte, seu executor" (Wahrlich, 1974:29). O Dasp foi efetivamente organizado em 1938, com a missão de definir e executar a política para o pessoal civil, inclusive a admissão mediante concurso público e a capacitação técnica do funcionalismo, promover a racionalização de métodos no serviço público e elaborar o orçamento da União. O Dasp tinha seções nos estados, com o objetivo de adaptar as normas vindas do governo central às unidades federadas sob intervenção. Essa primeira experiência de reforma de largo alcance inspirava-se no modelo weberiano de burocracia e tomava como principal referência a organização do serviço civil americano.

> Estava voltada para a administração de pessoal, de material e do orçamento, para a revisão das estruturas administrativas e para a racionalização dos métodos de trabalho. A ênfase maior era dada à gestão de meios e às atividades de administração em geral, sem se preocupar com a racionalidade das atividades substantivas. A reforma administrativa do Estado Novo foi, portanto, o primeiro esforço sistemático de superação do patrimonialismo. Foi uma ação deliberada e ambiciosa no sentido da burocratização do Estado brasileiro, que buscava introduzir no aparelho administrativo do país a centralização, a impessoalidade, a hierarquia, o sistema de mérito, a separação entre o público e o privado. Visava constituir uma administração pública mais racional e eficiente, que pudesse assumir seu papel na condução do processo de desenvolvimento, cujo modelo de crescimento, baseado na industrialização via substituição de importações, supunha um forte intervencionismo estatal e controle sobre as relações entre os grupos sociais ascendentes — a nova burguesia industrial e o operariado urbano (Marcelino, 1987). (COSTA, 2001. P. 845-846)

Os atributos da administração pública burocrática podem ser representados pelo controle efetivo dos abusos. Os defeitos, por sua vez, seriam a ineficiência e a incapacidade de se voltarem para o serviço dos cidadãos como clientes.

Contudo Costa (2001) nos mostra que

> Embora tenha havido avanços isolados durante os governos de Getúlio Vargas, Juscelino Kubitschek, Jânio Quadros e João Goulart, o que se observa é a manutenção de práticas clientelistas, que negligenciavam a burocracia existente, além da falta de investimento na sua profissionalização. A cada desafio surgido na administração do setor público, decorrente da própria evolução socioeconômica e política do país, a saída utilizada era sempre a criação de novas estruturas alheias à administração direta e o conseqüente adiamento da difícil tarefa de reformulação e profissionalização da burocracia pública existente (Torres, 2004:151). (COSTA, 2001. P. 849)

Apesar da tentativa de implementação da burocracia idealizada por Weber, no Brasil ela não foi implementada com adequado especificismo, porque essas categorias foram pensadas para a sociedade alemã, para o povo alemão. O que é bem diferente da sociedade brasileira, que tem como característica forte nas relações de poder, o patrimonialismo, o familismo, o cunhadismo, e, o capitalismo da prática mole, onde as pessoas estudam para ser dependentes do estado, e não para serem empreendedores, - como Raimundo Faoro diria, por não existir aqui, o “espírito capitalista”, as pessoas estudam para conseguir um emprego e não para criá-los. Num país onde o lucro é sinônimo de pecado para boa parte da população, onde ser rico é sinônimo de explorador, de opressor do pobre coitado.

O Brasil é uma sociedade Estamental, ou seja que valoriza o status, tem haver com oligarquia, com aristocracia, e, que aqui, o status tomou conta do estado, o que não se confunde nem se coaduna com a burocracia Weberiana, que foi constituída tendo como base a meritocracia, a técnica e a racionalidade.

No Brasil, a burocracia Weberiana sempre foi usurpada pelas características do apadrinhamento, do mandonismo, dos cargos em confiança, até mesmo nos mais altos escalões da república. Forte exemplo disso são os próprios ministros da suprema corte federal e suas proles que alcançam cargos de desembargadores eleitos pelo quinto constitucional, país afora, como também são os presidentes das empresas estatais, mesmo aquelas que na origem foram constituídas para abrigarem corpo técnico especializado, como é o caso das agências reguladoras, mas na realidade, são ocupadas e dirigidas por apadrinhados políticos.

Para Max Weber a burocracia moderna é uma ferramenta para que o estado se desenvolva de maneira eficiente, porque ela é meritocrática e técnica, ela não é uma política de conchavos como de fato existe aqui no Brasil. Por essa óptica, Raimundo Faoro observa que no Brasil não temos um burocracia técnica e meritocrática que possa fazer uma análise idônea da realidade baseada em critérios republicanos que possam vincular a obediência da população, o que demonstra que o estamento social acaba usando a burocracia brasileira como um mecanismo para manter a vigente ordem no campo dos direitos sociais. Isso traduz a acomodação do estamento no estado burocrático brasileiro.

3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Assembléia Nacional Constituinte, eleita em 1986 e instalada no começo de 1987 pretendia, com a nova Carta, refundar a República, estabelecendo outras bases para a soberania, a ordem social, a cidadania, a organização do Estado, as formas de deliberação coletiva, o financiamento do gasto público, as políticas públicas e a administração pública. A Constituição de 1988 proclamou uma nova enunciação dos direitos de cidadania, ampliou os mecanismos de inclusão política e participação, estabeleceu larga faixa de intervenção do Estado no domínio econômico, redistribuiu os ingressos públicos entre as esferas de governo, diminuiu o aparato repressivo herdado do regime militar e institucionalizou os instrumentos de política social, dando-lhes

substância de direção. Nesse sentido, a promulgação da Carta Magna representou uma verdadeira reforma do Estado. (COSTA, 2001)

> A Constituição de 1988 não deixou de produzir avanços significativos, particularmente no que se refere à democratização da esfera pública. Atendendo aos clamores de participação nas decisões públicas, foram institucionalizados mecanismos de democracia direta, favorecendo um maior controle social da gestão estatal, incentivou-se a descentralização político-administrativa e resgatou-se a importância da função de planejamento.(COSTA, 2001. P. 859)

Sarney, Bresser-Pereira (1998:274) faz uma crítica mais contundente às tentativas de reforma do governo da transição democrática e às mudanças introduzidas pela Constituição de 1988. Ele acredita que, no plano gerencial, houve uma volta aos ideais burocráticos dos anos 1930 e, no plano político, uma tentativa de retorno ao populismo dos anos 1950.

O que se verifica que em nenhum momento houve sequer alguma tentativa de adoção de medidas restritivas de direitos a nenhum grupo social, em detrimento de outro.

A definição de administração pública para a CRFB/88 é o conjunto das normas e princípios que dispõem sobre funções desempenhadas para organizar a administração do Estado em todas as suas instâncias e tem como principal objetivo o interesse público, seguindo os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, art. 37) com objetivo da supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares.

A nossa Constituição Federal, disciplina em seu artigo 37, *verbis*:

> Art. 37 – A administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência. (BRASIL)

Os princípios administrativos são postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da administração pública, representam a regra matriz que norteia a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas. Desobedecer a um princípio é muito mais grave do que desobedecer a uma simples norma. Por isso mesmo o principio jurídico tem grande importância como diretriz para o hermeneuta, pois, na valoração e na aplicação dos princípios jurídicos é que o jurista se distingue do leigo que tenta interpretar a norma jurídica com conhecimento simplesmente empírico.

O princípio da legalidade encontra fundamento constitucional no artigo 5º, II, prescrevendo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A legalidade, como princípio de administração significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e as exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (MEIRELLES, 2015). Em decorrência do princípio da legalidade, é costumeira a afirmação de que a Administração Pública só pode agir nos estritos limites da lei.

A moralidade administrativa como princípio “constitui hoje pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública”. (MEIRELLES, 2015). No se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. Assim, o administrador, ao agir, deverá decidir não só entre o legal e o ilegal, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.

Destaca-se que a noção de moral administrativa não está vinculada as convicções intimas do agente público, mas sim a noção de atuação adequada e ética existente no grupo social. Pode-se pensar na dificuldade que haveria em desfazer um ato produzido conforme a lei, sob o fundamento do vício da imoralidade.

No entanto, a lei pode ser cumprida no moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa.

Podemos analisar o princípio da impessoalidade, como desdobramento do princípio da igualdade (CF, artigo 5º, I), no qual se estabelece que o administrador público deve objetivar o interesse público, sendo, em conseqüência, inadmitido tratamento privilegiado aos inimigos, não devendo imperar na Administração Pública a vigência do dito popular de que aos inimigos ofertaremos a lei e aos amigos as benesses da lei.

A impessoalidade funda-se no postulado da isonomia e tem desdobramentos explícitos em variados dispositivos constitucionais como o artigo 37, II, que exige concurso público para ingresso em cargo ou emprego público, ou no artigo 37, XXI, que exige que as licitações públicas assegurem igualdade de condições a todos os concorrentes.

Por outro lado, a impessoalidade estabelece que a Administração Pública não deve conter a marca pessoal do administrador, ou seja, os atos públicos não são praticados pelo servidor, e sim pela Administração a que ele pertence.

Deste modo, estabelece o § 1º do artigo 37 da Constituição Federal que

> A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. (BRASIL)

O princípio da publicidade vem a concretizar os postulados básicos do princípio republicano, a saber, a possibilidade de fiscalização das atividades administrativas pelo povo, haja vista que todo poder emana do povo, sendo toda a res pública. Assim, o princípio da publicidade tem como desiderato assegurar transparência na gestão pública, pois administrador público não é dono do patrimônio de que ele cuida, sendo mero delegatário a gestão dos bens da coletividade, devendo possibilitar aos administrados o conhecimento pleno de suas condutas administrativas.

Por fim, a publicação em órgão oficial é requisito de eficácia dos atos administrativos que devam produzir efeitos externos ou que impliquem oneração do patrimônio público. Ou seja, enquanto não for publicado, levado a conhecimento de todos, o ato administrativo não produzirá efeitos.

O princípio da eficiência foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98. Relaciona-se com as normas da boa administração no sentido de que a Administração Pública, em todos os seus setores, deve concretizar suas atividades com vistas a extrair o maior número possível de efeitos positivos ao administrado, sopesando a relação custo benefício, buscando a excelência de recursos, enfim, dotando de maior eficácia possível as ações do Estado.

O princípio da eficiência apresenta dupla necessidade: Relativamente à forma de atuação do agente público, espera-se o melhor desempenho possível de suas atribuições, a fim de obter os melhores resultados; E Quanto ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública. Exige-se que este seja o mais racional possível, no intuito de alcançar melhores resultados na prestação dos serviços públicos. (PIETRO, 2005)

Assim, conforme estabelecido no artigo 41 da Constituição Federal, para a aquisição da estabilidade o servidor público deverá realizar três anos de exercício efetivo, podendo perdê-la mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de Lei Complementar, assegurada ampla defesa.

No artigo 39, § 2º da Constituição Federal há previsão de capacitação dos administradores públicos,

> A União, os Estados e o Distrito federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados. (BRASIL)

A Constituição Federal, no caput do artigo 37, estabelece cinco princípios da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Tais princípios estão textualmente previstos no texto constitucional e são chamados de princípios expressos.

Além desses princípios a administração pública segue outros preceitos com o mesmo relevo que aqueles. Como a observância ao Principio da supremacia do interesse público, através do qual o interesse público supera o interesse privado.

CONCLUSÃO

O presente artigo procurou fazer uma reflexão sobre a sociedade brasileira e o exercício do poder no Brasil ao longo da sua história. Buscou-se compreender os modelos de gestão praticados ao longo dos anos.

A administração pública no Brasil passou por três fases: a fase patrimonialista (durante a era do Império), burocrática (na era Vargas) e gerencial (fase mais recente que está sendo implementada) essas fases.

Os Portugueses trouxeram para o Brasil um modelo de administração pública pautado no patrimonialismo que foi o modelo de administração, típico dos estados absolutistas europeus, e tinham como principal característica a não distinção entre o que era bem público e o que era bem privado.

Na tentativa de superar esse modelo de gestão e diferenciar a *res* pública do particular, tentou-se implementar no Brasil, mais precisamente no período de Vargas o modelo de administração burocrática, um modelo de administração idealizado por Max Weber.

Entretanto o Brasil não conseguiu até os dias atuais alcançar os objetivos da teoria burocrática weberiana. Isso porque enquanto não houver uma missão civilizadora da burocracia brasileira, continuaremos vivendo esta sociedade estamental que se apresenta.

O constituinte de 1988 tentou combater a memória do patrimonialismo no Brasil, inicialmente implementando uma gestão burocrática e com o passar dos tempos um modelo de gestão gerencial. Os novos modelos de gestão surgiram essencialmente com o escopo de trazer para o cidadão maior transparência e controle social através de mecanismos legais previsto, inclusive, na própria Constituição.

Os princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência são vetores para uma administração voltada ao cidadão. O modelo gerencial traz ao gestor maior comprometimento com uma administração pública construída em base democrática, burocrática, participativa e transparente com a coisa pública.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 30º Ed. São Paulo: Malheiros. 2015

COSTA. Frederico Lustosa. *Brasil: 200 anos; 200 anos de administração Pública; 200 anos de reforma.* Revista de Administração Pública. ISSN 0034-7612. Rio de Janeiro. Setembro/outubro de 2008.

DI PIETRO. Maria Sylva Zanella. *Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FAORO. Raymundo. *Os Donos do Poder: Formato do patronato político brasileiro*. 3ª Ed. Revista. Globo. 2001.

FREYRE. Gilberto. *Casa-grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 48 ed. Global. São Paulo. 2003

FURTADO. Celso. *Raízes do subdesenvolvimento*. Civilização brasileira. 2003

GURGEL. Cláudio; JUSTEN; Agatha. *Bases para o estudo da Administração Pública*. Disponível: file:///C:/Users/Gleyce/Downloads/Administração%20Pública%20-%20Bases%20para%20o%20estudo%20da%20administração%20pública.pdf. Acesso em: 30/12/2016.

TAVARES. Andre Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10ed. rev. E atual. Saraiva: São Paulo. 2012

O EFEITO VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO JULGAMENTO DOS RECURSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE BINDING EFFECT OF PRECEDENTS IN THE JUDGMENT OF RESOURCES IN THE NEW CIVIL PROCESS CODE

Nubia do Nascimento Colombo Santos[1]

RESUMO

O Novo CPC tem como um dos seus objetivos a estabilização das decisões proferidas pelos tribunais pátrios, visando alcançar maior segurança jurídica nas relações processuais. Para isto, criou um sistema de procedentes judiciais, com força vinculante, que tem como meta obrigar os tribunais a aplicar suas próprias jurisprudências em outras demandas que possuam teses jurídicas idênticas, alcançando assim maior isonomia nas decisões. Assim, conferir efeito vinculante aos precedentes deverá trazer maior segurança jurídica para o processo, uma vez que não raro, demandas idênticas julgadas pelo mesmo órgão, recebem decisões diversas, prejudicando as partes que não conseguem prever o desfecho de um processo ainda que já tenha outras demandas idênticas transitadas em julgado. Na tentativa de aprimorar o sistema, o novo CPC criou mecanismos de julgamento de demandas repetitiva (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos), e o incidente de assunção de competência.

Palavras-chave: Precedentes; Recursos Repetitivos; Segurança Jurídica; Isonomia; NCPC.

ABSTRACT

The New CPC has as one of its objectives the stabilization of the decisions handed down by the country courts, aiming at achieving greater legal certainty in procedural relations. To this end, it has created a system of judicial proceeds, with binding force, which aims to compel the courts to apply their own jurisprudence in other lawsuits that have identical legal theses, thus achieving greater isonomy in decisions. Thus, to give binding effect to precedents, should provide greater legal certainty for the process, since, not infrequently, identical demands judged by the same body, receive diverse decisions, prejudicing parties that can not predict the outcome of a proceeding even if it already has other similar claims which have become final and unappealable. In an attempt to improve the system, the new CPC created repetitive demand judgment mechanisms (Incidents of Resolution of Repetitive Demands and Special and Extraordinary Repetitive Resources), and the incident of assumption of competence.

Keywords: Precedents; Repetitive resources; Legal Security; Isonomia; NCPC.

[1] Especialista em Direito Processual Civil

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil tem como um dos seus objetivos primordiais a estabilização das decisões proferidas por nossos tribunais, visando alcançar maior celeridade e segurança jurídica nas relações processuais.

Importante refletir que vivenciamos atualmente a triste realidade de um Poder Judiciário colapsado, imerso em um número gigantesco de demandas e de recursos intermináveis.

