

# **VISÕES CONSTITUCIONAIS INTERDISCIPLINARES**

## CONSELHO EDITORIAL SELO ÀGORA21

PRESIDÊNCIA	Felipe Dutra Asensi Marcio Caldas de Oliveira
CONSELHEIROS	Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro) Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos) André Guasti (TJES, Vitória) Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo) Bruno Zanotti (PCES, Vitória) Camila Jacobs (AMBRA, Estados Unidos) Camilo Zufelato (USP, São Paulo) Carolina Cyrillo (UFRJ, Rio de Janeiro) Claudia Pereira (UEA, Manaus) Claudia Nunes (UVA, Rio de Janeiro) Daniel Giotti de Paula (Intejur, Juiz de Fora) Eduardo Val (UFF, Niterói) Fernanda Fernandes (PCRJ, Rio de Janeiro) Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus) Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá) José Maria Gomes (UERJ, Rio de Janeiro) Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre) Paula Arevalo Mutiz (FULL, Colômbia) Paulo Ferreira da Cunha (UP, Portugal) Pedro Ivo de Sousa (UFES, Vitória) Raúl Gustavo Ferreyra (UBA, Argentina) Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília) Raphael Carvalho de Vasconcelos (UERJ, Rio de Janeiro) Rogério Borba (UCAM, Rio de Janeiro) Santiago Polop (UNRC, Argentina) Siddharta Legale (UFRJ, Rio de Janeiro) Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa) Tereza Cristina Pinto (CGE, Manaus) Thiago Pereira (UCP, Petrópolis) Vanessa Velasco Brito Reis (PGM, Petrópolis) Vania Marinho (UEA, Manaus) Victor Bartres (Guatemala) Yolanda Tito Puca (UNMSM, Peru)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÀGORA21

# VISÕES CONSTITUCIONAIS INTERDISCIPLINARES

*ARTHUR JUNIOR, FELIPE ASENSI, IRENE NOHARA  
E LEONARDO RABELLO (ORGANIZADORES)*



**GRUPO MULTIFOCO**

Rio de Janeiro, 2019

Copyright © 2018 Arthur Junior, Felipe Asensi, Irene Nohara e Leonardo Rabello (org).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi e Marcio Caldas

EDIÇÃO E PREPARAÇÃO Felipe Asensi

REVISÃO Coordenação Selo Ágora 21

PROJETO GRÁFICO E CAPA Carolinne de Oliveira

IMPRESSÃO E ACABAMENTO Gráfica Multifoco

DIREITOS RESERVADOS A

### GRUPO MULTIFOCO

Av. Mem de Sá, 126 - Centro

20230-152 / Rio de Janeiro, RJ

Tel.: (21) 2222-3034

contato@editoramultifoco.com.br

www.editoramultifoco.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito dos editores e autores.

Visões constitucionais interdisciplinares

JUNIOR, Arthur

ASENSI, Felipe

NOHARA, Irene

RABELLO, Leonardo

1ª Edição

Janeiro de 2019

ISBN: 978-85-8273-646-3

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A816v Junior, Arthur  
Asensi, Felipe  
Nohara, Irene  
Rabello Leonardo.

Visões constitucionais interdisciplinares /  
organização Arthur Junior, Felipe Asensi, Irene Nohara e  
Leonardo Rabello . – Rio de Janeiro : Ágora21, 2019.

793 p. ; 23 cm. (Coleção CAED-JUS; v. 3)

ISBN 978-85-8273-646-3

Inclui bibliografia.

1. Direito constitucional I. Título

CDD: 340

# Sumário

Conselho Científico do <b>CAED-JUS</b> .....	<b>13</b>
Sobre o <b>CAED-JUS</b> .....	<b>15</b>

## PROCESSO E DIREITO

A garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional como a garantia de inafastabilidade do estado aos conflitos .....	19
--	----

*Guilherme Christen Möller*

Cultura, constituição e processo: vive-se na fase metodológica do "neoprocessualismo"? .....	33
--	----

*Guilherme Christen Möller*

Para além do acesso à justiça: o acesso ao direito por meio do princípio da cooperação nos Juizados Especiais Cíveis .....	49
--	----

*Henrique Sabino de Oliveira*

O princípio constitucional do contraditório e sua afirmação no Código de Processo Civil de 2015 através do fundamento cooperativo.....	65
--	----

*Igor Labre de Oliveira Barros e Vinicius Pinheiro Marques*

O Princípio Constitucional do devido processo legal e os esforços de sua adequação ao vetusto Código de Processo Penal brasileiro.....	85
--	----

*Luciana Léo Barcellos*

Panorama doutrinário do modelo constitucional de processo: a irradiação dos princípios constitucionais para o CPC/2015..... 97

*Marcelo Pinto Chaves e Adriana da Vinha Nunes*

O princípio da fraternidade como categoria constitucional a influenciar o novo Código de Processo Civil..... 109

*Nivaldo Souza Santos Filho, Rute Oliveira Passos e Flávia Moreira Guimarães Pessoa*

O processo coletivo brasileiro e as comunidades indígenas ..... 125

*Gláucia Maria de Araújo Ribeiro e Raffaella Cássia de Sousa*

A evolução da prestação de assistência jurídica gratuita: do modelo caritativo à defensoria pública como custos vulnerabilis ..... 143

*Thawana alves pacheco*

## **SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

A aplicação de práticas restaurativas nas escolas como instrumento para a solução e prevenção de conflitos..... 157

*Anne Carolline Rodrigues da Silva Brito*

Mediação de conflitos aliada à tecnologia: um estudo de caso sobre uma plataforma de mediação online em São Paulo..... 169

*Bruna Costa Lima*

Comunicação jurídica: qual é o impacto da comunicação jurídica e a resolução de conflitos no judiciário brasileiro... 187

*Caíque Machado Camilo*

A implantação da mediação comunitária na cidade do Rio de Janeiro a partir do convênio com o tribunal de justiça do Estado..... 211

*Fernanda Bragança e Laurinda Fátima da Fonseca Pereira Guimarães Bragança*

A mediação como instrumento de impulso à atividade econômica: a sua contribuição para o aumento da longevidade das empresas familiares ..... 225

*Fernanda Bragança e Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança*

A solução pacífica das controvérsias da constituição de 1988 à mediação on-line: uma inovação no sistema jurídico brasileiro em prol do acesso à justiça ..... 239

*Glicéria Martins Cleter e Tito Lívio de Figueiredo*

Aspectos subjetivos na conciliação: validação dos sentimentos e empoderamento das partes ..... 267

*Isabela Moreira Antunes do Nascimento*

Mediação como meio para concretizar o direito fundamental ao acesso à justiça ..... 281

*Isabela Moreira Antunes do Nascimento*

## **DIREITO E ECONOMIA**

Análise econômica do direito: caso prático brasileiro ..... 299

*Bruno Rocha Martins*

Concessão temerária de crédito como causadora do superendividamento e a limitação de descontos como forma de se garantir a dignidade humana ao consumidor superendividado ..... 321

*Diego Keyne da Silva Santos e Adriano Diniz Bezerra*

Imunidade tributária dos templos religiosos e a laicidade do Estado ..... 333

*Mônica Berçot El-Jaick*

Relações diplomáticas entre nações: estudo do impacto legislativo no caso da isenção de vistos entre Brasil e comunidade europeia (decreto nº 7.821/2012) ..... 353

*Pedro Bolívar de Souza Andrade*

A segurança jurídica das decisões do conselho administrativo de defesa econômica perante a transição normativa de 1994 a 2011..... 369

*Rafael de Paiva Matias*

Alternative ways of conflict in the business world and its applicability in the light of defense of competition ..... 385

*Rafael de Paiva Matias*

O intervencionismo estatal por intermédio da política fiscal à luz da constituição federal de 1988..... 397

*Thaís Cíntia Cárnio*

O ilícito no Direito Tributário ..... 409

*Wallace de Matos Pereira*

## **POLÍTICA E DIREITO**

Cláusula de barreira no Brasil: o início da reforma política ou apenas o não atendimento ao princípio do pluralismo político?..... 429

*Caio Silva de Sousa*

Participação popular e diálogo na esfera pública ..... 441

*Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira e João Antônio Johas Marques da Silveira Leão*

O *iter* da institucionalização do colégio de líderes: uma alternativa de herança autoritária à hipótese de paralisação do legislativo brasileiro em tempos da constituição de 1988 ..... 453

*Gabriel Lima Marques*

Cidadania e direitos na Constituição Federal brasileira de 1988: um marco latino-americano ..... 469

*Joyce Louback Lourenço*

Uma análise da importância do foro por prerrogativa de função para a democracia ..... 485

*Wagneriana Lima Temóteo Camurça, Mateus Natanael Targino Maurício e Natália Pinto Costa*

Os modos de colaboração da agenda normativa sobre cultura e as narrativas de resistência do Slam das Minas nas ruas da cidade..... 501

*Semirames Khattar*

O “novo constitucionalismo” da *nuestra América*: um caminho para o combate à crise da democracia representativa brasileira ..... 519

*Thiago Braga Dantas e Maria Izabel de Medeiros Valle*

## **SOCIOLOGIA E DIREITO**

Poéticas orais em sujeitos de direitos fundamentais..... 537

*Antonio Cláudio da Silva Neto*

Continuidades democráticas: da escravidão ao encarceramento ..... 551

*Fernando Henrique Cardoso Neves e Marilha Gabriela Reverendo Garau*

Disjunções do Estado brasileiro revisitado após 30 anos de constituição supostamente democrática ..... 573

*Hector Luiz Martins Figueira e Carla Sendon Ameijeiras Veloso*

O programa Bolsa Família..... 587

*Julio Mariano Fernandes Praseres*

A culpa é do português: a retórica de atribuição da própria culpa a outrem ..... 597

*Marcelo Pinto Chaves, Anderson Ferreira De Menezes e Eduardo Augusto Rade-maker Novo*

## TEORIA DO DIREITO E DA CONSTITUIÇÃO

Fuller's theory of law: the lack of moral content In the so-called 'inner morality of law' ..... 619

*Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel*

A desconstrução do direito como possibilidade da justiça em Jacques Derrida ..... 629

*Daniel Machado Gomes, Robson César Durão e Laíne Tavares Miranda*

A constitucionalização do direito ordinário: uma releitura do fenômeno à luz do neoconstitucionalismo..... 641

*Jaime Leônidas Miranda Alves*

O Estado Constitucional moderno e o princípio da dignidade da pessoa humana: crítica ao decisionismo judicial ..... 657

*Jaime Leônidas Miranda Alves*

Perspectivas histórico-antropológicas da apologia brasileira ao Estado Liberal e a constituição brasileira após seus 30 anos de vigência..... 673

*Tiago Ferreira Santos*

Concepção de direito adequada à constituição de 1988: reflexões após seus 30 anos de vigência ..... 689

*Tiago Ferreira Santos*

## TEMAS CONSTITUCIONAIS ATUAIS

"Animal crush" a nova aposta cruel da indústria pornográfica ..... 707

*Débora Nicodemo*

Benefício de prestação continuada da lei orgânica da assistência social (bpc/loas): a causuística da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro ..... 719

*Eliane Silva de Souza Castro e Jefferson Correia da Rocha*

Uma nova Constituição. A quem interessa? (ou Trinta anos de Constituição. Muitas felicidades, muitos anos de vida!) ..... 735

*Humberto Alves Coelho e Marcelo José Das Neves*

Trinta anos da Constituição federal de 1988 e a necessidade de uma nova constituinte? ..... 755

*João Paulo Marques dos Santos*

De mutação à *mutilação* constitucional: um instrumento perigoso do ativismo que coloca em risco a Constituição federal de 1988 ..... 767

*Larissa da Silva Peres*

Buen vivir e fraternidade, princípios basilares para além da constituição ..... 781

*Nadine Amábile Pasta e Silvia Helena Arizio*



# Conselho Científico do **CAED-JUS**

Adriano Rosa (Universidade Santa Úrsula, Brasil)

Alexandre Bahia (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)

Alfredo Freitas (Ambra College, Estados Unidos)

Antonio Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)

Bruno Zanotti (PCES, Brasil)

Claudia Nunes (Universidade Veiga de Almeida, Brasil)

Daniel Giotti de Paula (PFN, Brasil)

Denise Salles (Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)

Edgar Contreras (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)

Eduardo Val (Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Felipe Asensi (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)

Fernando Bentes (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil)

Glauca Ribeiro (Universidade do Estado do Amazonas, Brasil)

Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha)

João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)

Klever Filho (Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)

Luciana Souza (Faculdade Milton Campos, Brasil)

Marcello Mello (Universidade Federal Fluminense, Brasil)  
Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)  
Oton Vasconcelos (Universidade de Pernambuco, Brasil)  
Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia)  
Pedro Ivo Sousa (Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil)  
Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)  
Siddharta Legale (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)  
Saul Tourinho Leal (Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil)  
Sergio Salles (Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)  
Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)  
Thiago Pereira (Centro Universitário Lassale, Brasil)  
Tiago Gagliano (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil)

# Sobre o **CAED-JUS**

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- Democratização da divulgação e produção científica

- Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes

- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online

- Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus**

- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes

- Democratização da produção científica com forte inclusão social

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2018, o **CAED-Jus** organizou o **Congresso Comemorativo “30 anos da Constituição de 1988” (CRFB+30)**, que ocorreu entre os dias 29 a 31 de outubro de 2018 e contou com 05 Grupos de Trabalho e mais de

200 participantes de 34 universidades e 14 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos artigos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 03 livros do evento: “Direitos humanos e fundamentais em perspectiva”, “Leituras de direito público” e “Visões constitucionais interdisciplinares”. Os coordenadores dos livros atuaram diretamente no evento como conferencistas, avaliadores de trabalhos e/ou organizadores, contribuindo diretamente na seleção, organização e finalização das publicações.

O **CRFB+30** foi um dos maiores eventos comemorativos da Constituição de 1988 no Brasil e contribuiu decisivamente para as análises sobre o passado, presente e futuro da Constituição. Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus) e da Editora Multifoco e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros nacionais e internacionais.

# **PROCESSO E DIREITO**



# A garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional como a garantia de inafastabilidade do estado aos conflitos

*Guilherme Christen Möller*

## Introdução

Institucionalizou-se uma falsa vulgata no meio jurídico de que a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional deva ser interpretada como se sinônimo fosse de garantia de inafastabilidade do processo judicial. Nada mais falso.

O problema de afirmar-se o acima exposto, ou seja, que a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional e a garantia da inafastabilidade do processo judicial são sinônimos, mora justamente no fato de desprezar a influência do paradoxo da *Hipermodernidade* que está presente na sociedade.

A grande característica do referido paradoxo está no fato da sua amplitude, de modo que não exista algo errado, ou melhor, algo padronizado, tudo está correto. Isso é um problema quando confrontando com a clássica ideia de conflito, afinal, a partir de tal paradoxo, o que se tem hoje são *hiperconflitos*.

Desse modo, este estudo, cujo tema é a garantia fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição

Federal de 1988 e art. 3º, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015), tem como problema de pesquisa a limitação interpretativa de tal premissa frente as influências do paradoxo da Hipermodernidade, de modo que se deva ter uma interpretação *ampla* à garantia fundamental (seguindo-se a proposta do referido paradoxo).

Objetivando responder ao problema de pesquisa proposto, utilizando-se do método de pesquisa dedutivo, a partir de obras bibliográficas pertinentes ao tema proposto, propõe-se o desenvolvimento deste estudo em dois momentos, cada qual representando um capítulo específico. Num primeiro momento, o objetivo específico deste trabalho, observar a garantia fundamental de inafastabilidade da tutela jurisdicional e a forma brasileira contemporânea de gestão de conflitos, especialmente para compreender que há uma clara distinção entre acesso à justiça e jurisdição, necessário porquanto do cenário contemporâneo altamente litigioso do Brasil, o qual enxerga que o processo seria a única forma de tratar um conflito. Após, num segundo momento, o objetivo geral, por sua vez, é abordar o paradoxo da *Hipermodernidade*, proposto por Gilles Lipovestky, e como isso reflete no conflito, aquilo que se atribuirá o nome de “hiperconflito”. A partir das observações acerca do paradoxo da *Hipermodernidade* e do *hiperconflito*, objetiva-se destacar que a amplitude presente na categoria “conflito” não comporta a interpretação da garantia fundamental de inafastabilidade apenas ao processo, mas uma inafastabilidade ampla aos conflitos (de forma lato), de modo que, a partir do diálogo proposto com a teoria do Tribunal Multiportas de Acesso à Justiça, tem-se uma forma de ampliar a interpretação de tal garantia.

Como hipótese, tem-se a que a utilização das diversas formas de tratamento conforme a peculiaridade de cada *hiperconflito*, a partir do modelo proposto por Sander, o Tribunal Multiportas de Acesso à Justiça, possibilita refletir que a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional deve, se não, ter uma necessária ampliação de sua interpretação, afinal, com a influência do paradoxo da *Hipermodernidade*, tal garantia não poderia corresponder, tão somente, a garantia da tutela do Estado por via do processual judicial, mas uma ampla tutela do Estado aos conflitos, afinal, o processo judicial se mostra como uma dentre essa ampla possibilidade de formas de tratamento desses *hiperconflitos* brasileiros.

# 1. A garantia fundamental de inafastabilidade da tutela jurisdicional e a forma brasileira contemporânea de gestão dos conflitos: a necessária distinção entre garantia ao acesso à justiça e a garantia à tutela jurisdicional

Noticiava-se no ano de 2015, a partir da informação colhida no site Conjur (2015), que o Brasil havia batido a marca 100.000.000 (cem milhões) de processos tramitando de forma simultânea no Poder Judiciário, isso, claro, numa perspectiva *lato*, afinal, englobando-se os processos em tramitação na justiça comum e em justiças especializadas. Para melhor contextualizar esse número – já desatualizado em relação aos dados deste ano de 2018 –, segundo o levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (2017, p. 34) no ano de 2017, utilizando-se como ano-base 2016, apenas a Justiça Estadual brasileira conta com a tramitação simultânea de 83.764.834 (oitenta e três milhões e setecentos e sessenta e quatro mil e oitocentos e trinta e quatro). Diante desses dados, pergunta-se: como e por que se chegou a tal altíssima marca de processos judiciais tramitando no Brasil?

Curiosamente, objetivando responder ao questionado, haveria a possibilidade de formulação das mais diversas hipóteses, para os mais diversos motivos, entretanto, um assunto que possui ligação direta para com essa assustadora realidade na quantidade de processos em tramitação no Poder Judiciário é a postura adotada pelo Brasil na gestão dos conflitos de sua sociedade.

Muito se vê, e cada vez mais, principalmente no ambiente acadêmico, uma vulgata acerca do reconhecimento da garantia fundamental de acesso à justiça e da garantia ao acesso à tutela jurisdicional, por via de um processo judicial, como sinônimos. Nada mais errôneo do que este pensamento, afinal, trata-se de questões distintas.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XXXV, garante que “a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A tal garantia, na proposta de Theodoro Júnior (2016), atribui-se a nomenclatura de “princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional”. Observa-se, desse modo, que o problema da questão já está enraizado na cultura jurídica, a ponto de que se cria um ônus interpre-

tativo equivocado sobre tal premissa, a ponto, ainda, de que o próprio reconhecimento dessa garantia, e por consequência a sua própria nomenclatura, está trabalhando o acesso à justiça e o acesso à tutela jurisdicional como se fossem sinônimos. Sobre isso, cabe uma explicação neste momento, sendo o deslinde – a partir de uma das possíveis vertentes – para a conclusão do que se se questiona acima.

Na perspectiva da historicidade, essa marca que se obteve já em 2015 nada mais é do que um mero resultado que já se esperava por décadas passadas diante do fato da existência de uma forte cultura, especialmente por parte da mentalidade da população em como tratar o conflito, de terceirização dos seus litígios. (MÖLLER, 2018a).

Pensa-se, dessa forma, que o resultado atingido no ano de 2015 nada mais é do que um reflexo de má exploração pelo Estado de outros meios para a resolução de conflitos que não fosse o julgamento por um terceiro, no caso atual, do Estado-juiz, sendo que a população tem parcela mínima de culpa nessa crise presenciada pelo Poder Judiciário, vez que as leis que estavam à eles disponíveis os remetiam a almejar o processo como exclusividade na resolução de conflitos, descartando outros meios tão efetivos quanto a jurisdição. (MÖLLER, 2018a, p. 267).

Veja-se que, e tomando por base o Código de Processo Civil, afinal, na perspectiva da sua característica de generalidade, bem como diante da sua história, é o principal mecanismo desenvolvido com o propósito de apresentar maneiras para a gestão dos conflitos no Brasil. Assim, partindo-se da análise dos Códigos de Processo Civil de 1939 e do Código de Processo Civil de 1973, uma semelhança encontrada mora justamente no fator de como tratam a questão desse universo pluralista de outras tantas formas de tratamento de conflitos que não o processo judicial – aliás, faz-se uma ressalva, mesmo que supérflua, ao último código.

Sobre a primeira legislação, analisando-se no todo, o Código de Processo Civil de 1939 não dispõe de qualquer norma que assegure o tratamento dos conflitos sociais apresentados pelos litigantes ao Poder Judiciário que não seja o processo judicial. Em momento algum, em tal legislação, vê-se a menção a formas de tratamento de conflitos como,

v.g., conciliação, mediação ou, ainda, arbitragem. Já a segunda legislação, notadamente o Código de Processo Civil de 1973, até menciona a existência de outras formas de tratamento de conflitos, como por exemplo os autocompositivos, porém, trata-se de uma menção inócua, visto que não apresentava qualquer mecanismo concreto a fim de efetivar a utilização dessas outras formas de tratamento de conflitos. (MÖLLER, 2018a).

Portanto, é natural pensar que diante dessa singularidade de formas de tratamento de conflitos apresentada aos litigantes, a mentalidade da população brasileira começa a ser esculpida no sentido de enxergar no processo o único meio possível para a resolução dos seus conflitos. É aqui que nasce, assim, a cultura da terceirização dos litígios, cultura pautada na ideia de que delegar ao Poder Judiciário a atribuição da resolução dos conflitos entre as pessoas é algo natural. Para Fernandes (2016, p. 10), “parecem assumir sua incapacidade de superar suas desavenças, transferindo essa função ao Estado”. Na realidade, pensando-se em uma perspectiva cultural, esse pensamento sobre a terceirização do litígio não se dá por exclusividade deles, mas sim pelo pensamento litigante do contexto social em que foram criados. Portanto, parece-nos que esse colapso que o Poder Judiciário vem vivenciando cada vez mais no tocante a um afogamento de varas judiciais com processos é resultado direto – novamente, sendo esta uma das tantas outras perspectivas que poderiam ser levadas em conta para explicar o problema – dessa má gestão dos conflitos administrada por décadas. (MÖLLER, 2018b).

Outrossim, essas constatações históricas permitem observar justamente aquilo que se destacou alhures neste capítulo, *in casu*, que, de fato, há um enraizamento na cultura jurídica de forma a considerar a garantia ao acesso à justiça e a garantia à tutela jurisdicional, por via de um processo judicial, como sinônimos. Aqui, então, postular pela garantia do indivíduo de ter acesso à justiça seria o mesmo que postular pela garantia do indivíduo de ter acesso ao processo. Todavia, tratam-se de questões distintas e que devem ser dissociadas.

## 2. Hipermmodernidade, hiperconflitos e tribunal multiportas de acesso à justiça: a necessidade da

## ampliação acerca da interpretação da garantia de “inafastabilidade da tutela jurisdicional”

É impossível, hoje, dissociar o Direito do Brasil das influências dos paradoxos da sociedade, outrossim, inegavelmente, o Direito brasileiro, bem como a própria forma de gestão dos conflitos do Brasil, são influenciados por quatro paradoxos, notadamente, *Modernidade*, *Modernidade Líquida*, *Hipermodernidade* e *Pós-Modernidade* – vale destacar que a ordem cronológica de cada paradoxo, bem como se se vive num período pós-moderno ou hipermoderno, varia conforme cada autor –, cada qual contando com características exclusivas, de modo que apresentaram reflexões próprias ao Direito.

Entre os quatro paradoxos, destaca-se a influência do paradoxo da Hipermodernidade e seus reflexos ocasionados no Direito brasileiro, especialmente na gestão de conflitos. A partir de Lipovetsy (2004), com o espaço deixado pela *pós-modernidade*, tem-se, hoje, os tempos *hipermodernos* da sociedade, ou seja, vive-se em tempos em que há uma razão estendida, em que a democracia poderia ser retratada como sendo uma *hiperdemocracia*, há aqui a existência de valores muito amplos, tudo é muito amplo, há uma despadronização da própria sociedade. A sociedade, assim, admite uma configuração muito ampla, nada está errado, tudo varia, tudo é aceito como correto.

O conflito, partindo-se do paradoxo da Hipermodernidade, poderia ser visto como um *hiperconflito*, ou seja, um conflito muito amplo, fora daquele convencional envolvendo um litigante *versus* o outro, ou, ainda, um conflito envolvendo matéria de ordem coletiva, na realidade, é o *hiperconflito* que vai justificar, a partir da explicação de Berman (2007) acerca de uma pluralidade de formas de comunidades, conflitos entre contextos sociais distintos, ou ainda, conflitos da comunidade inserida dentro de uma própria comunidade, como explica Santos (1988), ao tratar, resultado de seu estudo doutoral, sobre o direito de Pasárgada (comunidade do Rio de Janeiro). O *hiperconflito*, assim, mesmo que derivante do próprio conflito clássico (aquele sentido a partir do reflexo do paradoxo da *Modernidade*), ou mesmo daquele derivante do reflexo do paradoxo da *Modernidade Líquida*, é muito amplo, foge aos limites de

ser tratado de uma só forma específica, de modo que se deve pensar numa pluralidade de formas de tratamento de conflitos para esses *hiperconflitos*.

Desse modo, contemporaneamente, a garantia a uma inafastabilidade da tutela jurisdicional deve levar em conta essa influência que é causada pelo paradoxo da *Hipermodernidade*, outrossim, deve-se levar em conta a existência de um *hiperconflito*. Portanto, tal garantia não corresponde, tão somente, a garantia da tutela do Estado sobre um conflito a partir da via processual judicial. O processo judicial, na proposta de ser uma forma de tratamento de conflitos, mostra-se como uma dentre uma pluralidade de tantas outras que devam ser levadas em consideração para gerir essa hipercomplexidade que o Direito brasileiro vem sentindo.

Assim, na perspectiva de Fernandes (2016), a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional deve ser tratada como sinônimo de garantia de acesso às diversas formas existentes sobre tratamento de conflitos. É inviável pensar que, com as influências do paradoxo da *Hipermodernidade* sobre o Direito brasileiro, o inc. XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, além do próprio *caput*, do art. 3º, do Código de Processo Civil, apenas deva ser compreendido no sentido de zelar pelo acesso à justiça pela via da própria jurisdição.

Certo é, de qualquer forma, que quando a Constituição Federal consagra o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), tal previsão constitucional deve ser interpretada como garantia das partes à ordem jurídica justa, aos meios adequados de solução de controvérsias, não obrigatoriamente pela via da heterocomposição, e muito menos necessariamente pela via jurisdicional estatal. (FERNANDES, 2016, p. 11).

A garantia fundamental de acesso à justiça, nessa visão contemporânea, vai muito além da garantia pela via da jurisdição, zelando-se, portanto, *v.g.*, pelo tratamento do conflito pela via da arbitragem, pelo tratamento do conflito pela via da autocomposição, dentre tantas outras, entretanto, e ponto relevante a ser destacado, ressaltando-se em últimas circunstâncias, ou seja, na não ocorrência, *v.g.*, do tratamento de um conflito pela via da mediação ou da conciliação, a utilização do trata-

mento do conflito pela via jurisdicional, além de ser uma das possibilidades, mostra-se como salvaguarda constitucional, a qual sempre será um direito indisponível de qualquer litigante. (SOUZA; FERNANDES, 2016).