Desta forma, ao mergulhar nas estatísticas oficiais e, abrindo os olhos para analisar as demandas acumuladas sem decisão final, observa-se que uma boa parte destas se fundamentam na mesma tese jurídica, ou melhor, possuem conteúdos semelhantes, exigindo desta maneira, que o órgão julgador lhes ofereça tratamento igualitário, com decisões no mesmo sentido, prestigiando assim aos Princípios Constitucionais da Isonomia e da Segurança Jurídica.

Para isto, o novo estatuto processual criou um sistema de procedentes judiciais, que com força vinculante, tem como meta obrigar os tribunais a aplicar suas próprias jurisprudências em outras demandas que possuam teses idênticas, alcançando assim maior isonomia e agilidade nos julgamentos das demandas e recursos.

Apesar do Código de Processo Civil de 1973 já ter trago algumas previsões a respeito do uso dos precedentes nos julgamentos, tais sistemas não eram capazes de obrigar os demais tribunais a aplicarem os precedentes criados nas Cortes Superiores, ou seja, ainda não havia efeito vinculante em tais precedentes.

Assim, o novo CPC visa dar maior efetividade ao sistema, criando mecanismos de vinculação dos precedentes, que obrigam os tribunais superiores e todos os demais órgãos julgadores inferiores a aplicar os precedentes já existentes sobre determinada tese jurídica, quando esta já tiver sido apreciada e pacificada pelos tribunais superiores.

O objetivo do novo CPC é nobre, pois pretende uniformizar as decisões judiciais em todo o país, tornando de fato efetiva as garantias constitucionais a maior segurança jurídica e a isonomia entre as partes.

2. O Sistema da *Civil Law* no Brasil e a aproximação da *Common Law* frente à utilização dos Precedentes:

Como os países de origem romano-germânica, o Brasil sempre foi filiado ao sistema da *Civil law*. Essa escola considera a lei como fonte primária do ordenamento jurídico, de modo que a norma é o instrumento apto a solucionar as controvérsias trazidas ao conhecimento do Poder Judiciário, pois caso contrário, havendo obscuridade ou lacuna, deveria ser chamado o Poder Legislativo para atuar na interpretação.

Nestes termos, Rodrigo de Oliveira explica que o sistema da *Civil law* se caracteriza pelo maior valor dado ao processo legislativo frente às demais fontes do direito, acentuando-se após a Revolução Francesa, quando a lei escrita passou a ser considerada como a única expressão autêntica por parte da nação, decorrente da vontade geral da população.

No mesmo sentido, o Ilustre Doutrinador Elpídio Donizetti nos ensina que as jurisdições que adotam o sistema da *Civil law* são estruturadas preponderantemente com a finalidade de aplicar o direito escrito, positivado. Em outras palavras, os adeptos da *Civil law* consideram que o juiz é o interprete e aplicador da lei, não lhe reconhecendo os poderes de criador do direito. Justamente, em razão das bases legais, o juízes atuantes na *Civil law* são bem mais limitados do que aqueles vinculados ao sistema da *Common law*.

Confirmando que a lei é a fonte primária do direito no Brasil, a nossa Carta Política consagra o Princípio da Legalidade que determina que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*". O princípio mencionado visa proteger os cidadãos contra a atuação abusiva do Estado, e também pretende direcionar e fundamentar as decisões judiciais como um todo.

Contudo, apesar de não ser possível pensar um Estado Democrático sem que este seja apoiado em um sistema legal, também não se pode conceber um Estado estritamente legalista, uma vez que a sociedade é dinâmica, estando em constante desenvolvimento e mutação, de modo que o Poder Legislativo não consegue acompanhar tais transformações em tempo hábil.

Assim, há uma tendência de todos os países filiados a *Civil law* a utilização do precedentes como forma de aprimoramento do modelo atual, fenômeno já observado pelos doutrinadores. Nestes termos, o Brasil acompanha este movimento de aproximação com o sistema da *Common law*, uma vez que o CPC trouxe vários mecanismos de utilização obrigatória dos precedentes judiciais, tanto nos tribunais de origem como nos tribunais Superiores.

Sem dúvida, os magistrados possuem papel fundamental na busca de um modelo jurídico que atenda às necessidades da sociedade moderna, pois na verdade, o que diferencia os sistemas não é a completude da legislação adotada, mas sim a valoração dada à lei escrita e à função que o juiz exercerá ao interpretá-la.

Melhor dizendo, o magistrado inserido no sistema da *Civil law* - não podendo se omitir diante da lacuna da legislação e no exercício da função de criação do direito - pode se socorrer de outras fontes legítimas para respaldar o *decisum*, podendo inclusive, utilizar-se de suas impressões pessoais para fundamentar sua decisão, contudo, este julgador – ao contrário do Juiz da *Common law* - não esta obrigado a se submeter às suas próprias decisões os casos futuros que tenham a mesma tese jurídica, isto gera indubitavelmente, uma situação de falta de segurança jurídica e falha na aplicação do princípio da isonomia.

Neste diapasão, a possibilidade de prever as decisões judiciais já é *per si*, uma boa razão para a aplicação dos precedentes judiciais, porém não se pode conceber que fiquemos atrelados a aplicação cega e sem critério de decisões pré-determinadas, sem nos preocuparmos com a individualização do direito inerente ao caso, isso também geraria insegurança jurídica e feriria o princípio constitucional do acesso a justiça.

Na busca por julgados mais homogêneos, a utilização ampla dos precedentes judiciais é um instrumento bastante eficaz. Porém, precisarão os tribunais pátrios criar mecanismos para a criação de um acervo que seja atual e atenda a realidade sociocultural do nosso país, não mediante a aplicação de súmulas e jurisprudências meramente defensivas, que pretendam impedir a apreciação da demanda, mas através de precedentes que busquem concretizar a justiça que todos os cidadãos e operadores do direito esperam, qual seja, aquela que põe fim ao processo pacificando os conflitos sociais.

3. **Da Técnica de julgamento com uso dos precedentes vinculantes (*stare decisis*) e sua Regularização no Novo Código de Processo Civil:**

Para que se possa fazer bom uso das técnicas de julgamento utilizando os precedentes judiciais, faz-se necessário compreender o funcionamento do sistema, e os objetivos que o legislador pretendeu alcançar com o implemento de tais técnicas.

Em nosso ordenamento jurídico, filiado a *Civil law*, é comum associarmos a ideia de segurança jurídica ao simples cumprimento da lei. Porém, trata-se de uma falsa segurança, pois a lei pode ser interpretada das formas mais variadas possíveis, uma vez que sofre a

influencia direta da moral e das experiências pessoais de cada julgador.

Nestes termos, na busca de uma segurança jurídica mais eficaz e efetiva, a utilização da técnica de precedentes vinculantes (*stare decisis*) parece trazer uma boa resposta a tal anseio.

Aprofundando no conceito, a melhor doutrina conceitua "*precedente"* como sendo a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior em casos análogos (DIDIER JR, OLIVEIRA, BRAGA, 2013, p. 385).

Aclarando o tema, Elpídio Donizetti explica que objetivo da adoção do sistema de precedentes é oferecer soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando assim, que se utilizem excessivamente os recursos e que ocorra aumento na quantidade de demandas.

Desta forma, o procedente é formado a partir da razão de decidir do julgado, a *ratio decidendi*, ou seja, serão considerados para a formação do precedente os fundamentos que foram decisivos para embasar determinada decisão. E estes fundamentos é que poderão ser utilizados nos julgamentos futuros (TUCCI, 2004, p. 14).

Apesar de ser um conceito ainda controverso na doutrina brasileira, uma vez que ainda há duvidas de como a *ratio decidendi* será identificada, o que se pode concluir de imediato, é que a *ratio decidendi* não é a parte dispositiva do *decisum*, mas a tese jurídica que foi suficiente para decidir o caso concreto.

Melhor dizendo, questões fáticas não influenciaram na formação do precedente, nem vincularão os julgamentos futuros. Do mesmo modo, os argumentos acessórios elaborados para auxiliar no deslinde da demanda, o *obter dictum*, não podem ser utilizados para a criação do precedente, uma vez que não são decisivos no desfecho da demanda (DIDIER JR, OLIVEIRA, BRAGA, 2013, p. 388).

O que precisa ficar bem esclarecido é a ideia de que o precedente possui efeito vinculante, ou seja, obriga que o juízo futuro se declare vinculado a decisão anterior, caso haja idêntica *ratio decidendi*.

Nestes termos, o precedente deverá ser obrigatoriamente respeitado, pois se trata uma norma criada por decisão judicial, e dependendo do *status* do órgão que o criou, deverá ser aplicado em todos os tribunais de grau inferior em todo o país.

Portanto, pode-se afirmar com confiança que no Brasil já vigora, de forma mitigada, o sistema do *stare decisis*, pois o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça

detêm o poder de criar normas (Teoria Constitutiva criadora do direito) e os órgãos judiciais inferiores possuem o dever de aplicar o precedente criado por estes tribunais de superposição.

Por esta ótica, muitas são as razões para utilizar o sistema de precedentes vinculantes, a primeira delas nasce no fato que os juízes ao decidirem questões de direito, deverão sempre aplicar o mesmo direito para situações análogas, respeitando sempre as decisões provenientes de tribunais superiores, fortalecendo o princípio da segurança jurídica.

Segunda razão relevante é tornar o julgamento imparcial e previsível, independentemente das partes envolvidas, uma vez que demandas idênticas terão decisões idênticas, prestigiando o princípio da isonomia.

Desta forma, as decisões proferidas pelos órgãos julgadores, terão maior credibilidade perante a sociedade, pois será possível que o particular planeje uma demanda futura, uma vez que exista um padrão pré-fixado para o comportamento do tribunal ou do juízo *a quo*, evitando assim decisões surpresas.

Por isso, o novo Código de Processo Civil, preocupou-se em implementar técnicas de julgamentos que utilizem de forma obrigatória os precedentes já existentes, assim, tratando das regras gerais, o artigo 926 do estatuto prevê que *"Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente."*

Este comando dita o norte que deverá ser seguido por todos os tribunais e juízes de Primeiro grau de todo o país, qual seja, deverá haver um trabalho conjunto em prol de uma jurisprudência duradoura, que expresse a realidade social e cultural de nossa pátria.

Para operacionalizar esta ordem, os parágrafos primeiro e segundo do artigo supracitado, determinam que os tribunais deverão editar enunciados de súmula que expressem a jurisprudência dominante do órgão.

Ressalte-se, que ao editar tais enunciados o tribunal deverá considerar as circunstancias fáticas dos precedentes que os motivaram, isto porque, ao aplicá-los, os órgãos julgadores deverão tecer um raciocínio lógico capaz de ligar o precedente apontado ao caso *sob judice*.

Não se trata de uma aplicação dos precedentes de forma genérica e sem fundamento, trata-se de uma análise minuciosa para que se poça concluir, sem sombra de dúvidas, que a *ratio decidendi* é de fato idêntica ou semelhante ao caso analisado.

Caso o julgador não se atenha a uma fundamentação vasta e consistente, ferirá o regramento estampado nos artigo 489,§ 1º, inciso V do CPC, que determina que pela mera invocação de precedente ou enunciado de súmula não se considerará fundamentada a decisão.

Não se pretende afrontar o Princípio do Livre Convencimento do Juiz, ao contrário, o julgador estará livre para expressar seu convencimento motivado, da mesma forma de deveria fazê-lo ao interpretar a lei em sentido estrito.

Na sequencia, o artigo 927 do CPC impõe aos juízes e aos tribunais que observem os precedentes, e em seguida, descreve as decisões que terão efeito vinculante, a saber: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (I); os enunciados de súmula vinculante (II); os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (III); os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (IV) e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (V).

O rol apresentado no artigo mencionado é um óbice à assunção dos recursos aos tribunais superiores, uma vez que a tese recursal já tenha sido apreciada pelos tribunais superiores, não poderá ser novamente discutida.

De certo modo, a obrigatoriedade da aplicação dos precedentes nestes casos, impedirá que os princípios da segurança jurídica e da isonomia sejam ofendidos, dando maior efetividade ao principio da razoável duração do processo, pois só subirão para apreciação os recursos que ainda não tenham sido objeto de pronunciamento anterior pelos tribunais superiores.

Noutro giro, o novo CPC não pretende engessar a jurisprudência eternamente, ao contrário, o próprio código prevê a alteração de uma tese jurídica adotada por um enunciado de súmula ou por um julgamento de casos repetitivos (artigo 927, § 2º).

3.1- Técnicas de Confronto e superação dos Precedentes:

Embora os precedentes possuam efeito vinculante, conforme determina o artigo 927 do Código de Processo Civil, estes não podem ser utilizados indevidamente, ao contrário, sua aplicação deverá obedecer aos mais rigorosos critérios de julgamentos por parte dos órgãos competentes.

Assim, casos distintos deverão ter tratamentos distintos, e para isso, existem técnicas de distinção de julgamento, onde se permite o desenvolvimento do direito e a criação de novos precedentes que contemplem maiores situações jurídicas.

A este método de confronto dá-se o nome de *distinguishing* e, por meio desta técnica será possível diferenciar o caso apreciado do precedente ora invocado, concluindo-se em seguida, se poderá submetê-lo ou não a força vinculante do precedente.

Desta forma, deve-se identificar e delimitar a *ratio decidendi* do precedente, e após caberá ao juízo, afastando os fatos diferentes, demonstrar através de fundamentação pujante que a tese jurídica é diversa, afastando-se deste modo, o precedente invocado pela parte.

Verifica-se também, que além de não aplicar um precedente através da técnica do *distinguishing*, o tribunal pode ainda modifica-lo sem revogá-lo expressamente, visando ajustá-lo as novas realidades sociais. Nestes termos, pode-se citar como técnica de superação de precedentes: *overriding* e o *overruling.*

Entende-se como *overriding* a técnica de superação que apenas limita ou restringe a incidência do precedente, aproximando-se de uma revogação parcial, sendo então a compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente formado.

Quanto ao *overruling* trata-se da revogação de um precedente. No entanto, para que se possa realizar o *overruling* deve-se fazer a adequada confrontação dos requisitos necessários para permitir chegar a tal extremo. Melhor dizendo, deverá ocorrer a perda da congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica, além dos critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente.

Ressalte-se que para ocorrer a modificação do precedente deverá acontecer uma alteração daquele direito na comunidade jurídica, de modo que a tese jurídica lançada naquele precedente não seja mais admitida como justa no meio social.

Porém, diante da necessidade de estabilização e coerência das jurisprudências, as modificações deverão ser realizadas de forma cautelosa, podendo inclusive, serem precedidas de audiências públicas e da participação das pessoas, órgãos e entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese, nos termos do artigo 927, § 2º do CPC.

Consigne-se, que no parágrafo 3º do mesmo artigo, há a previsão que nos casos em que a alteração ou modificação se restar inevitável, será necessário também modular seus efeitos, ou seja, determinar no corpo da própria decisão a partir de quando a nova tese deverá ser aplicada, sempre observando o interesse social e, repisa-se, a segurança jurídica.

Transcorridas estas linhas, verifica-se que tão importante quanto os juízes de primeiro grau e tribunais saberem aplicar as técnicas de julgamento utilizando os precedentes, é que os advogados conheçam e saibam maneja-los forma adequada.

Isto porque, caberá ao operador do direito demonstrar para o juízo que o caso

apresentado em sua inicial possui a mesma *ratio decidendi* do precedente por este colacionado, de modo que a boa escolha de palavras e a clara demonstração dos fatos e do direito conduzirá o magistrado pelo caminho planejado pela parte proponente.

De mesma forma, o advogado também deve ser capaz de distinguir a tese manejada no caso concreto, daquele precedente que o juízo pretende aplicar, caso entenda que seja inadequado para a demanda. Não dominar a técnica poderá fazer perecer o direito, que em sua origem já contém o amparo jurisprudencial necessário para ser acolhido de imediato.

4. Dos Mecanismos de julgamento: Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), Recurso Especial e Recurso Extraordinário Repetitivos:

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é uma das maiores novidade trazidas pelo novo Código de Processo Civil, cujo objetivo do instituto é identificar demandas que possuam potencial para gerar multiplicação de causas, fundadas na mesma questão de direito, proporcionando assim, decisão igualitária para todas.

O IRDR não tem natureza recursal, mas sim representa um método de resolução de demandas, onde partindo de um caso concreto, identifica-se os indícios de que será uma demanda que tenderá a se multiplicar.

O artigo 976 do CPC estabelece os requisitos necessários para a instauração do IRDR, como sendo a efetiva repetição dos processos cuja controvérsia verse sobre a mesma questão de direito (I) e cumulativamente que haja o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (II).

Da analise dos dispositivos do código processual, verifica-se que o incidente deverá ser instaurado no âmbito dos tribunais estaduais e dos tribunais regionais federais, e o pedido poderá ser formulado pelo próprio juiz da causa ou pelo relator, ou ainda, poderá ser instaurado através de petição protocolizada pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública.

Ressalte-se que caberá ao mesmo órgão colegiado do tribunal que tenha competência para julgar o incidente e fixar a tese jurídica, apreciar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Uma vez instaurado o IRDR, todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre a mesma tese jurídica ficarão suspensos (dentro da competência territorial do tribunal) e o incidente deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano, conforme estabelecem os artigos 980 e

982, e uma vez ultrapassado o prazo sem julgamento do IRDR cessará a suspensão dos processos, salvo se houver decisão fundamentada do relator do incidente determinando de modo diverso (parágrafo único do artigo 980)

Nestes termos, o relator - na busca de uma decisão que realmente atenda ao fim social e dê o melhor desfecho a demanda - poderá requisitar informações aos órgãos onde tramitam os processos originários, intimará o Ministério Público para pronunciar-se e ouvirá as partes e os demais interessados (*amicus curie*) na demanda. Podendo inclusive, solicitar diligencias, juntada de documentos e informações completares, e até mesmo, designar audiência pública para discutir o tema. Após marcará data para o julgamento, e neste dia, será possibilitado a todas as partes envolvidas e interessadas, realizaram sustentação oral; tudo na forma e na ordem estabelecida pelo artigo 984 do CPC.

Assim, julgado o IRDR este terá efeito vinculante, sendo obrigatoriamente aplicado em todos os processos atuais e futuros que versem sobre a mesma tese jurídica discutida, e que estejam na competência territorial do tribunal que proferiu o acórdão.

Dito isto, a parte que ficar insatisfeita com a decisão poderá propor recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. Ressaltando-se que o recurso terá efeito suspensivo, sendo presumida a existência de repercussão geral no caso de haver discussão de questões constitucionais.

Então, uma vez apreciado o mérito recursal pela(s) Corte(s) Superior(es), o precedente deverá ser aplicado em todo o território nacional, ganhando um efeito *erga omnis*.

Com relação aos recursos especial e extraordinário repetitivos, estes possuem uma sistemática bem próxima do IRDR, o que demonstra a coesão perquirida pelo código.

Quanto juízo de admissibilidade, importante destacar, que com relação aos recursos especial ou extraordinário, deverá ser feito primeiramente pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, que analisará se a matéria veiculada está ou não submetida ao rito dos recursos repetitivos, e somente quando ultrapassadas essas etapas é que será realizado juízo de admissibilidade observados os demais requisitos intrínsecos e extrínsecos do recurso.

Assim, de acordo com as regras vigentes, os recursos direcionados as Cortes Superiores só serão remetidos, caso a questão de direito discutida não seja objeto de acórdão ou sumula vinculante em vigor, e que não esteja afetado por recurso repetitivo ainda não julgado.

Na primeira situação, o recurso será inadmitido imediatamente e na segunda hipótese, o recurso permanecerá suspenso até o julgamento dos paradigmas pelo Supremo Tribunal

Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o tema.

Diante destes aspectos primários, caberá a instauração do incidente de recursos repetitivos quando houve multiplicidade de recursos (especial ou extraordinário) fundamentado em idêntica questão de direito, conforme explica o artigo 1.036 do CPC.

Ressalte-se que após o tribunal superior determinar a afetação dos recursos apresentados, a suspensão dos processos que tramitem discutindo mesma questão de direito se estenderá para todo o território nacional.

Desta forma, para analisar melhor o sistema, importa aclarar o conceito de afetação, que nas palavras de Marcos Vinicius Rios Gonçalves (GONÇALVES, 2016) é a decisão proferida pelo relator que, feita a seleção dos recursos paradigmas e preenchidos os demais requisitos do art. 1.036, caput, do CPC, identificará com precisão a questão jurídica a ser submetida a julgamento, determinando a suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma questão, coletivos ou individuais, que tramitem em todo o território nacional.

Ressalte-se que em ocorrendo conflito entre mais de uma afetação, será prevento o relator que primeiro tiver proferido a decisão, identificando a questão a ser submetida a julgamento.

Nestes termos, determinada a afetação, o relator do tribunal superior deverá comunicar a todos os tribunais do país, informando a suspensão dos processos com a mesma questão de direito, pois uma vez proferida decisão no recurso repetitivo, esta terá efeito vinculante aplicando-se a todos estes processos paralisados.

Ao contrario, caso o relator não proceder a afetação, deverá comunicar igualmente ao presidente ou vice-presidente que estará obrigado a revogar a decisão de suspensão.

Consigne-se que o próprio CPC prevê a possiblidade de ser realizado o *distinguishing*, caso algum recurso seja afetado indevidamente. Nesta hipótese, a parte deverá demonstrar fundamentadamente, que não pretende discutir a mesma tese jurídica afetada, e solicitar o prosseguimento do recurso junto ao tribunal (art. 1.037, § 9º do CPC).

Prosseguindo, como no IRDR, os recursos especial e extraordinário repetitivos terão de ser colocado em pauta para julgamento no prazo de 01 (um) anos, tendo preferência sobre o julgamento de outros recursos, salvo de réu preso ou *habeas corpus*.

Após o julgamento, o recurso repetitivo terá efeito vinculante, devendo todos os recursos sobrestados serem julgados em conformidade com a tese firmada.

Sendo caso de recurso extraordinário, será primeiro analisado a existência de repercussão geral e não se restando configurada, serão inadmitidos automaticamente todos os

recursos extraordinários sobrestados.

Por todo o exposto, pode-se concluir que os mecanismos de julgamento de demandas repetitivas, servem para permitir que demandas com a mesma questão jurídica, sejam apreciadas de uma única vez, aplicando a mesma decisão para todos os processos idênticos (efeito vinculante), promovendo assim, maior efetividade, celeridade, economia processual, dando maior efetividade aos princípios da segurança jurídica e da igualdade.

5. Da Técnica de Julgamento através do Incidente de Assunção de Competência:

A característica que difere o Incidente de Assunção de Competência dos institutos mencionados a cima (IRDR), é que através desta técnica ocorrerá efetivamente o julgamento de um caso específico e concreto, e a partir deste haverá a fixação de uma *ratio decidendi*. Situação que não acontece nos demais mecanismos de julgamento de demandas repetitivas.

No IRDR e nos Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos, precisará haver diversas demandas com a mesma questão controversa a ser decidida, já no Incidente de Assunção de Competência, basta apenas um único caso, mas configurada a sua relevância e grande repercussão na sociedade, importante será fixar uma jurisprudência que norteie julgamento futuros.

Conceituado o instituto, diz Cassio Scarpinella Bueno (BUENO, 2015, p. 593) que o julgamento proferido no incidente de assunção *"deve ser entendido no sentido de haver julgamento no caso concreto e não, apenas, de fixação ou enunciado da tese relativa à "relevante questão de direito""*. Sem dúvida, trata-se de um grande diferencial do sistema.

Em relação aos recursos, o código não cria qualquer limitação quanto à possiblidade de instauração do incidente, seja em apelação ou, seja no agravo de instrumento.

Nestes termos, na espera recursal, o relator, recebendo o processo, fará um juízo de admissibilidade sobre a caracterização dos requisitos mencionados no artigo 947 do CPC, após, encaminhará os autos para o órgão fracionário competente originariamente, que também apreciará ratificar a existência dos requisitos supracitados.

Desta forma, se o órgão colegiado reconhecer o interesse público, julgará a demanda, e o acórdão proferido, se tornará um precedente vinculante, obrigando todos os juízes e órgãos fracionários, até que haja revisão da tese fixada.

Tratando-se da legitimação para a instauração do incidente, insta salientar que o relator poderá proceder de ofício, a pedido do Ministério Público (na condição de parte ou

custus legis) ou da Defensoria Pública, que formularão o pedido nas razões recursais, nas contrarrazões ou por simples petição dirigida ao relator.

Por fim, ressalte-se que não existe previsão expressa para a participação do *amicus curie* no incidente em questão, mas a doutrina o assegura, baseando-se na necessidade de construção de um processo cooperativo, participativo e democrático, pois mais do que buscar a solução de uma lide, há espaço para a construção de um direito, que por ser relevante deverá ser debatido por toda a sociedade e por aqueles que puderem contribuir para a melhor compreensão do tema.

6. **Conclusões Finais:**

Neste diapasão, a possibilidade de prever as decisões judiciais já é *per si*, uma boa razão para a aplicação dos precedentes judiciais, porém não se pode conceber que fiquemos atrelados a aplicação cega e sem critério de decisões pré-determinadas, sem nos preocuparmos com a busca da solução justa para a demanda, pois caso contrario geraria insegurança jurídica e feriria o princípio constitucional do acesso a justiça.

Noutras palavras, não se pretende engessar o Poder Judiciário, nem tão pouco eternizar decisões judiciais que não adequem maias as realidades sociais atuais, ao contrario, o juiz deverá continuar exercendo o seu livre convencimento motivado e agindo de acordo com seu senso de justiça, aplicando sempre a norma – positivada ou gerada por meio de decisão vinculante – mais benéfica e capaz de alcançar a paz social.

Assim, motivar e fundamentar adequadamente cada decisão prolatada, principalmente valendo-se dos precedentes para dar tratamento igualitário para todos os jurisdicionados que buscam o mesmo direito, propiciará maior credibilidade ao Poder judiciário perante a sociedade.

Necessário se faz que todos os órgãos do poder judiciários, os operadores do direito e toda sociedade, se mobilizem para aprimorar o sistema de utilização dos precedentes para julgamento dos recursos no Brasil, visando sempre, a segurança jurídica, a igualdade e a estabilidade das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Novo Código Processo Civil – Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015.

CNJ - Resolução nº 235 de 13/07/2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado Federal.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. 2012, p. 4.

DIDIER JR, Fredie; **OLIVEIRA**, Rafael; **BRAGA**, Paula. *Curso de direito processual civil*. Salvador. Juspodium, 2013, p. 385.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p. 14.

GAIO JUNIOR, Antonio Pereira, **MACHADO**, Fernanda Gomes Ladeira. *Os Precedentes: compreensão do modelo da vinculação às decisões judiciais e seus contornos no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 7ª Ed. São Paulo, 2016.

SOARES, Marcos José Porto; **ZANARDI**, Graziele. *Processo como método e procedimento como técnica. Novas Luzes sobre a Diferença entre Processo e Procedimento*. Revista dos Tribunais Sul. São Paulo. Ed. RT, vol.4-5, mar-abr/mai-jun.2014.

BUENO, Cassio Sacarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo. Ed. Saraiva, 2015, p. 593.

DONIZETTI, Elpídio. http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf. Acesso em 15/12/2016.

GAIO JUNIOR, Antonio Pereira. http://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/ O-CONCEITO-DE- PRECEDENTES-NO-NOVO-CPC.pdf. Acesso em 15/12/2016.

OLIVERIA, Rodrigo de. http://www.tex.pro.br/artigos/175-artigos-set-2013/4794-evolucao-historica-dos-precedentes-judiciais-nos-sistemas-de-common-law-e-civil-law-1. Acesso em 15/12/2016.

http://www.conjur.com.br/2016-dez-08/stj-ira-julgar-primeiro-incidente-demanda-repetitivo-criado-cpc. Acesso em 09/12/2016.

http://isinha206.jusbrasil.com.br/artigos/414673705/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-irdr. Acesso em 14/12/2016.

PORTO, Sérgio Gilberto. http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf. Acesso em 15/12/2016.

MUNIZ, Sebastião Ogê. O recurso extraordinário e o recurso especial repetitivo: a relevância de sua gestão para o Poder Judiciário. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 58. http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Sebastiao_Muniz.html. Acesso em 29/12/2016.

https://jus.com.br/artigos/51335/recursos-extraordinario-e-especial-repetitivos. Acesso em 29/12/2016.

SOARES, Marcos José Porto. *Do Incidente de Assunção de Competência segundo o Novo Código de Processo Civil.* https://marcosjps.jusbrasil.com.br/artigos/296243608/do-incidente-de-assuncao-de-competencia-segundo-o-novo-codigo-de-processo-civil. Acesso em 29/12/2016.

A ANÁLISE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DA FILOSOFIA MORAL DE IMMANUEL KANT

THE ANALYSIS OF HUMAN DIGNITY IN THE LIGHT OF MORAL PHILOSOPHY OF IMMANUEL KANT

Lília Nunes dos Santos[1]

RESUMO

O estudo proposto tem por fim analisar os pressupostos conceituais da filosofia moral kantiana, sobre os quais o filósofo fundamentou o conceito de dignidade da pessoa humana, com o fim de demonstrar que a definição construída por Kant contribuiu para a formação do conceito jurídico da dignidade da pessoa humana e a, consequente, consagração deste princípio jurídico como núcleo essencial do Estado Democrático de Direito, e, principalmente dos Direitos Humanos. Buscou-se ainda demonstrar os riscos que a interpretação e aplicação inadequada deste princípio podem ocasionar para a tutela e efetividade deste direito, considerado supranacional, sugerindo o resgate do conceito de dignidade da pessoa humana edificado pela doutrina moral de Immanuel Kant, especificamente, em seu imperativo categórico, como o fim deque o ser humano seja sempre reconhecido e considerado como um fim em si mesmo.

Palavras-chave: Dignidade. Pessoa humana. Filosofia moral. Kant. Princípio jurídico. Direitos humanos.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the conceptual presuppositions of Kantian moral philosophy, on which the philosopher based the concept of human dignity, in order to demonstrate that the definition constructed by Kant contributed to the formation of the juridical concept of the dignity of the human being. human being and consequent consecration of this juridical principle as an essential nucleus of the Democratic State of Law, and especially of Human Rights. It was also tried to demonstrate the risks that the interpretation and inadequate application of this principle can cause for the tutelage and effectiveness of this right, considered supranational, suggesting the rescue of the concept of dignity of the human person built by the moral doctrine of Immanuel Kant, specifically, in its categorical imperative, as the end of which the human being is always recognized and considered as an end in itself.

Keywords: Dignity. Humanperson. Moral philosophy. Kant. Legal principle. Human rights.

[1]Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na atual conjuntura caracterizada pelo desenvolvimento social, econômico e tecnológico, além dos avanços proporcionados pela globalização, muitos recursos no campo científico, político e jurídico tem surgido para trazer melhorias para os povos e qualidade de vida para o homem.

Ocorre que o este processo de globalização tem favorecido a disseminação de uma cultura consumista e relativista que torna descartáveis os valores, antes tidos como absolutos, e exalta a primazia do prazer e do individualismo em detrimento da moral e da relação social, trazendo consigo impactos catastróficos ao comportamento humano, sua identidade e dignidade, à soberania dos Estados e à própria natureza.

Todo o progresso resultante deste processo capitalista e neoliberal vem acompanhado de riscos, violações e conflitos danosos ao homem e, consequentemente, a toda família humana, fazendo-se necessário uma reflexão sobre atual definição da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, de maneira resgatar as origens filosóficas que determinaram este conceito, com o objetivo de erigir a pessoa humana como o princípio e o fim do qual emanam e para o qual devem convergir todas as atividades de ordem política, econômica, social e técnico-científica.

A contribuição inicial para a formação do conceito de dignidade da pessoa humana adveio da fé monoteísta judaico-cristã ao estabelecer que o homem fosse concebido à imagem e semelhança de Deus, e, por isso, todos os homens são iguais, independentemente de posses e qualidades.

Na Grécia, mais precisamente na democracia ateniense, através da ideia de liberdade como elemento da dignidade da pessoa humana, afastou-se a soberania de um indivíduo ou de um grupo ou classe social em face de instituição da liberdade do cidadão por meio da autoridade da lei escrita, impedindo, assim, que um cidadão se sobreponha ao outro com sua conduta.

Enquanto no modelo greco-cristão o conceito de dignidade estava alicerçado na igualdade e na liberdade, na perspectiva de Immanuel Kant a dignidade da pessoa humana tem como alicerce a razão pura, rompendo com toda e qualquer explicação metafísica.

De acordo com o filósofo, a dignidade da pessoa é reconhecida no homem enquanto ser racional, e que, portanto, não possui preço porque é considerado um fim em si mesmo, sem se admita sua utilização como meio para obtenção de qualquer que seja a finalidade. Ou

seja, a dignidade da pessoa humana, para Kant, é determinada única e exclusivamente pela razão.