O problema central na gestão de conflitos brasileira contemporânea, na realidade, surge a partir do momento em que se afirma que uma forma de tratamento de determinado conflito seja mais adequada que outro. Exemplificando-se, seria o mesmo que dizer, *v.g.*, que a mediação e/ou a conciliação são mais “adequadas” para tratar os conflitos da sociedade do que a forma de tratamento apresentada pela via da jurisdição. No caso dessa parcela doutrinária, selecionam-se determinadas formas de tratamentos de conflito e denominam-nas como “meios adequados de solução de conflitos”, ou seja, desprezam-se totalmente a influência e a finalidade das demais, inclusive, nessa perspectiva, questiona-se: todas as formas de tratamento de conflitos que não sejam enquadradas como “meios adequados de solução de conflitos” seriam inadequadas e, por consequência, ineficientes?

Registro que não concordo com a parcela doutrinária que prefere renomear essas formas de solução dos conflitos de “meios adequados” de solução de conflitos, porque adequado é resolver o conflito, não se podendo afirmar *a priori* ser um meio mais adequado do que outro. Se esses são os meios adequados, o que seria a jurisdição? O meio inadequado de solucionar conflitos? Compreendo que atualmente não seja mais apropriado falar em meios alternativos, o que daria uma ideia de subsidiariedade a tais meios de solução de conflitos, mas certamente chamá-los de “meios adequados” está bem longe de um nome adequado. Por isso sempre preferi chama-los simplesmente de equivalentes jurisdicionais. (NEVES, 2016, p. 8).

A atividade de buscar-se eleger uma espécie de hierarquia com todas as formas de tratamentos de conflitos e posiciona-las de acordo com a sua “eficiência” é inapropriada, isso porque o principal problema para essa atitude consiste justamente na sua generalização para uma sociedade que é influenciada a partir das diretrizes do paradoxo da *Hipermodernidade*. Tem-se, a partir de Möller (2018c), que uma forma de tratamento de conflito será adequada quando adequada for ao caso

concreto, ou seja, de acordo com suas peculiaridades, observando-se as influências de subsistemas sociais sobre determinado conflito. Conflitos não são padronizados, e não poderiam ser frente à essa despadrãoização apresentada pela *Hipercomplexidade*.

Na proposta de contemplar uma forma para gerir esses *hiperconflitos*, apresenta-se a teoria do Tribunal Multiportas de Acesso à Justiça (*Multi-door Courthouse System*). Desenvolvido pelo falecido professor alemão da Escola de Negociação da Universidade de Harvard, Frank Sander, com tal teoria, propõe a utilização de uma instituição que direciona cada conflito para a forma mais adequada de trata-lo, viabilizando-se a economia de tempo e de dinheiro. Outrossim, trata-se de um modelo que propõe uma pluralidade de formas para tratamento dos conflitos a partir do seu correto molde ao conflito. (ALMEIDA; ALMEIDA; CRESPO, 2012).

Agora, gostaria de dar uma breve explicação sobre o conceito, seja qual for o nome dado. A ideia inicial é examinar as diferentes formas de resolução de conflitos: mediação, arbitragem, negociação e “med-arb” (combinação de mediação e arbitragem). Procurei observar cada um dos diferentes processos, para ver se poderíamos encontrar algum tipo de taxonomia para aplicar aos conflitos, e que portas seriam adequadas a quais conflitos. Venho trabalhando nessa questão desde 1976, porque na verdade o Tribunal Multiportas é uma simples ideia, cuja execução não é simples, porque decidir que casos devem ir para qual porta não é uma tarefa simples. É nisso que temos trabalhado. (ALMEIDA; ALMEIDA; CRESPO, 2012, p. 32)

A utilização do modelo proposto por Frank Sander, o Tribunal Multiportas de Acesso à Justiça, mostra-se como caminho para melhor trabalhar acerca dos reflexos causados pelo paradoxo da *Hipermodernidade*, condicionando uma gestão de conflitos sistêmica a esses *hiperconflitos*, e isso acaba por romper com a ideia de utilização exclusiva da jurisdição como única forma para tratar os conflitos, afinal, não poderia ser diferente por conta da despadrãoização dos conflitos da sociedade (novamente, reflexo do paradoxo levantado). A amplitude ocasionada por esse paradoxo pode ser enfrentada por uma ampla gestão de conflitos, outrossim, utilizar de formas de tratamento de conflitos como conciliação, mediação, arbi-

tragem, dentre tantas outras, mas, sabendo-se que a jurisdição assume o papel de salvaguarda da garantia fundamental de acesso à justiça.

Assim, propiciando-se a utilização dessas formas de tratamento conforme a peculiaridade de cada *hiperconflito*, a partir do modelo proposto por Sander, o Tribunal Multiportas de Acesso à Justiça, o que fica de reflexão para a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional é, se não, a necessária ampliação de sua interpretação, afinal – e como já destacou-se alhures neste texto –, há, aqui, uma nítida influência do paradoxo da *Hipermodernidade*, de modo que tal garantia não poderia corresponder, tão somente, a garantia da tutela do Estado por via do processual judicial, mas uma ampla tutela do Estado aos conflitos, afinal, o processo judicial se mostra como uma dentre essa ampla possibilidade de formas de tratamento desses *hiperconflitos* brasileiros.

## Conclusão

Com o fim desta brevíssima digressão, espera-se ter respondido aos objetivos de pesquisa, específico e geral, a fim de apontar uma conclusão ao problema de pesquisa proposto, aquilo que se faz, inclusive, neste momento.

Observou-se no primeiro momento deste estudo que a mentalidade da população brasileira foi esculpida, a partir de uma construção histórica sobre a cultura de gestão de conflitos, no sentido de enxergar no processo o único meio possível para a resolução dos seus conflitos, nascendo, portanto, uma forte tendência de terceirização dos litígios, ou seja, pautada na ideia de que delegar ao Poder Judiciário a atribuição da resolução dos conflitos entre as pessoas é algo natural, e é justamente esse enraizamento na cultura jurídica de forma a considerar a garantia ao acesso à justiça e a garantia à tutela jurisdicional, por via de um processo judicial, como sinônimos, que acabam por condicionar a uma falsa conclusão: postular pela garantia do indivíduo de ter acesso à justiça seria o mesmo que postular pela garantia do indivíduo de ter acesso ao processo.

Trata-se de uma mera vulgata institucionalizada, afinal, são questões distintas e que devem ser dissociadas, especialmente em tempos hipermodernos, agora, com os resultados do primeiro objetivo (específico), e partindo-se para o segundo momento deste trabalho, em que,

e como se viu logo nos primórdios do segundo momento deste estudo, há uma ampla despadroneização dos elementos da sociedade, afinal, não há erro, tudo é admitido como correto, os conflitos são os mais amplos possíveis, ou melhor, *hiperconflitos*, a tarefa de apontar o limite da sociedade hipermoderna é algo hercúleo.

Desse modo, a utilização do Tribunal Multiportas de Acesso à Justiça, mostra-se como caminho para melhor trabalhar acerca dos reflexos causados pelo paradoxo da *Hipermodernidade*, condicionando uma gestão de conflitos sistêmica a esses *hiperconflitos*, e isso acaba por romper com a ideia de utilização exclusiva da jurisdição como única forma para tratar os conflitos, afinal, não poderia ser diferente por conta da despadroneização dos conflitos da sociedade (novamente, reflexo do paradoxo levantado). A amplitude ocasionada por esse paradoxo pode ser enfrentada por uma ampla gestão de conflitos, outrossim, utilizar de formas de tratamento de conflitos como conciliação, mediação, arbitragem, dentre tantas outras, mas, sabendo-se que a jurisdição assume o papel de salvaguarda da garantia fundamental de acesso à justiça.

Por fim, observou-se que se se propiciando a utilização dessas formas de tratamento conforme a peculiaridade de cada *hiperconflito*, a partir do modelo proposto por Frank Sander, o Tribunal Multiportas de Acesso à Justiça, o que fica de reflexão para a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional é, se não, a necessária ampliação de sua interpretação, afinal – e como já destacou-se alhures neste texto –, há, aqui, uma nítida influência do paradoxo da *Hipermodernidade*, de modo que tal garantia não poderia corresponder, tão somente, a garantia da tutela do Estado por via do processual judicial, mas uma ampla tutela do Estado aos conflitos, afinal, o processo judicial se mostra como uma dentre essa ampla possibilidade de formas de tratamento desses *hiperconflitos* brasileiros.

## Referências

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012.

BERMAN, Paul Schiff. Global Legal Pluralism. **Southern California Law Review**, v. 80, p. 1155 – 1237, 2007.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1d-d137496c.pdf>>. Acesso em: 1. set. 2018.

CONJUR. Consultor Jurídico. **Brasil atinge a marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>. Acesso em: 1. set. 2018.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. Formas de solução dos litígios. In: SOUZA, André Pagani de; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; \_\_\_\_\_; DELLORE, Luiz. **Teoria Geral do Processo contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 7 – 19.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad.: Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

MÖLLER, Guilherme Christen. Métodos adequados de solução de conflitos: panaceia para a crise do Poder Judiciário?. Simpósio brasileiro de Processo Civil, 2017, Curitiba. **Anais do Simpósio brasileiro de Processo Civil**. Curitiba: ABDConst, 2018a. p. 254 – 279. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/anais-civil/Guilherme%20Christen%20Moller.pdf>>. Acesso em: 5. out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Pontos controversos sobre o Código de Processo Civil de 2015**. Curitiba: Prismas, 2018b.

\_\_\_\_\_. O art. 695 do Código de Processo Civil de 2015 e sua proposta subjetiva de “condicionamento” da jurisdição à conciliação/ mediação. Encontro Nacional do CONPEDI, XXVII, 2018, Salvador. **Anais do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI**. Salvador: CONPEDI, 2018c. p. 44 – 61. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/v5n81bbi/7x80Qz2ZfXMB08bX.pdf>>. Acesso em: 5. out. 2018.

- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado**: artigo por artigo. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **O direito achado na rua**. Brasília: Universidade de Brasília, 1988. p. 46-51.
- SOUZA, André Pagani de; FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. Institutos fundamentais do Direito Processual Civil. In: \_\_\_\_\_; CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; \_\_\_\_\_; DELLORE, Luiz. **Teoria Geral do Processo contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 115 – 117.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum.



# Cultura, constituição e processo: vive-se na fase metodológica do “neoprocessualismo”?

*Guilherme Christen Möller*

## Introdução

É anormal pensar que a ciência se trata de algo estagnado, pelo contrário, é normal pensar que dia após o outro o campo científico tem a tendência de estar num constante avanço. Sendo o Direito uma ciência, o mesmo, dia após o outro, encontra-se dentro desse movimento evolutivo.

Dentro desse Direito, encontra-se o protagonista deste estudo, o direito processual, o qual, ao passo que o Direito apresenta modificações evolutivas, o processo não ficaria à limiar, haja vista que avança juntamente com o Direito.

Se se buscar compreender esse movimento evolutivo do direito processual, inexoravelmente, haverá um momento em que se cairá no diálogo entre o trinômio *Tempo*, *Cultura* e *Processo*. Tratam-se de elementos distintos, entretanto, umbilicalmente ligados, afinal, um é dependente do outro para existir.

Logo nos primórdios deste estudo, observar-se-á que a *Cultura* (e seus respectivos valores) se dá através do *Tempo* – bem como do *Contexto Social* em que está inserido –, a qual indicará aquilo que se pensa por *Processo*. Outrossim, e aludindo-se ao que se estava destacando aci-

ma, é normal pensar que o direito processual de séculos passados não é mais o direito processual que se vê cotidianamente. Justamente por esse apontamento é que se pode conceber períodos metodológicos do direito processual, sendo, como exemplo, os seus três primeiros, *praxismo*, *processualismo* e *instrumentalismo*, respectivamente.

Assim, na temática de abordar acerca de uma suposta quarta fase metodológica para o Direito Processual Civil do Brasil, objetiva-se aqui explorar aquilo que se entende por *neoprocessualismo*, e, sendo o problema desta pesquisa, se o mesmo corresponderia ao período metodológico contemporâneo do processo civil brasileiro.

A fim de responder tal problema de pesquisa, cria-se um objetivo específico e um geral, respectivamente, observar o diálogo existente entre *Cultura*, *Tempo* e *Processo*, a fim de compreender os três primeiros períodos metodológicos do processo civil brasileiro, sendo esse, portanto, o primeiro capítulo, além de, agora no segundo capítulo, a partir dos resultados colhidos do objetivo específico, abordar o conceito e os pressupostos dessa suposta quarta fase do processo civil brasileiro, a fim de indicar se se vive num período *neoprocessual*.

Como hipótese, tem-se que é impossível pensar que se vive no *neoprocessualismo*, afinal, existem outras propostas de períodos metodológicos que provêm de outras Escolas processuais, como o *neoinstitucionalismo*, o *formalismo-valorativo*, e assim por diante. Deve-se levar em conta que uma proposta metodológica de uma suposta quase fase para o processo civil brasileiro deve levar em conta todas essas posições doutrinárias provenientes dessas Escolas processuais que estão espalhadas pela nação.

## 1. Tempo, cultura, processo e suas três primeiras respectivas fases metodológicas (ou culturais): do período do praxismo ao período do instrumentalismo

A discussão aqui proposta não mora simplesmente no fato de buscar demonstrar quais são e o que são cada uma das fases metodológicas (ou culturais) do direito processual, visto que o cerne problemático está muito antes dessa questão, notadamente buscar compreender o motivo pelo qual existem mais de uma fase metodológica do processo – e exista a possibilidade de haver outras tantas.

Se se traça a obtenção de uma resposta para tal discussão a partir da matriz teórica do Direito pragmático-sistêmica, parafraseando Rocha (2017, p. 123), tem-se que tais fases metodológicas do processo nada mais são do que um movimento autopoiético, outrossim, em que há a redefinição da perspectiva do sentido originário da linguagem-signo. Todavia, a questão aqui proposta será discutida a partir da matriz hermenêutica, o que possibilitará o estudo de cada um dos fenômenos que influem para a formação das respectivas fases metodológicas do processo.

O ponto de partida, assim, deve ser consignar que *Processo*, *Cultura* e *Tempo* são elementos distintos, todavia, umbilicalmente ligados, visto que atuam numa relação cíclica infinita, ou seja, um necessita do outro para coexistir.

Partindo-se de Gadamer (2005, p. 394 – 395), tem-se que a distância temporal, ou seja, o *Tempo*, permite uma expressão completa do verdadeiro sentido que há em algo, mas que esse verdadeiro sentido não resta esgotado quando se chega ao final, afinal, há um processo infinito. “Não se eliminam apenas novas fontes de erro, de modo a filtrar todas as distorções do verdadeiro sentido. [...] A distância temporal que possibilita essa filtragem não tem uma dimensão fechada e concluída, mas está ela mesma em constante movimento e expansão”.

Assim, o *Tempo* mostra-se como responsável por influir acerca da noção que se tem por *Cultura*, sendo tão verdade que no decorrer da história essa noção teve distintos significados e matrizes, como, por exemplo, nos muitos séculos em que foi um conceito inseparável da religião e do conhecimento teológico, ou, ainda, na perspectiva da influência de um *Contexto Social*, na região da Grécia, teve como marca a Filosofia, em Roma, o Direito, ou, por fim, em períodos mais recentes, como no Iluminismo, as descobertas no campo da ciência que rouparam a noção de cultura. (VARGAS LLOSA, 2013, p. 12).

Concebendo-se a *Cultura*, tem-se, por automático, o que se entende por *Direito*, afinal, na proposta de Falzea (1999, p. 2), “*che ll diritto è un fenomeno culturale; che la cultura è configurabile come un sistema internamente articolato in sottosistema; che ll diritto à uno dei sottosistemi Del sistema culturale*”. Outrossim, na proposta da cadeia cíclica que vem, aqui, sendo construída, a *Cultura* seria caracterizada como sendo um

sistema, do qual o *Direito* seria um de seus subsistemas, de modo que a modificação num ou noutro permite uma influência recíproca.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2007, p. 128) especifica a questão acima proposta, trazendo-se a discussão para o campo do *Processo*, de modo a enfatizar que ele não se encontra *in res natura*, ou seja, vez que é produto do homem, o *Processo* é um produto da *Cultura* – a qual é concebida a partir de *Valores* que derivam de certo *Tempo* e *Contexto Social*. Inclusive, esse é o elemento apresentando por Baptista da Silva (2006, p. 1 – 2) como norte para superar o dogmatismo, recuperando-se a dimensão hermenêutica do *Direito*.

A partir dessa breve exposição, é possível propor que a *Cultura* resulta a partir do diálogo entre *Tempo* e *Contexto Social*, o que delimitará a compreensão de *Processo* – e de *Direito* –, que será, ciclicamente, aplicado naquela *Cultura*. A *Cultura* é qualificada para apresentar modificação no campo do *Direito* e do *Processo*, na mesma proporção em que a recíproca é verdadeira. Não se encontra o ponto de partida num elemento específico, tampouco, encontra-se o ponto fim noutro. Justamente por isso, *Processo*, *Cultura* e *Tempo* estão numa relação cíclica, umbilical e infinita. (JOBIM, 2018, p. 77).

Essas constatações auxiliam na compreensão das três primeiras fases metodológicas (ou culturais) do processo, mormente o fato de que, e retomando-se em Gadamer (2005, p. 395), o *Tempo* não se trata de um elemento fechado e concluído, está num movimento de expansão infinito. Assim, o *Tempo* – a partir da observação de seus *Valores* – permite compreender cada um – e quais são os elementos – dos estágios culturais do *Processo*.

A primeira metodologia que se tem no *Processo* é o *praxismo* – aliás, a nomenclatura varia conforme as ponderações de cada autor, podendo-se denominar tal momento como sincretismo, imanentismo, direito judiciário civil, ou, por fim, procedimentalista –, fase que se caracteriza pela ausência de diferenciação do direito material e do direito processual, em que, inclusive, tem-se o direito processual como um subproduto do direito material. Nessa linha, Mitidiero (2009, p. 30) sustenta que se trata do período pré-histórico do processo, “tempo em que se aludia ao processo como ‘*procedura*’ e não ainda como ‘*diritto processual civile*’”, não se vislumbrando o processo como um ramo autônomo do direito, afinal, con-

cebia-o como uma espécie de apêndice do direito material, por tanto, um direito adjetivo, vez que existente apenas se ligado ao direito subjetivo.

Não há, contudo, como precisar o início dessa etapa metodológica do processo, afinal, considerando-se que o direito processual era um apêndice do direito material, sempre que conseguido tutelar um direito, ali havia a ação processual – questão, inclusive, que está ligada com o que se tem pela primeira definição de “ação” na história do processo. Em contraponto, há como precisar que esse período metodológico do processo perdeu até o momento em que se passou a aplicar uma autonomia ao direito processual em relação ao direito material, evitando-se, assim, confusões como àquela contida na redação do art. 75 do CC/1916 – no caso, que todo o direito corresponde à uma ação que o assegura. Inexoravelmente, no diálogo entre *Tempo, Cultura e Processo*, contemplou-se um novo estágio metodológico para o direito processual, o período denominado por *processualista* (ou *processualismo*, *cientifismo*, *conceitualista*, ou, ainda, *autonomista*), período em que, para Gaio Júnior (2008, p. 7), o processo “ascende à categoria de ciência autônoma, repudiando o epíteto de ‘adjetivo’ que acentuava sua posição de mero complemento do Direito Civil”.

Com o rompimento dos conceitos relativos ao período do *praxismo*, bem como, com a influência de outros paradoxos, dá-se, como destacado acima, início ao período do *processualismo*. Mitidiero (2009, p. 32 – 33) destaca que o berço dessa fase está na Alemanha, notadamente em Oskar Bülow, com o desenvolvimento de sua obra denominada por “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”, em que se contempla a sistematização dos referidos pressupostos. É nesse momento em que conceitos e institutos processuais começam a ganhar roupagem, aliás, o cerne desta etapa metodológica do processo é, justamente, buscar “a independência do direito processual do direito material pelo fortalecimento de seus conceitos e instituições, ganhando, assim, sua própria autonomia científica”. (JOBIM, 2018, p. 148).

A busca por empregar um alto grau de autonomia para o processo em relação ao direito material foi uma faca de dois gumes. Ao passo que se teve um considerável avanço no processo, ou seja, que o mesmo começou a ser visto, parafraseando-se Mitidiero (2009, p. 30), como um “*diritto processual civile*”, confundiu-se essa autonomia com a neu-

tralidade, como explicam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 37), porquanto, na atitude de buscar isolar o direito processual do material, esqueceu-se da necessária interdependência existente entre ambos, afinal, e como destaca Carnelutti (1960, p. 64), “*tra diritto e processo esiste un rapporto logico circolare: il processo serve al diritto, ma affinché serva al diritto, deve essere servito dal diritto*”. Não se pode deixar a circularidade existente entre ambos esses planos à limiar, afinal, não há como pensar num processo que seja alheio às diversas situações do direito material e vice-versa. Além disso, a baixa preocupação com os benefícios existentes na função do processo para com os jurisdicionados – e até mesmo para com a própria sociedade – abriu margem para que o processo começasse a ser observado como se fosse uma mera *técnica*.

A observação do processo como uma mera *técnica* fez com que, como destaca Dinamarco (2008, p. 33), após o desenvolvimento de conceitos e sua doutrinação, houvesse um embargo na sua leitura. Foi tão somente em Enrico Tullio Liebman, quando da sua passagem pelo Brasil e apresentação dos seus estudos que vinha realizando pela Europa, que se desestagna o estudo do processo e começa-se a caminhar em direção ao terceiro período do processo, o período instrumental do processo.

O instrumentalismo, tendo como um de seus principais precursores o professor paulista Cândido Rangel Dinamarco, representa a terceira fase metodológica que, no Brasil, é sistematizada pela Escola Paulista. Aqui o cerne da preocupação do processo não está mais nos seus pressupostos internos, mas, como explica Dinamarco (2008, p. 366), em se portar como sendo um sistema voltado a questões sociais, políticas e jurídicas, cada qual com fins específicos, como, nas palavras de Jobim (2008, p. 151), “(i) a paz social e a educação do povo naquele que chama de social, (ii) a afirmação da autoridade do Estado naquele que chama de político e, finalmente, (iii) na busca da vontade concreta do direito naquilo de [SIC] domina de escopo jurídico [...]”. A proposta do instrumentalismo foi – e ainda é – tão difundida que se serviu como uma das principais bases para a formulação do CPC/1973.

São essas, em linhas gerais, as três primeiras etapas metodológicas do direito processual, o *praxismo*, o *processualismo* e o *instrumentalismo*, respectivamente, as quais representam importantes bases para que se

busque cada vez mais o aperfeiçoamento do direito processual. Há de ser destacado que se buscou apresentar um panorama geral – e na concisão necessária para fins metodológicos esperados para este estudo –, todavia, tal postura não afasta a necessidade de destacar que há das mais diversas posições doutrinárias acerca de cada um desses períodos, seja para oferecer uma crítica negativa ou positiva. Aliás, nessa linha é que, oportunamente, destaca que não há um consenso acerca do término do período *instrumental* do processo, por isso a escolha em não delimitar um fechamento ou um maior aprofundamento em tal período para este estudo.

Por fim, deve-se destacar e frisar que, retomando-se em Gadamer (2005, p. 395), o *Tempo* não se trata de um elemento fechado e concluído, trata-se de algo contínuo e ininterrupto, outrossim, o que se objetiva destacar é que o processo está sujeito, a partir do diálogo entre o trinômio *Cultura, Tempo e Processo*, a ter uma nova fase metodológica. Nada impede que se tenha um quarto, quinto, sexto, sétimo (e assim sucessivamente) período metodológico do processo. Aliás, é justamente essa constatação o objetivo deste estudo, resgatando-se seus respectivos pressupostos notadamente investigar se estamos diante de uma quase fase processual, no caso, o *neoprocessualismo*.

## 2. Uma (possível) quarta fase do processo: o neoprocessualismo

Seguindo-se a proposta do que vem sendo construído neste estudo, eclode, no Brasil, um movimento denominado por “neoconstitucionalismo”, um “novo modelo constitucional”, o qual, a partir de Barroso (2006), é fruto de mudanças paradigmáticas doutrinárias e jurisprudenciais, tendo, a Constituição Federal, o papel central da hermenêutica jurídica. Mesmo que se guarde divergência doutrinária acerca de tal fenômeno, especialmente por Streck (2017), o qual aduz que tal fenômeno incita para uma jurisprudência de valores e um alto grau de ativismo judicial, sua compreensão mostra-se de suma importância pelo fato de que é o principal embasamento que se tem para essa suposta quarta fase do processo, *in casu*, o *neoprocessualismo*. Aliás, isso é o que se tira de Fredie Didier Júnior (2015, p. 44 – 45) quando apresenta que esse *neoprocessua-*

*lismo* seria “o estudo e a aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico”, e continua ao afirmar que “o termo neoprocessualismo tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao neoconstitucionalismo, que, não obstante a sua polissemia, traz a reboque todas as premissas metodológicas apontadas, além de toda produção doutrinária a respeito do tema”. Cumpre um esclarecimento inicial. Não se objetiva aqui oferecer críticas (positivas ou não) a esse “novo modelo constitucional”, mas sim compreendê-lo da melhor forma a fim de que se compreenda, subsequentemente, o que viria a ser essa suposta quase fase processual.

Fruto da Europa continental (do pós-guerra), a compreensão desse fenômeno, a que se atribui o nome de *neoconstitucionalismo*, decorre do diálogo de três primas – os quais são os seus aspectos –, notadamente, o (i) histórico, o (ii) filosófico e o (iii) teórico.

O aspecto histórico desse novo constitucionalismo, decorre de movimentos socialistas que buscavam combater movimentos absolutistas existentes, o que se deu tanto na Europa continental, quanto aqui no Brasil. Na Europa, dá-se essa “nova” roupagem ao direito constitucional no pós-guerra, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, enquanto no Brasil, dá-se com o fim da Ditadura Militar em 1985, e nesse último caso, tal movimento acaba por ganhar força após a promulgação da Constituição Federal de 1988. (BARROSO, 2006).

No Brasil, precisamente, com o fim da Ditadura Militar, eclode um sentimento de busca por democracia, o que culmina num movimento que buscará a remodelação das legislações brasileiras, inclusive, viu-se a necessidade de elaborar uma nova Constituição que visasse atender aos fins democráticos que eram, naquele momento, esperados, o que se concretiza com a promulgação da Constituição Federal de 1988, documento que, parafraseando-se Barroso (2006), promoveu a transição, de forma bem-sucedida, de um Estado autoritário para um Estado democrático de Direito.

No campo filosófico, por sua vez, esse “novo modelo constitucional” tem como principal característica a discussão acerca da “utilidade prática” do jusnaturalismo e do positivismo. Há, por um lado, o jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, construído em princípios de justiça universalmente válidos, os quais objetivam a apro-

ximação da lei a razão, e, por outro lado, o positivismo, o qual equiparou o Direito à lei e o afastou da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça. Todavia, ao final do século XIX, o jusnaturalismo, considerado metafísico e anticientífico, foi afastado para a margem histórica, o que deu ensejo a ascensão desse positivismo jurídico, porém, esse tendo entrado em decadência quando da derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, de modo que, voltando-se ao fenômeno a partir da Europa Continental, após a Segunda Guerra Mundial, a ética e os valores começaram a retornar ao Direito. Ambos acontecimentos, no caso, a superação do jusnaturalismo e o fracasso do positivismo, possibilitaram a abertura de um caminho para um conjunto amplo de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação, é aqui o momento que nasce o pós-positivismo, qual seja a principal marca do aspecto filosófico desse novo modelo constitucional. (FERNANDES; BORGES, 2010).

Talvez seja aqui a principal crítica para aqueles que discordam desse *neoconstitucionalismo*, posto que, a partir da proposta de Barroso (2006), é possível compreender que esse novo modelo é marcado pela sublimação de modelos puros, por um conjunto difuso e abrangente de ideias, almejando ir além da legalidade estrita, sem, todavia, desprezando o direito posto, mas com o fim de empreender uma visão moral do direito, sem recorrer a categorias metafísicas.

Por fim, o aspecto teórico do neoconstitucionalismo conta com uma subdivisão contemplada em três vertentes, as quais são as responsáveis por subverterem o conhecimento convencional relativo à aplicação do Direito Constitucional: (i) o reconhecimento de força normativa da Constituição, (ii) a expansão da jurisdição constitucional, e (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2006).

De as diversas mudanças de paradigma ocorridas durante o século XX, destaca-se a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica, outrossim, busca-se superar o modelo que vigorou na Europa até a metade do século XX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político. Tem-se, ainda, que a aproximação entre constitucionalismo e democracia, força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional são as marcas do rito de passagem para do constitucionalismo clássico para o modelo atual de

constitucionalismo, sendo eles – em especial a força normativa da Constituição – que ensejaram para o acontecimento de outro fenômeno, a constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2006).

Nessa proposta de constitucionalizar o direito, tem-se, como propõe Didier Júnior (2015), uma ideia obstatante à mera proposta da recepção de normas infraconstitucionais pela Constituição Federal, afinal, deve ser associada, na proposta de Barroso (2006), a um efeito expansivo das próprias normas constitucionais, na proporção em que seu conteúdo material e axiológico é irradiado de forma constante por todo o sistema jurídico. Outrossim, na proporção em que princípios e regras específicas de uma disciplina jurídica ascende ao documento constitucional, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante – é aqui a principal alegação daqueles que, como Didier Júnior (2015), defendem essa fase *neoprocessual*, afinal, exemplificando-se a afirmação acima na seara do processo, a partir do momento em que uma determinada norma processual ascendeu ao texto constitucional, essa norma processual passou a ser considerada como se norma constitucional fosse. (BARROSO, 2006).

Portanto, para a Escola processual *neoprocessualista*, são ambos esses fenômenos, o neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito Processual Civil, as principais bases que sustentariam essa nova etapa metodológica do direito processual, outrossim, o que se entende por *neoprocessualismo* é, senão, nas palavras de Jobim (2018, p. 157) “um processo civil voltado para o processo descrito na Constituição Federal de 1988, com a revisão de suas categorias processuais”. Nesse sentido, tem-se a proposta do primeiro artigo do CPC/2015 quando se trabalha com a ideia de um processo civil que seja ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas da Constituição Federal.

O problema que se encontra neste momento, ou seja, após a compreensão do que seria a proposta dessa Escola processual como uma quarta fase metodológica para o processo civil brasileiro, entretanto, mostra-se na proporção em que ao afirmar que tal corrente, proveniente da Escola processual da região Norte e Nordeste do Brasil – e desenvolvido em certo grau na Escola Catarinense de processo –, estar-se-ia em constatar que a partir de tal atitude, nega-se a existência das fases

propostas por outras Escolas processuais do Brasil, como, por exemplo, a Escola gaúcha, a qual defende que existe uma quarta fase metodológica do processo civil brasileiro, todavia, seria ela o *formalismo-valorativo*, cujo principal defensor é o falecido professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ou ainda, a Escola mineira, que defende, de igual modo às Escolas do Rio Grande do Sul e do Norte e Nordeste, a existência de uma quarta fase do processo civil brasileiro, entretanto, seria ela o *neoinstitucionalismo*, assim, ainda, estaria negando as alegações de Cândido Rangel Dinamarco, quando afirma que não estamos numa quarta fase, mas ainda vive-se o período instrumental do processo e, conseqüentemente, estar-se-ia numa terceira fase do processo. Isso sem levar em conta tantas outras correntes doutrinárias que são minoritárias, inclusive, daquelas que defendem a superação da quarta fase do processo civil brasileiro, vez que se estaria vivendo o quinto período metodológico do processo, *in casus*, o direito processual pragmático, conforme tese doutoral defendida por Vicente de Paula Ataíde Junior, sob a orientação de Sérgio Cruz Arenhart, na Universidade Federal do Paraná. A recíproca é verdadeira, afinal, ao passo que se afirma, v.g., ter uma fase metodológica do *formalismo-valorativo*, estaria sendo negada todas as demais correntes doutrinárias – minoritárias ou não.

O impasse exposto acima ocorreria de forma inevitável ao trabalhar este artigo sob o prisma de qualquer outra fase metodológica do processo civil brasileiro. Não há como aderir ao que apenas uma Escola processual vem a afirmar e conseqüentemente, ter por certo que se vive naquela específica fase processual, afinal, negar-se-iam as demais. O que aparece disso é que não há uma proposta metodológica errada, todas mostram-se como corretas, afinal, quando se trabalha acerca do trinômio *Cultura, Tempo e Processo*, viu-se que há um fator intrinsecamente ligado ao *Tempo* e que irá apresentar o que significa *Cultura* – e conseqüentemente delimitará o que se entende por *Processo* –, que é o *Contexto Social*. Uma constatação importante é a dimensão geográfica do Brasil, uma das maiores do globo, o que permite existir uma pluralidade de *Contextos Sociais*. Nessa perspectiva, é inevitável que se tenha uma pluralidade de correntes metodológicas do processo, aliás, é justamente isso o impasse aqui destacado.

Assim, o que se mostra é que contemporaneamente, é impossível pensar que se vive no *neoprocessualismo*, da mesma forma como seria impossível pensar que se vive no *neoinstitucionalismo*, ou no *formalismo-valorativo*, e assim por diante. A proposta metodológica de uma suposta quase fase para o processo civil brasileiro deve levar em conta todas essas posições doutrinárias provenientes dessas Escolas processuais que estão espalhadas pela nação. Mostra-se como algo superior a elas, como se fosse um estágio de pensar o processo civil brasileiro de forma democrática, respeitando-se posições diversas, afinal, cada qual provém de uma região específica, a qual contém os seus respectivos valores. O que se mostra importante destacar é que essa suposta quarta fase do processo civil brasileiro deva possuir uma matriz tão forte quanto as outras três que a antecederam, afinal, caso contrário, apenas se teria um “neomodismo”, ou seja, cada vez mais Escolas processuais desenvolvendo posições teóricas de metodologias que entendem ser a sua a correta, não se atentando ao fato de que para ter uma nova fase metodológica, é necessário que haja um forte pilar que a sustente. Além disso, e por fim, na proposta de respeitar-se a democracia doutrinária das diversas Escolas do processo, deve-se cuidar para não cair numa “fragmentação processual”, ou seja, em que há o rompimento de um processo civil brasileiro e o surgimento de um processo civil regionalizado, o que, inclusive, remete ao período em que haviam Códigos Processuais Civis para cada Estado do Brasil, ou seja, na perspectiva histórica processual brasileira, antes do CPC/1939. Tratar-se-ia de um retrocesso.

## Conclusão

Com o fim desta breve digressão, espera-se ter respondido aos objetivos de pesquisa, específico e geral, a fim de apontar uma conclusão ao problema de pesquisa proposto, aquilo que se faz, inclusive, neste momento.

O problema que surge ao afirmar que a corrente *neoprocessualista*, proveniente da Escola processual da região Norte e Nordeste do Brasil, seria a atual fase metodológica do processo, estar-se-ia negando a existência das fases propostas por outras Escolas processuais do Brasil, como a Escola gaúcha, o *formalismo-valorativo*, a Escola mineira, o

*neoinstitucionalismo*, as alegações de Cândido Rangel Dinamarco, que, em verdade, não estamos numa quarta fase, mas ainda vive-se o período instrumental do processo e, conseqüentemente, estar-se-ia numa terceira fase do processo, isso sem contar outras tantas correntes doutrinárias, inclusive, aquelas que defendem a superação da quarta fase do processo civil brasileiro, e a existência de um quinto período metodológico do processo, o direito processual pragmático, o período do *pragmatismo*. Assim poderia ocorrer reciprocamente, afinal, ao passo que se afirma, v.g., ter uma fase metodológica do *formalismo-valorativo*, estaria sendo negada todas as demais correntes doutrinárias – minoritárias ou não.

Viu-se, portanto, que não há como aderir ao posicionamento de apenas uma Escola processual e conseqüentemente, ter por certo que se vive naquela específica fase processual, afinal, negar-se-iam as demais. O que aparece disso é que não há uma proposta metodológica errada, todas mostram-se como corretas, afinal, quando se trabalha acerca do trinômio *Cultura, Tempo e Processo*, viu-se que há um fator intrinsecamente ligado ao *Tempo* e que irá apresentar o que significa *Cultura* – e conseqüentemente delimitará o que se entende por *Processo* –, que é o *Contexto Social*, e uma constatação importante que deve ser feita é acerca da dimensão geográfica do Brasil, uma das maiores do globo, o que permite existir uma pluralidade de *Contextos Sociais*. Outrossim, é inevitável que se tenha uma pluralidade de correntes metodológicas do processo.

Desse modo, o que se mostra é que contemporaneamente, é impossível pensar que se vive no *neoprocessualismo*, da mesma forma como seria impossível pensar que se vive no *neoinstitucionalismo*, ou no *formalismo-valorativo*, e assim por diante. A proposta metodológica de uma suposta quase fase para o processo civil brasileiro deve levar em conta todas essas posições doutrinárias provenientes dessas Escolas processuais que estão espalhadas pela nação. Mostra-se como algo superior a elas, como se fosse um estágio de pensar o processo civil brasileiro de forma democrática, respeitando-se posições diversas, afinal, cada qual provém de uma região específica, a qual contém os seus respectivos valores. O que se mostra importante frisar é que essa suposta quarta fase do processo civil brasileiro deva possuir uma matriz tão forte quanto as outras três que a antecederam, afinal, caso contrário, apenas se teria um

“neomodismo”, ou seja, cada vez mais Escolas processuais desenvolvendo posições teóricas de metodologias que entendem ser a sua a correta, não se atentando ao fato de que para ter uma nova fase metodológica, é necessário que haja um forte pilar que a sustente. Além disso, e por fim, na proposta de respeitar-se a democracia doutrinária das diversas Escolas do processo, deve-se cuidar para não cair numa “fragmentação processual”, ou seja, em que há o rompimento de um processo civil brasileiro e o surgimento de um processo civil regionalizado.

## Referências

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 125 – 150.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio de Araújo. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walcott. Neoconstitucionalismo: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 2, p. 288-305, maio-ago de 2010.
- CARNELUTTI, Francesco. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. **Rivista di Diritto Processuale**, 1960, ano 35, n. 4.
- FALZEA, Angelo. Sistema culturale e sistema giuridico. In: \_\_\_\_\_. **Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica**. Milano: Giuffrè, 1999.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2015.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 7. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universidade São Francisco, 2005. v. 1: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Direito Processual Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. v. 1: teoria geral do processo.
- JOBIM, Marco Félix. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. 4. ed. rev. atual. de acordo com o Novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- ROCHA, Leonel Severo. Direito e autopoiese. In: STRECK, Lenio Luiz; \_\_\_\_\_; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. n. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 123 – 136.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.
- VARGAS LLOSA, Mario. Breve discurso sobre a cultura. In: MACHADO, Cassiano Elek (Org.). **Pensar a cultura**. Porto Alegre: Arquipélogo, 2013. p. 11 – 31.



# Para além do acesso à justiça: o acesso ao direito por meio do princípio da cooperação nos Juizados Especiais Cíveis

*Henrique Sabino de Oliveira*

## Introdução

Por muitos anos, a participação do juiz nas decisões se limitou à reprodução das regras previamente estabelecidas. Olhar para a concepção tradicional da hermenêutica permite visualizar o juiz como a “boca da lei”, compreendendo o Direito como uma ciência exata e essa postura se dava em nome da segurança jurídica. Ao juiz cabia a aplicação pura e simples da lei, e “sua função seria a de mero tradutor do texto jurídico, afastando qualquer tipo de subjetividade ou papel proativo na realização do direito” (ASENSI, 2011).

Todavia, o passar do tempo demonstrou a necessidade de um profissional mais participativo nas relações processuais, ainda que o mesmo seja limitado por diversas questões, inclusive éticas. Tornou-se essencial uma figura que interpreta as normas, capta o sentido dos preceitos que nela estão expressos e busca a melhor solução para o caso concreto.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) trouxe de forma expressa o princípio da cooperação e este tem se aplicado de modo

totalmente inovador aos magistrados, uma vez que também é um dever deles cooperar para que se alcance o melhor resultado ao final de um litígio. Um único princípio composto por quatro deveres (dever de consulta, de prevenção, de esclarecimento e de auxílio), tem o potencial para ser uma ferramenta de grande valia nas decisões, importando saber qual seria seu espaço de incidência.

Seria o princípio da cooperação suficiente para viabilizar o acesso à justiça sob a ótica substancial? Sabe-se que os Juizados Especiais Cíveis atendem o acesso à justiça sob a ótica formal, uma vez que permite aos indivíduos a acessibilidade a um provimento judicial, considerando o setor de atermção do órgão em questão.

Contudo, resta saber se a acessibilidade material à justiça é garantida pelos atores envolvidos no trâmite processual, considerando o princípio da cooperação. Ademais, seria o acesso ao direito de fato viabilizado junto ao Juizado Especial Cível?

Essas questões nortearão o presente estudo com o intuito de formar um posicionamento crítico e reflexivo acerca dos Juizados Especiais Cíveis e dos atores envolvidos na prestação jurisdicional.

Em um primeiro momento, serão traçados o marco teórico e a metodologia adotados neste trabalho. A seguir, será realizada uma abordagem relativa ao princípio da simplicidade, de modo a analisá-lo como uma forma de resolução dos conflitos. Em seguida, traz-se características do *jus postulandi*, compreendido como a possibilidade de a própria parte litigar no processo sem a obrigatoriedade de estar assistida por advogado ou defensor público, bem como do trâmite processual inerente ao microsistema processual dos Juizados Especiais Cíveis. Então, discorre-se acerca do papel dos estagiários no órgão mencionado. Ainda antes das considerações finais relativas ao artigo desenvolvido, será abordado o princípio da cooperação no que se refere ao contexto trabalhado.

## 1. Marco teórico e estratégia metodológica

Os estudos desenvolvidos por Madalena Duarte em *Acesso ao direito e à justiça: Condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal* serão utilizados como o marco teórico que nortearão o

desenvolvimento do presente trabalho, cuja estratégia metodológica consistirá em refletir de maneira crítica o paralelo existente entre a obra acima mencionada, a realidade fática dos Juizados Especiais Cíveis e o princípio da cooperação.

Madalena Duarte explica o acesso ao direito e à justiça, pois, embora pareçam conceitos tautológicos, possuem significados e consequências distintas. Para a autora, apesar de tais institutos estarem correlacionados, o primeiro é mais amplo que o segundo, além de servir como alicerce a ele:

A expressão “acesso ao direito e à justiça” não é uma expressão redundante. Falar de acesso ao direito não é uma qualquer tradução do acesso à justiça. O primeiro é, sem dúvida, mais amplo, já que engloba também o direito à informação, à consulta jurídica e ao patrocínio judiciário. Do acesso ao direito depende, em grande medida, o acesso à justiça, isto é, o recurso a um tribunal com a finalidade de obter dele uma decisão jurídica sobre uma questão juridicamente relevante. De fato, “como o acesso ao direito constitui um estágio pré-judiciário (ou para-judiciário) somente a sua realização e eficácia garantirão uma via judiciária ou um direito à justiça em pleno pé de igualdade” (Alegre, 1989) (DUARTE, 2007).

Importa esclarecer que o acesso à justiça é um direito essencial pelo fato de ser um instrumento que viabiliza a concretização de uma série de direitos que não se encontram reconhecidos ou protegidos de forma eficaz.

O acesso ao direito e à justiça refere-se, nas palavras de Cappelletti (1978), a dois objetivos essenciais do sistema jurídico e judiciário. Um primeiro é o de que este deve ser acessível a todos os cidadãos, independentemente de sua classe social, sexo, raça, etnia, religião e orientação sexual. A ninguém pode/deve ser negado o pedido de justiça. Um segundo objetivo é o de que permita chegar a resultados individual e socialmente justos. (DUARTE, 2007).

No que tange ao princípio da cooperação, destaca-se que ele aborda a colaboração por parte de todos os sujeitos do processo. A cooperação (ou colaboração) deveria ser algo inerente ao processo, mas consiste em uma novidade no CPC/2015. A redação do seu artigo 6º diz que todos os

sujeitos processuais (autor, réu, terceiro interveniente, juiz, membro do Ministério Público, Defensor Público e até mesmo os estagiários) devem cooperar e colaborar entre si para que o processo tramite em uma duração razoável e que seja obtida uma solução de mérito justa e efetiva.

Sendo assim, a meta do princípio da cooperação consiste em transformar o processo em uma comunidade de trabalho na qual vigore a lealdade e o equilíbrio processual. Nesse contexto, o setor de atermiação do Juizado Especial Cível, composto por estagiários dos mais diversos períodos da faculdade de Direito, deve viabilizar o concreto acesso ao direito e à justiça às partes que deles necessitam.

O ato de cooperar é uma novidade trazida pelo CPC/2015 ao ordenamento jurídico brasileiro. A partir do momento em que deve existir uma cooperação entre todos os envolvidos na relação processual, maior é a possibilidade de viabilizar a garantia do acesso ao direito e à justiça.

## 2. A simplificação como objeto para solução de determinadas causas

Inicialmente, é válido verificar que a tempestividade da tutela jurisdicional possui variações devido à complexidade da causa, do comportamento dos litigantes e da atuação do aparato judiciário. Muitas vezes, o procedimento comum revela-se um instrumento inadequado para a tutela de determinados interesses em decorrência de seu formalismo, custo e demora.

Madalena Duarte destaca alguns obstáculos para que seja realizado um verdadeiro acesso à justiça:

[...] bloqueios como a morosidade processual, a burocratização dos procedimentos e a litigância de massa. De fato, a lentidão e a difícil tramitação judicial levam a que direitos acabem, muitas vezes, limitados na sua essência. A morosidade assume-se como um forte obstáculo ao acesso à justiça, uma vez que esse acesso implica, também que a decisão seja proferida dentro de um prazo razoável. (DUARTE, 2007)

Esses fatores comprometem a utilidade da tutela jurisdicional, sobretudo no tocante às causas menos complexas e de menor valor econô-

mico. Mostrou-se necessária, pois, a instauração de uma nova instância apta a dirimir conflitos menos complexos, um tipo de procedimento diferenciado, criado para uma melhor adaptabilidade do processo ao litígio em discussão e pautado na conciliação, gratuidade, simplificação processual e procedimental e agilidade no trâmite dos feitos.

Sem algum tipo especial de procedimento para causas menos complexas, os direitos através delas discutidos permaneceriam simbólicos, sobretudo para aquelas pessoas consideradas economicamente mais frágeis. A preocupação em tornar esses direitos efetivos levou à criação de procedimentos especiais para solucionar tais injustiças aparentemente pequenas, mas de grande importância social.

Em breve digressão histórica, é possível constatar-se que o procedimento sumaríssimo, hoje concretizado através da instituição dos Juizados Especiais, tem previsão constitucional no ordenamento jurídico brasileiro desde 1969, ainda que de forma incipiente. A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que atribuiu nova redação ao parágrafo único do artigo 112 da Constituição Federal de 1967, previa que “para as causas ou litígios, que a lei definirá, poderão ser instituídos processo e julgamento de rito sumaríssimo, observados os critérios de descentralização, de economia e de comodidade das partes”.

Também o texto original da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973 consagra que o que caracteriza o procedimento sumaríssimo é a simplificação de atos, de modo que as demandas sejam processadas e decididas em curto espaço de tempo e com o mínimo de despesas. Vejamos:

A virtude do procedimento sumaríssimo está em que ele se desenvolve *simpliciter et de plano ac sine strepitu*. O que o caracteriza é a simplificação de atos, de modo que as demandas sejam processadas e decididas em curto espaço de tempo e com o mínimo de despesas. A Constituição vigente estabelece que “para as causas ou litígios, que a lei definirá, poderão ser instituídos processos e julgamento de rito sumaríssimo, observados os critérios de descentralização, de economia e de comodidade das partes” (art. 112, parágrafo único).

Em 1984, com o advento da Lei n. 7.244, foram instituídos os Juizados Especiais de Pequenas Causas, pautados pela democratização do acesso à justiça por meio da implantação de órgãos especializados na solução de conflitos mais simples e de menor monta, que, até então, tinham como óbices os custos e a lentidão na tramitação. Antes, os Juizados de Pequenas Causas não eram propriamente órgãos jurisdicionais, possuindo poder de atuação limitado à condução de conciliações entre as partes e à realização de arbitramentos, caso os litigantes assim concordassem, e eram mantidos por associações de juízes. A prática informal foi legalizada com o advento da Lei n. 7.244/84 que, por sua vez, foi revogada com a entrada em vigor da Lei n. 9.099/95.

Diante da Constituição Federal de 1988, o legislador originário, ao traçar as regras de organização do Poder Judiciário, determinou em seu artigo 98, inciso I, que a União e os Estados deveriam criar Juizados Especiais, providos de juízes togados, ou togados e leigos, com competência para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade. Tal dispositivo constitucional veio a ser regulado posteriormente pela Lei Federal n. 9.099 de 1995, que disciplina a normatividade dos Juizados Especiais Estaduais.

Conforme Humberto Theodoro Júnior (2010):

A justificativa para o estabelecimento de uma Justiça Especial para as causas de pequeno valor e de menor complexidade foi a de que os custos e as dificuldades técnicas do processamento perante a Justiça Comum provocavam o afastamento de numerosos litígios do acesso à tutela jurisdicional, gerando uma litigiosidade contida não compatível com a garantia de tutela ampla e irrestrita assegurada pela Constituição. Daí a necessidade de criar órgãos e procedimentos desburocratizados e orientados por princípios de singeleza e economia, para que nenhum titular de direitos e interesses legítimos continuasse à margem da garantia fundamental de acesso à Justiça.

### 3. O *jus postulandi* e a marcha processual

Com os Juizados Especiais, buscou-se a realização de uma justiça menos burocratizada e mais próxima do cidadão, destinada à resolução

de conflitos de menor complexidade e norteadas pelo acesso do cidadão à justiça. Ademais, um dos objetivos precípuos da instituição do rito sumariíssimo foi o de garantir um procedimento de cunho especial visando a celeridade na tramitação dos feitos. Dessa forma, inovando em relação à sistemática processual comum, a Lei n. 9.099/95 previu critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (artigo 2º).

É assim que uma das maiores preocupações no que diz respeito à distribuição da Justiça é a celeridade na solução dos litígios, representando a demora um indesejável entrave à pacificação social. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes (2012):

A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais

Foi nesse sentido que a Emenda Constitucional n. 45/2004 positivou uma norma que assegura a razoável duração dos processos judicial e administrativo, bem como os meios que garantam sua celeridade (artigo 5º, inciso LXXVIII, CF/88). Trata-se de princípio inserido como uma garantia fundamental processual que deve nortear toda a atividade jurisdicional e administrativa a fim de que as decisões sejam proferidas em tempo razoável e com o emprego de técnicas capazes de assegurar a agilidade nas tramitações. Também o CPC/2015, em seu artigo 4º, consagra o direito das partes de obterem a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, em tempo razoável.

Evidentemente, não é possível padronizar um intervalo de tempo considerado suficiente para o desenrolar das lides, de modo que a cronologia processual deve se amoldar às peculiaridades do caso concreto. Entretanto, o tempo no processo, quando ultrapassa o limite do necessário, pode implicar a corrosão dos direitos das partes. O direito ao processo sem dilações temporais indevidas seria, portanto, um corolário do devido processo legal, garantindo a efetividade do direito vindicado.

Percebe-se, pois, que diversos são os fatores que contribuem para a lentidão das demandas intentadas nesta faixa jurisdicional, como nú-

mero insuficiente de serventuários e juízes e falta de treinamento dos estagiários. Somada à insuficiência de recursos humanos, há, também, a precariedade das estruturas físicas.

Pode-se dizer que o fortalecimento do acesso à justiça, advindo da Constituição de 1988, fez crescer o número de demandas instauradas. A morosidade na resolução dos litígios decorre significativamente do aumento expressivo do número de processos. À medida que se acentua a cidadania, as pessoas buscam em maior grau os tribunais. Observa-se, pois, uma crescente judicialização das relações sociais contemporâneas, na medida em que o Judiciário é chamado a se manifestar, em número cada vez maior, sobre diversos setores da vida social.

Sobre esse aspecto, em seu trabalho *Efetividade e processo de conhecimento*, preceitua Álvaro de Oliveira (2016):

No Brasil, o movimento nessa direção também se agiganta [...] em razão das notórias deficiências da administração da Justiça, agoniada cada vez mais pela intensificação dos litígios, principalmente após o processo de redemocratização iniciado com a promulgação da Constituição de 1988. Dentro desse quadro atuam como reagentes a permanência do entulho legislativo autoritário, as dificuldades de ordem econômica, política e social por que passa a Nação, os anseios de grande parte dos cidadãos brasileiros, a recorrer em desespero ao Judiciário para solução de conflitos agudos, que normalmente deveriam ser resolvidos pelos demais órgãos do Estado, as contradições entre a velha ordem e as idéias neoliberais, redobradas pelo fenômeno da globalização, pregando a redução do aparelho estatal, mesmo a preço de afrontas ao direito adquirido de significativas parcelas da população. Certamente, tudo isso colabora para o descrédito da Jurisdição e acarreta a demora excessiva do processo, fazendo com que se forme um caldo de cultura propício a que, no limite, se tenda a ver a efetividade não como um meio, mas como um fim em si mesmo.

Nota-se, dessa forma, que o Poder Judiciário é deficitário, não conseguindo dar vazão e responder a todas as demandas de maneira eficaz. Sua estrutura organizacional não acompanhou os avanços trazidos pela Constituição Federal e uma das maiores consequências des-

sa dissonância se concretiza na lentidão da tramitação dos feitos. No concernente aos Juizados Especiais, apesar de terem sido criados como alternativa à Justiça Comum, como um meio de desafogá-la, também é possível verificar neles a ocorrência dessa hipertrofia.

Aproximando o direito de ação ao direito à duração razoável do processo, DIDIER (2016) leciona que aquele é direito fundamental composto por um feixe de situações jurídicas que garantem ao seu titular o poder de acessar os tribunais e exigir deles uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. O exercício pleno do direito de ação pressupõe, pois, técnicas processuais aptas a efetivar a tutela do direito material.

Ainda, conforme destacam CAPPELLETTI e GARTH (2002), além do perecimento do próprio direito, as delongas do processo fazem aumentar seus custos e coagem as partes economicamente frágeis a desistir da demanda ou aceitar acordos desproporcionais.

Urge, portanto, a necessidade de se buscarem soluções efetivamente viáveis e que tenham o condão de agilizar, na medida do razoável, a tramitação dos processos intentados pelo rito sumaríssimo. E é nesse cenário que as funções exercidas pelos estagiários do Juizado Especial merecem grande destaque.

#### 4. O papel dos estagiários do Juizado Especial Cível

Sabe-se que o setor de atermação dos Juizados Especiais Cíveis, responsável pela distribuição dos feitos cujos autores são desassistidos por advogados ou defensores públicos, na grande maioria dos casos, é composto por estagiários dos mais variados períodos/semestres do curso de Direito. Em alguns casos, os estudantes apenas são designados ao referido setor, sem ao menos passarem por um processo de treinamento adequado.

Serão esses estagiários quem cuidarão das pretensões materiais daqueles indivíduos que buscam a satisfação dos seus direitos sem o acompanhamento técnico de um advogado ou de um defensor público.

O Direito é uma área muito complexa, visto que abrange uma infinidade de hipóteses passíveis de serem levadas a julgamento por um órgão decisor. Estão os estagiários aptos a buscarem o provimento de mérito para as pessoas que precisam ser atendidas pela atermação?

De fato, o acesso à justiça é garantido sob o prisma formal nos Juizados Especiais Cíveis. Afinal, independentemente de quem busque o serviço prestado pela atermação, será concretizado o atendimento. O questionamento surge quanto ao acesso à justiça considerado sob o aspecto substancial. Igualmente, questiona-se se o acesso ao direito é concretizado.

Teria o estagiário, através de suas manifestações escritas realizadas em nome da parte, condições de influenciar no convencimento do magistrado? Como já dito, o acesso à justiça também deve ser visto como a possibilidade de fazer com que as partes de um processo judicial cheguem a resultados justos. Além disso, teria o estagiário a capacidade de prestar as informações e esclarecer toda e qualquer dúvida que o jurisdicionado venha a ter? Isso porque, conforme Madalena Duarte (2007), o acesso ao direito é mais amplo que o acesso à justiça, uma vez que também abrange o direito à informação, à consulta jurídica e ao patrocínio judiciário - três das principais funções dos estagiários da atermação.