O pensamento Kantiano a respeito do tema trouxe grande contribuição para a definição e instituição da dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico nuclear do Estado Democrático de Direito, além de ser responsável pela origem e fundamentação dos Direitos Humanos.

Todavia, neste contexto de crise dos valores, e até mesmo de inversão dos mesmos, os princípios fundamentais, que possuem conteúdo valorativo, têm sido interpretados e aplicados de maneiras diversificadas e, até mesmo antagônicas.

Tendo em vista que o princípio da dignidade da pessoa humana permeia todos os demais princípios constitucionais, possui maior grau de abstração, o que, por vezes, dificulta sua aplicação, ou ainda, favorece que esta se dê de maneira arbitrária ou tendenciosa.

Diante deste cenário global que tem seus reflexos no mundo jurídico, este artigo pretende resgatar o conteúdo moral do princípio da dignidade da pessoa humana a partir da proposta filosófica de Immanel Kant, como sustentáculo da democracia e vetor da implementação dos Direitos Humanos, uma vez que a definição de dignidade formulada pelo autor é resposta e limite às exigências do mundo moderno.

1 OS PRESSUPOSTOS DA FILOSOFIA MORAL DE KANT

Antes, contudo, de adentrar no conceito de dignidade humana em si, é de suma importância analisar como o filósofo alemão estabeleceu os pressupostos conceituais da moralidade, estabelecendo, assim o imperativo categórico que norteou toda a doutrina kantiana.

A preocupação de Kant consistia em fixar um princípio que pudesse reger todas as ações humanas, mas que, para tanto, estivesse desvinculado da experiência. A moralidade, então, estaria fundada em uma lei inerente à racionalidade humana, ou seja, em princípios estabelecidos *apriori* porque derivados da razão pura.

Neste sentido, para que uma ação seja considerada boa em si, e, portanto, moral, não deve estar pautada em qualquer finalidade específica ou em condições empíricas que a tornem um meio para se obter algum resultado preferencial, ainda que esta finalidade seja boa. Para Kant, a vontade racional que dirige a prática de qualquer ação deve estar fundada em um

motivo a priori, desvinculado do empirismo, este motivo é o dever, como extrai da seguinte passagem:

> A boa vontade não é boa pelos efeitos que se promove ou realiza, pela aptidão para alcançar a finalidade proposta, mas tão somente pelo querer, isto é, em si mesma e considerada em si mesma, deve ser avaliada em grau muito mais alto do que tudo o que possa ser alcançado em proveito de qualquer inclinação, ou mesmo, se quiser, da soma de todas as inclinações[1].

Sendo assim, a vontade só se realiza na lei que tem sua origem na razão humana e não nos efeitos que podem ser alcançados ou esperados com a prática de determinada ação. É esta lei que determina o dever condutor da vontade, fazendo desta o sumo bem. Portanto, "nada senão a representação da lei em si mesma, que em verdade só no ser racional se realiza, enquanto é ela, e não o esperado efeito, que determina a vontade, pode constituir o bem excelente a que chamamos moral" [2].

Todavia, a doutrina kantiana não desconsidera que a vontade também é determinada por condições subjetivas, e não somente por condições puramente racionais, contudo, o comportamento humano deve ser unicamente direcionado pelas leis inteligíveis e não pelas leis naturais (empíricas ou sensíveis):

> Em razão disso, um ser racional deve considerar a si mesmo como *inteligência* (isto é, não pela parte de suas potências inferiores) e como pertencente, não ao mundo sensível, mas ao inteligível; portanto, tem dois pontos de vista sob os quais pode considerar-se a si próprio e conhecer leis do uso de suas forças e, conseguinte, de todas as suas ações: o *primeiro*, enquanto pertencente ao mundo sensível, embaixo de leis naturais (heteronomia), e o *segundo*, como pertencente ao mundo inteligível, sob o domínio de leis que, independentes da natureza, não são empíricas, mas se fundamentam somente na razão[3].

Neste contexto Kant distingue o agir humano dotado de subjetividade e a lei moral que decorrente da razão, e, portanto, objetiva, a qual deve condicionar e submeter o agir visto que constitui o dever:

> A máxima é o princípio subjetivo da ação e tem de se distinguir do princípio objetivo, quer dizer, da lei prática. Aquela contém a regra prática que determina a razão em conformidade com as condições do sujeito (muitas vezes em conformidade com sua ignorância ou as suas inclinações) e é, portanto, o princípio segundo o qual o sujeito age, a lei, porém, é o princípio objetivo, válido para todo o ser racional, princípio segundo o qual ele deve agir[4].

[1]KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995, p. 32.
[2]*Idem*, p. 38.
[3]*Idem*, p. 108-109
[4]*Idem*, p. 58.

De acordo com Rafael Augusto de Conti, a razão é responsável por universalizar os conceitos do bem e do mal, eliminando qualquer máxima subjetiva. "Assim, os princípios morais são leis, isto é, regras objetivas, de caráter universal que a determinação racional impõe para que se torne possível a convivência harmoniosa em sociedade" [5].

É, portanto, o imperativo categórico a fórmula kantiana que determina quando uma ação é boa, é moral, independentemente dos fins que dela se espera. Segundo Bittar, trata-se de uma lei que, por ser aprioristicamente inerente à racionalidade humana universal, garante a igualdade entre os seres racionais[6].

Desse modo, "o imperativo categórico é, pois, único, e é como segue: age só, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo em que se torne lei universal" [7].

Tendo em vista a fixação de um imperativo *a priori*, sua causa não decorre da experiência, mas do exercício intelectual no qual a razão se impõe como determinante do comportamento, independente de qualquer motivação ou justificação. É a razão que exige e desperta o sentimento de respeito pela lei, sendo a razão prática legisladora de si:

> A regra prática é, pois, incondicionada, por conseguinte, apresentada a priori como uma proposição categoricamente prática, mediante a qual a vontade é de um modo absoluto e imediato, objetivamente determinada (pela própria regra prática, que aqui constitui, pois, uma lei). Com efeito, a razão pura, prática em si, é aqui imediatamente legisladora. A vontade é concebida como independente de condições empíricas, por conseguinte, como vontade pura determinada pela simples forma da lei, e este princípio de determinação é visto como a condição suprema de todas as máximas[8].

Segundo Kant a vontade está submetida à lei, principalmente pelo fato de ser a vontade a própria legisladora, de modo que, está submetida à lei da qual ela mesma é autora, e porque ela é autora.[9]

[5]CONTI, Rafael Augusto De. A perspectiva kantiana da Dignidade Humana como fundamento dos crimes contra a humanidade e elemento enfraquecedor do Princípio de Direito Internacional Público de não intromissão nos Estados.Disponível em http://www.rafaeldeconti.pro.br . Acesso em: 07 de agosto de 2014.
[6]BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 271.
[7]Kant *apud* Bittar, *op. cit*., p. 271.
[8] KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: edições 70, 1994, p. 43.
[9]KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 72.

A moralidade está intrinsecamente relacionada ao princípio da autonomia que é expressão da vontade humana de se constituir em legislação universal. A autonomia da vontade implica na submissão do homem à legislação universal, de modo que ele possa agir de acordo com sua própria vontade, concluindo-se que o dever decorre da própria legislação interior.

Esta legislação interior é fruto da escolha pelas máximas que tenham caráter universal, constituindo, assim, um imperativo moral universal.

Tendo em vista que o imperativo categórico é caracterizado pela rigorosa universalidade da ação moral, que fora determinada a priori, não se admite qualquer exceção a este mandamento, o qual não deriva da experiência[10] e tem como única finalidade a realização da máxima que prescreve, diferenciando-se, assim do imperativo hipotético, como se extrai da sentença:

> Como toda a lei prática representa uma ação possível como boa e, por isso, como necessária para um sujeito praticamente determinável pela razão, todos os imperativos são fórmulas da determinação da ação que é necessária segundo o princípio de uma vontade boa de qualquer maneira. No caso de a ação ser apenas boa como meio para qualquer outra coisa, o imperativo é *hipotético*; se a ação é representada como boa em si, por conseguinte, como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é *categórico*[11].

Em outro trecho de sua obra, Fundamentação da metafísica dos costumes, Kant continua esclarecendo esta diferença:

> Pois bem; todos os *imperativos* mandam, já *hipotética*, já *categoricamente*. Aqueles representam a necessidade prática de uma ação possível, como meio de conseguir outra coisa que se quer (o que é possível que se queira). O imperativo categórico seria o que representasse uma ação por si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária.
> Ainda bem; se a ação é boa só como meio para *alguma outra coisa*, então é o imperativo *hipotético*; mas se a ação é representada como boa *em si*, isto é, como necessária numa vontade conforme em si mesma com a razão, como um princípio de tal vontade, então é imperativo *categórico*[12].

De acordo com Eduardo Bittar, na Crítica da razão pura, Kant deixa claro que o imperativo categórico é absoluto, ou seja, subsiste por si e em si, independente de qualquer vontade ou finalidade, ainda que essa finalidade seja a felicidade, posto que a felicidade é decorrência, é consequência, da sua observância e não o fim que se espera do seu exercício.

[10]KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre F. Morujão. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 38.
[11]Kant, Immanuel.**Fundamentação da metafísica dos costumes**, *op. cit*., p. 77.
[12] Kant, Immanuel.**Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1997, p. 64.

Diverge, assim, do imperativo hipotético que tem a características de conduzir o homem ao alcance de seus objetivos práticos, dentre eles a felicidade[13]:

> Admito que há, realmente, leis morais puras que determinam completamente *a priori* o fazer e o não fazer (sem ter em conta os móbiles empíricos, isto é, a felicidade) ou seja, o uso da liberdade de um ser racional em geral e que estas leis comandam de uma maneira absoluta (não meramente hipotética, com o pressuposto de outros fins empíricos) e portanto, são, a todos os títulos, absolutas[14].

O imperativo da moralidade determina a conduta de maneira imediata, sem impor qualquer propósito como condição para a realização de certa conduta, pois o imperativo categórico se refere à forma e ao princípio onde ela resulta e não à matéria ou ao resultado da ação[15], como ensina Kant:

> O imperativo categórico, que, sem referência a qualquer propósito, isto é, sem nenhum outro fim, declara a ação objetivamente necessária em si, tem o valor de um princípio apodítico-prático[16].

Conclui-se, portanto, que o homem deve agir moralmente pelo simples fato de colocar-se em conformidade com o imperativo categórico e não por qualquer outro objetivo. Portanto, "o agir livre é o agir moral; o agir moral é o agir de acordo com o dever; o agir de acordo com o dever é fazer de sua lei subjetiva um princípio de legislação universal a ser inscrita em toda a natureza"[17].

Todo homem, enquanto ser dotado de razão é livre, esta liberdade independe da experiência, pois é um elemento a priori que possibilita a existência de uma lei moral universal. Embora sejamos afetados pelos nossos impulsos sensíveis, não somos determinados pelas nossas particularidades, mas, segundo Kant, pela vontade pura, ou seja, pela razão prática, visto que "o arbítrio humano... é de índole tal que é, sem dúvida, afetado pelos impulsos, mas não determinado; portanto, não é puro por si (sem um hábito racional adquirido), mas pode ser determinado às ações por uma vontade pura" [18].

Como esclarece Rafael Augusto De Conti, a determinação da conduta moral é determinada na interioridade da consciência do homem, onde se inicia e termina a problema da moralidade e, consequentemente, da liberdade. Para Kant, é no conflito das inclinações

[13] BITTAR, *op. cit*., p. 272.
[14] Kant, KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura,** *op. cit*., p. 641.
[15]BITTAR, *op. cit*., p. 272.
[16]Kant, Immanuel.**Fundamentação da metafísica dos costumes**, *op. cit*., p. 64.
[17] BITTAR, *op. cit*., p. 273.
[18] KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes.** Parte I – Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, p. 18.

individuais que surge a possibilidade da liberdade, que é fruto da razão. Portanto, qualquer homem, independente de sua condição social ou instrução, tem capacidade moral para escolher ser livre, ou seja, escolher agir moralmente, exercendo, assim, sua dignidade[19].

Ao condicionar sua vontade ao dever de agir moralmente, o homem é considerado legislador, tornando suas máximas em máximas universais. Neste sentido a dignidade consiste, justamente, na racionalidade que orienta o agir moral e que faz com que o homem se torne um fim em si mesmo, pois lhe atribui à capacidade de tornar seus fins o de seus semelhantes, universalizando a ação humana no em prol de todos e não apenas de alguns.

Sendo assim, o homem tem o dever de fazer somente aquilo que pode ser universalizado em respeito a si e seus semelhantes, pois é através da conduta em conformidade com a lei moral universalizável que consiste a dignidade humana e a capacidade do uso da liberdade.

Diante dos breves comentários tecidos acerca da moral kantiana, conclui-se que o autor estabelece a sede e a origem dos conceitos morais, a priori, na razão, desvinculando-os de todo e qualquer conhecimento empírico ou metafísico, e, justamente, na pureza desta origem reside a dignidade como princípio prático supremo.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SEGUNDO O PENSAMENTO DE KANT

Muito se houve falar sobre a necessidade de resguardar e preservar a dignidade da pessoa humana, e muitas são as definições atribuídas a este conceito que é o núcleo condutor do estudo das ciências, em especial as ciências humanas.

A partir da filosofia moral de Kant, pode-se encontrar uma definição aprofundada e coerente do que vem a ser pessoa, de modo a contribuir para a reflexão de como o ser humano tem sido tratado no mundo moderno, e qual deveria ser o verdadeiro tratamento a ser atribuído aquele que é o fim em si, e por isso dotado de dignidade, o homem.

[19]CONTI, *op. cit*., p. 4.

A partir da sua obra "Fundamentação da Metafísica dos Costumes", o filósofo traça o perfil da ação moral através dos comandos da razão, de modo que esses comandos assumam o papel de leis universais. Todavia, os princípios morais só podem ser universalizáveis, na media em que o ser humano, e consequentemente, a vida humana, são considerados um fim em si mesmo, e nunca instrumento para qualquer outro fim, sob pena de seus princípios não serem considerados leis universais, como se extrai do seguinte trecho:

> [...] o imperativo universal do dever poderia também exprimir-se da seguinte forma: age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza. [...] Uma pessoa que, por uma série de adversidades, chegou ao desespero e sente desapego à vida, mas está ainda bastante em posse da razão para indagar a si mesma se não será talvez contrário ao dever para consigo atentar contra a própria vida. Procuremos, agora, saber se a máxima de sua ação se poderia tornar em lei universal da natureza. A sua máxima, contudo, é a seguinte: por amor de mim mesmo admito um princípio, o de poder abreviar a minha vida, caso esta, prolongando-se, me ameace mais com desgraças do que me prometa alegrias. Trata-se agora de saber se tal princípio do amor de si mesmo pode se tornar lei universal da natureza. Mas logo, se vê que uma natureza cuja lei fosse destruir a vida em virtude do mesmo sentimento cuja determinação é suscitar sua conservação se contradiria a si mesma e não existiria como natureza[20].

Neste contexto, Kant elege o atributo da racionalidade como elemento de diferenciação do ser humano para com os demais seres, e, por ser racional, o ser humano deve ser considerado um fim em si mesmo, visto que dotado de dignidade[21].

De acordo com Freitag, o imperativo categórico é composto pela exigência de que o ser humano jamais seja visto ou usado como meio para se obter qualquer outra finalidade, motivo pelo qual todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal[22].

Como se observa nas palavras de Kant, o imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, universal e incondicional da dignidade humana:

[20]KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 52.

[21]MORAES, Maria Celina Bodin de. SARLET; Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado** .2 ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 115.

[22] FREITAG *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 80.

> [...] supondo que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática. Agora eu afirmo: O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ter considerado simultaneamente como fim[23].

Ao interpretar o filósofo prussiano, Fábio Konder Comparato esclarece que, estando a finalidade natural de todos os homens na realização de sua felicidade, não basta a ação negativa de abster-se de prejudicar outrem, pois, tratar a humanidade como um fim em si implica no dever de favorecer, sempre que possível, o outro. Uma vez que o sujeito é um fim em si, é preciso que os fins do outro também sejam considerados como meus.

Esta reflexão pode ser percebida a partir do enunciado: "O imperativo prático será, pois, o seguinte: age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio" [24].

Observa-se que o homem tem o dever moral, estabelecido pelo imperativo categórico, de não fazer mal a si, nem a outrem, e, por isso, tem a obrigação de conservar a vida como bem fundamental, não podendo dispor nem mesmo da sua própria vida, porque é um fim em si mesmo:

> Segundo o conceito do dever necessário para consigo mesmo, o homem que anda pensando em se suicidar indagará a si mesmo se a sua ação pode estar de acordo com a ideia da humanidade como fim em si mesma. Se, para fugir a uma situação penosa, se destrói a si mesmo, serve-se ele de uma pessoa como de um simples meio para conservar até ao fim da vida uma situação tolerável. Mas o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo. Não posso, pois, dispor do homem em minha pessoa para o mutilar, degradar ou matar[25].