Até o presente ponto, só foram abordados os estagiários do setor de atermação dos Juizados Especiais Cíveis. Eles são muito importantes na concretização dos ditames impostos pela Lei 9.099/95, mas não são os únicos. Os conciliadores do Juizado Especial também são estagiários do curso de Direito.

Nesse cenário, importante ressaltar que os conciliadores também precisam de treinamento adequado. Além disso, precisam ter total suporte por parte de seus superiores (Coordenadores de Setor, Juízes Leigos e Juízes Togados). Afinal, precisam desenvolver total segurança para prestarem os seus serviços de forma adequada, de modo a transmitir as informações necessárias às partes, notadamente aquelas que estiverem desacompanhadas de assistente técnico (advogado ou defensor público).

Ademais, deve ser mencionada a postura indesejável por parte de alguns advogados durante algumas audiências de conciliação. Como já dito, os conciliadores, em regra, são estagiários do curso de Direito. Não são raras as vezes em que os advogados, na tentativa de conseguir vantagens processuais para seus clientes, até mesmo abusam da falta de experiência jurídica dos conciliadores. Postulam requerimentos indevidos, manifestam-se em momentos inoportunos, travam discussões desnecessárias com a parte adversa ou mesmo com o conciliador que preside a audiência.

Aqui, é de crucial importância o registro no sentido de que o conciliador não possui qualquer poder de cunho decisório. Logo, partindo-se do pressuposto de que a equipe foi bem treinada e preparada, tudo que pelos seus membros é dito, o é em nome do Magistrado que preside o feito. Assim, conclui-se que os estagiários atuam como *longa manus*<sup>1</sup> dos Juizes Togados, que são realmente quem determinam o modo de proceder relativo à realização das audiências dentro dos parâmetros constitucionais e legais.

Como integrantes, ainda que temporariamente, da máquina judiciária, os estagiários necessitam de capacitação e acompanhamento por profissionais aptos a efetivarem a concretização do acesso à justiça e ao direito pelos jurisdicionados, bem como a cooperação. De nada adianta lançar estagiários, em sua maioria jovens, à própria sorte, sem que haja condições adequadas para o devido exercício e cumprimento de suas funções.

## 5. O princípio da cooperação

O princípio da cooperação se estrutura e se define por intermédio de quatro deveres, cada um com sua especialidade para melhor adequação.

Dos deveres gerados para o juiz, o primeiro consiste no dever de consulta. Neste, o juiz dialoga com as partes, tendo ele, o dever de consultá-las sobre aquilo que elas não se manifestaram, pois isso melhora o debate. Dever de prevenção é aquele em que o juiz aponta as falhas e os defeitos do processo, fazendo o necessário para que o processo não se extinga sem o julgamento de mérito. Quanto ao dever de esclarecimento, o juiz deve conceder decisões claras e também, pedir esclarecimento às partes caso ele não tenha compreendido os pedidos. Por fim, o dever de auxílio, que se configura com o ato de ajudar as partes em relação aos obstáculos.

Novamente, surge uma questão: o estagiário do Juizado tem a capacidade de transpor esses obstáculos? Ele tem a condição de solucionar complexidades da causa na qual estiver atuando em nome da parte?

A análise também deve ser feita de forma mais aprofundada. O estagiário do Juizado Especial deve ser visto como um agente público. Ao assumir essa posição, não poderá favorecer uma parte em detrimento da

---

1. Extensão da mão de quem realmente detém o poder para regular o funcionamento de determinado aspecto.

outra. Deverá, por isso, atuar de forma imparcial. Nesse contexto, poderia o estagiário de fato patrocinar o interesse da parte? Ele pode se portar e agir como o advogado do jurisdicionado? Pode lutar pelo seu interesse?

Pelas razões já destacadas até aqui, é possível encontrar diversas imperfeições, com destaque às ações cujo valor é de até vinte salários mínimos que são distribuídas no Juizado Especial Cível, haja vista que as mesmas dispensam o labor de um jurista.

## Considerações finais

O presente trabalho não tem o condão de solucionar todas as mazelas enfrentadas pelos Tribunais, especificamente pelos Juizados Especiais Cíveis. A proposta que norteia esse estudo consiste em apresentar denúncias acerca da realidade fática.

Muito maior que o acesso à justiça, o que formalmente se encontra garantido no texto constitucional, importa alcançar o acesso ao direito. É preciso possibilitar aos jurisdicionados uma compreensão na maior escala possível de todos os fatores e possibilidades que podem influenciar na concretização de seus direitos.

Cooperar, nesse sentido, significa a capacidade de mudar a realidade processual, uma vez que todos se encontram nela imersos. O principal objetivo a ser considerado consiste na transformação do processo em um ambiente que seja cooperativo, um espaço aberto ao debate no qual vigore o equilíbrio e a lealdade entre os sujeitos. As partes e o órgão julgador devem colaborar entre si na resolução do conflito de interesses subjacente à ação.

Tal cooperação deve abranger os estagiários de Direito que compõem o Juizado Especial Cível, pois estes, por mais interessados e dedicados que possam ser, ainda se encontram em fase de formação profissional, com muitas dúvidas e questões a esclarecer, além de pontos a aprender.

Para possibilitar que os estagiários cumpram o papel de colaboradores em busca da efetivação do acesso à justiça e ao direito, a existência de um treinamento regular, com profissionais bem preparados, seria um fator elementar para alcançar o efeito desejado.

O Estado tem função de fornecer a todos o acesso a uma ordem jurídica justa e a um sistema judicial que se pautar na imparcialidade e na independência das decisões.

## Referências bibliográficas

- ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil** – volume I. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001
- ASENSI, Felipe e PINHEIRO. **Judicialização da saúde no Brasil**. Brasília: CNJ, 2015
- ASENSI, Felipe. **O direito, o juiz e as profecias que se autocumprem**. In: GUERRA, S. (org.) *Transformações do Estado e do direito*. Rio de Janeiro: FGV, 2011
- BECKER, Howard. **Métodos de Pesquisa em Ciências Sociais**. São Paulo: Hucitec, 1997
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 15 nov. 2017
- BRASIL. Lei 7.244 de 07 de novembro de 1984. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7244.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm)> Acesso em: 14 nov. 2017
- BRASIL. Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)> Acesso em: 15 de nov. 2017
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública*. 6 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: Uma abordagem crítica**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007
- CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie. Porto Alegre. Fabris, 2002
- CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007
- DESBIENS-GAUDREAU, Jean-François. **A concorrência das tradições jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2011
- DIDDER JUNIOR, Fredie. **Curso De Direito Processual Civil**. 18. ed. Salvador: Juspodvm, 2016
- DUARTE, Madalena. Acesso ao direito e à justiça: condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal. **Oficina do CES**, Coimbra, p.1-16, fev. 2007
- ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Perspectiva, 26 ed., 2016
- ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça” - epistemologia versus metodologia**. In PANDOLFI, S. et al (orgs). Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: FGV, 1999
- FILGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais**. São Paulo: RT, 2006
- FONSECA E SILVA, Augusto Vinícius. **Pela máxima efetividade processual nos juizados especiais cíveis**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2009
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 1999
- FRIEDMAN, Lawrence. **Litigância e sociedade**. Revista de Direito Administrativo, vol. 263, 2013
- GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. Lisboa; Instituto Piaget, 1996
- GARAPON, Antoine. PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008
- JUNIOR, Humberto Theodoro. **Os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009)**. Palestra proferida em 19/02/2010, no III

- Encontro de Juízes Especiais do Estado de Minas Gerais, 2010. Disponível em: <[www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/pal022010.pdf](http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/pal022010.pdf)>. Acesso em: 15 de nov. de 2017
- KAZUO, Watanabe. **Juizados Especiais de Pequenas Causas**. São Paulo: RT, 1995
- LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **Refletindo o direito e a justiça**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- MOREIRA, Wander Paulo Marota Moreira. **Juizados Especiais Cíveis**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Efetividade e processo de conhecimento**. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir2.htm>. Acesso em 16 de nov. de 2017
- PEDROSO, João. **Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial**. Oficina do CES, n. 171, 2002
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Notas sobre a história jurídico social de Pasárgada**. In: SOUTO, C. e FALCÃO, J. (orgs). *Sociologia e Direito - textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica*. São Paulo. Pioneira, 1999
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**. São Paulo: Cortez, 1999
- SOUSA, Miguel Teixeira de. **Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências? Estudos sobre o Novo Processo Civil**. Lisboa: Lex, 1997

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias.

**Juizados especiais federais cíveis e criminais:** comentários à Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder Judiciário: Como torná-lo mais ágil e dinâmico. **Revista Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, Associação dos Magistrados Brasileiros, nº 4, primeiro semestre de 1998

# O princípio constitucional do contraditório e sua afirmação no Código de Processo Civil de 2015 através do fundamento cooperativo

*Igor Labre de Oliveira Barros*

*Vinicius Pinheiro Marques*

## 1. O Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo do Código de Processo Civil de 2015

Tudo se modifica ao longo do tempo, assim, advém com a sociedade, e conseqüentemente com as suas normas jurídicas. O nascimento do Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 2016, é uma aberta manifestação da precisão de acompanhamento do conteúdo normativo as modificações ocasionadas pelo tempo. Afinal, se as leis são designadas para a sociedade, e essa por sua vez transformam-se, aquelas carecem também sofrer mudanças. O Código de Processo Civil de 1973 necessitou sofrer diversas reformas para seguir as mudanças da sociedade, no entanto, essas alterações consecutivas ocasionaram a quebra da coerência do aparelho normativo. Além disso, com a Constituição Federal de 1988, princípio do direito pátrio, o antigo código evidenciou-se

desconexo com os preceitos constitucionais. Nesse diapasão, foi arquitetado o Novo CPC, uma mudança profunda no Processo Civil Brasileiro.

A entrada da Constituição Federal de 1988 criou uma conjuntura desarmônica entre a Carta Magna e a Lei Ordinária, o Código de Processo Civil. O Novo CPC surgiu para adaptar as normas de processo civil as transformações sociais e também corrigir esse liame. Assim, o Novo CPC precisou abranger expressamente princípios constitucionais, em seu aspecto processual. Muitas regras foram disseminadas, dando materialidade a esses princípios. Da leitura do novo CPC, verifica-se que o legislador incomodou-se em dar novas orientações ao processualismo civil, indo de incidência de configuração direta e positiva, à Constituição Federal, com o ingresso de amplos direitos e garantias fundamentais as partes e ao processo.

É respeitável conceituar os princípios e distingui-los das normas, poupando uma interpretação equivocada. Em Bittar (2015, p. 41) mostra-se que “o significado da palavra princípio vem do latim *principium*, *principii*, sendo definido como começo, origem, base”. Assim, os princípios são fontes basilares para qualquer ramo do direito, entusiasmando desde a sua concepção e bom emprego. Para o Jurista Celso Bandeira de Mello os princípios são

Mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiros alicerces dele, disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que reside a intelecção da diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.” Para Bonavides “os princípios são a alma e o fundamento de outras normas”, sendo que “uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo. (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 127)

Também é fundamental deparar a visão de Bonavides (2014, p. 232), a qual prestigia com maestria os princípios e o abaliza claramente das regras “...enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas”. Um dos

critérios para a elaboração do novo Código de Processo Civil, é a sua sintonia com a Constituição Federal, desta forma, incorporando princípios constitucionais em sua versão processual. Muitas regras foram arquitetadas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêem uma metodologia, com contraditório e produção de provas, prévio à disposição que desconsidera da pessoa jurídica, em sua variante tradicional. Presente que tais princípios já faziam parte do CPC/73, nada obstante, por vício brasileiro, numa condição de pleonasma vicioso, na elaboração do CPC/15 percebeu por bem os princípios perpetrar parte expressamente no texto projeto.

A novidade foi adequada, pois convém pra reforçar a importância da Constituição, que carece ser impelida a sério, ainda, que soe cáustico o fato de Lei Ordinária avigorar a Constituição. Desta forma, em seu capítulo 1, o Código de Processo Civil de 2015 trás normas fundamentais e a aplicação das normas processuais. Assim o artigo 1º do CPC de 2015 sintetiza que o processo civil é ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. De acordo com o processualista Luiz Marinoni o CPC/15 expressa a constitucionalização do Direito Processual Civil, *in verbis*:

Vale ressaltar que esse dispositivo consiste na materialização das características do neoconstitucionalismo: normatividade da constituição (força normativa), superioridade (material) da constituição, centralidade da constituição (a constituição está no centro do ordenamento jurídico), rematerialização da constituição (constituições mais prolixas, já que tratam de diversas matérias), ubiqüidade da constituição (onipresença da constituição em todos os ramos do Direito), constelação plural de valores (adoção de diversos princípios não-homogêneos), onipotência judicial (no lugar da autonomia do legislador ordinário), valoração dos princípios (utilização maior da ponderação). (MARINONI, 2015, p.74-75)

Assim, o Legislador adotou explicitamente a Teoria do Direito Processual Constitucional. Doutrinadores a exemplo Trocker (2011, p. 07) já consolidaram o entendimento teórico, no qual, “o Direito Constitucional é o tronco da árvore, e o Direito Processual é um de seus ramos”.

Portanto, não é aceitável a existência de uma regra processual sequer que não contenha entusiasmo criador na Constituição. Com a adoção da maneira intervencionista do Estado nas relações privadas, o aparato estatal passou a designar para si, a categoria de dizer o direito, e consequentemente empregar a jurisdição no escopo de proferir uma solução justa para as partes contraditórias. É nesse sentido que Bonavides (2014, p. 232) distingue que “justo é o processo que se desenvolve em respeito aos parâmetros fixados na Constituição e nos valores da sociedade”.

O texto do Código de Processo Civil de 2015, reafirma o necessário comportamento de boa-fé a todos que intervirem no processo. Portanto no art. 6º estabeleceu-se que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Com efeito, avigorou-se a instigação pelo mérito, em razoável tempo, atribuindo aos sujeitos do processo cooperação entre si, circunstância que não é notada no exercício, almejando a lei instituir a prática da cooperação. Hoje, a demanda central está na vagarosidade da prestação jurisdicional, afinal, justiça e morosidade são círculos imiscíveis. É claro que essa ação estatal carece contar com o apoio das partes conflitantes, e foi com essa visão que o artigo 6º do Novo CPC constituiu a cooperação.

De ajuste com o alinhamento contido no artigo 1º, observa-se que existiu uma apreensão maior do legislador, em evidenciar que o processo civil, além de ser um meio de consolidação de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, deve ser explanado nos moldes da Constituição, acarretando dessa forma, uma positivação do totalitarismo constitucional. Nesse óbice, esse totalitarismo, não deve ser notório de formato negativo, uma vez que se advertirmos, todo o ordenamento jurídico contorna em torno da Constituição. Por mais que o Código antecedente, não acarretasse a questão da aplicação da Constituição de configuração expressa em seus artigos, o que se ver no caso concreto é que de formato implícito, os princípios e regras constitucionais consecutivamente embasando as determinações dos tribunais.

O método jurídico atual reconhece a eficácia normativa dos princípios e tal tema, não facultaria ser ignorado para a preparação do novo CPC. Linhas fundamentais verdadeiramente só podem ser catalogadas das premissas de um Estado Constitucional, conjecturando princípios de

garantia jurídica, igualdade de todos em presença o direito e o direito de conhecimento no processo. Nesse assunto que é a forma adequada de modernizar o processo, de o julgador poder desempenhar um juízo de valoração de contorno justo, uma vez que com o progresso da sociedade, dos costumes, das regras, o habitual é que o ordenamento jurídico se permita e caminhe de acordo com esta melhora.

Nesse prisma, pode-se proferir que o CPC/15, assinala não mais para um afastamento, um protagonismo processual e sim, para uma cooperação regularizada na boa-fé, sem que consista em infringir os princípios da ação e da imparcialidade do juiz. Incumbe apresentar à colação, o ensinamento de Marcus Gonçalves onde aborda acerca do cooperativismo processual:

Encarar o processo civil como uma comunidade de trabalho regida pela idéia de colaboração, portanto, é reconhecer que o juiz tem o dever de cooperar com as partes, a fim de que o processo civil seja capaz de chegar efetivamente a uma decisão justa, fruto de efetivo ‘dever de engajamento’ do juiz no processo. Longe de aniquilar a autonomia individual e auto-responsabilidade das partes, a colaboração apenas viabiliza que o juiz atue para a obtenção de uma decisão justa com a incrementação de seus poderes de condução no processo, responsabilizando-o igualmente pelos seus resultados. A colaboração não apaga obviamente o princípio da demanda e as suas consequências básicas: o juízo de conveniência a respeito da propositura ou não da ação e a delimitação do mérito da causa continuar tarefas ligadas exclusivamente à conveniência das partes. O processo não é encarado nem como coisa exclusivamente das partes, nem como coisa exclusivamente do juiz – é uma coisa comum ao juiz e às partes. (GONÇALVES, 2015, p 225)

Admira-se que o formalismo processual civil se modifica em um formalismo valorativo, isto é, o processo é acarretado segundo as normas infraconstitucionais, no alcance em que as estimas processuais constitucionalmente conjeturadas se perpetrarem em determinadas proposições. Assim, compete ao juiz se regular pelos princípios unânimes do processo, de caráter a atender as diretrizes da Constituição Federal de 1988, conferindo as partes uma justiça eficaz, célere e apropriada.

Firmando os princípios constitucionais e o da cooperação, o art. 9º do CPC/15 constituiu que não será pronunciada decisão em desfavor da parte, sem que ela seja ouvida, salvo, em se abordando de tutela provisória de urgência, nas hipóteses de tutela da evidência, quando as arguições de fato puderem ser evidenciadas apenas documentalmente e existir tese firmada em julgamento de episódios repetitivos ou em súmula vinculante ou se versar de pedido reipersecutório constituído em prova documental apropriada do contrato de depósito, caso em que será determinada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob imposição de multa, ou no fato de ação monitória.

Também no art. 10 é exposto sobre o princípio do contraditório, salientando que o juiz não poderá decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento do qual às partes não tiveram oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Conforme Dinamarco (2016, p. 189) pontua-se que “sem contraditório, não há processo”, é nesta diapasão que o artigo 9º do Novo CPC estabelece “Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito”. Previsto também no artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988, o princípio do contraditório comina que ao longo do caminho processual, sejam advertidos os episódios trazidos ao processo pelas partes, as quais necessitam participar ativamente no processo de desenvolvimento da persuasão do julgador.

O artigo 11º do Novo CPC traz impetrou dois amplos princípios presentes na Carta Maior da República, a publicidade e a fundamentação das decisões judiciais. Uma resolução justa e equânime é aquela bem fundamentada. Esse aspecto é uma das condições da sentença, para que o ato processual seja avaliado no mundo jurídico como adequado. Deste modo, o escrito do Código de Processo Civil tentou se proporcionar-se com a Constituição, há também determinados artigos esparsos com essa mesma intenção. Manifesto, que se não existisse harmonização o texto era inconstitucional, entretanto, o texto, além de posicionar-se em harmonia com a Magna Carta, fez questão de ressaltá-la, reafirmando e agrupando seus princípios e regras.

Os princípios abrangidos tanto conceituam a segurança jurídica como a inércia da jurisdição, devido processo legal, ampla defesa, con-

traditório. Também, asseguram a eficiência da celeridade, dignidade da pessoa humana, razoabilidade, moralidade, publicidade. Portanto, nessa questão, o CPC/15 está em reciprocidade com a Constituição, entretantes, como é cediço não satisfaz que ambos os princípios sejam garantidos formalmente, deve existir sua reverência materialmente, isto é, o Código de Processo Civil, deve ser movido a sério. Igualmente, o CPC/15 também consolidando essa harmonia com a Constituição Federal, designa no mínimo tempo plausível garantir direitos fundamentais excepcionando o direito material em detrimento de sua forma, de caráter justo, certificando princípios constitucionais.

O artigo 11º do Novo CPC traz impetro dois amplos princípios presentes na Carta Maior da República, a publicidade e a fundamentação das decisões judiciais. Uma resolução justa e equânime é aquela bem fundamentada. Esse aspecto é uma das condições da sentença, para que o ato processual seja avaliado no mundo jurídico como adequado.

## 2. O princípio da cooperação como meio de garantir o contraditório

O CPC de 2015 consagrou um princípio que entrou em bastante notoriedade e análises a partir da aplicação no novo código de processo civil. Tal princípio denominado como princípio da cooperação, figurado no art. 6º da Lei 13.105, “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. A cooperação tem como finalidade a ajuda de todos envolvidos na lide para uma maior agilidade da decisão sobre o episódio, ou seja, a busca por uma decisão de mérito em tempo razoável, justa e efetiva. Em primário momento esse princípio pode-se apresentar como esdrúxulo a relação processual, devido em via de regra, se mentalizar o arrolamento entre autor e réu como círculo de conflito.

Tal dispositivo processual deixa notório que todas as partes do processo devem desempenhar a cooperação. Os litigantes atuam com pedidos e alegações e o juiz-estado atua com as instruções, direção dos tramites judiciários e decisões, ressalta também que, tal cooperação envolve os auxiliares de justiça, tais como, peritos, leiloeiros e entre outros.

O princípio da cooperação não diz respeito somente às partes. Os deveres de cooperação são conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu etc. Essa é a premissa metodológica indispensável para compreender o conteúdo dogmático do princípio da cooperação. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p.163)

Todas estas assistências desenvolvidas pelos compartes da relação processual acarretarão agilidade e justa decisão, dependendo, de que todos cumpram a sua função de forma visível. A cooperação não gera uma mútua barganha de serviços, mas uma cooperação, com o intuito de atenuar o tempo que se utiliza nas ações judiciais, abarcando uma resolução justa e efetiva do processo. Necessitando entre todos ter um objetivo ordinário, o alcance de tutela jurisdicional em período razoável. A jurisprudência mesmo sob a vigência do CPC/1973 já havia reconhecido expressamente a aplicação de tal princípio, fomentando deliberações que se empregam da argumentação principiológica.

CIVIL. PROCESSO CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. CONVERSÃO EM EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE EXECUTIVIDADE. NÃO VERIFICADA. PRINCIPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL. VIOLADO. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA CASSADA.I. O rol estabelecido no artigo 585 do Código de Processo Civil é meramente exemplificativo, podendo a lei conferir o status de título executivo extrajudicial a outros documentos, que não os previstos no mencionado dispositivo.II. Fere o princípio da cooperação processual, a atitude do magistrado de influenciar a parte a converter o feito e, posteriormente, indeferir a inicial, sobre o argumento de que o título não é hábil ao procedimento adotado.III. Recurso Provido para cassar a sentença de primeiro grau. (TJ-DF. APC 20140310015006. Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA. Julgamento:25/11/2015. Pág.: 294).

Como um fruto imparcial de uma relação processual, o juiz adotando o princípio da cooperação, transpõe de um agente passivo na relação processual, ou reservado observador, para o posicionamento de acentuados atos ativos no arrolamento processual, instigando igualmente às partes

a participarem da relação processual de forma mais ativa. Observando sempre o princípio da imparcialidade que veda privilégios nas ações do magistrado. Assim o juiz de situa no meio da controvérsia, ocasionando com que todas as partes sejam ativas ao processo, proporcionando agilidade e efetivando de forma clara o princípio constitucional da isonomia, conforme o caput do art. 5º da Constituição Federal.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]. (BRASIL, 1988, on line)

Em um Estado democrático de direito, os processos devem possuir caráter isonômico, deste modo, a utilização do princípio da cooperação facilita a serventia do dispositivo constitucional da isonomia, como o dever de esclarecimentos, auxílios, consultas, o instituto da prevenção, que se resume na fixação de competências, proporcionando uma mútua reciprocidade.

Logo, para que o processo de fato mereça o qualificativo de democrático/justo e se torne real o clima de colaboração entre juiz e as partes, a nova lei impõe uma conduta leal e de boa-fé, não só dos litigantes, mas também do magistrado, a quem atribuíram os deveres de esclarecimentos, de diálogo, de prevenção de auxílio para com os sujeitos interessados na correta composição do conflito de conflito, criando-se um novo ambiente normativo contra fático de indução à com participação (em decorrência dos comportamentos não cooperativos). (MARINONI, 2010, p.48)

O processo é fruto de uma relação entre o estado-juiz e as partes litigantes do processo, o autor e réu, a cooperação trás a lume uma concepção contemporânea de que todos que participam da relação processual devem cooperar de uma forma ativa e pró-ativa, ou seja, conjecturando comportamentos para trazer a solução rápida e antecipada de lides. Assim o princípio da cooperação praticado por todas as partes, poupa a formulação de pedidos desnecessários e infundados, evitando a procrastinação da decisão judicial de forma supérflua.

O magistrado como cooperador, deve não atuar de forma surpresa nas decisões, conforme exposto no artigo 10 do CPC de 2015, que “o juiz não pode decidir, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

[...] O princípio da cooperação consiste no dever de cooperação entre as partes para o deslinde da demanda, de modo a se alcançar, de forma ágil e eficaz, a justiça no caso concreto. 3. O indeferimento da petição inicial, sem a oportunidade de emenda, constitui cerceamento do direito da Autora, em verdadeiro descompasso com o princípio da cooperação. (TJ-DF. AC 20150110703592.Relator: FLAVIO ROSTIROLA. Julgamento: 01/10/2015. Pág.: 78).

Deve também o auxílio, para amparar as partes a extrair os obstáculos que podem existir no meio do processo. O alerta as partes do uso impróprio do processo e as consequências desde mau uso, o juiz carece também de ser elucidativo em suas decisões e solicitar explicação das partes em seus atos, a exemplo no artigo 321 do CPC, que dispõe da emenda da inicial.

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial. (BRASIL, 2015, online).

Veemente que nesse púbere modelo contemporâneo de processo, quando todos operam de forma cooperada, desempenham o intuito de se atingir uma pacificação, independente de qual parte sairia do processo com o mérito, essa é a essência do novo método de condução de processos através da cooperação, assevera Streck (2012, p.13), que “o espírito do novo CPC é alçar a ética, a honestidade e a lealdade das partes

como standards de conduta, facilitando a gestão do processo pelo Juiz e permitindo que se chegue à solução mais justa e efetiva”.

### 3. A efetivação da Constituição Federal de 1988 através do princípio do contraditório

Um dos assuntos em que o CPC de 2015 apresentou esplêndida alteração, é o que versa da representação infraconstitucional do direito constitucional ao contraditório que, ao facilitar o dispositivo, tem o potencial de colaborar densamente para a obtenção da tão ambicionada efetividade do processo, isso também vem o conceito de cooperação que o CPC de 2015 tem como um de seus escopos. O contraditório é, por conseguinte, garantia constitucional, dotada de integral eficácia, e é um vetor referente tanto da conduta do legislador quanto do juiz ou de completos quantos apreseem decisórios, no plano administrativo, público ou privado. No plano infraconstitucional, cabe ao legislador ordinário instituir suas adjacências, o que efetivamente o fez no CPC de 2015, reiterando, apontando e aprofundando a segurança constitucional, de modo a garantir sua maior concreção.

O novo CPC traz, em alguns aparelhos, textos que proporcionam de forma bastante detalhada o modo como deve ser advertido o princípio do contraditório no processo judicial. Assim é que, nos termos do art. 8º, compete ao juiz zelar pelo efetivo contraditório, o que mostra que o contraditório não deve ser simplesmente formal, mas efetivo, substancial. O art. 9º constitui que, com as ressalvas do parágrafo, o contraditório deve ser prévio à obra da decisão, e o art. 10 expressamente coíbe as decisões-surpresa.

É notório, que o Código recebe a idéia de que o contraditório deve ser aceito como uma garantia de conhecimento com influência e de não-surpresa, já há bastante tempo alimentada pela doutrina, de modo a afirmar que haja, no processo judicial, um contraditório integral, efetivo, prévio à edificação das decisões judiciais, e designado fundamentalmente a assegurar que o fruto do processo seja cooperativo, em que todos os seus atores trabalham acoplados no qual, democraticamente, será estabelecido.

Poder-se-ia arguir a necessidade de que o novo CPC articulasse o que diz acerca do princípio do contraditório. A rigor, tais aparelhos não eram

mesmo necessários. Afinal, o direito de participação com alcance e a garantia de não surpresa derivam da própria declaração constitucional de que o Brasil forma-se em Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição da República), em que se assevera o devido processo constitucional (art. 5º, LIV), no qual se ressalta fundamentalmente o contraditório (art. 5º, LV). Os aparelhos do CPC que especificam o conteúdo do princípio do contraditório, pois, e como consequência da distinguida força normativa da Constituição, são a rigor dispensáveis. Como afirma Carrazza,

No Brasil, onde nosso ordenamento se alicerça sobre uma Constituição fundada sobre princípio e valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, e que conta com um capítulo tão generoso de direitos fundamentais, desencadear a força normativa da Lei Fundamental e projetá-la sobre todos os setores da vida humana e do ordenamento jurídico torna-se essencial, para quem se preocupe com a promoção da justiça substantiva. Ao invés da rejeição da dogmática jurídica, e da busca da Justiça fora do direito positivado, que tantos perigos encerram, parece uma estratégia muito mais segura e inteligente a aposta na força normativa da Constituição como instrumento de emancipação social. (CARRAZZA, 2016, p 129.)

Não oponente isso, é assaz formidável que o novo CPC desenhe o modo como se deve ressaltar o contraditório no processo civil brasileiro. É que, mesmo que seja corretamente possível afirmar-se, a partir da Constituição da República, que o contraditório é segurança de participação com influência e de não surpresa, certo é que esta compreensão, intensa na doutrina, e com algum impulso na jurisprudência, a verdade é que no exercício o contraditório prosseguiu-se a ser advertido, no processo judicial, de modo eminente formal. Garantia-se às partes o direito de discorrer, mas não se venerava seu direito de ser escutado. E este só existe se for Marinoni (2015, p. 74-75) “assegurado às partes o direito à consideração dos argumentos, isto é, o direito a que os argumentos deduzidos pelas partes sejam apreciados pelo órgão julgador”.

Advém que os tribunais brasileiros aplicam a idéia de que o juiz não está compelido a se demonstrar sobre todos os fundamentos con-

cluídos pela parte, o que, com juntas as vênias devidas, viola frontalmente a segurança do contraditório substancial, requisição de um processo democrático. E não é por outro pretexto que o novo CPC, em seu art. 489, § 1º, IV, afirma a nulidade, por culpa de fundamentação, da decisão judicial que não contemplar todos os argumentos concluídos no processo pela componente e que se mostrem, em tese, hábeis de extinguir a conclusão conseguida pelo órgão julgador.

Só assim, pela leitura dos embasamentos da decisão, é que se pode controlar a determinação judicial, averiguando-se Gonçalves (2015, p. 225) “se tiver ou não a apreço de todos os argumentos deduzidos em um procedimento que se tenha desenvolvido em contraditório completo, efetivo, prévio e substancial”. Só assim, conseqüentemente, se pode constatar se o resultado do processo é compatibilizado com o Estado Constitucional. Daí o ensejo pela qual, embora de acordo com a teoria, dispensáveis, os arts. 7º (parte final), 9º e 10 do novo CPC são assaz formidáveis. Eles são emblemas do nascimento de uma adolescente era do processo civil brasileiro, a da metodologia democrática, não só na teoria, mas além disso na biografia real dos indivíduos.

O procedimento legal rege-se pelo prisma da igualdade entre as componentes litigantes, conferindo-lhes igual tratamento, direitos e poderes. Essa equidade se atinge através do contraditório, direito de informação e defesa, que cobrem a composição democrática no processo. O direito e princípio do contraditório e ampla defesa estão garantidos pela Constituição Federal, art. 5º, LV “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes”. Deste modo, todo procedimento judicial ou administrativo, disjuncto da classe ou assunto que for, deve garantir aos réus e aos elementos o direito de defesa e de noção dos atos processuais atingidos, sob pena de nulidade.

O contraditório é integral e não garante imunidade a nenhuma das partes, mesmo que tenha provas satisfatórias para incriminar ou acoimar alguém, este sucessivamente terá o direito de defesa reverenciado. O contraditório contém tanto as partes como o Juiz, sem a probabilidade de perverter, em qualquer ato processual, este princípio. Neste sentido Dinamarco explica,

É preciso dar ciência ao réu da existência do processo, e às partes, dos atos que nele são praticados, permitindo-lhes reagir àqueles que lhes sejam desfavoráveis. As partes têm o direito de ser ouvidas e de expor ao julgador os argumentos que pretendem ser acolhidos. (DINAMARCO, 2016, p. 153)

A partir da noção da essência do processo e dos atos processuais nela concretizado, as partes podem proporcionar ao magistrado suas solicitações, contextos e justificativas, provas lícitas ou cedidas, contradizer o que entenderem necessário, argüirem atos de outras partes ou mesmo do juiz, enfim, tudo o que cogente for para o completo e legalística performance do processo. Se uma dos membros alega, a outro deve ser ouvido e oportunizado sua resposta. No juízo de Gonçalves (2015, p. 225) “o contraditório deveria ser entendido como o direito a igualdade de oportunidade no processo, que se fundaria na liberdade de todos perante a lei”.

O contraditório não é o proferir e o contestar sobre matéria controvertida, não é a contenda que se trava no processo sobre a afinidade de direito material, não é a questão que se amplia em torno dos empenhos divergentes sobre a substância do ato final. Constitui-se, essencialmente, da igualdade de conveniência no processo, é a igual conveniência de tratamento, que se constitui na liberdade de todos em presença a lei. É essa igualdade que compõe a essência do contraditório como garantia de harmônica paridade de conhecimento no processo. Os círculos essenciais do contraditório derivam acerca da obrigação de conhecimento e a probabilidade de reação. Neste ensejo, Lenio Streck e Francisco Motta afirmam,

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável. (STRECK; MOTTA, 2012, p. 22)

O contraditório é fundamental e determinado em todo processo judicial ou administrativo, porém exprime-se de forma distinta em cada

classe processual. Na esfera do processo civil, o contraditório tem menor magnitude em comparação as outras áreas. É proporcionado às partes noção dos atos processuais, bem como o réu devidamente citado para agregar a lide. No entanto, caso o réu não ofereça sua defesa, não pode o juiz coagir sua reação. Ao magistrado, nesta situação, cabe o bom emprego das consequências da inércia do réu, considerando revel e presumir corretos os fatos descritos pelo autor, ou conforme for forçoso no caso.

A inércia pode igualmente advir por parte do autor, quando este for notificado para exprimi-se acerca das arguições apresentadas ou dos atos perpetrados e meramente não o fazer. As consequências de seu silêncio são avaliadas e julgadas pelo juiz, facultando ocasionar na extinção do processo, haja vista presumível falta de veemência do autor. O direito de participação no processo, no entanto, é somente a exterioridade formal do contraditório. A feição material incide no exercício das partes no processo, na exposição de suas solicitações. Como alega Gonçalves,

Do contraditório resultam duas exigências: a de se dar ciência aos réus da existência do processo, e aos litigantes de tudo o que nele se passa; e a de permitir-lhes que se manifestem, que apresentem suas razões, que se oponham à pretensão do adversário. O juiz tem que ouvir aquilo que os participantes do processo têm a dizer, e, para tanto, é preciso dar-lhes oportunidade de se manifestar, e ciência do que se passa, pois que sem tal conhecimento, não terão condições adequadas para se manifestar. (GONÇALVES, 2015, p. 174)

Versando-se do inteiramente do novo CPC e os novos temas por ele acometidos, nos termos dos arts. 8º, 9º e 10, nota-se a configuração de como necessita ser aplicado e ressaltado o princípio do contraditório no processo judicial. Assim, pode-se advertir que nos termos do art. 8º, cabe ao juiz garantir a efetividade do contraditório, assegurando de que a feição material deste princípio seja eficaz. O art. 9º, por sua vez, cobre visivelmente que nenhuma decisão poderá ser proferida contra nenhuma das partes sem que, fundamentalmente, seja devidamente escutada, salvo nas reservas em que é aplicado o contraditório diferido. Com a efetuação da tutela, nas concordâncias do disposto no art. 311 do CPC e no art. 701, o qual o juiz pode requerer ao réu a remuneração de custas

processuais e honorários advocatícios. Já o art. 10 censura que o juiz, em qualquer grau de jurisdição, perpetre algum ato ou julgue a lide sem que se contenha dado às partes ocasião de manifestação, a fim de suprimir as probabilidades de surpresa. Neste sentido Didier Junior,

O princípio do contraditório, então, passa a representar a garantia do cidadão de participar como co-autor na construção do provimento e, nesta perspectiva, de influenciar a formação da decisão e de não ser surpreendido por decisão fundamentada em questão que não tenha sido submetida ao prévio procedimento argumentativo e discursivo das partes processuais partes, juiz, ministério público. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 93)

O contraditório, da maneira como hoje é abrangida, não considera apenas a noção de mera ciência e reação, mas abarca do mesmo modo o direito à plena participação, de caráter a desempenhar efetiva influência na concepção da decisão judicial, com paridade de armas, isto é, a todas as partes obriga-se dar idênticas conveniências para o exercício desse controle. Essa necessidade de diálogo do juiz com as partes está anunciada no art. 10 do CPC/2015, que dispõe que nenhum órgão da jurisdição deliberará com fundamento a reverência de que não se tenha dado às partes informação e conveniência de manifestação, ainda que se trate de objeto de ordem pública, que o juiz capacitaria conhecer de ofício. O legislador processual civil não mais acolhe qualquer tipo de decisão com potencial de espantar a parte Alvarenga (2015, p. 75) “O contraditório, assim, alcança inclusive as questões que possam ser conhecidas de ofício pelo juiz. Por outras palavras, as decisões surpresa estão absolutamente banidas do sistema processual inaugurado pelo novo Código”.

Também o preceito da fundamentação das decisões judiciais, presente no art. 489, dedica-se ao contraditório. Isso porque, a aspereza, seria definitivamente inocente dar às partes a ocasião de influenciar a concepção da decisão, se ao juiz não competisse, simetricamente, o dever de afrontar as alegações acentuadas que tenham sido acarretadas ao processo. Existem determinadas situações, entretanto, em que se argúi se haveria ou não algum abafamento do contraditório. A primeira delas é a revelia. Se garantir o contraditório, num plano inicial, constitui dar ciência ao réu

ciência quanto à essência de demanda contra si, dando-lhe conveniência de ser ouvido, é cogente que a teor do dever de conhecimento, que associa o princípio da cooperação, seja o réu avisado a respeito das consequências da não exposição de defesa tempestivamente. É na citação, portanto, que o contraditório se materializa, no grau em que é expressamente apoiado sobre a incidência da decorrência da revelia caso continue inerte.

Outra circunstância é a concessão de tutela de urgência. Ao mesmo tempo nesses episódios não há, essencialmente, violação ao contraditório. Embora o alcance seja concedido antes mesmo da citação, ao réu é cedido a conveniência de se manifestar posteriormente, podendo, inclusive, manobrar recurso de agravo contra a decisão que outorgou a tutela provisória (art. 1.015, I). O que ocorre, nesses casos, é que o contraditório é adiado para um ocasião posterior, antes de o provimento tornar-se definitivo. Duramente, o caráter provisório desse tipo de cautela também colabora para que não se individualize ofensa ao contraditório. Há críticas incisivas à expansão do contraditório, todavia, o que se diz, em resumo, é que a requisição de prévio contraditório à decisão sobre assunto de ordem pública retardará o procedimento, em aberta ofensa à regra que estabelece que o processo tenha razoável estabilidade.

Há outras questões, de natureza estrutural e até mesmo de amoeido cultural, como, por modelo, o demasiado apego à burocracia que seguramente cooperam para o retardamento do processo. Além disso, inexistindo decisões não antecipadas de contraditório, potencialmente se está em presença de franca probabilidade de redução do volume de recursos, em muitos casos interpostos em presença de decisões surpresa, tendo como alegação fundamental a falta de ocasião para aparição. A redução do acervo de recursos nos tribunais, desde que sem o abdução de garantias constitucionais é alcance que tende a adjudicar ao sistema toda maior efetividade.

## Conclusão

Conclui-se, nessa acepção, que o novo CPC, esta em conformidade com a Constituição Federal, objetivando no mínimo período possível a garantia de direitos fundamentais, excepcionando o direito material

em detrimento de sua configuração, de caráter justo, asseverando o bom emprego dos princípios constitucionais, como contorno de alcançar um juízo justo de valoração.

Os progressos originados pelo Novo Código de Processo Civil são manifestos. De início, a procura pela harmonização do documento normativo com a Constituição é essencial, haja vista, que em um aparelho jurídico, qualquer norma desarmonizada com a Carta Maior, assenta em prova o próprio esplendor estatal. Além de procurar essa vinculação com a Carta da República, o Novo CPC aspirou e agrupou alguns princípios e preceitos da Lei maior. Essa introdução fica manifesta na parte geral do Novo Código e fortalecem a garantia jurídica.

Desse modo, tendo o Novo CPC beneficiado e albergado a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal ergueu o grau de justiça na prestação da tutela jurisdicional. Harmonizando a celeridade, reverência a dignidade da pessoa humana, moralidade, publicidade e razoabilidade certificou uma prestação jurisdicional hábil. Essas são novidades importantes que assinalam um novo período do processo na Justiça Brasileira.

Ademais, verifica-se que existiu uma preocupação acentuada do legislador na cooperação processual, como em alto grau enfatizam os doutrinadores aludidos, afastando-se a idéia de protagonismo processual, no entanto, sem que sejam infringidos os embasamentos constitucionais. Deste formato, o processo transporá a ser enfrentado como uma concordância de trabalho, comum tanto ao magistrado, quanto as partes, procurando uma maior agilidade e um julgamento mais equitativo.

A prudência com a extensão da efetividade do contraditório é fundamental e de integral alcance no processo civil, tendo em vista que este é um aparelho de consolidação do direito material e pacificação das relações civis, fundamentado nos direitos fundamentais, seguranças constitucionais e legislação específica. Resta clara a necessidade de afinidades suaves e tranquilas no transcorrer do processo e que são garantidas pelo princípio do contraditório, bem como a essencial participação das partes, que abona a eficaz tutela jurisdicional assegurada pelo Estado.

## Referências bibliográficas

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105 de 15 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 16 de ago. 2018.
- \_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA-DF. **Ação Civil. 20140310015006**, Rel. FLAVIO ROSTIROLA. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/238432854/apelacao-civel-apc-20150110703592>>. Acesso em: 7 de ago. 2018.
- \_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA-DF. **Apelação Cível 20140310015006**, Rel. GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/267381511/apelacao-civil-apc-20140310015006>>. Acesso em: 6 de ago 2018.
- ALVARENGA, Ricardo Machado. **O Princípio do Contraditório na Aplicação do Precedente Judicial**: Um texto a ser interpretado. Pouso Alegre: FDSM, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. **Elementos de Direito administrativo**. São Paulo: RT, 2014.
- BITTAR, Eduardo C. B.. **O Direito na Pós-Modernidade**. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, volume II. São Paulo: Malheiros, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil**. Ed. RT. 2015.

\_\_\_\_\_. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: RT 2010.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou ‘colaboração no processo civil’ é um princípio?. **Revista de Processo**, São Paulo. v. 37, n. 213, p. 13-33. p. 14-15.

TROCKER, Nicolò. Il Nuovo Articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo” in materia civili: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Napoli, pp. 12-30. 2011.

# O Princípio Constitucional do devido processo legal e os esforços de sua adequação ao vetusto Código de Processo Penal brasileiro

*Luciana Léo Barcellos*

## Introdução

O objetivo do presente ensaio é apresentar questionamentos a respeito da aplicação do Princípio constitucional do devido processo legal no âmbito do Processo Penal brasileiro, buscando refletir sobre os reflexos práticos desta influência no julgamento dos processos criminais em nosso País.

Contudo, antes de qualquer manifestação a respeito da incidência daquele Primado no Direito pátrio, é mister recordar que o Código de Processo Penal vigente data de 03.10.1941 e nasceu como um decreto-lei imposto por Getúlio Vargas, no período de ditadura do Estado Novo.

Trata-se de mais uma das diversas obras produzidas, em “carreira solo”, pelo Ministro Francisco Campos e, como tal, traz em sua Exposição de Motivos a assinatura do pensamento autoritário personificado por esse jurista, quando alude que

***“Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a***

***contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum...*** (Exposição de Motivos, Câmara Federal, 1940)

Evidente que nestes setenta e sete anos de existência, trinta dos quais sob a égide da Constituição democrática de 1988, o Código de Processo Penal experimentou uma enorme gama de leis alteradoras, muitas das quais exatamente com o escopo de adequar aquele vetusto ordenamento à Constituição da República, promulgada em 05.10.1988 e resultado do exercício de um processo democrático de elaboração de normas legais.

Sem qualquer esforço mental, vislumbra-se a dificuldade ínsita a essa tarefa de compatibilização de dois ordenamentos legais com origens e conceitos basilares tão distintos e ainda submetidos a um frouxo regime de tramitação de leis.

A abertura política ocorrida em 1985, conhecida como “redemocratização”, que pôs fim aos sucessivos governos militares, viu-se esculpida e materializada na promulgação da Constituição da República três anos depois. Importante se faz pontuar este breve dado histórico, a fim de que olhemos para a nossa Carta Magna com a complacência de quem vislumbra a obra de um artista ainda em aprendizado. E aqui não nos referimos aos membros constituintes e ao corpo jurídico envolvido na empreitada, mas sim ao projeto democrático que renascia e que há de ser analisado, com vistas a enxergar o potencial ali inserto, tendo-se a devida tolerância com os equívocos que, por ventura, tenham sido cometidos.

Segundo essa figura retórica, não se pode negar que nossa Constituição, em alguns momentos, apresenta “excessos na tinta” ou mesmo matérias que hoje identificamos como despiciendas de ali se encontrarem. Contudo, há que se entender que, naquele momento histórico, estes excessos pareciam (e talvez efetivamente fossem) primordiais à manutenção da liberdade democrática alcançada a duras penas...

E nesta mudança de regime político, certamente o Direito Penal e o Direito Processual Penal firmam-se como as áreas de conhecimento e de atuação que mais reclamam uma reordenação. Certo é que a Carta Magna não decepcionou neste quesito e prestigiou o respeito aos Princípios e Garantias Fundamentais do indivíduo. E é um pouco deste regramento que buscaremos explorar neste ensaio.

## 1. O Sistema Inquisitorial e o Sistema Acusatório

Antes do ingresso nas considerações sobre o Princípio do devido processo legal, mostra-se recomendada uma rápida passagem a respeito dos Sistemas de solução de conflitos manejados no Processo Penal.

Até a promulgação da Constituição da República, em 1988, vigia no Brasil o Sistema Inquisitorial, o qual, como o nome sugere, é originário dos tribunais do Santo Ofício, no qual os membros do clero possuíam a dúplice missão de investigar e punir aqueles que eram “identificados” como hereges.

Nesse Sistema, o processo é visto como um mero instrumento para a imposição da pena a um acusado, estando este, na prática, fadado a atuar no sentido de demonstrar a ausência de veracidade da acusação e, para o que, não conta com aparato sequer próximo daquele apresentado pelo Estado.

Sob este Sistema, a função de acusador e de julgador fundem-se na pessoa do Magistrado, que se afigura como o produtor e o próprio destinatário da prova. Neste universo de fusão de atribuição, a imparcialidade ganha contornos bastante frágeis, evidentemente, porquanto não se possa esperar de um indivíduo que estabeleça um pensamento crítico isento sobre sua própria “criação”.

E esta ausência de isenção possui assento bastante confortável em um Sistema de pacificação de conflitos cuja essência está atrelada a dogmas religiosos, os quais historicamente se apresentam distantes de valores igualitários, e muito próximos de conceitos morais, construídos a partir da visão de mundo de determinado grupo social, com o firme propósito de legitimar sua prevalência sobre os demais.

Por seu turno, o Sistema Acusatório é aquele que tem no processo uma garantia constitucional ao cidadão, de modo a obrigar ao Estado o cumprimento de preceitos rigorosa e previamente definidos, com o fim de identificar a efetiva responsabilidade do indivíduo sobre aquele fato típico e ilícito que lhe foi imputado. E, somente a partir desta identificação, torna-se legítima a imposição da reprimenda correspondente.

Interessante destacar que, segundo Aury Lopes Jr., a origem do sistema acusatório remonta ao Direito Grego, em que se identifica a efetiva e direta atuação do povo, tanto no desempenho da função de acusador, como de julgador.

Posteriormente, o Direito Romano trouxe a ideia de atribuição a um terceiro da função acusatória, mas o que acabou por ser extinto, a partir da pressão dos julgadores, inconformados em não concentrarem aquela função. A reivindicação encontrou terreno fértil no aumento crescente da prática de atos contrários às normas vigentes.

Diante disso, somente com o domínio das ideias iluministas, a partir da Revolução Francesa, é que foi possível um retorno ao Sistema Acusatório.

No Brasil, evidente que os ideais de liberdade e igualdade não condiziam com o pensamento dominante durante a vigência do Estado Novo Brasileiro. E, por tal razão, outra não seria a estrutura do Código de Processo Penal de 1941 senão aquela que prestigia o Sistema Inquisitorial e que, como dissemos, foi ultrapassada pela promulgação da Constituição cidadã, que cristalizou a adoção do Sistema Acusatório.

Segundo parcela da doutrina, o Sistema Acusatório adotado no País não se apresenta de forma “pura” e ainda guarda resquícios do Sistema Inquisitorial, mas o que não afeta a identificação da presença de seu pensamento basilar em nosso ordenamento processual penal, já que hodiernamente, cabe ao Estado-Juiz proceder ao julgamento da lide, enquanto ao Órgão acusador – o Ministério Público – é dada a função de construir um contingente probatório que sustente a ocorrência dos fatos narrados na imputação.

O Sistema Acusatório é aquele que reflete melhor a maturidade e a independência do Direito, em relação à Moral e à Ética, trazendo em seu núcleo a ideia de respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos, **de todos os indivíduos.**

O direito fundamental, à luz do Direito, e como a própria denominação sugere, trata-se de alicerce à própria existência humana, é intrínseco a esta circunstância e calcado no simples fato de o indivíduo existir, não podendo ter sua essência ou sobrevivência submetida a qualquer filtro moral.

O direito a um julgamento justo constitui-se em um princípio fundamental. E para a sua efetivação, é necessário o desenvolvimento da “paridade de armas” entre Defesa e Acusação.

Evidente que tal equilíbrio somente é possível se Defesa e Acusação estiverem no mesmo patamar dentro do procedimento, ocupando posições antagônicas, mas que disponham dos mesmos direitos e deveres.

O Juiz é o destinatário da prova e aquele responsável por garantir o equilíbrio entre os lados antagônicos do processo. Ao indivíduo é imposta a obrigação de responder aos termos da ação penal. Mas tal imposição se estabelece segundo a estrita e irrenunciável vigência dos Princípios constitucionais do devido processo penal, da ampla defesa e do contraditório.

## 2. Definição e abrangência do Princípio do devido processo legal

O Princípio do devido processo legal, cuja aparição primária se deu na Carta Magna de João Sem-Terra, no ano de 1215, encontra-se insculpido no artigo 5º, inciso LIV da Constituição da República, que define que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

A doutrina costuma consagrar este Primado como o norte que orienta os demais Princípios a serem observados durante o processo judicial.

No âmbito processual penal, que se constitui o objeto desta reflexão, é de fácil identificação a figura deste Primado como o pilar de onde despontam os demais Princípios, como o da ampla defesa, do contraditório, do Juiz natural, da publicidade das decisões judiciais, da obrigatoriedade de fundamentação destas decisões e da inadmissibilidade de provas ilícitas como embasadoras de um decreto condenatório, por exemplo, e entre outros tantos primados expressos no texto constitucional ou mesmo implícitos no conteúdo democrático apresentado pela Constituição Cidadã.

O devido processo legal possui duas dimensões de análise: a formal ou processual e a material ou substancial.

O devido processo legal formal ou processual diz respeito ao conjunto de garantias imprescindíveis à regularidade formal do processo judicial, ou seja, é a obrigatoriedade de respeito aos primados que regem a tramitação do feito. Aqui podemos mencionar os Princípios da duração razoável do processo, do contraditório, do Juiz Natural, da motivação das decisões judiciais, entre outros.

Por seu turno, o devido processo legal material ou substancial tem assento no conteúdo do processo. Seria aquela dimensão que traz o “sentido de justiça”, ou permite a constatação da ausência dela, no bojo

do processo. E aqui identificamos a presença dos Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Para que se possa chancelar o cumprimento ao devido processo legal, há que se identificar a presença concomitante destas duas dimensões durante a tramitação de um processo criminal, o que significa dizer que não basta que as garantias constitucionais sejam respeitadas de forma “burocrática”, a partir do frio cumprimento das fases de um procedimento penal, é imprescindível que se identifique a efetiva oportunidade ao cidadão de alcançar a proteção garantida por aqueles preceitos abstratos, assim como também há de se constatar que o Estado-Juiz cumpriu efetivamente suas obrigações de garantir um julgamento justo ao indivíduo.

E, mesmo com a Lei Maior completando trinta anos, ainda clama-se por debates a seu respeito, notadamente diante da dura realidade que é a identificação do concreto cumprimento do devido processo legal no âmbito dos Juízos criminais.

Muito embora a grande maioria dos Magistrados com assento atual nos Tribunais pátrios tenha ingressado na carreira já sob a égide da Constituição Cidadã, não raro nos depararmos com o apego aos encanecidos conceitos adotados no Processo Penal advindos do Sistema Inquisitorial.

A visão do réu como um objeto do processo, subjugado ao poder estatal, ainda é encontrada nos Tribunais pátrios, que não extirparam o cacoete de interpretarem o processo como o terreno apropriado para a utilização de todas as ferramentas estatais disponíveis para legitimar a imposição de punição a um acusado.

A dificuldade estatal em introduzir no Processo Penal o viés democrático trazido pela Constituição da República é explicitada pela própria manutenção da vigência de um Código de Processo Penal produzido em plena ditadura e que ainda traz em sua Exposição de motivos um posicionamento que afirma que:

*“O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e Joeirado de certos critérios normativos com que, sob influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.”*  
(Exposição de Motivos, Câmara Federal, 1940)

Significativa contribuição para a adequação do Processo Penal ao cenário democrático institucionalizado vinte anos antes pela Carta Magna foi a edição da Lei nº 11.690, de 10.06.2008, que trouxe mudanças a respeito da licitude das provas, privilegiando o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Difícil recordar que somente há dez anos, o Código de Processo Penal estabeleceu no art. 155 que

“Art. 155 - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, **não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação**, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” (CPP, 1941) Grifos nossos

Ou seja, mesmo durante a vigência da Constituição Cidadã, o Código de Processo Penal permitia ao Juiz valer-se de elementos de informação trazidos pela investigação criminal para formar seu juízo de convicção, numa clara sobrevivência do Sistema Inquisitivo, que já havia sido sepultado pela Lei Maior.

Outro significativo exemplo é o disposto no artigo 156 do CPP, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 156 - A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”(CPP, 1941)

A nova redação desse dispositivo legal expressa a falência da presença do Sistema Inquisitorial no diploma processual penal. Contudo, e como assinalado anteriormente, não se pode negar que o fantasma do Sistema Inquisitorial remanesce assombrando os julgados penais pátrios.

Ainda é possível identificarmos em sentenças condenatórias a valoração negativa de elementos de informação colhidos no inquérito poli-

cial e não ratificados sob o crivo do contraditório. Um exemplo disso é o manejo em desfavor do réu de supostas confissões de culpa realizadas exclusivamente em sede policial e sem qualquer reverberação em Juízo.

A confissão é um dos institutos que mais conecta o processo ao Sistema Inquisitorial.

A sua origem, recordando, assenta-se nos Tribunais Eclesiásticos, em que, à míngua de qualquer lastro probatório concreto em desfavor do acusado, e diante da premente necessidade de uma resposta efetiva que mantivesse a sociedade sob o jugo da Igreja, eram adotadas práticas que “incentivavam” a realização da confissão de culpa por parte do acusado.