Neste contexto, Kant estabelece que o homem, enquanto ser racional, e, consequentemente, legislador universal, também se submete a esta mesma legislação, que se torna igual para todos, porque derivada do atributo próprio de todo ser humano, a racionalidade. Portanto, "toda a dignidade da humanidade consiste precisamente nessa

[23]Kant, Immanuel.**Fundamentação da metafísica dos costumes**, *op. cit*., p. 67 e 68.
[24]*Idem*, p. 58.
[25]*Idem*, p. 59.

capacidade de ser legislador universal, se bem que sob a condição de estar ao mesmo tempo submetida a essa mesma legislação" [26].

É importante analisar que ao definir a dignidade humana considerando o homem um fim em si, em razão da sua qualidade de ser racional, Kant, alicerça este conceito na autonomia da vontade, através da qual o homem racionalmente elege princípios morais que possam tornar-se leis universais, como se extrai da seguinte frase: "A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional" [27].

De acordo com Bruno Quiquinato Ribeiro, Kant estabelece duas condições para que a vontade seja considerada autônoma. A primeira seria a possibilidade de universalização da regra que ditou a ação individual, a segunda seria a sujeição da vontade à referida lei universal, a qual foi criada por ela mesma[28].

A definição da dignidade humana em Kant abrange o elemento finalístico, que iguala todos os seres racionais por serem fins em si mesmos, e o elemento da autonomia da vontade que confere a liberdade à ação humana na medida em que o sujeito age em conformidade com o imperativo categórico, ou seja, em conformidade com o dever moral:

> A necessidade prática de agir segundo este princípio, isto é, o dever, não assenta em sentimentos, impulsos e inclinações, mas sim somente na relação dos seres racionais entre si, relação essa em que a vontade de um ser racional tem de ser considerada sempre e simultaneamente como legisladora, porque de outra forma não podia pensar-se como fim em si mesmo, A razão seleciona pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as ações para conosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da idéia da dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá.[29]

Neste sentido, Regina Coeli e Rosilene de Oliveira esclarecem que, por ser dotado de autonomia da vontade, o homem se torna livre de qualquer condicionante para, através da razão, sujeitar-se à lei moral. Tendo em vista que suas inclinações e desejos não são

[26] *Idem*, p. 66.
[27] *Idem*, p. 65.
[28] RIBEIRO, Bruno Quiquinato. A dignidade da pessoa humana em Immanuel Kant.**Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3223, 28abr.2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21605>. Acesso em: 6 ago. 2014.

[29] Kant, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, *op. cit*., p. 77.

articuláveis com a lei moral, impelem o homem continuamente a transgredir a lei, mas, por força da autonomia da vontade este se sujeita à lei moral[30].

Cumpre ressaltar que Kant reconhece ser impossível ao homem realizar a moralidade com plena perfeição, mas entende que o mesmo é capaz de determinar as suas próprias ações de acordo com princípios morais, exercendo assim, sua dignidade. Conclui-se que, nos ensinamentos do filósofo, a dignidade humana tem como fundamentos a liberdade, a racionalidade e a moralidade.

Diferente das influências anteriores, que embasaram a dignidade da pessoa humana em fundamentos metafísicos ou empíricos, Kant erigiu a capacidade autônoma e racional do homem como atributos que fazem do homem um fim em si mesmo, e, portanto, pertencente ao reino dos fins:

> No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. [...] o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade[31].

A dignidade da pessoa humana, em Kant, consiste, portanto, na sua capacidade de moralidade, que a torna insubstituível e impede que seja objeto para se atingir qualquer fim, estando o seu valor desprovido de qualquer preço, porque trata-se de um valor absoluto.

Na interpretação de Freitag, por estar infinitamente acima do valor de qualquer mercadoria, o valor moral, ao contrário deste, não admite substituição por qualquer equivalente, de onde se extrai que, o homem jamais pode transforma-se em meio para alcançar fins particulares ou egoístas. Em consequência, o autor conclui que, a legislação elaborada pela razão prática, a vigorar no mundo social, deve considerar como finalidade suprema, a realização do valor intrínseco da dignidade humana[32].

[30]PEREIRA, Regina Coeli Barbosa; PEREIRA, Rosilene de Oliveira. A Dignidade Humana: Kant e seus fundamentos. Revista EMARF - Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região. Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro, v.6. n. 2, p.1-138, out.2013/mar.2014, p. 55.
[31]Kant, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, *op. cit*., p. 71 e 72.
[32]FREITAG *apud* MORAES, *op. cit*., p. 81.

Observa-se ainda que, Kant aborda claramente a distinção entre pessoa e coisa impondo limites ao arbítrio, o que traz ao conteúdo da dignidade um sentimento cognoscível *a priori*, ou seja, o respeito:

> Os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo com meios, e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto do respeito)[33].

Por ser um sentimento estabelecido a priori, o respeito não é suscetível de influência sensível, sendo produzido por si mesmo através da razão, o que o distingue de todos os demais sentimentos que podem se referir à inclinação ou medo.

Para Kant, "aquilo que eu reconheço imediatamente como lei para mim, reconheço-o com um sentimento de respeito que não significa senão a consciência de *subordinação* da minha vontade a uma lei, sem intervenção de outras influências sobre a minha sensibilidade[34]."

O respeito que decorre de uma consciência racional é capaz de disciplinar os instintos e inclinações individuais, com o fim de estabelecer a moralidade. Este exercício da liberdade de agir por si próprio, assumindo a condição de sujeito moral, independente de qualquer influência externa, só se realiza quando os homens se relacionam entre si, respeitando os arbítrios individuais.

Neste sentido, Cleber Francisco Alves aborda o tratamento especial que Kant confere á dignidade da pessoa humana quando enfatiza a dimensão individual da personalidade humana e sua dimensão comunitária social.[35] Esta ratificação da dignidade humana na dimensão individual e social se traduz no fato de que o homem, em "todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim" [36].

A filosofia moral kantiana estabelece o ser humano como centro do mundo e de suas transformações, partindo de uma visão antropocêntrica que confere ao homem a

[33]Kant, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, *op. cit*., p. 65.
[34]*Idem*, p. 39.
[35]ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-9.
[36]SARLET, Ingo Wolfgand. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32-33.

responsabilidade por si mesmo e pelos outros, ou seja, pela humanidade, quando o intitula como legislador universal, senhor da sua lei e da sua consciência, uma vez determinada pela razão.

Resta demonstrado, nas obras do filósofo, mais precisamente, na Fundamentação da metafísica dos costumes, o valor supremo e absoluto da dignidade do homem, a qual decorre de sua autonomia enquanto ser racional, que o faz capaz de formular princípios morais universais.

Esta racionalidade é inerente à natureza humana, o que torna todos iguais e dignos por si, independente de raça, cor, condição social ou grau de instrução. Quaisquer que sejam as circunstâncias ou fatores da vida, o ser humano não tem preço, pois existe como fim em si mesmo, e nunca poderá ser usado ou considerado como instrumento ou objeto para a satisfação dos interesses ou finalidades de outrem.

3 A ATRIBUIÇAO DO SIGNIFICADO JURÍDICO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA A PARTIR DA CONCEPÇÃO KANTIANA

Diante das raízes históricas e das bases teóricas acerca do conceito de dignidade da pessoa humana, observa-se que a filosofia moral kantiana, mas precisamente, em seu imperativo categórico, conferiu maior fundamentação, consistência e aceitabilidade ao conteúdo da dignidade, de modo que a definição trazida por Kant é considerada um marco histórico e filosófico, e referência para as demais áreas do saber, em especial, o Direito.

Kant estabelece os pilares da sua doutrina moral na racionalidade do homem, enquanto ser dotado de autonomia da vontade e de liberdade para formular leis universais e se submeter a elas, considerando em todas as suas ações, a si mesmo e o outro com um fim em si mesmo, de modo que a dignidade humana não é suscetível de qualquer valoração.

Portanto, o ser racional já traz consigo o princípio da dignidade humana em sua própria razão, porque o respeito à humanidade decorre da lei moral formulada pela própria razão humana, independente da existência de normas consuetudinárias, religiosas ou jurídicas.

Todavia, num contexto histórico marcado por regimes repressivos, totalitários e ditatoriais, caracterizado pela degradação humana ocorrida na Segunda Guerra Mundial, ou seja, num contexto de flagrante violação das leis morais universais, tornou-se indispensável à

instauração do Estado Democrático de Direito tendo como fundamento o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana.

A necessidade de se resgatar, cada vez mais, a premissa teórica estabelecida por Kant a respeito da dimensão moral da pessoa como algo que não tem preço se encontra no seguinte trecho Abbagnano, citado por Maria Garcia:

> Na incerteza das valorações morais do mundo contemporâneo, que aumentou com as duas guerras mundiais, pode-se dizer que a exigência da dignidade da pessoa humana venceu uma prova, revelando-se como pedra de toque para a aceitação dos ideais ou das formas de vida instauradas ou propostas; isso porque as ideologias, os partidos e os regimes que, implícita ou explicitamente, se opuseram a essa tese mostraram-se desastrosos para si e para os outros [37].

Sendo assim, a justificativa para positivação do princípio da dignidade da pessoa humana e sua incorporação ao ordenamento jurídico, segundo Habermans, decorre, justamente, da necessidade de compensar os déficits da moral, pois algumas normas de ação são carecedoras não só de juízos corretos e equitativos da moral, mas também, da obrigatoriedade legitimamente imposta, ou seja, da coercitividade própria do Direito, sem a qual as normas de ação não alcançarão ampla eficácia[38].

Embora a efetividade deste valor moral supremo seja garantida pelo Direito, a ciência jurídica só é capaz de legitimar e refletir sobre a dignidade da pessoa humana recorrendo aos alicerces filosóficos, mais, precisamente ao fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, no qual o valor da pessoa humana encontrou seu ápice.

Maria Celina Bodin, ao citar Duro e Savater, traz as seguintes considerações:

> Ao ordenamento jurídico, enquanto tal, não cumpre determinar seu conteúdo, suas características, ou permitir que se avalie essa dignidade. Tampouco são as Constituições que a definem. O Direito enuncia o princípio, cristalizado na consciência coletiva (*rectius*, na história) de determinada comunidade, dispondo sobre sua tutela, através de direitos, liberdades e garantias que a assegurem. Esclareça-se que não se trata de adotar uma posição jusnaturalista, mas de ressaltar que, evidentemente, antes de se incorporarem os princípios às Constituições, foi imperioso que se reconhecesse o ser humano como sujeito de direitos e, assim, detentor de uma "dignidade" própria, cuja base (lógica) é o universal direito da pessoa humana a ter direitos[39].

[37]ABBAGNANO, N. *apud* GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 196 e 197.
[38]HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:entre facticidade e validade.**2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de JaneiroTempo Brasileiro,2003. v. 1:, p. 139-154.
[39] MORAES, *op. cit*., p. 82.

Neste sentido, Jussara Maria Leal de Meirelles cita Carlos Alberto da Mota Pinto com o fim de reafirmar a importância do conceito kantiano de dignidade para a instituição deste valor moral à categoria de princípio jurídico:

> Carlos Alberto da Mota Pinto (1992, p. 85) assinala a conhecida fórmula de Kant, segundo a qual o homem é pessoa porque é "fim em si mesmo", isto é, tem valor autônomo e não só valor como meio para algo diverso, donde resulta a sua dignidade. Observa o autor português que, em Kant, o reconhecimento dessa dignidade constitui a regra ético-jurídica fundamental, que estabelece a cada homem o direito ao respeito[40].

Também Abbagnano mencionado por Maria Garcia, defende que o conceito jurídico de dignidade humana encontra sua definição plena no imperativo categórico kantiano que considera o homem como fim e não como meio:

> Refere Nicola Abbagnano: como "princípio da dignidade humana", entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: "Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio". Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, por exemplo, um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade: "substancialmente, registra Abbagnano, a dignidade de um ser racional consiste no fato de ele não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo" [41].

Resta demonstrado que, a partir da concepção de Kant do valor moral atribuído à dignidade humana, formou-se a base sobre a qual este princípio jurídico foi construído, de modo que as violações sofridas pela pessoa em sua dignidade no decorrer da história reivindicaram que o Estado de Direito fosse constituído de modo a eleger o princípio da dignidade humana como alicerce da ordem jurídica democrática, cabendo ao Estado e ao ordenamento a tutela da pessoa em sua integralidade e a repressão de qualquer conduta que coloque ou considere o homem como meio ou instrumento de interesses.

Após mais de duas décadas de ditadura militar no Brasil, foi promulgada a Constituição de 1988, que instituiu, no artigo 1, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

[40]PINTO *apud* MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 199 e 200.
[41]ABBAGNANO, N. *apud* GARCIA,*op. cit*., p. 196 e 197.

José Afonso da Silva ressalta que a dignidade não é uma criação da ordem constitucional, embora seja por ela protegida[42], e salienta que, "da mesma forma que Kant estabelecera para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apoia e se constitui" [43].

Não resta dúvida sobre a importância que o princípio da dignidade humana tem nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, e de sua relevância no cenário jurídico-político em todas as democracias, que neste princípio, ergueram seus fundamentos durantes os últimos anos.

Todavia, ultimamente, a interpretação e aplicação do deste princípio jurídico têm sofrido variações e contradições, especialmente no contexto hermenêutico brasileiro, em cuja aplicabilidade acaba por desvirtuar-se do verdadeiro conteúdo moral e axiológico que este princípio reivindica para legitimar a sobreposição de todo e qualquer direito fundamental.

A elasticidade e a generalidade que se tem atribuído ao princípio da dignidade da pessoa humana no cenário jurídico brasileiro põe em risco a própria tutela da pessoa humana e, consequentemente, o Estado Democrático de Direito sob o qual este princípio se erigiu, e para o qual se constitui como pedra angular.

Esta preocupação também é abordada por Maria Celina Bodin:

> Isto significa dizer que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica. Eis a principal dificuldade que se enfrenta ao buscar delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Uma vez que a noção é ampliada pelas numerosíssimas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão intenso que se torna impossível a sua aplicação[44].

Diante da problemática envolvendo a interpretação e aplicação do princípio da dignidade humana, principalmente no que se refere ao seu conteúdo axiológico e jurídico, é de suma importância retornar ao conceito de dignidade originado e consolidado por Kant, como a definição mais completa e precisa a respeito do valor da pessoa humana, com o fim de corrigir eventuais distorções hermenêuticas e conferir maior concretude e efetividade à tutela da dignidade da pessoa humana pelo ordenamento jurídico.

[42]SILVA, J. Afonso da.**A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, n. 212, 1998, p. 89 e 90.
[43]MORAES, *op. cit*., p. 84.
[44]*Idem*, p. 84.

Este resgate do conceito de dignidade a partir da filosofia moral kantiana também fora proposto por Maria Celina Bodin, com o fim de se impedir e combater os danos ocasionados ä pessoa. Ela retoma este conceito a partir da interpretação realizada por Chaui:

> Para que se extraiam as consequências jurídicas pertinentes, cumpre retornar por um instante aos postulados filosóficos que, a partir da construção kantiana, nortearam o conceito de dignidade como valor intrínseco às pessoas humanas. Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, portanto, do discurso da ação -, será "desumano", isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto[45].

Corrobora do mesmo entendimento Maria Garcia, ao mencionar que, para Dürig, a interpretação do conceito de dignidade humana deve estar submetida aos conceitos kantianos de "meio" e fim, "valor" e "dignidade", como elementos definidores deste princípio jurídico:

> A filosofia prática de Kant é notoriamente o principal ponto de relacionamento cultural, para a interpretação da dignidade humana dada por Dürig, (...) Sobretudo no Fundamento da Metafísica dos Costumes, Kant fez uso não somente dos conceitos de 'meio' e 'fim', mas também da relação entre 'valor' e 'dignidade'. (...) Um valor que não pode ser trocado com nenhum outro, aquele que não tem preço, não sendo equivalente a nada, é o valor absoluto (ou, antes, interior) de alguma coisa. Isto confere a tudo o mais um valor derivado. Para Kant, tal insubstituível 'valor interior', soa dotada de identidade moral, responsabilidade racional-prática para consigo mesma e capacidade de autodeterminação racional. A hierarquia dos 'valores' culminante com um 'fim último' é compreensível racionalmente. A dignidade do homem, enquanto valor em si que não pode ser substituído por nada, se distingue pelo fato de dever esta prerrogativa ao necessário reconhecimento da parte de todos os que da mesma participam. Nenhum 'ser racional do mundo' pode negar um ordenamento que tem no seu vértice aquele respeito por si mesmo, no qual todos são iguais. À dignidade de cada pessoa deve ser concedido o reconhecimento incondicional que é natural pretender para si mesmo. Quem despreza o outro, despreza a si mesmo, pois não pode negar a comunhão de gênero com o outro: o Ego e o Outro se identificam" (p. 81-82). (Tradução livre da autora)[46]

Com o fim de delinear o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se recorrer ao conteúdo moral e valorativo contido da definição kantiana, o qual se encontra perfeitamente sintetizado nos ensinamentos de Chaui citado por Maria Celina Bodin:

> O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é

[45]CHAUI *apud* MORAES, *op. cit*., p. 84 e 85.
[46]GARCIA, *op. cit*., p. 199 e 200.

> titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado[47].

Com base no substrato material da dignidade trazido por Chaui, Maria Celina conclui que são corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral (psicofísica), da liberdade e da solidariedade.

Todavia, para que se possa alcançar o objetivo proposto, ou seja, refletirmos sobre o conteúdo do princípio jurídico em questão, não se pode deixar de considerar a rica contribuição de Antônio Junqueira de Azevedo acerca da expressão "dignidade da pessoa humana", ao defender que este princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana, ou seja, o bem maior do ser humano.[48]

Face às considerações aqui trazidas, observa-se a necessidade de alicerçarmos cada vez mais o conceito jurídico de dignidade humana, não para fundamentar qualquer decisão, atitude ou qualquer outro direito fundamental, tornando volátil e inconsistente o princípio jurídico que é vetor da verdadeira democracia, mas para retomarmos as bases teóricas e filosóficas que lhe deram origem com o fim de aclarar a sua interpretação delimitando assim a sua aplicação para o fim ao qual, de fato, se destina.

4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos surgiram como uma resposta às atrocidades acorridas no passado provocadas pelos regimes totalitários e ditatoriais, destacando-se os terrores ocasionados pelas duas grandes guerras mundiais que abriram uma grande ferida na humanidade, ferida esta que ainda se encontra aberta e dificilmente será cicatrizada.

A humanidade traz em si uma chaga ocasionada por um tempo de trevas que só ocorreu porque houve um desconhecimento da realidade dos seres humanos, ou seja, que todos têm direitos inalienáveis e imperecíveis.

Com o fim de impedir que o Estado de Direito e as leis por este constituídas continuassem a ser protagonista das maiores violações ao ser humano em sua dignidade, a

[47]CHAUI *apud* MORAES, *op. cit*., p. 85.
[48]AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 9, jan/marc. 2002, p. 3-24.

construção da filosofia dos direitos humanos foi erigida tendo como núcleo essencial a vida e a dignidade da pessoa.

Os direitos inalienáveis e imperecíveis do homem são reconhecidos em decorrência de uma atitude moral e antropológica, em que o sujeito reconhece a realidade do seu semelhante ao se reconhecer na pessoa do outro, em sua dignidade. Ainda que ele seja do doente, que sejam de diferentes nacionalidades, classes sociais, raças, culturas, níveis de escolaridade, ou seja, quaisquer que sejam as diferenças têm-se, portanto, a igualdade naquilo que é a essência, a natureza, pois ambos possuem a mesma dignidade.

Porém esta construção não poderia ser realizada de maneira efetiva se não tivesse retomado à filosofia moral kantiana com o fim de alicerçar o conceito de dignidade da pessoa humana como condutor da promoção da cultura dos direitos humanos.

Em Kant, encontra-se a resposta necessária para que se estabeleça uma lei moral universal que reconheça o ser humano como fim em si mesmo, ao enunciar o imperativo prático daí decorrente: "age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio" [49].

Neste sentido, Fábio Konder Comparato retrata a importância deste imperativo kantiano como fundamento histórico e filosófico dos Direitos Humanos:

> Mas a concepção kantiana da dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação de muitas outras práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa, além da clássica escravidão, tais como o engano de outrem mediante falsas promessas, ou os atentados cometidos contra os bens alheios. Ademais, disse o filósofo, se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois, sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus[50].

Alexandre dos Santos Cunha sustenta que o edifício axiológico e valorativo dos direitos humanos foi elevado a partir das bases do pensamento kantiano ao considerar que o homem não tem preço em função da sua autonomia enquanto ser racional:

[49]Kant, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, *op. cit*., p. 58.

[50]COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21 e 22.

> O sistema internacional de proteção aos direitos humanos, construído posteriormente à Segunda Guerra Mundial, caracteriza-se por ser uma resposta à emergência, no período entre-guerras, de diferentes regimes totalitários, aos quais se atribuía, em grande parte, a responsabilidade pelo conflito que havia abalado o mundo. Dessa forma, a compreensão do fenômeno totalitário é pressuposto do entendimento em torno do sentido e do alcance desse sistema protetivo.Conforme ressalta Lafer, 'o totalitarismo representa uma proposta de organização da sociedade que almeja a dominação. (...) Para o pensamento totalitário, não existem direitos, mas apenas deveres, em face do Estado e da coletividade, e é por isso que o totalitarismo acaba por 'eliminar, de maneira historicamente inédita, a própria espontaneidade – a mais genérica e elementar manifestação da liberdade humana'. Consequentemente, é na liberdade inerente aos seres humanos, enquanto entes racionais submetidos a leis morais, ou seja, na personalidade humana, que se funda todo o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. (...) É por essa razão que se identifica na obra de Kant, o mais radical dos pensadores da Modernidade, a base para a construção da contemporânea filosofia dos direitos humanos. Afinal, todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos nada mais é do que uma tentativa de restauração do paradigma da modernidade jurídica diante da irrupção do fenômeno totalitário. Por isso, a concepção kantiana a respeito da dignidade é essencial à atribuição de significado jurídico ao termo e, logicamente, para a determinação do sentido do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana. Para Kant, a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais: na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. Consequentemente, a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade. O grande legado do pensamento kantiano para a filosofia dos direitos humanos, contudo, é a igualdade na atribuição da dignidade. Na medida em que a liberdade no exercício da razão prática é o único requisito para que um ente se revista de dignidade, e que todos os seres humanos gozam dessa autonomia, tem-se que a condição humana é o suporte fático necessário e suficiente à dignidade, independentemente de qualquer tipo de reconhecimento social[51].

À luz da premissa filosófica estabelecida por Kant a respeito do conceito de dignidade da pessoa humana, percebe-se que fora construído todo o arcabouço normativo dos direitos humanos representados por documentos internacionais e estrangeiros, de caráter universal, a exemplo da Declaração Francesa de 1789 que, segundo Fábio Konder Comparato, fora compendiada na época em que se aprovou o conjunto das normas de proteção à pessoa humana, inaugurando um novo tempo histórico: a era da cidadania mundial[52].

[51] CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 85/88.
[52]COMPARATO, *op. cit*., p. 69.

Todavia, dentre todos os documentos internacionais editados após a Segunda Guerra Mundial, sem dúvida, o de maior importância é a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, a partir da qual criou-se um sistema normativo internacional de proteção aos direitos humanos com fundamento na dignidade da pessoa humana enquanto valor intrínseco, conforme dispõe em seu primeiro *"considerando": "*Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".

Mais precisamente, o Art. 1 da Declaração Universal de Direitos Humanos, aborda a dignidade e seu conteúdo em absoluta consonância com a definição de dignidade estabelecida na moral kantiana: art. 1: "Todos os homem nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns com os outros num espírito de fraternidade".

O texto convida todos os homens, países, governantes a reconhecer a dignidade de cada ser humano, independente de qualquer condição ou situação, ou seja, pelo simples fato ser homem. E, ao reconhecê-lo como um fim em si mesmo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos torna este direito fundamental, a base pela qual devem ser construídas novas relações internacionais, uma sociedade de paz e de fraternidade.

Tendo em vista que a DUDH de 1948, declara, proclama e confere proteção legal aos direitos inerentes à pessoa humana, ao inscrevê-los nas instituições políticas e jurídicas dos diversos Estados, as relações entre nações deverão, portanto, fundar-se sobre o reconhecimento destes direitos fundamentais.

Face às considerações trazidas, observa-se que, a partir, da concepção kantiana sobre a dignidade humana, não se admite qualquer situação que instrumentalize o homem. Portanto, devem ser abolidas todas e quaisquer práticas de violação dos direitos de qualquer homem, que representa em si toda a família humana, ou seja, que traz em si, o espelho e reflexo de toda a humanidade.

Ao instituir como premissa os conceitos kantianos, um crime cometido contra a dignidade de um indivíduo representa um crime cometido contra a própria humanidade, de modo que todos os outros membros da espécie humana estão legitimados para defender este indivíduo, e consequentemente, proteger o direito humano ameaçado ou violado.

Conclui-se, portanto, que a filosofia moral kantiana contém em si o conteúdo firme e coerente que fundamentou o surgimento dos direitos humanos, desde sua origem, e que deve continuar a alicerçar este edifício em contínua construção, em uma sociedade cosmopolita, a qual deve ter a consciência de que todo e qualquer ser humano é digno porque é único, ou seja, insubstituível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana permeou estudos realizados ao longo da história, assumindo diferentes conotações e definições, mas todas com o objetivo de preservar e proteger o homem.

Todavia, a filosofia moral kantiana mereceu destaque por romper com todas as explicações empíricas e metafísicas, desenvolvidas no modelo greco-cristão, que buscavam definir em que consiste o ser humano em sua dignidade, inaugurando uma moralidade erigida sob o paradigma da razão.

Ao se reportar a natureza do homem enquanto ser racional, Kant o diferencia de todos os demais seres vivos e ao mesmo tempo estabelece a igualdade entre todos os seres humanos, visto que identifica no atributo da razão o fundamento da dignidade de todo e qualquer homem.

Por meio da razão o homem torna-se legislador de si, fazendo escolhas morais em conformidade com a lei que possa ser universalizável, e submetendo-se ao dever que decorre desta lei por ele mesmo elaborada, como único meio de exercer a liberdade.

Ao estabelecer o imperativo categórico, tendo com fundamento, a priori, a razão humana, Kant confere uma visão antropocêntrica ao conceito de dignidade humana, e estabelece que, por agir racionalmente e em conformidade com a lei moral, o homem é considerado um fim em si mesmo.

Observa-se que o respeito do homem por si e pelo seu semelhante decorre única e exclusivamente da razão que é a autora da autonomia da vontade e que faz surgir o respeito entre os homens.

O imperativo categórico kantiano, portanto, baseia-se na relação direta entre racionalidade, moralidade e liberdade, remetendo esta relação à definição de dignidade da pessoa humana que reivindica o respeito a cada homem, cujo valor está acima de qualquer preço. Este imperativo exige que o homem reconheça no outro a mesma dignidade que lhe é

intrínseca, estabelecendo assim as regras morais para o convívio harmônico em sociedade, já que sua ação encontra limite na dignidade do seu semelhante, o qual também é considerado um fim em si mesmo.

Todavia, restou demonstrado que apenas a instituição da lei moral seja com fundamento na experiência ou na metafísica, seja com fundamento na racionalidade, não foi o suficiente para impedir as condutas atentatórias e desastrosas que macularam a história da civilização, culminando com o advento da Segunda Guerra Mundial implementada sob a égide do Estado de Direito.

Diante deste cenário marcado por regimes totalitários e ditatoriais, em que houve flagrante degradação do ser humano em sua dignidade, buscou-se no conceito de dignidade da pessoa humana estabelecido por Kant, o conteúdo valorativo e axiológico capaz de elevar, este conceito, à categoria de princípio jurídico nuclear do Estado Democrático de Direito das principais civilizações, e capaz de inaugurar a cultura dos Direitos Humanos.

Embora o ordenamento jurídico, tanto nos âmbitos nacionais como no internacional, tenha avocado para si a tutela da dignidade da pessoa humana de modo a impedir e reprimir qualquer lesão ou ameaça de lesão aos seus titulares, percebe-se que este direito fundamental ainda tem sido alvo de constantes violações em diversas partes do mundo, seja nas relações privadas entre particulares, seja pela conduta ilícita ou omissão no desempenho de atividades econômicas, sociais, políticas e jurídicas de cada país.

Além disso, a atual conjuntura das sociedades pós-modernas caracterizada pela crise de valores e pelo relativismo, que retira dos indivíduos a busca por um referencial absoluto que dê sentido a sua existência, tem provocado uma inversão de paradigmas que vem repercutindo no mundo do direito, de modo que o ordenamento jurídico e toda a sua base principiológica têm sido utilizados para legitimar arbitrariedades e abusividades contra os direitos fundamentais.

O individualismo, próprio do mundo pós-moderno, busca sua justificação e sua afirmação na atual tendência que confere o caráter de fluidez aos valores, antes tidos como absolutos, mitigando, assim, as leis morais que reivindicam o comprometimento com o outro e o exercício da solidariedade.

Esta tendência também tem influenciado a construção do direito enquanto ciência, e mais precisamente, a hermenêutica jurídica, tornando cada vez mais genéricos e abstratos os conceitos jurídicos. O desvirtuamento da interpretação e aplicabilidade do princípio da

dignidade humana e o surgimento de uma nova geração dos direitos humanos é fruto desta tendência que ocasiona a perda de efetividade e eficácia dos direitos fundamentais.

Ao refletir sobre a origem e a diversas vertentes que tem influenciado a construção do conceito jurídico de dignidade da pessoa humana, esta modesta pesquisa concluiu ser necessário resgatar o preceito moral descrito no imperativo categórico kantiano como sustentáculo e fundamento deste princípio, que é a fonte de todos os valores, posto que reconhece o ser humano, e nele toda a humanidade, independente de quaisquer condições ou circunstancias, como um fim em si mesmo, porque sua dignidade é um bem supremo, um valor insubstituível, inalienável, e, portanto, absoluto.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 9, jan/marc. 2002.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CONTI, Rafael Augusto De. A perspectiva kantiana da Dignidade Humana como fundamento dos crimes contra a humanidade e elemento enfraquecedor do Princípio de Direito Internacional Público de não intromissão nos Estados. Disponível em http://www.rafaeldeconti.pro.br . Acesso em: 07 de agosto de 2014.

CUNHA, Alexandre dos Santos. A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:entre facticidade e validade.**v. 1, 2.ed. Tradução de Flávio BenoSiebeneichler. Rio de Janeiro Tempo Brasileiro, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: edições 70, 1994.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre F. Morujão. 3. ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1994.
KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

Kant, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1997.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. SARLET; Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.**2 ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Regina Coeli Barbosa; PEREIRA, Rosilene de Oliveira. A Dignidade Humana: Kant e seus fundamentos. Revista EMARF - Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região. Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro, v.6. n. 2, p.1-138, out.2013/mar.2014.

RIBEIRO, Bruno Quiquinato. A dignidade da pessoa humana em Immanuel Kant.**Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3223, 28abr.2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21605>. Acesso em: 6 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgand. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, J. Afonso da.**A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, n. 212, 1998.

GUARDA COMPARTILHADA DOS ANIMAIS

SHARED GUARD OF ANIMALS

Larissa de Freitas Tristão Sarria[1]

Carmen Caroline Ferreira do Carmo Nader[1]

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade da guarda compartilhada dos animais após o término da sociedade conjugal. Será demonstrada a importância do afeto no vínculo entre o homem e o animal, além de analisar a natureza jurídica dos animais de estimação de acordo com o ordenamento jurídico vigente. Nesse sentido, o estudo aborda a legislação brasileira sobre a guarda compartilhada, direito de visita e alimentos e a utilização deles, por analogia, aos casos que envolvam animais. Ademais, devido à ausência de uma legislação específica, será analisado o projeto de lei 1365/2015 que trata da guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores. É fundamentado na análise de doutrinas, jurisprudências e artigos jurídicos.

Palavras-chave: Guarda compartilhada. Animais. Afeto. Divórcio.

ABSTRACT

This article aims to analyze the possibility of shared guarding of animals after the end of the conjugal society. The importance of the affection in the bond between man and the animal will be demonstrated, besides analyzing the legal nature of the pets according to the current legal system. In this sense, the study addresses the Brazilian legislation on shared custody, visitation rights and food and their use, by analogy, to cases involving animals. In addition, due to the absence of a specific legislation, will be analyzed the bill 1365/2015 that deals with the guarding of pets in cases of dissolution of the society and the marital bond between their owners. It is based on the analysis of doctrines, jurisprudence and legal articles.