A confissão era vista como uma forma de expiação dos pecados e, sem qualquer cerimônia, eram adotados métodos extremamente cruéis de torturas físicas e psicológicas, para a sua obtenção. Deixemos claro que estamos falando de tempos remotamente distantes...

Naquele contexto, a confissão de culpa chegou a ser denominada de “rainha das provas”, e hoje ainda tem o poder de “confortar” muitos dos julgadores que teimam em permanecer arraigados aos conceitos do Sistema Inquisitorial.

Sucedem que este exemplo, dentre tantos outros que presenciamos no dia-a-dia forense, acende o alerta para o fato de que o Processo Penal aplicado, embora esforçado em sua missão de se adequar à Constituição da República, ainda engatinha por tal caminho.

Parece estranho afirmar que a adequação às mudanças legais introduzidas pelas leis que aproximaram o CPP à Constituição da República, como a mencionada Lei nº 11.690, além das Leis nº 11.689 e 11.719, todas promulgadas no ano de 2008, ainda não se consolidou. É certo que no aspecto formal da norma torna-se mais rara, porém não inexistente, a identificação da manutenção de procedimentos ultrapassados e diretamente reflexos do Sistema Inquisitorial, tal como a inquirição de testemunhas pelo Juiz. Mas o que ainda reclama grande preocupação dos operadores do Direito é a aplicação material dos primados afetos ao Sistema Acusatório, bem como dos Princípios fundamentais constitucionalmente previstos.

Como descrevemos anteriormente, o devido processo legal somente se consolida com o cumprimento de seu dúplice aspecto. Destarte, não basta que se analise um processo penal apenas buscando identificar se

o rito preconizado pelo CPP foi corretamente respeitado. Ainda que alguns feitos criminais possam ser fulminados apenas a partir dessa análise perfunctória, identificando-se nulidades decorrentes do descumprimento de princípios constitucionais atrelados ao aspecto processual do devido processo legal, como por exemplo, a violação ao princípio do Juiz natural, o que mais deve despertar preocupação é o desrespeito ao aspecto substancial daquele primado constitucional.

Isso porque o viés material do devido processo legal incide sobre a razoabilidade e a proporcionalidade imprescindíveis ao conceito de adequação da reprimenda penal ao caso concreto.

Sucede que aqueles conceitos se prestam a serem manejados de forma inadvertidamente abstrata e sazonal pelos operadores do Direito, que, muitas das vezes, esquecem que a missão de dizer o direito não pode dar ouvidos a clamores públicos e tampouco pode vir dotada do intento de aplacar a fúria de vingança social.

O devido processo legal tem de se refletir na aplicação da reprimenda, no *quantum* de pena imposto a um réu, na individualização da resposta penal e na execução desta reprimenda.

Enquanto os Tribunais pátrios não decretarem, por exemplo, inadmissível a aplicação de reprimendas desproporcionais e flagrantemente violadoras das normas previstas nos artigos 59 e seguintes do Código Penal, não se pode falar em cumprimento ao devido processo legal.

Enquanto não houver a insurgência contra a aplicação de circunstâncias ordinárias do tipo penal em julgamento como alicerces para a identificação de uma maior reprovabilidade da conduta, não se pode identificar um processo penal como submetido à Constituição Federal.

Faz-se premente a necessidade de educação dos operadores do Direito para a identificação da amplitude do respeito aos princípios constitucionais.

O devido processo legal é garantia não só do acusado em face do Estado, mas também garantia de todos os indivíduos contra a atuação arbitrária estatal.

O Poder Judiciário recentemente deu um grande exemplo na caminhada em favor do respeito às normas constitucionais, ao afastar a legitimidade das conduções coercitivas de indiciados em inquéritos policiais.

A Constituição Federal, como é cediço, contempla expressamente o princípio da não autoincriminação - *nemo tenetur se detegere* - que tem como corolário o direito ao silêncio. E não se pode esquecer da presença deste mesmo primado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), internalizada como norma no Brasil em novembro de 1992, com a promulgação do Decreto nº 678.

Diante da vigência deste primado, pareceria bastante lógico que se viesse a entender como inócua a medida de condução coercitiva de um acusado para seu interrogatório, eis que ele seria conduzido “debaixo de vara” e lá se manteria silente.

Finalmente, o STF, após intenso debate, julgou o mérito das ADPFs 395 e 444 e reconheceu, por maioria de votos, a incompatibilidade da imposição da condução coercitiva para fins de interrogatório com os ditames constitucionais vigentes. (Barcellos, 2018)

Em sua manifestação, o relator, Ministro Gilmar Mendes, manifestou que a medida para fins de interrogatório “representa restrição à liberdade de locomoção e viola a presunção de não culpabilidade”.

Em seu voto, o Decano da Corte Suprema, Ministro Celso de Mello, declara que:

A liberdade humana, **inclusive** a de qualquer pessoa sob investigação criminal **ou** persecução penal, **não** constitui **nem** se qualifica *como simples concessão do Estado*. Ao contrário, a liberdade traduz um dos mais expressivos privilégios individuais, além de configurar inquestionável direito fundamental de qualquer pessoa cuja origem tem sua gênese no texto da própria Constituição da República. (STF, 2018) Grifos do autor

E ainda acrescenta que:

**Os postulados constitucionais** que consagram a presunção de inocência e a essencial dignidade da pessoa humana **repudiam**, por ilegítimas, práticas estatais **que convertem** atos de prisão **ou** de condução coercitiva de meros suspeitos, investigados **ou** réus em *cerimônias públicas de arbitrária degradação moral* daqueles que são expostos a procedimentos de investigação criminal **ou** de persecução penal. (STF, 2018) Grifos do autor

O exemplo acima, bastante atual, há de ser festejado, porquanto em uma sociedade que apresenta um índice de criminalidade crescente, a missão do operador do Direito de fazer valer as normas e garantias fundamentais torna-se cada vez mais árdua, mas ainda assim, há de ser perseguida de forma incessante.

## Conclusão

O intuito das considerações acima é instigar o debate sobre a aplicação no Processo Penal pátrio dos princípios e garantias fundamentais insculpidos na Constituição da República.

Podemos afirmar que não existe Estado Democrático de Direito enquanto não pudermos vislumbrar, sem qualquer sombra indevida, a presença daqueles preceitos abstratos nos julgados prolatados nos Tribunais pátrios.

Em um país continental como o Brasil e marcado por diferenças sociais gritantes, a disseminação de valores desta ordem faz-se de forma mais lenta do que o esperado. Por tal razão, há que se intensificar diuturnamente a fiscalização sobre o assunto, de modo que se possa disseminar o respeito ao devido processo legal, que somente se materializa com a tramitação de um processo penal segundo o efetivo cumprimento do contraditório e da ampla defesa, além da imposição de uma reprimenda justa e proporcional ao réu, que ainda deverá ter garantido o cumprimento de forma adequada desta pena.

Já é hora do Direito aproximar-se da sociedade sem o olhar turvado pela Moral e pela Ética, a fim de entregar àquela, como um todo, os direitos e garantias insculpidos na nossa Carta Magna.

## Bibliografia

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 13 out. 1941; ret. 24 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em junho de 2018

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em junho de 2018.

LOPES, Aury Jr. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção – Manual de Direito Processual Civil. 2º Ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2001. Pág. 62 e 63.

\_\_\_\_\_, Exposição de Motivos do Código de Processo Penal – disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decrei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicao-demotivos-149193-pe.html>> Acesso em outubro de 2018.

STF. ADPF'S 395 E 444. Voto Ministro Celso de Mello. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Adpf395VotoCM.pdf>. Acesso em junho de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BRASÍLIA, 2018. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381408>. Acesso em junho de 2018.

# Panorama doutrinário do modelo constitucional de processo: a irradiação dos princípios constitucionais para o CPC/2015.

*Marcelo Pinto Chaves*

*Adriana da Vinha Nunes*

## Introdução

O objetivo do presente ensaio é apresentar algumas notas sobre o modelo constitucional do processo civil.

De fato, a Constituição que agora completou 30 anos, é a terceira mais longeva de nossa história (a Constituição Política do Império do Brasil vigeu por 65 anos, e a primeira Constituição da República do Brasil vigorou até 1930).

Ela inaugurou uma nova ordem política e jurídica, representada na expressão Estado Democrático de Direito, como realização de valores, direitos e garantias, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Em consequência, irradia normas (regras e princípios) para todo o ordenamento jurídico, realizando a constitucionalização do direito infraconstitucional, uma vez que passa a orientar a interpretação de todos os ramos do direito.

Com a sanção do Código de Processo Civil em 2015 temos o primeiro diploma processual sob égide da Constituição. Além do norte interpretativo, o novel diploma contou com diversos enunciados de explícita e implícita fonte constitucional.

Esperamos, a partir da aproximação com os conceitos expostos pelos doutrinadores, favorecer o aprofundamento do estudo e dos debates acerca do tema.

## 1. Panorama constitucional

A Constituição de 1988, promulgada em 05 de outubro, inaugurou a redemocratização do país, com uma nova ordem política e jurídica, representada na expressão **Estado Democrático de Direito** - também chamado de Estado de Direito Constitucional - na qual o modelo de Estado Social de Direito supera o de Estado Liberal.

Este novo modelo de Estado, **fundado na dignidade da pessoa humana**, dirige a forma de governo ao cumprimento dos objetivos expostos na Constituição em prol da redução das desigualdades e do bem comum.

O norte de garantia de bem-estar e desenvolvimento do indivíduo é traduzido em um modelo de Estado que consolida os **direitos fundamentais** de **primeira** (liberdades negativas), **segunda** (liberdades positivas), **terceira** (direitos difusos e coletivos), **quarta** (direito à participação nas decisões políticas ou respeito às diferenças), **quinta** (direito à paz), **sexta** (direito de buscar a felicidade) e **sétima** (direito à probidade e à boa administração pública) **dimensões** (OLIVEIRA).

De fato, os direitos e deveres individuais e coletivos, podem ser encontrados ao longo de todo o texto constitucional, de forma expressa ou decorrente do regime e dos princípios por ela adotados, bem como em consequência da adesão do país aos tratados e convenções internacionais (LENZA, 2018, p. 1173).

Neste cenário sobressai um modelo constitucional de processo - trata-se de um **sistema de limitação de poder**, imposto pelo próprio Estado de Direito para a preservação de seus valores democráticos e que, como todo sistema, possui um conjunto de elementos que se inter-relacionam, de maneira explícita ou implícita.

## 2. Observações acerca das regras e dos princípios

Didier (2015) chama a atenção para este **eixo central do modelo do processo civil brasileiro**, cujas **normas processuais** ora são **princípios** ora são **regras**. A respeito transcreve o alerta realizado por Rafael Bellem de Lima (2014, p. 52): “*A distinção entre regras e princípios tem grande importância prática. São **normas com estruturas distintas e formas de aplicação próprias**, orientadas por padrões de argumentação específicos, que favorecem o estabelecimento de ônus argumentativos diferentes e impactam diretamente na definição daquilo que deve ser exigido de forma definitiva, por meio da solução jurisdicional*”.

Para Humberto Ávila (2007, p. 180/181), as *regras são normas imediatamente **descritivas**, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos*. Caracterizam-se pela previsão do comportamento.

Enquanto os princípios são *normas imediatamente **finalísticas**, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção*. Caracterizam-se por estabelecer um fim a ser atingido.

Lenza (2018, p. 168), sintetizando os estudos de Canotilho, Humberto Ávila e Barroso, diferencia regras de princípios, destacando que a análise das primeiras ocorre na dimensão de validade, especificidade e vigência, sendo certo que em **um conflito entre regras uma será considerada inválida em detrimento da outra**. Enquanto a análise dos **princípios** se dá da dimensão de importância, peso e valor, através de **ponderação**, balanceamento entre os colidentes, motivo pelo qual **um prevalecerá sobre o outro**.

As definições em questão são fundamentais para evitar interpretar norma por princípio e vice-versa, notadamente porque a análise, a inter-

pretação e a aplicação possuem caminhos diversos, conforme incansavelmente é apontado por Lenio Streck.

### 3. Normas fundamentais do Processo Civil

Da Exposição de Motivos do CPC/2015 constam explicitamente cinco objetivos que orientaram o trabalho da Comissão de Juristas: “**1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.**” (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS, Senado Federal, 2010).

É oportuno salientar que no caminho até ser sancionada, a Lei nº 13.105/2015, que teve início com o Projeto de Lei do Senado de nº 166/2010 (PLS n. 166/10), tramitou na Câmara dos Deputados sob o nº 8.046/2010 (PL n. 8046/10), e contou com cinco anos de audiências públicas, o que permitiu fórum de discussões em modelo reconhecidamente inovador, plural e democrático.

Humberto Theodoro Jr (2017, p. 37) assinala a migração do devido processo legal para um **processo justo**, com efetivo acesso a tutela jurisdicional, dentro de um prazo razoável, e sob a exigência da economia processual, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

E é neste cenário que o CPC/2015 vem a lume, proclamando no art. 1º que “**o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código**”.

Em atenção ao objetivo de *expressar sintonia fina com a Constituição Federal* deflui que os doze primeiros artigos do CPC/2015 pontuam normas fundamentais que se irradiam do texto constitucional, embora tal elenco não seja exaustivo (FPFC, enunciado 369).

### 3.1 Normas fundamentais extraídas da Constituição Federal

O **devido processo legal** (CRFB, art. 5º, inc. LIV) é uma **cláusula geral**, que exerce função organizatória e é responsável pelo *traçado do perfil democrático do processo* e por atrair à órbita das medidas de tutela constitucional certas garantias não caracterizadas como verdadeiros princípios, mas que com ele guardam pertinência (DINAMARCO, 2018, p. 75/76).

Tal cláusula geral deve ser compreendida dentro de um **contexto de evolução histórica** que incorporou garantias mínimas como o contraditório e a ampla defesa, corolários de sua aplicação.

Inicialmente concebida como um requisito de validade da jurisdição penal, estendeu-se à jurisdição civil e, mais recentemente, aos procedimentos administrativos instaurados no âmbito da Administração Pública (CASTRO, 2010, p. 27).

Essa expansão contínua está alinhada com o enunciado que veda o retrocesso em se tratando de interpretação constitucional dos direitos fundamentais.

De mera leitura do art. 5º da CRFB é possível elencar as garantias processuais da inafastabilidade do Poder Judiciário (inciso XXXV); do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (inciso XXXVI); da impossibilidade de tribunal de exceção (inciso XXXVII); da ampla defesa (inciso XV) e da duração razoável do processo (inciso LXXVIII).

No que se refere a aparente dicotomia entre a duração razoável do processo e o devido processo legal, Alexandre Câmara (2017, p. 23) adverte que o sistema se destina a permitir a produção de resultado sem dilações indevidas, daí porque um sistema comprometido com a duração razoável do processo não é uma busca desenfreada pela celeridade processual a qualquer preço. De fato, o amplo debate que deve existir entre os sujeitos do procedimento em contraditório exige tempo. A adequada dilação probatória também exige tempo. Tratam-se de dilações devidas, compatíveis com as garantias constitucionais do processo.

Em outro giro, é preciso destacar que a doutrina enumera **sentido processual** e **sentido substantivo** ao enunciado do devido processo legal.

No viés formal, trata-se de garantia da regularidade do processo por todas as instâncias envolvidas – **garantia da ação e da defesa em juízo**.

Convém transcrever a advertência de Sérgio Mattos (2009, p.119) no sentido de que o *“devido processo substantivo, no direito brasileiro, deve ser entendido como princípio de garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades do Estado, que proíbe que se prejudiquem determinados direitos fundamentais, a não ser por uma justificativa suficiente”* porque lhes compete concretizar o princípio da dignidade humana através do devido processo legal.

A respeito do devido processo substantivo, Didier (2015, p. 70) cita Carlos Augusto de Assis (p. 64/65) segundo quem a jurisprudência do STF pode significar desde proibição de leis que se apresentam de tal forma aberrantes da razão, passando pela exigência de que as leis devem ser elaboradas com justiça, dotadas de **razoabilidade**, de **racionalidade** e devem guardar nexos real e substancial com o objetivo que se quer atingir, de forma que entre dois bens constitucionais contrapostos seja possível identificar no ato impugnado a observância da **adequação**, da **necessidade** e da **proporcionalidade** em sentido estrito.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, 258/259) assinala que no **sentido material** o devido processo legal diz respeito ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas, de forma a evitar a atividade legislativa abusiva, ditando uma interpretação razoável quando da aplicação concreta das normas jurídicas. Destaca, ainda, que a autuação originária era voltada ao poder público, mas que atualmente vem sendo exigido em **relações jurídicas privadas**, com fundamento na vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ainda que podendo ser, no caso concreto, temperada pelo princípio da autonomia da vontade.

Acerca do **acesso à justiça** é sempre oportuno destacar lição de Mauro Cappelletti (1998, p. 8) em que reconhece a dificuldade de definição, mas expõe as duas finalidades básicas da garantia que permite às pessoas reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado: acessibilidade e resultados individuais e socialmente justos. E assim é porque em nada contribui para a pacificação social a previsão de um direito material obstado pelo instrumento que deveria permitir a análise do caso concreto perante o Estado-Juiz.

Nesta linha de ideias, Didier (2015) relaciona como **conteúdo mínimo** das concretizações do devido processo legal a partir da Constituição Federal, além do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV), o tratamento paritário às partes (art. 5º, I), a proibição da utilização das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), a regra de publicidade do processo, ainda que comporte exceções (art. 5º, LX), a garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII), a necessária motivação das decisões (art. 93, IX), a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), a eficiência (art. 37, *caput*), a garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV), a boa-fé processual e a efetividade.

Cassio Scarpinella Bueno (2015, p.53) explicita a **opção política do direito brasileiro**, que realiza previsão expressa de uma **série de princípios do processo**, ainda que, no caso concreto, tenham **incidência conjunta**. Trata-se de garantia para que o intérprete ou aplicador não reduza a amplitude, sob pena de incidir em flagrante inconstitucionalidade.

### 3.2 Normas fundamentais que decorrem da legislação infraconstitucional

A partir dos estudos realizados, os autores elencam **rol que gravita em torno do eixo principal do sistema do devido processo legal**, sendo este o motivo pelo qual são encontradas diferenças entre o apontamento acerca do elenco de princípios entre uma obra e outra.

E assim é que Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2018, p. 83-92) enumera como princípios infraconstitucionais o dispositivo, a oralidade (art. 456, do CPC), a identidade física do juiz (art. 132, do CPC/73), a concentração (art. 365, do CPC), a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias (art. 1009, § 1º, do CPC), a persuasão racional (art. 371, do CPC), a boa-fé (art. 5º, do CPC) e a cooperação (art. 6º, do CPC).

Acerca do **princípio dispositivo** Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, 273/275) assinala que no sistema brasileiro há preponderância do princípio dispositivo. Destaca que na jurisdição contenciosa é correto afirmar que o sistema misto é essencialmente um sistema dispositivo temperado com toques de inquisitorialidade. Exemplifica que no art. 2º há necessidade de provocação do interessado para que exista processo (princípio dispositivo), que será desenvolvido por impulso oficial (prin-

cípio inquisitivo). Enumera que o juiz está vinculado aos fatos jurídicos componentes da causa de pedir (art. 370, caput, do CPC), podendo considerar fatos simples, ainda que não alegados pelas partes (art. 371), ambas características do princípio inquisitivo.

Já Didier (2015), que situa a boa-fé dentro do eixo mínimo do devido processo legal, no art. 3º, I, da CRFB, decorrente do dever fundamental de solidariedade, sustenta tratar-se de uma cláusula geral, razão pela qual as normas sobre litigância de má-fé (arts. 79-81) não seriam exaustivas. Acerca das normas infraconstitucionais, indica (DIDIER, p. 63): o princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo (art. 190, CPC); o dever de observância dos precedentes judiciais (arts. 925-927, CPC); o princípio dispositivo (art. 2º, CPC) e a observância da ordem cronológica das decisões (art. 12, CPC).

Elpídio Donizetti (2017, p. 104) explica acerca do **princípio da instrumentalidade das formas**, que o ato processual ao alcançar a finalidade para o qual foi elaborado será válido, eficaz e efetivo, mesmo que praticado por forma diversa da estabelecida em lei, desde que não traga prejuízo substancial à parte adversa (art. 277, CPC).

Humberto Theodoro Jr (2017, p. 75/78) destaca o **princípio da recorribilidade e do duplo grau de jurisdição**, salientando que a ausência de expressa previsão constitucional não reduz sua importância sob a perspectiva de que um processo democrático e justo deve conter previsão de instância revisora, ainda que possa conviver com hipóteses de competência originária, desde que previamente elencadas.

Alexandre Câmara (2016, p. 427/444) comenta que **o sistema brasileiro de precedentes judiciais** busca assegurar que casos iguais recebam respostas judiciais iguais (isonomia) e conferir maior previsibilidade às decisões judiciais (**segurança jurídica**). Aponta que a jurisprudência serve de base para a uniformização do entendimento (art. 926, do CPC) e adverte que o enunciado de súmula não é precedente, e sim um extrato da jurisprudência de um tribunal. Expõe o Enunciado 455 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: *“uma das dimensões do dever de coerência [é] o dever de não contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação.”*

Cassio Scarpinella Bueno (2015, p.80/81) após indicar vários artigos do Código de Processo Civil que devem ser lidos a partir da ótica constitucional: competência (arts. 42 a 53), inclusive a recursal ordinária, extraordinária e especial do STF e do STJ (arts. 1.027 a 1.041); com as funções essenciais à justiça no Livro III da Parte Geral, em especial seus arts. 103 a 107 (com relação ao advogado), arts. 139 a 143 (com relação ao magistrado), arts. 176 a 181 (com relação ao Ministério Público), arts. 182 a 184 (com relação à advocacia pública) e arts. 185 a 187 (com relação à Defensoria Pública), **advert**e, homenageando Mauro Cappelletti, acerca da necessidade de **eleger conscientemente a Constituição** como “*programa de reforma e como método de pensamento do direito processual civil*”.

## Conclusão

Como visto, os valores da democracia são expressos no texto constitucional e irradiam para todo o sistema, através de um conjunto de elementos que se inter-relacionam.

O Código de Processo Civil de 2015 foi formulado em estrita observância a este **eixo central de modelo garantista do devido processo legal**.

De fato, os princípios constitucionais – quer explícitos, quer implícitos - formam um conjunto de elementos, de **incidência conjunta**, razão pela qual deve o intérprete buscar o mais adequado aproveitamento, conforme as necessidades do caso concreto. Somente assim a atuação estará alinhada com o fim estabelecido na Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil, que é, fundamentalmente, a partir de maior organicidade e coesão ao sistema processual, **assegurar o cumprimento da lei material**.

## Referências bibliográficas:

AVILA, Humberto. **TEORIA DOS PRINCÍPIOS**. São Paulo, Malheiros. 2007. 7ª edição.

BARROSO, Luis Roberto. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Seminário - O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.** Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 30 de nov. 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>

\_\_\_\_\_. **Exposição de Motivos.** Código de Processo Civil. *Lei 13.105/2015.* Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>

BUENO, Cassio Scarpinella. **MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: Inteiramente estruturado à luz do novo CPC.** São Paulo : Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.** 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **DIREITO CONSTITUCIONAL.** 6ª ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 1993 (*versão eletrônica*)

CAPPELLETTI, Mauro. Colab. GARTH, Bryant. **ACESSO À JUSTIÇA.** Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira Castro. **O DEVIDO PROCESSO LEGAL E OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.** 5ª ed. Rio de Janeiro : Forense. 2010.

DIDIER Jr., Fredie, **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: INTRODUÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL CIVIL, PARTE GERAL E PROCESSO DE CONHECIMENTO.** 17ª ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel & LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **TEORIA GERAL DO NOVO PROCESSO CIVIL.** 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2018.

DONIZETTI, Elpídio. **CURSO DIDÁTICO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL** – 20ª ed. rev. , atual. e ampl. – São Paulo Atlas, 2017 (*versão eletrônica*)

**ENUNCIADOS DO FÓRUM DE PROCESSUALISTAS CÍVEIS.** Carta de Florianópolis. 2017, Disponível em: < <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS;** 2ª edição; Ed. Gen/Ed. Forense. São Paulo, 2017.

LENZA, Pedro. **DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO.** 22ª ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

LIMA, Rafel Bellem de. **REGRAS NA TEORIA DOS PRINCÍPIOS.** São Paulo: Maheiros, 2014, p. 52.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **DEVIDO PROCESSO E A PROTEÇÃO DE DIREITOS.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NEVES, DANIEL Amorim Assumpção. **MANUAL DE DIREITO CIVIL – VOL. ÚNICO.** 8ª ed. – Salvador : Ed. JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de Oliveira. **A SÉTIMA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.** Disponível em: < [http://www.data-venia.pt/ficheiros/edicao06/datavenia06\\_p395-418.pdf](http://www.data-venia.pt/ficheiros/edicao06/datavenia06_p395-418.pdf)

RÊGO, Werson (Coord.). **SEGURANÇA JURÍDICA E PROTAGONISMO JUDICIAL. DESAFIOS EM TEMPOS DE INCERTEZAS.** Estudos Jurídicos em Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso; Ed. GZ. Rio de Janeiro, 2017.

SILVA, José Afonso da. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO.** 40ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

THEODORO JR., Humberto. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – Teoria geral do direito processual civil, processo de**

**conhecimento e procedimento comum** – vol. I, 58ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro, Forense, 2017.

ZANETI JR, Hermes. **A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL: FUNÇÕES DE GOVERNO E FUNÇÕES DE GARANTIA IN O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. Ed. Gen/Forense. 2ª Edição. Rio de Janeiro, 2013,.

WERNECK VIANA, Luiz et al. **A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS NO BRASIL**. Rio de Janeiro, Renovan, 1999.

# O princípio da fraternidade como categoria constitucional a influenciar o novo Código de Processo Civil

*Nivaldo Souza Santos Filho*

*Rute Oliveira Passos*

*Flávia Moreira Guimarães Pessoa*

## Introdução

Desde os primórdios da humanidade os conflitos representaram um grande entrave para a convivência humana pacífica. Com o avanço das tecnologias e ciências, o advento da globalização, e ascensão do capitalismo, a situação conflituosa ganhou nova proporção, de forma que na era da comunicação, os humanos parecem ter desaprendido a se comunicar.

Atualmente, os mais diversos problemas abarrotam os tribunais brasileiros, desde desentendimentos entre vizinhos a demandas contra a fazenda pública, de fato a sociedade brasileira se tornou mais complexa e conseqüentemente mais conflituosa, ficando a encargo do poder judiciário de garantir o acesso à justiça, e a efetividade da prestação jurisdicional.

O novo código de processo civil, entra em vigor incumbido das mais diversas esperanças de efetividade de justiça, porém com um papel mui-

to maior, de combater e reeducar uma sociedade extremamente litigante, ressaltando de devemos agir com fraternidade um para com o outro.

Pensar em uma sociedade justa e fraterna a prima facie estabelece uma total congruência com o papel do poder judiciário ao vislumbrar a justiça como fim do exercício do direito. Não obstante, chega a ser paradoxal o fato de alguns juristas ignorarem e discordarem da existência do princípio da fraternidade como categoria jurídica inserida não tão somente na constituição brasileira de 1988, mas refletida em todo ordenamento jurídico pátrio.

O fato é que a Lei 13.105/2015 – o novo código de processo civil, é uma das legislações mais importantes do país – diante de sua abrangência -, que entra em vigor depois da constituinte de 1988, e expressa a todo momento uma mudança de postura na prestação jurisdicional. Pensar que a supracitada questão não demonstra nenhuma relação, e que a transformação legislativa é meramente em função de fatores próprios, ignora completamente toda evolução do direito principalmente em que concerne ao constitucionalismo processual.

Dentre os objetivos sob os quais foi estruturado o código, conforme exposição de motivos no anteprojeto que lhe deu sustentação, fora exposto à necessidade de estabelecer sintonia fina com a constituição em que conforme o primeiro tópico do presente trabalho verifica-se que a simbiose entre o direito constitucional e processual é recente e em evolução, sustentando-se que a constitucionalização do novo código de processo civil culmina pelo estabelecimento de uma cultura fraternal de resolução de conflitos.