Keywords: Shared custody. Animals. Affection. Divorce

[1] Graduada em Direito pela Universidade Iguaçu.
[2] Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Professora da Universidade Iguaçu

INTRODUÇÃO

A família ocupa um papel importante na sociedade e consequentemente para a evolução do direito, visto a necessidade de se atender aos novos núcleos familiares identificados através do afeto que se formaram ao longo dos anos. O presente artigo tem como objetivo analisar o posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro com relação a guarda compartilhada dos animais com base na doutrina, legislação e julgamentos a respeito do tema.

Com os avanços da ciência, os animais não estão mais sendo equiparados à maquinas como feito por René Descartes, no século XVII e sim já foram descobertas particularidades a respeito da consciência dos animais. Por estarem presentes em tantos lares brasileiros, durante o divórcio eles são envolvidos em disputas judiciais entre os cônjuges que visam sua guarda. Nos dias atuais o animal de estimação não é mais considerado como uma coisa e tratado igual a qualquer outro bem da partilha pois a Comissão do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável aprovou o projeto de lei 3670/15 do Senado que determina que os animais ainda que sejam considerados bens móveis, devem ter tratamento especial por serem seres sencientes.

Entretanto, a guarda compartilhada dos animais de estimação ainda não está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, desta forma, os Tribunais utilizam da analogia para resolver esses casos. Porém, há uma tentativa de regulamentação que é o projeto de lei 1365/15 criado pelo Deputado Ricardo Tripoli que dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores.

1. Animais, Divórcio e a Lei Brasileira.

Reconhecidamente, a família esteve relacionada à ideia de instituição indissolúvel, conforme entendimento da Maria Berenice Dias[1], uma vez que a ideologia patriarcal apenas reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual com a finalidade de atender à moral conservadora existente em outra época onde o rompimento do casamento era considerado um arruinamento da família.

[1] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª. Ed. Rev. e atual. De acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 235.

Com o Código Civil de 1916, o casamento foi caracterizado como indissolúvel sendo a única forma legal de rompê-lo era o desquite[2]. Desta forma, passam a existir novos tipos de núcleos familiares que são identificados através do afeto, considerado um princípio norteador do direito de família, no qual o envolvimento emocional se torna um elo que gera responsabilidades e comprometimentos mútuos.

> A família identificava-se pelo nome do marido, sendo a esposa obrigada a adotar o sobrenome dele. O casamento era indissolúvel. O desquite, rompia o casamento, mas não dissolvia a sociedade conjugal[3].

No atual Código Civil, está previsto os institutos do divórcio e da separação judicial como formas de dissolução do casamento, porém, a Emenda Constitucional 66/2010 fez com que o instituto da separação judicial caísse em desuso. Para ser realizado o divórcio não é mais exigido indicar a causa de pedir que levou a dissolução do casamento, bem como, também não há a necessidade do decurso de um ano do casamento para obtê-lo.

O divórcio pode ser consensual, no qual há concordância do casal em todos os termos da dissolução da sociedade conjugal, como também pode ser litigioso em que uma ou ambas as partes não concordam com os termos do fim do casamento tendo a necessidade de levar o conflito ao judiciário para ser solucionado.

Destaca-se que com o divórcio, ocorre a alteração do estado civil dos cônjuges, passando de casados para divorciados e caso o ex-cônjuge venha a falecer, o status civil do sobrevivente continua como divorciado e não como viúvo. O Código Civil no artigo 1.579 determina que o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos e o novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos. Com isso, fica assegurado a inalterabilidade dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, mesmo após a alteração do seu estado civil.

1.1. Animais e o Direito de Família.

A justiça está sendo acionada com maior frequência para decidir sobre os animais de estimação do casal e vem crescendo o número de decisões entre a cotitularidade dos animais, determinando períodos de guarda alternados e inclusive, alimentos visto que existe toda uma

[2] Idem.
[3] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª. Ed. Rev. e atual. De acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 178.

discussão com relação a natureza jurídica dos animais de estimação. De acordo Código Civil de 2002, os animais possuem status jurídico de "coisa", sendo o bem que contém expressão econômica, objeto de apropriação pelo homem:

> Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.
> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.[4]

Entretanto, a Comissão do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável aprovou o projeto de lei 3670/15 do Senado que estabelece que os animais não sejam considerados como coisas, mas sim bens móveis. O projeto tramita conclusivamente e ainda será analisado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

> A proposição não acarreta, no entanto, qualquer risco à propriedade dos animais, visto que, para efeitos legais, continuam sendo bens móveis. Mas são bens especiais, por considerar que se tratam de seres sencientes, que não podem ser tratados simplesmente como mesas e cadeiras. [5]

Ainda a respeito do assunto, o Enunciado 11 do IBDFAM discorre que "Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal."

Outrossim, os animais muitas das vezes são tratados como parte da família e por isso podem ser considerados bens infungíveis, pois de acordo com Maria Helena Diniz, são considerados os bens que pela sua qualidade individual, possuem um valor especial e por isso não podem ser substituídos sem que ocorra uma alteração de seu conteúdo.

Um dos primeiros casos judiciais no Brasil acerca da guarda dos animais, foi realizado na Comarca de Caxias do Sul no Rio Grande do Sul em 2006, no caso, um marido recorreu para alterar a decisão de primeira instância que determinava que o animal de estimação do

[4] BRASIL. **Código Civil, lei nº10.406.** 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>

[5] TRIPOLI, Ricardo. **Meio ambiente aprova mudança de natureza jurídica dos animais.** Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/522246-MEIO-AMBIENTE-APROVA-MUDANCA-DE-NATUREZA-JURIDICA-DOS-ANIMAIS.html> Acesso em: 11. Jul. 2017

casal ficasse apenas com a mulher, pois ele alegava que o cachorro foi um presente de seu pai e, por isso, merecia ter a guarda do mesmo. Entretanto, o seu pedido foi negado.

> Igualmente não merece acolhida o recurso no que diz com o pedido do varão de ficar com o cachorro que pertencia ao casal. Alega que este foi presente de seu genitor, mas não comprova suas assertivas. E, ao contrário, na caderneta de vacinação consta o nome da mulher como proprietária (fl. 83), o que permite inferir que Julinho(cachorro) ficava sob seus cuidados, devendo permanecer com a recorrida[6].

Os desembargadores negaram provimento ao pedido e mantiveram o cachorro com a mulher pois não foi comprovado que o marido possuía a propriedade exclusiva do animal e, da mesma forma, ficou demonstrado que os cuidados com o cachorro eram de responsabilidade da mulher.

1.2. Afeto e Seu Desdobramento com os Animais de Estimação

O afeto[7] é o sentimento de apego por uma pessoa ou animal, ou seja, é um sentimento amoroso, de carinho e apego. É uma forma do ser humano expressar os seus sentimentos.

Com o passar dos anos, a família deixou de ser conceituada como apenas aquela advinda do casamento e passou para um conceito mais amplo, envolvendo as relações de afeto e tornou a entidade familiar ser possível através de inúmeras estruturas.[8]

Deste modo, o princípio da afetividade, por mais que não esteja de forma expressa na Constituição Federal, está protegido pela mesma, garantindo uma estabilidade no que tange às relações socioafetivas e na comunhão da vida. Pode-se utilizar como exemplo que o referido princípio garante a igualdade entre os irmãos biológicos e adotivos. A Maria Berenice Dias entende que:

> O afeto foi reconhecido como o ponto de identificação da família. É o envolvimento emocional que subtrai um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – e o conduz para o direito das famílias, cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, o elo afetivo

[6] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº70007825235**. Caxias do Sul. Relator: Desembargador José Carlos Texeira Giorgis. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-mai-30/mulher_guarda_cachorro_separacao>. Acesso em: 02. Set. 2017.

[7] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio: o dicionário da língua portuguesa.** 2ª ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2008.

[8] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª. Ed. Rev. e atual. De acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

> que funde almas e confunde patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos.[9]

Com isso, é preciso destacar que o término de um relacionamento pode provocar vários traumas nos filhos. É certo que mesmo nesse caso, há uma obrigação dos pais se manterem presentes e acompanhar o desenvolvimento da prole e não apenas de forma financeira e sim preservar o vínculo de afeto. Entretanto, o fim da relação conjugal de forma conturbada pode gerar diversas consequências psicológicas no menor.

No que diz respeito aos animais de estimação, pode-se afirmar que o término também é uma situação estressante e traumática para eles. Muitas pessoas não acreditam que os animais possam ser dotados de afetividade, Descartes em tese do ano de 1637 e publicada novamente em 1970 pela *Oxford University*[10] apontava a impossibilidade da atribuição desse sentimento tendo em vista que os animais apenas imitavam o sentimento do homem e não possuíam capacidade para se expressar.

Entretanto, pesquisas recentes desmascaram essa hipótese e comprovam que os animais podem possuir tal capacidade e consequentemente sofrer com o rompimento do laço de afeto com seus donos. Além disso também é demonstrado que a capacidade sentimental dos bichos se equipara à de crianças humanas.

> Os mapas cerebrais gerados pela máquina comprovaram que os cães usam a mesma parte do cérebro humano para prever situações prazerosas: o núcleo caudado. Essa área entre o tronco cerebral e o córtex é rica em receptores de dopamina e costuma ficar mais ativa nos humanos diante de situações que envolvam comida, amor e dinheiro. Também foi essa a região estimulada pela cadela quando simularam que ela receberia um petisco ou quando o dono reapareceu após ficar alguns minutos distante. A capacidade de experimentar emoções positivas, como o amor e apego, significa que os cães têm um nível de sensibilidade comparável à de uma criança humana. E essa capacidade sugere repensar a forma como tratamos os cães. Isso porque os cachorros têm sido considerados propriedade dos humanos, como se fossem apenas coisas. Mas as novas evidências sugerem que cães e, provavelmente, muitos outros animais (especialmente os primatas) têm emoções como nós.

[9] Idem. p. 14.
[10] DESCARTES, R**. Descartes Philosophical Letters. Trad. A. Kenny.** Oxford: Oxford University Press, 1970.

> Um sinal de que é preciso repensar o tratamento de animais como propriedades de uma espécie que se acha superior, a dos humanos.[11]

Vale lembrar que na legislação brasileira existem apenas previsões da guarda conjunta quando se trata de crianças, inexistindo tal previsão aos animais. Porém, há um aumento de demandas no judiciário sobre como ficará a guarda do animal com o término da vida conjugal, mas antes de tudo, primeiro deve haver o interesse de ambos os tutores em continuar com o animal, considerando-o como membro da família e não apenas um objeto.

Os animais podem sofrer e sentir depressão igual aos seres humanos. Por isso, é importante que para eles também se mantenha o vínculo afetivo mesmo após um fim de um relacionamento, visto que os animais também são seres vivos dotados de personalidade e sentimento e que amam seus donos de forma incondicional conforme pesquisa anteriormente citada.

Destaca-se que após pesquisas científicas realizadas pela Universidade Eotvos Lorand, em Budapeste, e publicada pela revista *Science*[12] na qual utilizando aparelhos de ressonância magnética os animais foram expostos a múltiplas combinações de palavras e entonação, foi concluído que os animais domésticos, em especial os cachorros, podem entender em torno de 200 palavras independente da entonação, visto que o cérebro deles funciona igual ao humano: o hemisfério cerebral esquerdo processa palavras e o direito processa entonação. Desta forma, após pesquisas comprovarem o nível de sensibilidade dos animais e compará-los a crianças humanas, a forma como esses animais são tratados deve ser repensada, tirando o status de um mero objeto.

2. Projeto de lei 1365/15: uma tentativa de regulamentação jurídica

O Projeto de lei 1365/15[13] foi criado pelo deputado Ricardo Tripoli (PSDB-SP) com o objetivo de regulamentar a guarda compartilhada dos animais, visto que com o passar do

[11] DARAYA, Vanessa. **Cachorros têm sentimentos como os humanos**. In: Info Abril. Publicado em: 07 out. 2013. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/tecnologia/cachorros-tem-sentimentos-como-os-humanos-diz-estudo/> . Acesso em: 19. Jul. 2017

[12] MORELL, Virginia. **Your dog understands more than you think.** Disponível em: <http://www.sciencemag.org/news/2016/08/video-your-dog-understands-more-you-think> Acesso em: 26 Jul. 2017.

[13] BRASIL. **Projeto de lei 1365/2015.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1228779>

tempo, o número de lides no Judiciário a respeito desse tema só vem aumentando. Contudo, conforme já dito, no ordenamento jurídico brasileiro, o animal de estimação é classificado como um objeto e quando ocorre a dissolução conjugal, é tratado como bem a partilhar e deste modo seria inviabilizado a visita. Entretanto, atualmente já há entendimentos de que o animal é um bem especial conforme o projeto de lei 3670/15 do Senado que foi aprovado pela Comissão do Meio Ambiente e desenvolvimento.

Outrossim, o projeto de lei determina em seu artigo 2º que havendo dissolução da união estável ou vinculo conjugal, e não existindo acordo entre as partes a respeito da guarda dos animais de estimação deverá essa ser atribuída a quem demonstrar maior vínculo afetivo com o animal e maior capacidade para o exercício da posse responsável. E, ainda, entende-se como posse responsável os deveres e obrigações atinentes ao direito de possuir um animal de estimação.

A guarda do animal poderá ser de duas formas, unilateral quando concedida a uma só das partes ou compartilhada quando o exercício da posse responsável for concedida a ambas as partes. Ressalta-se que mesmo que seja decretada a guarda unilateral, a pessoa não detentora da mesma terá o direito de visitar o animal e tê-lo em sua companhia, podendo, ainda, fiscalizar o exercício da posse da outra parte, em atenção às necessidades específicas do animal, e comunicar ao juízo no caso de seu descumprimento.

Para o deferimento da guarda, deverá ser observado pelo o juiz algumas condições, dentre elas: observar se o ambiente é adequado para a moradia do animal; disponibilidade de tempo, condições de trato, de zelo e de sustento; o grau de afinidade e afetividade entre o animal e a parte; e todas as demais condições que achar imprescindíveis para a manutenção da sobrevivência do animal de acordo com suas características.

Há, ainda, a possibilidade de nenhuma das partes possuírem condições. Nesse caso, o juiz irá deferir a guarda para um terceiro que atenda todas as qualificações necessárias para melhor receber o animal, dentre elas estaria a considerar as relações de afinidade e afetividade dos familiares bem como o local de sua sobrevivência.

> Art. 6º Na audiência de conciliação, o juiz informará às partes a importância, a similitude de direitos, deveres e obrigações a estes atribuídos, bem como as sanções nos casos de descumprimento de cláusulas, as quais serão firmadas em documento próprio juntado aos autos.
> § 3º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado das cláusulas da guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução

> de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, bem como a perda da guarda em favor da outra parte;
> § 4º Se o juiz verificar que o animal de estimação não deverá permanecer sob a guarda de nenhum de seus detentores, deferi-la-á pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, consideradas as relações de afinidade e afetividade dos familiares, bem como o local destinado para manutenção de sua sobrevivência.

Tal projeto de lei ainda trata a respeito dos filhotes advindo dos animais que fazem jus as partes e que deverão ser divididos igualmente entre elas, quando possível, e sobre o caso de uma das partes contraiam uma nova união.

> Art. 7º, Parágrafo único. Os filhotes advindos do cruzamento dos animais de estimação a que fazem jus as partes, deverão ser divididos em igual número, quando possível, ou em igual montante em dinheiro, calculado com base na média do preço praticado no mercado, para a satisfação da dívida.
> Art. 8º A parte que contrair nova união não perde o direito de ter consigo o animal de estimação, que só lhe poderá ser retirado por mandado judicial, provado que não está sendo tratado convenientemente ou em desacordo com as cláusulas, conforme despacho do juiz.

Atualmente, o projeto de lei encontra-se aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Destaca-se que anteriormente já ocorreu outra tentativa de regulamentação da guarda dos animais, o projeto de lei 1058/11, porém, o mesmo foi arquivado.

2.1. Lei 16308/16 criada pelo Estado de São Paulo

Visando a defesa dos animais desde 2013, o Estado de São Paulo, possuiu uma delegacia especializada na investigação de crimes contra animais e ainda a Delegacia Eletrônica de Proteção Animal do Estado (DEPA). Além disso, o estado de São Paulo foi o primeiro a proibir testes em animais, com a lei 15316/14 garantindo a proibição do uso de animais no desenvolvimento de cosméticos, perfumes e produtos de higiene pessoal.

Entretanto, recentemente, foi sancionada a Lei 16308/16[14], que proíbe a guarda dos animais por quem comprovadamente os agrediu. Também determina que a pessoa que cometeu as agressões poderá ter a guarda de um animal doméstico após o prazo de 5 anos a

[14] SÃO PAULO. **Lei 16308 de 13 de Setembro de 2016.** Disponível em: < https://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/383357541/lei-16308-16-sao-paulo-sp>.

contar da data da agressão, reiniciando-se a contagem do prazo se outra constatação de maus-tratos foi apurada.

> Artigo 1º - Fica proibida de obter a guarda do animal agredido, bem como de outros animais, toda pessoa que comprovadamente cometer maus-tratos contra animais domésticos que estejam sob sua guarda ou de outrem.
> Parágrafo único - O agressor poderá ter a guarda de um animal doméstico após o decurso de 5 (cinco) anos contados da agressão cometida, reiniciando-se a contagem do prazo se outra constatação de maus-tratos foi apurada.

Desta forma é retirado da convivência da pessoa que comprovadamente cometeu maus tratos, os animais que estejam sob sua guarda além daqueles que não foram vítimas da agressão, visando proteger a integridade física do animal.

3. Guarda compartilhada dos animais

No Brasil, quando ocorre a dissolução do vínculo entre os pais, a regra é que seja determinada a guarda compartilhada para os filhos, ou seja, é uma forma de garantir a corresponsabilidade parental, visando a participação de ambos na criação e educação, dividindo todas as responsabilidades dos filhos visto que há um elo entre os pais e os filhos e o mesmo não pode ser rompido. Ressalta-se que é de responsabilidade de ambos e as decisões a respeito do filho são tomadas em conjunto, baseadas no diálogo e consenso conforme o entendimento da Maria Berenice Dias.

De acordo com o Código Civil, a guarda compartilhada é definida como "a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns" (art. 1.583, § 1º). Além disso, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. (art. 1583, § 2º).

Somente quando ambos os pais se manifestam expressamente pela guarda unilateral o juiz não pode decretar o compartilhamento. Da mesma forma que esse instituto se aplica a prole ficar sob a guarda de outras pessoas que não sejam os genitores, como, por exemplo, entre os avós.

Para estabelecer as atribuições dos possuidores da guarda o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pode se basear em opiniões de psicólogos, assistentes

sociais ou qualquer técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Quando se trata sobre animais, a falta de legislação específica já fez com que alguns casais resolveram antecipar a solução caso ocorra um futuro divórcio e elaboram acordo pré-nupcial para que fosse resolvido questões relativas a guarda, convívio, direito de visita, entre outros para os animais de estimação do casal.

Não sendo realizado acordo entre as partes, o caso deverá ser levado ao Poder Judiciário que por mais peculiar que a questão seja, há demandas sobre tal assunto, mas como já mencionado, a falta de uma legislação especificar faz com que o Judiciário utilize do Estatuto da Criança e Adolescente e o Código Civil por analogia na tentativa de resolver o caso. Deste modo, como cita a Francesca Rescigno:

> Superar o antropocentrismo a partir do reconhecimento de que o homem não é o único sujeito digno de consideração moral, de modo que os princípios de igualdade e justiça não se aplicam somente aos seres humanos, mas a todos os sujeitos viventes.[15]

É incontestável que perante a disputa pelas partes devido ao término do relacionamento, o animal não pode ser tratado como uma "coisa" ou um mero objeto para ser tratado como uma divisão patrimonial comum. Para muitos, os animais são tratados como "membros da família" visto que para algumas pessoas podem até mesmo serem uma espécie de "filho".

Um programa de proteção aos animais criado pela cidade de Curitiba sugere alguns cuidados com os animais, como, por exemplo, carinho, atenção, afeto, comida, ir ao veterinário além do convívio familiar, e não apenas oferecer abrigo pois os animais domésticos são inseridos num ambiente familiar totalmente desconhecido por eles e passam a depender exclusivamente do ser humano.[16]

A depressão também pode afetar os animais, na maioria dos casos ocorre devido a um evento emocional, mas também pode ocorrer por falta ou um número baixo de substâncias no organismo que podem gerar ansiedade e tristeza profunda.[17]

---

[15] RESCIGNO, Francesca. **I Diritti Degli Animali**. G. Giappichelli, 2005. p. 86.

[16] **Dicas de cuidados com seu animal.** Disponível em: <http://www.protecaoanimal.curitiba.pr.gov.br/Conteudo/Dicas.aspx>. Acesso em: 05 Out. 2017.

[17] FRAGATA, Fernanda. **Bicho também pode ter depressão?.** Disponível em: <http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/fernanda-fragata/noticia/2015/07/bicho-tambem-pode-ter-depressao.html>. Acesso em: 07. Out. 2017

> A perda de um ente querido, a mudança de casa, a viagem do dono são alguns dos motivos que podem desencadear o quadro. Nos gatos, bastante independentes, os sinais tendem a demorar mais para serem percebidos pelos donos. Alguns deles são comportamento agressivo e a vocalização exagerada (com miados altos, uivos ou latidos frequentes). A fisionomia também muda quando afundados em um estado depressivo[18].

Por isso, deve-se sempre ficar atento à saúde do animal e realizar um diagnóstico precoce para que seja amenizado o quadro.

3.1. Decisões a respeito da Guarda Compartilhada dos animais.

Conforme mencionado anteriormente, esta é uma questão que está sendo discutida no judiciário com maior frequência e que está tendo soluções positivas visando o bem-estar do animal, pois não pode ser ignorado a importância dele para a família. Em um processo tramitado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o relator Marcelo Lima Buhatem afirmou:

> Não basta que trate o animal de estimação como simples animal inserido sob prisma do direito ambiental ou transindividual, devendo ser protegido da caça indiscriminada ou do tratamento cruel e tampouco do direito civil classicamente concebido, onde o animal será tratado como rés, novilho, cria, enfim semovente. Neste sentido, é preciso mais justamente por ser de estimação e afeto, destinado não ao abate ou ao trabalho, mas ao preenchimento de necessidades humanas emocionais, afetivas, que, atualmente, de tão caras e importantes, não podem passar despercebidas aos olhos do operador. Não custa dizer que há animais que compõem afetivamente a família dos seus donos, a ponto da sua perda ser extremamente penosa.[19]

Neste mesmo caso, foi decidido que a guarda do animal seria compartilhada e ainda foi estipulado o horário para buscar e devolve-lo aos finais de semana.

---

[18] Idem.

[19] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208.** 22ª Câmara Cível do TJ/RJ. Relator: Desembargador Marcelo Lima Buhatem. Disponível em: < https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https://www.conjur.com.br/dl/posse-compartilhada-cao-estimacao.doc>. Acesso em: 23. Ago. 2017.

Da mesma forma, o animal já está deixando se ser tratado como um mero objeto e tendo a sua proteção garantida, como ocorrido em um julgamento em São Paulo:

> Em conclusão a essa já longa digressão que me permite fazer sobre o tema, o animal em disputa pelas partes não pode ser considerado como coisa, objeto de partilha, a ser relegado a uma decisão que divide entre as partes o patrimônio comum. Como senciente, afastado da convivência que estabeleceu, deve merecer igual e adequada consideração e nessa linha entendo deve ser reconhecido o direito da agravante. O acolhimento de sua pretensão tutela, também, de forma reflexa, os interesses dignos de consideração do próprio animal.[20]

Em um dos processos mais recentes que ocorre no Rio de Janeiro, o casal comprou o buldogue francês chamado Braddock durante o noivado. No caso em pauta o ex-cônjuge alegou estar passando por "sofrimento e grande angústia" com a distância e tendo problemas em seu "desempenho profissional e pessoal". Com isso ficou entendido pela Juíza Gisele Silva Jardim, da 2ª Vara de Família do Rio de Janeiro:

> Muito embora bichos de estimação possuam a natureza de bem semovente que se move por conta própria], inegável a troca de afeto entre os mesmos e seus proprietários, criando vínculos emocionais.[21]

A juíza do caso concordou com os argumentos e determinou de forma provisória que o animal fique metade do mês em uma casa e outros 15 dias em outra podendo gerar ato de busca e apreensão caso uma das partes não entregue voluntariamente o animal.

3.2. Direito de alimentos e visita para os animais.

Ao contrário do que se pode pensar, não só pessoas possuem direitos a alimentos, também é possível estabelecer a obrigação alimentar quando há animais de estimação, da mesma forma que também é possível estabelecer visitas para o animal.

---

[20] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Voto n. 20.626 - Digital.** Relator Desembargador Carlos Alberto Garbi. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=69099>. Acesso em: 23. Ago. 2017.

[21] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça**. Processo nº 0009164-35.2015.8.19.0203**. 2º Vara de Família. Juíza Gisele Silva Jardim. Disponível em: <https://rafaelsiqueira7902.jusbrasil.com.br/noticias/424515723/juiza-fixa-guarda-compartilhada-de-cachorro-para-casal-separado>. Acesso em: 15. Set. 2017.

Estabelece o artigo 1.694 do Código Civil que:

> Os parentes, os cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Da mesma forma que o direito de visita está previsto no Código Civil, em seu artigo 1.589, ao dispor:

> O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz.

Visto que o direito brasileiro não possui normas prevendo esses direitos para os animais, os dispositivos citados acima são utilizados por analogia a esses casos pois não restam dúvidas das responsabilidades de um tutor para com seus animais de estimação.

Vale ressaltar que uma conquista muito grande para os animais e seus donos passou a ser realizada por um cartório do estado de Roraima que de forma pioneira passou a emitir certidão de nascimento para os animais com o sobrenome do dono. O 'Identpet' é emitido com o nome do animal, raça, cor, tamanho, data de nascimento e o nome do tutor e, inclusive, foto. O documento além de ajudar nas buscas de animais em casos de fuga e desaparecimento, facilita nos transportes e quando for necessário viajar e, também, ajuda nos conflitos judiciais a respeito da guarda do animal. Ressalta-se que qualquer pessoa poderá manifestar o desejo de realizar o registro, visto que diferentemente do pedigree que é apenas para animais de raça, o identpet não faz distinção da raça.

> Donos de animais domésticos agora podem obter o registro de guarda, uma espécie de certidão de nascimento, dos bichos que muitas vezes são tratados como integrantes da família. O documento passou a ser oferecido nesta sexta-feira (21) no Cartório do 1º Ofício, em Boa Vista, e pode até ter o sobrenome dos guardiões para provar o 'parentesco'.[22]

[22] G1 RR. **Cartório de RR passa a emitir registro de nascimento a animais de estimação com sobrenome do dono.** Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/cartorio-de-rr-passa-a-emitir-registro-de-nascimento-a-animais-de-estimacao-com-sobrenome-do-dono.ghtml> acesso em 01. Ago. 2017.

Por se tratar de um assunto recente, ainda não há decisões a respeito da certidão de nascimento dos animais. Outras cidades brasileiras já possuem previsão para iniciar a emissão da certidão de nascimento

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou perceber que os animais de estimação estão deixando de ser considerados "coisas" durante a dissolução da sociedade conjugal visto que são seres sencientes devendo ser tratados como bens infungíveis pois possuem um valor especial e por isso não podem ser substituídos sem que ocorra uma alteração de seu conteúdo.

Pesquisas recentes comprovam que os animais também são dotados do sentimento do afeto e que podem sofrer com o rompimento do laço de afeto com seus donos além de equiparar a capacidade mental dos animais com a das crianças. O ser humano sempre possuiu uma relação próxima com os animais e com o passar dos anos a relação de afeto desenvolvida é bastante expressiva.

Outrossim, no Brasil, há uma falta de legislação específica para tratar da guarda compartilhada, do direito de visita e alimentos dos animais de estimação, tendo que ser utilizado a analogia para esses casos, porém, os Tribunais enfrentam constantemente essa questão devendo, assim, existir a necessidade de uma norma específica para esses casos pois os magistrados estão cada vez mais fundamentando suas decisões com base no bem-estar do animal.

Ocorre que já existe o projeto de lei 1365/15 que regula essa questão e está aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Pode-se dizer que caso tal projeto seja aprovado, será de extrema importância não só para o bem-estar do animal, mas também para os seus tutores já que ambos sofrem com o distanciamento. Além do mais, a falta de uma norma regulamentadora contribui para que cada magistrado decida de uma forma e, portanto, pode não haver uma pacificação nas decisões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antonio Carlos Ferreira. **DA POSSIBILIDADE DE GUARDA COMPARTILHADA DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO A PARTIR DO VÍNCULO AFETIVO COM OS SEUS TITULARES.** Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/rlmau22a/I74SafXMV5YW1y84.pdf>. Acesso em: 28. Ago. 2016.

BRASIL. **Código Civil, lei nº10.406.** 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>

BRASIL. **Projeto de lei 1365/2015.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1228779> acesso em: 19-07-2017

DARAYA, Vanessa. **Cachorros têm sentimentos como os humanos**. In: Info Abril. Publicado em: 07 out. 2013. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/tecnologia/cachorros-tem-sentimentos-como-os-humanos-diz-estudo/>. Acesso em: 19-07-2017

DESCARTES, R. **Descartes Philosophical Letters. Trad. A. Kenny**. Oxford: Oxford University Press, 1970

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª. Ed. Rev. e atual. De acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Dicas de cuidados com seu animal. Disponível em: <http://www.protecaoanimal.curitiba.pr.gov.br/Conteudo/Dicas.aspx>. Acesso em: 05. Out. 2017

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** teoria geral do direito civil. São Paulo. Ed. Saraiva. p. 375.

FAUTH, Juliana de Andrade**. A natureza jurídica dos animais: rompendo com a tradição antropocêntrica.** Disponível em <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16684>. Acesso em:11. Jul. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio: o dicionário da lingua portuguesa.** 2ª ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2008.

FRAGATA, Fernanda. **Bicho também pode ter depressão?.** Disponível em: <http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/fernanda-fragata/noticia/2015/07/bicho-tambem-pode-ter-depressao.html>. Acesso em: 07. Out. 2017

Guarda compartilhada. Dizer o Direito. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2017/02/guarda-compartilhada.html>. Acesso em: 20. Jul. 2017.

G1 RR. **Cartório de RR passa a emitir registro de nascimento a animais de estimação com sobrenome do dono.** Disponível em: <https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/cartorio-de-rr-passa-a-emitir-registro-de-nascimento-a-animais-de-estimacao-com-sobrenome-do-dono.ghtml>. Acesso em: 01. Ago. 2017.

MORELL, Virginia**. Your dog understands more than you think.** Disponível em <http://www.sciencemag.org/news/2016/08/video-your-dog-understands-more-you-think> Acesso em 26. Jul. 2017.

Portal do Governo do Estado**. Defesa dos animais: nova lei em São Paulo proíbe guarda por agressores.** Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/ultimas-noticias/defesa-dos-animais-nova-lei-em-sao-paulo-proibe-guarda-por-agressores/>. Acesso em:18. Jul. 2017.

SÃO PAULO. **Lei 16308 de 13 de Setembro de 2016.** Disponível em: < https://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/383357541/lei-16308-16-sao-paulo-sp>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Voto n. 20.626 - Digital.** Relator Desembargador Carlos Alberto Garbi. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=69099>. Acesso em: 23. Ago. 2017.

RESCIGNO, Francesca. **I Diritti Degli Animali**. G. Giappichelli, 2005. p. 86.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0019757-79.2013.8.19.0208.** 22ª Câmara Cível do TJ/RJ. Relator: Desembargador Marcelo Lima Buhatem. Disponível em: < https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https://www.conjur.com.br/dl/posse-compartilhada-cao-estimacao.doc>. Acesso em: 23. Ago. 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça**. Processo nº 0009164-35.2015.8.19.0203**. 2º Vara de Família. Juíza Gisele Silva Jardim. Disponível em: <https://rafaelsiqueira7902.jusbrasil.com.br/noticias/424515723/juiza-fixa-guarda-compartilhada-de-cachorro-para-casal-separado>. Acesso em: 15. Set. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça**. Apelação Cível nº70007825235**. Caxias do Sul. Relator: Desembargador José Carlos Texeira Giorgis. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-mai-30/mulher_guarda_cachorro_separacao>. Acesso em: 02. Set. 2017.

XAVIER, Luiz Gustavo. **Meio Ambiente aprova mudança de natureza jurídica dos animais.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/522246-MEIO-AMBIENTE-APROVA-MUDANCA-DE-NATUREZA-JURIDICA-DOS-ANIMAIS.html>. Acesso em: 11. Jul. 2017.