A problemática insere-se em torno da transformação cultural que envolve o novo código de processo civil, inserção de instrumentos processuais de resolução de conflitos e combate à morosidade, pelo CPC/2015, questionando-se de que forma tais institutos refletem o princípio da fraternidade, em que a efetivação do Acesso à Justiça demonstra-se como consequência de uma reforma fraternal da legislação.

Denota-se, portanto, a complexidade do conceito de acesso à justiça, acolhendo-o como “requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”. (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12-13).

A importância do estudo sustenta-se no avanço da ciência Processual Civil e na eficácia dos métodos de resolução de conflitos e criação de precedentes, inseridos pela lei, tendo como norteador o estabelecimento de uma transformação fraternal que combata o individualismo. A preocupação, portanto, gira em torno de identificar de que modo a fraternidade é consubstanciada no novo código de processo civil, percebendo-se as consequências dessa mudança cultural proposta na norma.

O estudo se baseia no método dialético, utiliza-se da coleta de dados através de pesquisa documental, leis, decisões judiciais, revisão teórica bibliográfica, revistas, publicações em periódicos e artigos científicos.

Convém dispor desde logo, que dado o pouco tempo de vigência do código, o trabalho se encontra em fase de desenvolvimento, com singelas indicações para a obtenção da resposta à problemática estabelecida, de forma que verdadeiramente só o tempo confirmará que a inserção do princípio da fraternidade no novo código de processo civil, logrou êxito ao criar nova cultura de resolução de conflitos que rompa com o individualismo e guerra travada no litígio, apresentando ainda que de forma precoce, que tal modificação dependerá muito menos da lei, mas sim da forma como será posta em prática.

## 1. A fraternidade como fruto da constitucionalização do Direito Processual

Segundo Madeira (2014, p.310), Couture foi entre os processualistas de matriz romano-germânica, um dos primeiros a propor, de forma clara e direta, uma revisitação completa do direito processual sob um viés constitucional, assimilando parte da tradição da *common law*, rumo a uma compreensão democrática do processo, o que ainda está em curso em pesquisas de todo o mundo.

Para Couture (1958, p. 9), a ideia de processo chega por confrontação com outras soluções possíveis para dirimir conflitos de interesses com relevância jurídica. O processualista uruguaio, em sua principal obra *Fundamento del Derecho Procesal Civil*, faz alusão ao direito processual constitucional. Couture observa ainda a jurisdição não somente como um poder do Estado, mas sim como uma função, um dever do

Estado. De mesmo modo, enfatiza a ação como direito constitucional de petição, demonstrando a necessária interligação dos outros ramos do direito a tutela constitucional.

Entre os escopos listados na exposição de motivos do anteprojeto de lei que deu origem ao novo código de processo civil, está como o primeiro deles, o de estabelecer sintonia fina com a Constituição, objetivou-se que as alterações mais expressivas do sistema processual estivessem ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal (BRASIL, 2010).

Diante do contexto apresentado, verifica-se que a proposta de estabelecimento de uma nova cultura de resolução de conflitos afirma-se também como fruto da constitucionalização do processo. Entende-se que a fraternidade e o acesso à justiça na condição de princípios constitucionais, foram vetores dominantes no processo de criação de um novo código de processo civil menos individualista, mais eficaz, acessível e garantista dos preceitos constitucionais.

Em seu primeiro capítulo, o código elenca as normas fundamentais do processo civil, em mais uma prova de evidente harmonia com a constituição, não se trata de cópia constitucional, muito menos dispositivos fictícios sem qualquer função prática, a opção legislativa remete que a constituição é e deve ser o ponto de partida hermenêutico de interpretação do processo civil brasileiro.

Evidencia essa tendência, o novo Código de Processo Civil, ao conferir grande importância aos princípios fundamentais do processo, característica visível não apenas nos primeiros artigos, mas, na verdade, em todo o texto, especialmente quando se percebe que o conteúdo destes princípios servirá de premissa interpretativa de todas as técnicas trazidas na nova legislação (THEODORO JR.; NUNES; BAHIA, 2015, p.46).

Durante as discursões quanto aos vetores da legislação, fora atenuado que, “a efetividade do acesso à Justiça deve continuar sendo alvo de nossas lutas, o que deve ocorrer é uma ampliação dos canais de obtenção da satisfação do jurisdicionado, não devendo haver restrições” (BRASIL,2010).

Percebe-se claramente que o acesso à justiça não deixou de ser uma preocupação ao judiciário brasileiro, demonstrando-se como parâmetro para elaboração do código e inserção dos novos institutos a

garantirem a efetivação da prestação jurídica. Não coincidentemente, as maiores alterações do código foram em relação a garantia do acesso à justiça, no incentivo a conciliação e mediação de conflitos, e na inserção de um sistema de precedentes no Brasil.

Não obstante, as significativas mudanças retratadas, implicitamente acabaram por propagar o rompimento com o individualismo e disseminar o princípio constitucional da fraternidade, como vetor dominante do novo código de processo civil, como será comprovado nos tópicos seguintes. Buscou-se estabelecer sintonia com a constituição não somente em relação ao acesso à justiça, mas com o espírito fraterno constitucional de resolução de conflitos, de modo que a celeridade nunca poderá ser o motivo a ensejar a transformação cultural proposta, já que essa visa mais a quantidade que a qualidade da prestação jurisdicional.

## 2. Fraternidade como categoria jurídica no novo Código de Processo Civil

O processo é o meio pelo qual as pessoas conseguem garantir e efetivar seus direitos, daí a relevância de uma legislação como o código de processo civil que rompe com a cultura do litígio para ensejar uma cultura fraterna de autocomposição e uniformização de jurisprudência. É preciso salientar que tal modificação não foi de um todo fraterna, pois fora nitidamente influenciada pela incapacidade do judiciário dar soluções em tempo hábil.

Desde o desenvolvimento das emblemáticas ondas de Capelletti<sup>2</sup>, a morosidade processual já se apresentava como grande entrave ao acesso à justiça. De mesmo modo, durante toda tramitação do código e em sua exposição de motivos, afere-se que as mudanças foram fundamentadas como essenciais também em efetivação a duração razoável do processo, já que um sistema de precedentes além de garantir segurança jurídica e uniformidade estaria também vinculando casos que não mais necessitariam passar pelo crivo jurisdicional de forma detalhada.

A célebre frase de Rui Barbosa ao constatar que justiça tardia nada mais é que injustiça institucionalizada, demonstra que a morosidade

---

2. Referência a Obra: CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

processual constata-se como um dos maiores atentados ao acesso à justiça, esse encarado nesse viés não enquanto o acesso ao ingresso judicial, mas quanto a prestação jurisdicional em tempo razoável.

Nesse sentido o paradoxo entre consequência e finalidade é estabelecido, que conforme preceitua Rebouças (2012, p. 153) a celeridade é um argumento que, de tão contrastante e usualmente vulgarizado, acaba por confundir finalidade e consequência. Se pensarmos em acesso à justiça, a finalidade não seria desafogar, mas garantir direitos, resolver conflitos, harmonizar e pacificar a sociedade.

Sem dúvidas a situação ora referida foi crucial para obtenção da alteração legislativa, não tendo o legislador proposto uma mudança cultural ao acaso. Independentemente dos motivos que consubstanciaram a mudança, o que importa é que ao tomar tal decisão fundamentou a inserção dos novos mecanismos como aliados ao verdadeiro acesso à justiça, que uma vez colocados em prática de forma qualitativa e não quantitativa, refletem o estado fraternal.

Carlos Augusto Alcântara Machado (2013, p. 67), frisa que mais que indivíduos somos pessoas, e como tais, irmãos, pois somos concebidos com idêntica dignidade. Em sendo assim a dignidade da pessoa humana resguarda a visão secularizada da irmandade, não irmãos por filhos do mesmo Deus, mas sim pela comum dignidade.

Para Clara Machado (2017, p. 47), a fraternidade proclamada conjuntamente à liberdade e à igualdade no contexto da Revolução Francesa (1789), é ideal político essencial na consolidação da modernidade. Salientando a jurista que diferentemente do que ocorreu com os outros dois princípios da divisa revolucionária, que tiveram reconhecimento político e jurídico, a fraternidade não restou a mesma sorte por diversos fatores elencados e esclarecidos em sua obra<sup>3</sup>.

Dada a falência do estado puramente liberal e social, surgem diversos estudos para concretizar a fraternidade como categoria jurídica, sendo esse mais um que confirma a influencia da fraternidade em sentido de norma princípio no novo código de processo civil. Utilizando-se do trabalho desenvolvido pelo constitucionalista Robert Alexy,

---

3. Referência a obra: **O princípio jurídico da fraternidade**: um instrumentos para a proteção dos direitos transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

frisa-se que a fraternidade se manifesta no novo Código de Processo Civil como mandamento de otimização, “uma norma que ordena que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 1971, p. 90).

Consoante Clara Machado, “compreende-se que a fraternidade possui natureza normativa principiológica, na medida em que está no nível reflexivo da ordem jurídica, servindo tanto para construção hermenêutica de outras regras, bem como para ordenar, em razão do seu caráter deôntico, que algo seja concretizado, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes”<sup>4</sup>. Assim, a fraternidade é absorvida pelo ordenamento jurídico brasileiro no preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

A regra de ouro do princípio da fraternidade preceitua que “deve-se fazer ao outro o que se gostaria que fosse feito a si próprio”, para Munir Cury, a afirmação manifesta-se como raiz do comportamento profissional que se expande e penetra em todos os setores, irrigando-os, fertilizando-os, fermentando-os e transformando-os em benéficos resultados para a convivência humana (CURY, 2013).

Nesse ínterim desenvolve-se uma cultura fraterna de resolução de conflitos no novo código de processo civil, de forma que como veremos mais especificamente a seguir, a uniformização de jurisprudência e a autocomposição confirmam a categorização jurídica da fraternidade.

## 2.1 A uniformização da jurisprudência como instrumento de fraternidade

Convalescendo o nascedouro cristão da fraternidade, já ilustrado anteriormente, Celso Lafer (2001, p. 119) em diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, assiná-la que o cristianismo por intermédio da evangelização, enfatiza a ideia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto, no plano espiritual.

Afere-se da proclamação de Celso Lafer, em referência aos escritos de Paulo de Tarso, a proposta cristã da fraternidade universal, que por sua vez ultrapassa a igualdade para a fraternidade. O trecho citado em sua integralidade, destaca nas palavras de Lafer (2001, p. 119), a contri-

---

4. *Ibidem*, p. 65.

buição do cristianismo como um dos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos, pensamento que remeto a efetivação do acesso à justiça referenciado por Capelletti e Garth (1988, p. 12), como o mais básico dos direitos humanos.

O sistema de precedentes é trazido para o Brasil visando combater a chamada “jurisprudência lotérica”<sup>5</sup>, a divergência e insegurança jurídica proclamada dentro das cortes brasileiras. A necessidade de uniformização da jurisprudência, foi prelecionada como medida efetiva de garantia do acesso à justiça, já que garantir o princípio nesse sentido seria evitar que pessoas com demandas semelhantes tivessem uma resposta diferente do poder judiciário. Não restam dúvidas que ao promover o acesso à justiça o legislador conseqüentemente afirma a fraternidade como categoria jurídica no novo código de processo civil. Em sendo assim, demonstra-se necessário analisar especificamente a influência fraternal na uniformização de jurisprudência.

Passada a alusão da visão cristã da fraternidade, retornando a sua solidificação secularizada e jurídica, se todos são iguais em dignidade, devendo ser fraternos entre si, como pôde por tanto tempo o poder judiciário admitir que a prestação jurisdicional fosse alheia a sorte e que não se existisse uma uniformidade das decisões judiciais?

Esse questionamento perdurou por muito tempo sem resposta na cabeça dos brasileiros, que não conseguiam compreender a mutabilidade de decisões judiciais, como se a lei fosse relativamente maleável ao uso do julgador, ocorrendo que a imprevisibilidade de decisões judiciais atenuou para o incrédulo das pessoas no seu sistema de justiça.

A militância pela estabilidade das decisões judiciais manifesta-se pela construção da confiabilidade e previsibilidade da prestação jurisdicional. Conforme Canotilho (2000, p. 256), O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.

---

5. [...] quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado. (CAMBI, 2001, p. 110)

Para Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 2308), o novo Código evidencia a preocupação com a coerência das decisões judiciais, sendo essa de suma importância para a garantia de credibilidade, autoridade e de fortalecimento da segurança jurídica como elemento nuclear da proteção da confiança. Assim, a liberdade do juiz ao julgar não fica apenas submetida à lei, mas também ao entendimento anteriormente construído.

Nesse cenário de incertezas e imprevisibilidade, coube ao novo código de processo civil a aproximação entre o *civil law* e o *common law*<sup>6</sup>, por intermédio do seu *stare decisis*, no novo Código de Processo Civil, garantindo-se isonomia e segurança jurídica, especialmente no que se refere à criação de precedentes judiciais que visam a coerência nas decisões judiciais e a recuperação da confiabilidade dos brasileiros no Poder Judiciário.

O apelo pela segurança à jurídica no art. 926 do Código, preceituando que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a, estável, íntegra e coerente (BRASIL, 2015), remete ao sentido fraterno no combate à imprevisibilidade das decisões judiciais dentro do mesmo tribunal, relembrando que é dever do judiciário posicionar-se de forma equânime a todos, pois todos são iguais em dignidade.

Correspondendo ao raciocínio levantado, Lenio Streck e Georges Abboud (2015, p. 179), afirmam que o processo civil quando observa a integridade e coerência no seu desenvolvimento, deve ser associado a um verdadeiro jogo limpo. Nessa perspectiva a integridade quer dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do direito um “jogo limpo”.

Todavia, malgrado o reconhecimento positivo da reforma legislativa na garantia dos motivos anteriormente expostos, acentua-se pela cautela na utilização dos instrumentos processuais uniformizadores de jurisprudência, dada a relevância e vinculação de seu uso, alertando-se que assim como na conciliação e mediação, caso os institutos sejam interpretados de forma errônea, e a celeridade venha a ser a finalidade de seu uso, ao invés de construir uma cultura fraterna de resolução de conflitos, estaria por edificar uma barreira contra o efetivo acesso à justiça.

---

6. Tradições jurídicas diferentes definidas por institutos e conceitos próprios a cada um dos sistemas (MARINONI, 2013, p. 21).

## 2.2 A mediação e conciliação como instrumentos de fraternidade

Munir Cury (2013, p. 7) consubstancia a consolidação da fraternidade por um nobre ideal de fazer do direito instrumento de paz e concórdia, introduzindo no litígio característico do processo, a maior parte das vezes marcado pela mágoa, pelo ódio, pelo desejo de vingança ou mesmo pela sádica retaliação, o fermento da possível sociedade justa e fraterna.

“A meta da lei é a paz. A forma de obter isso é a guerra” (Ihering, 2000, p. 53). Por muito tempo a figura do processo foi atrelada a ideia de guerra, briga e conflito, pensar que o fim do direito seria a paz conforme o clássico de Rudolf Von Ihering<sup>7</sup>, tornou-se com todo respeito a obra imortal, um pensamento ingênuo e inconsistente. Ihering não estava errado quanto ao fim do direito ser a paz, porém a sensação é que no meio dessa construção da ciência jurídica, a aplicação prática e técnica se desvirtuou do que fora concebido.

Ainda quanto a Ihering, ressalta-se que um dos seus principais escritos intitula-se “A luta pelo Direito”, abrindo conotação para duas interpretações, seja o direito adquirido como processo de luta social, militância democrática, ou seja o direito materializado pelo processo encarado como uma luta e guerra onde se necessite de uma paridade de armas.

Falar em paridade de armas, de ir ao processo “armado”, faz correlação com uma corrida bélica, é preciso se preparar para a o conflito, e assim o direito construiu a cultura negativa do conflito encarado como situação de combate. Prefiro acreditar que não mais pensemos na guerra como fim para paz, até porque a história nos mostra que as consequências de tal pensamento apresenta-se como uma ruptura com os direitos humanos<sup>8</sup> catastrófica.

No mesmo escrito, Ihering (2000, p. 72) fala da construção de um cultura de guerra processual, sujeitando que às vezes o cliente é movido pela mania miserável do litígio, o puro gosto de brigar, o desejo irresis-

---

7. Referência a obra “A luta pelo Direito”; IHERING, Rudolf Von. A luta pelo Direito. São Paulo: Martin Claret, 2000.

8. Alusão a obra de Hannah Arendt , “ A condição Humana”. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

tível de infligir dor no seu oponente, mesmo quando se sabe que o custo a ser pago será maior do que o custo do seu oponente.

Nesse contexto, é possível extrair a desvirtuação do exercício do direito e do processo, o direito não pode se deixar ser objeto da guerra, de modo que a prestação jurisdicional tem e deve ter o objetivo de resolver e não criar conflitos. De mesmo modo, percebe-se que é uma ilusão que hoje o processo consiga realmente solucionar completamente litígios, pois o caso que passa pela cognição do magistrado tão somente é uma pequena parte do conflito.

Tal fato fica facilmente notório em ações de família, onde no processo de cognição, por exemplo, apresenta-se como questão meramente uma ação de alimentos, quanto na verdade o conflito envolve diversos interesses e sentimentos subjacentes a questão principal que não chegarão ao conhecimento do estado juiz. O magistrado acaba ficando preso aos pedidos da inicial, desconhecendo, por exemplo, diversos fatores subjetivos que envolvem aquele caso, como de uma traição, abandono afetivo, ausência de diálogo pelas partes de forma geral.

Proferida a decisão, a questão é solucionada, porém o conflito não, as partes continuam repletas de mágoa, sendo o sentimento de injustiça vetor dominante do seu ser. Ao que logrou êxito na ação não existe paz, mas na verdade o sentimento vingado de conseguir ferir o sucumbente. O perdedor da ação por sua vez, sai da sala de audiência com o desejo sádico de retaliação ilustrado por Cury. Estaria desse o modo o judiciário realmente resolvendo litígios ou mais uma vez afundado na sua soberba de poder?

Assim como na peça grega *Antígona* de Sófocles<sup>9</sup> (séc. V a.C.), que demonstra o dualismo entre leis escritas e não escritas, a figura do Estado personificada por Creonte assemelha-se com o poder judiciário que demorou a entender que talvez a decisão jurisdicional não seja a melhor solução para um conflito. Creonte em sua tirania demonstrou que duro é ceder (p. 76), em relação a uma decisão que havia proferido, rebatido por seu filho Heron ao pronunciar que para o homem, ainda que seja sábio, aprender continuamente e ser flexível não é vergonhoso (p. 51), em que

---

9. Intelectual da antiguidade clássica. SÓFOCLES. *Antígona*. Rio de Janeiro: L&PM POCKET, 2017.

Antígona afirma que a tirania, entre muitas outras vantagens tem o privilégio de fazer e dizer o que lhe apraz (p. 37).

Os métodos de autocomposição alternativos a jurisdição encontraram óbvia resistência do poder público, de modo que não ter o poder decisório em suas mãos é um atentado a vaidade do cargo de juiz. Ocorre que esses métodos trabalham como pressuposto de que as partes são os agentes mais propícios a resolver aquele dissenso, já que são os interessados na solução, de modo que a decisão construída por ambos é mais satisfatória que a imposta por um terceiro que seria o estado juiz.

Tanto na conciliação como na mediação, trabalha-se com a flexibilidade de posturas, partindo de uma escuta ativa do outro, relembando as partes que a comunicação é inerente a condição humana, e que por vezes alguns ruídos geram interferências. A busca do consenso é verificada como princípio dos institutos, afastando-se o conflito da pessoa, já que é comum atribuir o problema a existência do outro.

Não há nada mais fraterno que se colocar no lugar do outro, em que a utilização da técnica confunde-se facilmente com a regra de ouro da fraternidade. Como bem preceitua Carlos Augusto Alcântara Machado (2013, p. 67), a regra de ouro da fraternidade enuncia um princípio geral de convivência, de não fazer ao outro o que não gostaria que fosse feito a si.

Outrossim, o código expõe a todo momento o incentivo a autocomposição, frisando em seu livro 1 que trata das normas fundamentais do processo civil em seu Art. 3º que versa em efetivação e alusão a previsão constitucional do Acesso à Justiça, que o estado promoverá, sempre que possível a solução consensual de conflitos, indo ainda mais além, que juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público deverão estimular a conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos inclusive no curso do processo (BRASIL, 2015).

A conciliação e mediação efetivam-se como instrumentos do princípio da fraternidade, consolidando a categoria jurídica do princípio em comento também na legislação infraconstitucional e com aplicação prática evidente. Em sendo assim, não restam dúvidas quanto a mudança de postura proposta pela legislação, não uma mudança qualquer, mas uma verdadeira transformação cultural de combate ao litígio, visando a todo momento uma solução consensual e conseqüentemente fraterna.

## Considerações finais

Como evidenciado na introdução, os principais objetos do estudo em desenvolvimento, foram os métodos de autocomposição e o sistema de precedentes, que significam ainda pauta constante de debates em torno do novo código de processo civil. Porém, em que pese a mudança mais expressiva proposta pelos institutos referidos, outras modificações no processo brasileiro significam que o processo já não é mais o mesmo, individualista e incentivador da lide.

De forma risível o processo civil que tinha função de resolver conflitos acabava por fazer nascer novos litígios. A primazia da análise de mérito por exemplo, é fator relevante no combate a essa situação que virou costume nas cortes brasileiras, de maneira que o magistrado pretendendo atingir suas metas, acabava por encerrar processos mesmo sem a análise do mérito a qualquer custo.

O art. 6º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, ilustra claramente uma postura colaborativa e de participação, ao reverenciar que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si (Brasil, 2015), pensar em um processo onde autor e réu cooperem entre si para chegar a solução efetiva da forma mais rápida possível, representa um acolhimento claro do princípio da fraternidade, não se trata somente do agir com boa fé, mas que o legislador optou por subscrever a necessidade de cooperação e nesse caso fraternidade.

O dever de devida fundamentação das decisões judiciais combatendo a mera referência a dispositivos legais, também concorre na militância de uma sociedade fraterna, prevendo por decisão devida a que se possa ser entendida. Um convite ao magistrado para se colocar no lugar das partes e perceber como ele iria querer que fosse sua decisão, no caso, devidamente fundamentada.

A conclusão que aqui se chega é no sentido de que a problemática aqui apresentada se encontra muito menos na norma e mais na sua aplicação, ou seja, o sucesso ou o fracasso da inovação processual dependerá, possivelmente, muito mais dos operadores do direito do que dependeu do legislador processual.

A busca pela sociedade fraterna é um caminho árduo, dificultoso, assim como tudo na ciência jurídica passível das variáveis e subjetividades das ciências que tem o homem como objeto de estudo. O indivíduo é complexo em si, e mais ainda em sociedade, em meio a isso temos sinais que a caminhada está sendo legitimada e incorporada por legislações como a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que não é de um todo fraterna, seria ingenuidade pensar como tal, porém até mesmo acidentalmente, objetivando atingir números de efetividade, acabou por instaurar uma cultura fraterna de resolução de conflitos. Para tanto, um começo.

## Referências

- ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales como derechos subjetivos**. In: Teoría de los derechos fundamentales, Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1971.
- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**, Trad. de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.
- \_\_\_\_\_. **As Origens do Totalitarismo**, Trad. Roberto Raposo. 10. Ed. Rio de Janeiro: Companhia de Letras, 1979.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.
- \_\_\_\_\_. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Almedina, Coimbra, 2000.
- CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência Lotérica**. Vol. 786/2001. p. 108 – 128. São Paulo: RT, 2001.

- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINGOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- COUTURE, Eduardo J.. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.
- DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno (coords). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2016.
- IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- LAFER, Celso. **Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2001.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica: fundamentos e alcance**. Curitiba: Appris Editora, 2017.
- MACHADO, Clara. **O princípio jurídico da fraternidade: um instrumento para a proteção dos direitos transindividuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação jurídica (in)compatibilidades entre a tópica e o processo**. Curitiba: Jaruá, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_. **A ética dos Precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- \_\_\_\_\_. **Julgamento colegiado e precedente**, vol. 264/2017. São Paulo: RT, 2017..

PIERRE, Luiz A.A.; CERQUEIRA, Maria do Rosário F.; CURY, Munir; FULAN, Vanessa R.. **Fraternidade como categoria jurídica**. São Paulo: Cidade Nova, 2013.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Tramas entre subjetividades e direito: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SÓFOCLES. **Antígona**. Rio de Janeiro: L&PM POCKET, 2017.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Aledrandre Melo Franco; Pedron, Flávia Quinaud. **Novo CPC. Fundamentos e Sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

# O processo coletivo brasileiro e as comunidades indígenas

*Gláucia Maria de Araújo Ribeiro*  
*Raffaela Cássia de Sousa*

## Introdução

Os povos indígenas presentes no território nacional possuem cultura, costumes e organizações próprias. São constituídos por diversas etnias cada qual fazendo uso de uma linguagem específica e encontram-se distribuídos por vários Estados do território nacional.

A Constituição Federal (CRFB) reconheceu, desde 1988, a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições desses povos e, não obstante os denomine genericamente de “índios”, em capítulo que lhes é especialmente dedicado, não significa que eles representam povo único. Os povos indígenas agregam uma cultura rica e uma diversidade de ritos, crenças e forma de organização social. Cada comunidade possui modos de vida, vestimenta, cerimônias e cultos diferentes e estruturados conforme seus costumes. São, portanto, povos complexos, cujas especificidades merecem tratamento adequado pela legislação nacional.

Por vezes, as comunidades indígenas necessitam da defesa judicial de seus direitos e o processo coletivo brasileiro é o meio utilizado. Assim, o ingresso perante o Poder Judiciário é feito através de legitimados extraordinários que atuam nas demandas de direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos.

Ante a diversidade dos povos indígenas, este artigo buscará analisar a necessidade de uma representatividade adequada nas demandas coletivas que pleiteiam direitos relativos a essas comunidades.

## 1. O processo coletivo brasileiro

A ação coletiva é uma demanda para tutelar judicialmente direitos de uma coletividade ou de um grupo. Através dessa ação, busca-se alcançar ou efetivar direitos e afastar ou inibir ameaças.

Nas ações coletivas, o direito discutido não tem matriz individual, no sentido de pertencimento a única pessoa. Ao contrário, nesse tipo de ação o direito é perseguido por um grupo de pessoas e pode fundar-se em uma origem comum, quando então são considerados direitos individuais homogêneos; pode ser transindividual e tutelado por um grupo, nesse caso sendo considerado um direito coletivo quando seus membros estão ligados por uma relação jurídica base; ou pode ter natureza difusa, ou seja, também é transindividual, mas seus titulares são pessoas indeterminadas<sup>10</sup>.

Assim, tradicionalmente, o processo coletivo brasileiro é estruturado em direitos individuais homogêneos, direitos coletivos e direitos difusos<sup>11</sup>. O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) traz essa classificação em seu artigo 81, parágrafo primeiro, incisos I a III e é considerado um marco importante no sistema brasileiro de tutela coletiva.

No Brasil, não existe um código de processo coletivo, de forma que, quando uma demanda desse tipo é proposta, o procedimento utilizado para condução e instrução é a norma processual civil brasileira e a legislação específica.

No âmbito do Poder Legislativo, a tentativa de introduzir norma processual coletiva no ordenamento jurídico nacional foi o Projeto de Lei n. 5.139/2009 que estabelecia o processo coletivo da ação civil pública. O

---

10. Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

11. Edilson Vitorelli, em sua tese de doutorado “O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional” propõe classificação diferente dos litígios coletivos em litígios coletivos globais, locais e irradiados. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40822/R%20-%20T%20-%20EDILSON%20VITORELLI%20DINIZ%20LIMA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 ago 18.

referido Projeto não obteve aprovação no âmbito da Câmara dos Deputados, tendo o parecer vencedor sido pela rejeição do mérito<sup>12</sup>.

O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), não obstante ser datado de 16 de março de 2015 e ter entrado em vigor em 18 de março de 2016, não trouxe normas específicas sobre processo coletivo. O novo Código chega a tratar de pequenos temas relacionados a processos coletivos, como o artigo 139, inciso X, que prevê que o juiz deve oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e outros legitimados, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, para que possam propor a respectiva ação coletiva; e o artigo 565 que prevê que, no caso de litígio coletivo pela posse de imóvel, deverão ser intimados o Ministério Público e a Defensoria e chamados para a audiência os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, do Estado ou do Distrito Federal e de Município para se manifestarem no processo sobre a possibilidade de solução para o conflito possessório.

Outro avanço importante foi a previsão expressa de participação do *amicus curiae* no art. 138 do Código de Processo Civil (CPC)<sup>13</sup>. Antes dessa previsão, a admissão do *amicus curiae* era comumente utilizada nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade e na ação de descumprimento de preceito fundamental (Lei n. 9.869/1999 e Lei n. 9.882/1999). Com a previsão expressa no CPC, ampliou-se a participação do *amicus curiae* no processo como

---

12. BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n° 5.139 de 2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=97313A76081DE06C3AD6FFCCEEE78939.proposicoesWebExterno2?codteor=754582&filename=Tramitacao-PL+5139/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=97313A76081DE06C3AD6FFCCEEE78939.proposicoesWebExterno2?codteor=754582&filename=Tramitacao-PL+5139/2009)>. Acesso em: 8 set 18

13. Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1o A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3o. § 2o Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3o O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

forma de trazer aos autos elementos adicionais para colaborar com a decisão do órgão jurisdicional.

Apesar de não ser instituto específico de tutela coletiva, a participação do *amicus curiae* é ainda mais relevante nas ações coletivas, vez que se referem a demandas que afetam um grande número de pessoas e a contribuição argumentativa de pessoa natural ou jurídica, que, não obstante não seja parte no processo, tem elementos científicos, doutrinários ou ideológicos aptos a colaborar com uma melhor compreensão do assunto.

A norma processual civil de 2015 também introduziu o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976) como instrumento para identificação de casos que se multiplicam no Poder Judiciário. O objetivo do instrumento é uniformizar o entendimento sobre determinado assunto e conceder mais segurança jurídica às partes.

O CPC, antes de sua publicação, trazia um capítulo sobre a conversão da ação individual em coletiva que, no entanto, foi vetado pelo Presidente da República. O objetivo desse instrumento era identificar as demandas repetitivas e transformá-las em ações coletivas para promover o mesmo tratamento entre aquelas com assuntos semelhantes, aumentando a eficiência do Poder Judiciário.

As normas do CPC de 2015, mesmo diante de pequenos avanços quanto a menções sobre tratamentos de demandas coletivas, ainda se revestem de natureza eminentemente individual. O CPC é estruturado e fundamentado com base em um processo individual, em que se discute o direito de uma parte em face de outra.

Em demandas individuais, aqui entendidas como aquelas não coletivas, a estrutura do processo civil atual é iniciada com a postulação em juízo através da petição inicial, a citação da parte contrária para audiência de conciliação ou para apresentar contestação, a instrução probatória, com posterior razões finais, e a sentença; encerrando-se, assim, a atividade de conhecimento do juiz no primeiro grau de jurisdição. Contudo, quando se trata de demandas coletivas, esse procedimento não se mostra suficiente e carece de algumas adequações.

No processo coletivo, as demandas não são apresentadas por todo o grupo ou por toda a coletividade atingida. Se assim o fosse, um dos polos da relação processual estaria extremamente saturado pela quantidade de

indivíduos e as intimações demandariam enorme dispêndio de tempo para serem feitas, além do que a instrução probatória estaria comprometida pela quantidade demasiada de litigantes, prolongando excessiva e desnecessariamente o tempo do processo. Por isso, em sede de ações coletivas, a legislação confere legitimidade para que determinados órgãos ou representantes possam atuar no processo substituindo a coletividade afetada e conferindo maior celeridade ao caso.

A legitimidade *ad causam*, ou seja, a legitimidade para apresentar a ação perante o Poder Judiciário, pode ser considerada ordinária ou extraordinária. No primeiro caso, “se atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute uma situação jurídica que se afirma titular”<sup>14</sup>. No segundo caso, há legitimidade extraordinária “quando se atribui a um ente o poder de conduzir validamente um processo em que se discute situação jurídica cuja titularidade afirmada é de outro sujeito”.<sup>15</sup> A legitimidade extraordinária representa, portanto, a concessão de autorização legal para que pessoas ou órgãos defendam e pleiteiem interesses do grupo que representam.

É nesse sentido que a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), em seu artigo 5º, e a Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009), em seu artigo 21 para o caso de mandado de segurança coletivo, conferem legitimidade extraordinária para que determinados órgãos e entidades possam defender em juízo, em nome próprio, direitos de outrem.

Ainda que a legitimidade extraordinária seja necessária para a boa condução do processo, a legislação coletiva atual praticamente se esgota neste ponto em termos de normas processuais, passando o processo a ser conduzido por normas de natureza individual, previstas no CPC.

A problemática da legitimidade extraordinária se insere na escolha da demanda a ser defendida pelo substituto. Não há norma processual que exija a demonstração, antes da propositura da ação, de consulta feita ao grupo interessado sobre o interesse em ingressar no Poder Judiciário, sobre as estratégias processuais e a extensão do pedido. Não é

---

14. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 11 ed. Salvador: Jus Podium, 2017, p. 190.

15. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 11 ed. Salvador: Jus Podium, 2017, p. 190.

requisito da ação coletiva a comprovação da adequação entre o pedido feito em juízo pelo legitimado extraordinário e os interesses reconhecidos da comunidade interessada.

Nem o CPC nem a legislação coletiva brasileira preveem a oitiva da coletividade interessada antes da propositura da ação, não permitindo um controle efetivo da adequação do pedido feito em juízo com os interesses e necessidades externados pela comunidade. Assim, da forma como está estruturada a tutela coletiva nacional, não há previsão para que a coletividade interessada possa exprimir suas vontades e interesses, seja antes de o processo se iniciar, seja durante a sua tramitação:

Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar suas vontades ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção dos direitos individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela dos direitos individuais em sentido estrito. E, mais grave, a dita “representação” feita pelo legitimado para a tutela coletiva é mais aparente do que real. Com efeito, um agente do Ministério Público, por exemplo, pelo simples fato de sê-lo, está inquestionavelmente legitimado à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo e, em consequência, passa a ter a prerrogativa de dizer – sem sequer ser obrigado a consultar qualquer membro da comunidade ou da coletividade como um todo, ou mesmo sem nem mesmo dar a oportunidade a esses grupos ou à sociedade de manifestar-se previamente – aquilo que a sociedade precisa, deseja ou exige. Paradoxalmente, portanto, o processo coletivo aliena exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desse grupo. E faz tudo isso seguindo a mesma lógica da tutela individual, ou seja, seguindo um processo bipolarizado, onde necessariamente se veem posições antagônicas em que uma deve prevalecer sobre a outra<sup>16</sup>.

---

16. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos Estruturais no Direito Brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Disponível em: <<http://revistadeprocessocom->

Não obstante a natureza do processo coletivo de tutela de direitos de um grande número de indivíduos, ele ainda está fundado na mesma principiologia dos direitos individuais:

Paradoxalmente, portanto, o processo coletivo aliena exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos. E faz tudo isso sob a mesma ótica da tutela individual, ou seja, segundo um processo bipolarizado, onde necessariamente se veem posições antagônicas, em que uma deve prevalecer sobre a outra.

A lógica individualista do processo coletivo é tão forte que muitas vezes sequer se percebe a submissão desse tipo de processo à mesma principiologia dos processos individuais.<sup>17</sup>

O processo coletivo atual não contempla meios para que os próprios interessados definam se o recurso ao Judiciário é o melhor caminho para a resolução do problema enfrentado ou se via administrativa ou legislativa seriam alternativas mais viáveis para pleitear o direito almejado. Ademais, não há instrumentos para que os povos, cujos direitos são discutidos na demanda coletiva, possam eleger os objetivos e estratégias do processo.<sup>18</sup>

No caso das demandas coletivas envolvendo direitos indígenas, essa ausência de manifestação da comunidade interessada é ainda mais preocupante, ante a diversidade e complexidade cultural desse povo. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), além de prever, em seu artigo 6º, o importante instrumento da consulta, traz tam-

---

parado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 18 ago 18.

17. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos Estruturais no Direito Brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Disponível em: <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>>. Acesso em: 18 ago 18.

18. LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40822/R%20-%20T%20-%20EDILSON%20VITORELLI%20DINIZ%20LIMA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 ago 18, págs. 591-592.

bém, no seu artigo 7º, o direito desses povos de escolher suas prioridades na medida em que elas afetem sua vida, crença e bem-estar espiritual.

### 3. A representatividade adequada no Código Modelo de Processo Coletivo

Em se tratando de processo coletivo, a legitimidade para a propositura da ação é verificada pelo cumprimento dos requisitos previstos na Lei. Assim, exemplificando, caso se trate de ação civil pública, a condição de legitimado é analisada pela presença de algum dos entes previstos no art. 5º da Lei n. 7.347/1985 ou nas demais leis de demandas coletivas, e, dependendo do caso, ainda é analisada a existência de pertinência temática entre os objetivos do ente e aqueles defendidos na ação.

Tradicionalmente, a legitimidade para a propositura das ações coletivas é verificada pelo cumprimento dos requisitos objetivos previstos na lei. Não se verifica na legislação coletiva brasileira preocupação em condicionar a atuação do legitimado extraordinário aos interesses e necessidades dos indivíduos ou da comunidade substituída.

O CPC de 2015 traz apenas requisitos formais de admissão nas demandas, como os requisitos da petição inicial, não inovando quanto à exigência de elemento adicional de coincidência de interesses entre o legitimado e o substituído. O Código de 1973 também não trazia nenhum dispositivo nesse sentido e as leis coletivas nacionais também não adicionam elemento específico para verificar a adequação da legitimidade. Logo a lei não impôs nenhum procedimento para que o legitimado verificasse os interesses do grupo substituído e, diante da identificação do problema ou da pretensão, agisse de acordo com eles<sup>19</sup>.

Apesar da omissão da legislação nacional, o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América propôs a adoção de um requisito adicional na aferição da legitimidade, qual seja, a representatividade adequada.

---

19. LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40822/R%20-%20T%20-%20EDILSON%20VITORELLI%20DINIZ%20LIMA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 ago 18, p. 400.

Esse Código foi elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antônio Gidi. A exposição de motivos bem explica a sua origem:

A idéia de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América surgiu em Roma, numa intervenção de Antônio Gidi, membro brasileiro do Instituto IberoAmericano de Direito Processual, reunido em maio de 2.002, no VII Seminário Internacional co-organizado pelo “Centro di Studi Giuridici Latino Americani” da “Università degli Studi di Roma – Tor Vergata”, pelo “Istituto Italo-Latino Americano” e pela “Associazione di Studi Sociali Latino-Americani”. E foi ainda em Roma que a Diretoria do Instituto Ibero-Americano amadureceu a idéia, incorporando-a com entusiasmo. E, em Assembléia, foi votada a proposta de se empreender um trabalho que levasse à elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, nos moldes dos já editados Códigos Modelo de Processo Civil e de Processo Penal. Ou seja, de um Código que pudesse servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum. O Código – como sua própria denominação diz – deve ser apenas um modelo, a ser adaptado às peculiaridades locais, que serão levadas em consideração na atividade legislativa de cada país; mas deve ser, ao mesmo tempo, um modelo plenamente operativo. Incumbidos pela Presidência do Instituto de preparar uma proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi apresentaram o resultado de seu trabalho nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de Montevideú, em outubro de 2002, onde a Proposta foi transformada em Anteprojeto.<sup>20</sup>

Esse Código introduz o conceito de representatividade adequada do legitimado e prevê que essa será analisada da seguinte forma:

---

20. INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. Exposição de Motivos do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Disponível em: <[https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo\\_exposicaodemotivos\\_2\\_28\\_2\\_2005.pdf](https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf)> Acesso em: 8 set 18.

Art 2º. Requisitos da ação coletiva - São requisitos da demanda coletiva:

**I – a adequada representatividade do legitimado;**

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

Par. 1º. Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos n. I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

**Par. 2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:**

**a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;**

**b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c – sua conduta em outros processos coletivos;**

**d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;**

**e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.**

Par. 3º– O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 4º do artigo 3º. (Grifo nosso)<sup>21</sup>

Conforme o referido Código, a representatividade adequada passa a ser um dos requisitos da ação coletiva e, para que ela esteja caracterizada, é necessária a presença, entre outros, da coincidência da demanda com os interesses dos membros do grupo. Tal exigência para ser satis-

---

21. INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Disponível em: <[https://www.pucsp.br/tutela-coletiva/download/codigomodelo\\_portugues\\_final\\_28\\_2\\_2005.pdf](https://www.pucsp.br/tutela-coletiva/download/codigomodelo_portugues_final_28_2_2005.pdf)> Acesso em: 8 set 18.

feita perpassa, necessariamente, pela prévia oitiva do grupo interessado pelo legitimado extraordinário antes da propositura da ação. Somente com a oitiva prévia é possível ao órgão legitimado conhecer as necessidades do grupo e, juntamente com a comunidade interessada, debater e escolher a melhor alternativa para a resolução do problema, levando ao Poder Judiciário o pedido nos exatos limites dos interesses do grupo.

Embora o Código Modelo de Processo Coletivo não tenha vigência dentro do ordenamento jurídico positivo nacional, a representatividade adequada trazida por ele é importante instrumento para conferir maior congruência nas ações coletivas, pois a coincidência de interesses como requisito da legitimidade pode garantir uma participação mais efetiva do grupo que tem sua pretensão posta em juízo.

#### 4. Os povos indígenas no Brasil e o direito de serem ouvidos nas demandas coletivas que versem sobre seus interesses

Segundo o site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>22</sup>, em censo realizado em 2010, a população indígena brasileira auto-declarada é de 896.917 mil pessoas e existem 274 línguas indígenas que são faladas por indivíduos pertencentes a 305 etnias diferentes.

Esses dados oficiais, não obstante sejam do ano de 2010, são os mais recentes encontrados no site do IBGE. É possível, no entanto, também ter acesso a dados da população indígena através do Portal do Ministério da Saúde na internet, na página sobre saúde indígena<sup>23</sup>, em que se encontram informações mais atualizadas sobre a população indígena.

De acordo com o Relatório de Gestão da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) do ano de 2016 e apresentado no ano de 2017<sup>24</sup>, tendo por base os atendimentos médicos realizados, há uma população

22. Disponível em: <[https://indigenas.ibge.gov.br/images/pdf/indigenas/folder\\_indigenas\\_web.pdf](https://indigenas.ibge.gov.br/images/pdf/indigenas/folder_indigenas_web.pdf)> Acesso em: 18 ago 18.

23. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/saude-indigena/gestao/siasi>> Acesso em: 07 set 18.

24. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/abril/26/RG-SESAI-2016-Versao-Final.pdf>>. Acesso em: 7 set 18.

aldeada cadastrada de 738.624 indígenas, distribuídos em 170.000 famílias e em 5.361 aldeias.

Conforme dados dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs) do ano de 2017<sup>25</sup>, o DSEI de Manaus, que abriga 15 municípios, possui uma população de 30.768 indígenas, com 35 etnias. Já o DSEI do médio Solimões, com abrangência de 14 Municípios do Estado do Amazonas, possui uma população de 24.538 indígenas, com 16 etnias presentes.

O número de etnias das comunidades indígenas (305 conforme o IBGE) transparece a diversidade de costumes e tradições existentes. Os indígenas possuem organização e cultura próprias, inclusive reconhecidas pela CRFB no artigo 231. Possuem especificidades decorrentes de sua historicidade, religião e modos de vida.

As comunidades indígenas brasileiras são complexas e diversas, cada qual com sua língua, costumes e tradições diferentes. Observando as comunidades indígenas pelo aspecto das línguas faladas (274 segundo os dados mencionados pelo IBGE)<sup>26</sup>, percebe-se a sua heterogeneidade.

A análise dos protocolos de consulta das comunidades indígenas expressa a forma de organização de cada povo e permite aos não-índios compreender a diversidade de organização desses povos. Esses protocolos são documentos elaborados pelas próprias comunidades indígenas e indicam a forma como os governos devem consultar esses povos no caso de medidas administrativas e legislativas que os afetem direta ou indiretamente. Esses protocolos estão relacionados ao direito de consulta prévia prevista na Convenção n. 169 da OIT, quando os governos pretendem realizar empreendimentos ou atos normativos que interfiram ou influenciam em uma determinada comunidade indígena.

Os protocolos de consulta, além de informarem aos governos a forma como os indígenas desejam ser consultados, também expressam a forma de organização e tomada de decisões pela comunidade ante a consulta feita pelo poder público. De forma exemplificativa, foram analisados dois protocolos de consulta: Protocolo de Consulta e Con-

---

25. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/saude-indigena/saneamento-e-edificacoes/dseis>> Acesso em: 7 set 18.

26. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/08/indigenas-representam-cerca-de-5-da-populacao-mundial> Acesso em: 18 set 18.

sentimento Wajãpi e Protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) da Terra Indígena Paquiçamba da Volta Grande do Rio Xingu.

O Protocolo de Consulta e Consentimento Wajãpi<sup>27</sup> prevê que, diante de uma questão colocada para deliberação, a decisão será por votação dos Wajãpi e deve ser aprovada por maioria de  $\frac{3}{4}$  dos participantes, mas ressalva que índios preferem que as decisões sejam tomadas por consenso. Por sua vez, o Protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) da Terra Indígena Paquiçamba da Volta Grande do Rio Xingu<sup>28</sup> prevê que as deliberações deverão buscar o consenso, mas se este não for possível, dez adultos de cada aldeia votarão e essa decisão será a da comunidade.

Diante de tamanha complexidade e diversidade das comunidades indígenas, as mais diversas demandas coletivas versando sobre seus direitos exigem muito mais do que a aplicação do CPC e da legislação coletiva atualmente vigentes, pois, neste caso, a oitiva da comunidade interessada, antes mesmo da propositura da ação, mostra-se, não só relevante, mas imprescindível, a fim de permitir ao legitimado extraordinário conhecer as peculiaridades de cada comunidade cujo pedido é apresentado perante o Poder Judiciário. Logo, a oitiva representa uma espécie de confirmação pelos próprios povos atingidos se a medida pleiteada pelo legitimado está conforme os interesses da comunidade.

Dentro da cultura de um povo, há costumes e tradições próprios, cada qual com interesses e necessidades diferentes, de acordo com sua historicidade. Em razão disso, as características de cada comunidade indígena podem impactar diretamente as ações coletivas que pleiteiam seus direitos. Um direito ou prestação que seja considerado necessário para um não-índio, pode não sê-lo para o indígena vez que aquela pretensão pode não corresponder aos anseios e necessidades da comunidade em seu cotidiano ou não ser compatível com a estrutura social daquele povo. Por isso, a comunidade indígena interessada deve ser ouvida pelo legitimado extraordinário antes das propositura de demanda coletiva.

---

27. **Protocolo de Consulta e Consentimento Wajãpi.** Apina, Apiwata, Awatac, RCA, Iepé. 2 ed. Macapá, Amapá. 2015. p. 20.

28. **Protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) da Terra Indígena Paquiçamba Volta Grande do Rio Xingu.** Juruna da TI Paquiçamba, RCA, ISA. Vitória do Xingu, Pará. 2017. p. 33.

Assim, não obstante não haja norma específica em leis especiais ou no CPC sobre a oitiva efetiva dos povos indígenas antes da propositura de demanda coletiva, a meu ver, a oitiva da comunidade interessada é necessária para conferir representatividade adequada ao legitimado extraordinário. Tal compreensão encontra base nas disposições contidas na Convenção n. 169 da OIT que prevê, em seu artigo 7º, o direito desses povos escolherem suas prioridades na medida em que elas afetem sua vida, crença e bem-estar espiritual; bem como possuem fundamento no art. 231 da CRFB, com o reconhecimento dos direitos desses povos.

## Conclusão

As comunidades indígenas representam, conforme os dados do IBGE, 896.917 mil pessoas que falam 274 línguas e são pertencentes a 305 etnias diferentes<sup>29</sup>. Tamanha complexidade indica que os interesses de uma comunidade podem não ser os mesmos de outra, bem como as necessidades dos não-índios podem não ser as mesmas dos indígenas.

Diante disso, as demandas coletivas envolvendo povos indígenas necessitam da análise da representatividade adequada do legitimado extraordinário. Antes da propositura da ação, para que haja correspondência entre o pedido apresentado na demanda coletiva e as necessidades do povo indígena, é importante a oitiva da comunidade para que ela mesma possa decidir sobre a conveniência da judicialização de seus interesses e sobre a forma e extensão dos pedidos.

Os não-índios têm interesses e necessidades que podem não corresponder às pretensões dos indígenas. Por isso, a oitiva da comunidade nasce como delimitador da atividade do legitimado extraordinário, para evitar demandas desnecessárias ou inócuas.

Não obstante não exista um código de processo coletivo no ordenamento positivo nacional e as leis sobre demandas coletivas bem como o CPC não prevejam a necessidade de oitiva da comunidade indígena, a representatividade adequada, nos termos sugeridos pelo Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, pode ser utilizada como

---

29. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/08/indigenas-representam-cerca-de-5-da-populacao-mundial> Acesso em: 18 set 18.

requisito para que o magistrado, diante da demanda que lhe for apresentada, possa analisar a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda.

A oitiva dos povos indígenas nas demandas coletivas, antes da propositura da ação, embora não encontre atualmente previsão no ordenamento nacional, tem fundamento na Convenção n. 169 da OIT que garante o direito desses povos escolherem suas prioridades na medida em que elas afetem sua vida, crença e bem-estar. Tal medida também está conforme a CRFB, pois manifesta o respeito à cultura do povo indígena.

## Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos Estruturais no Direito Brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. Disponível em: <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>>. Acesso em: 18 ago 18.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. Congresso Nacional, Brasília. 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965**, que regula a ação popular. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm)>. Acesso em: 18 ago 18.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973**, que dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm)>. Acesso em: 16 jun 18.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético e histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm)>. Acesso em: 18 ago 18.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em: 18 ago 18.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 16 jun 18.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004**, que promulga a Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre povos indígenas e tribais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 16 jun 18.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 5.139 de 2009**, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=97313A76081DE06C3AD6FFC-CEEE78939.proposicoesWebExterno2?codteor=754582&filename=Tramitacao-PL+5139/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=97313A76081DE06C3AD6FFC-CEEE78939.proposicoesWebExterno2?codteor=754582&filename=Tramitacao-PL+5139/2009)>. Acesso em: 8 set 18.

BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12 ed. Salvador: Jus Podium. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 11 ed. Salvador: Jus Podium. 2017.

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América**. Disponív-

el em: <[https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigo-modelo\\_portugues\\_final\\_28\\_2\\_2005.pdf](https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigo-modelo_portugues_final_28_2_2005.pdf)> Acesso em: 8 set 18.

\_\_\_\_\_. **Exposição de Motivos do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.** Disponível em: <[https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo\\_exposicaode-motivos\\_2\\_28\\_2\\_2005.pdf](https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaode-motivos_2_28_2_2005.pdf)> Acesso em: 8 set 18.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático.** 16 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2012.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Estatuto do Índio: Lei n. 6.001/1973.** Coleção Leis Especiais para Concursos. 4 ed. revista e atualizada. Editora Jus Podium. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** Vol. único. 8 ed. Salvador: Jus Podium. 2016.

\_\_\_\_\_. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional.** Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade do Paraná. 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40822/R%20-%20T%20-%20EDILSON%20VITORELLI%20DINIZ%20LIMA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 ago 18.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.** Nações Unidas, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf)>. Acesso em: 16 jun 18.

**Protocolo de Consulta e Consentimento Wajãpi.** Apina, Apiwata, Awatac, RCA, Iepé. 2 ed. Macapá, Amapá. 2015.

**Protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) da Terra Indígena Paquiçamba Volta Grande do Rio Xingu.** Juruna da TI Paquiçamba, RCA, ISA. Vitória do Xingu, Pará, 2017.

ROJAS GARZÓN, Biviany; YAMADA, Erika M.; Oliveira, Rodrigo. **Direito à consulta e consentimento de povos indígenas,**

**quilombolas e comunidades tradicionais.** São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de Direito Ambiental.** 5 ed. Jus Podium: Salvador. 2015.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Direitos fundamentais indígenas, movimento socioambiental e a formação do Estado na modernidade.** Disponível em: <file:///C:/Users/Justi%C3%A7a%20Federal/Downloads/157-637-1-PB%20(4).pdf>. Acesso em: 16 de jun 18.

WAJÃPI. **I'Ã: para nós não existe só imagem.** Livro produzido pela comunidade indígena Wajãpi. Realização: IEPÉ – Instituto de Pesquisa e Formação Indígena e Apina – Conselho das Aldeias Wajãpi.

# A evolução da prestação de assistência jurídica gratuita: do modelo caritativo à defensoria pública como *custos vulnerabilis*

*Thawana alves pacheco.*

## Introdução

O presente trabalho mostra-se relevante para todos os atores envolvidos e sujeitos a uma sociedade democrática, pois se busca construir o retrospecto da evolução histórica do acesso à justiça, culminando na consagração da Defensoria Pública a partir da Constituição Federal de 1988 e emendas constitucionais supervenientes até chegar à realidade nos dias de hoje, na qual se contempla a Defensoria Pública, como uma instituição efetiva no combate as desigualdades sociais.

A Defensoria Pública subsiste como elemento essencial, pois sua função coincide com os valores sociais no momento que ampara o indivíduo hipossuficiente conferindo-lhe o pleno acesso à justiça.

Tradicionalmente, é atribuído à Defensorias Públicas, atividades tais como de curador especial, representação processual, bem como as demais ações em razão da hipossuficiência econômica do indivíduo, na qual este não poderia arcar com as despesas com advogado particular. Porém, nos dias de hoje, essa visão tradicional sofrera grandes mudan-

ças: as atribuições exercidas pela Defensoria Pública se amplificaram, com viés muito mais proativo, não só amparando o assistido que procura a Defensoria Pública, mas também intervém na realidade social em que está situado, objetivando conferir o efetivo amparo judicial e extrajudicial àquele que se encontra vulnerável, seja pela sua cor, raça, etnia, gênero, hipossuficiência, etc, surgindo assim à teoria *custos vulnerabilis*.

Por isso, utilizando-se do método indutivo, e por meio da pesquisa bibliográfica, a pesquisa tem como objetivo analisar os aspectos concernentes à consagração fenomenológica dos direitos sociais e traçar um paralelo entre a materialização desses direitos e a atuação da Defensoria Pública no exercício do papel *custos vulnerabilis*.

## 1. Evolução da assistência jurídica no Brasil

A insatisfação de um indivíduo ou de uma coletividade gera sempre um cenário negativo, seja nas relações inter-individuais, seja com todo o meio coletivo. O Estado moderno estruturou-se para que sua função contenha o poder de dirimir os conflitos existentes na sociedade, expressando-se mediante da jurisdição que se realiza por meio de um processo judicial.

Quando uma pretensão deixa de ser efetiva, há o meio justo (processo) para sanar a problemática, logo, o acesso à justiça é acepção do conflito para o ingresso deste em juízo. Assim, “o processo deve ser manipulado de modo a proporcionar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em acesso à ordem jurídica justa” (CINTRA et al, 2004).

A maior influência para que se tenha um acesso à justiça igualitária (ou pelo menos, perto disso) veio com a fomentação dos modelos teóricos do acesso à justiça. Nas ideais apresentadas pelos ilustríssimos autores Diogo Esteves e Franklin Roger (2014), tem-se o Judicare, Sistema Público, Sistema Misto e Caritativo. Todos esses modelos trazem em seu conteúdo várias formas de prestação da assistência jurídica. Analisemos que cada um deles.

O modelo Caritativo, também chamado de *pro bono*, caracteriza-se pelo ato de voluntariedade de um profissional de direito em prestar a assistência jurídica gratuita, de modo que estes “atuam sem receber qualquer espécie de

contraprestação pecuniária dos cofres públicos” (ESTEVES e SILVA, 2014), ou seja, não há a intervenção do Estado e possui um viés altruístico.

Já o *Judicare* é o primeiro modelo “no qual advogados particulares são pagos pelo estado por prestarem serviços jurídicos às pessoas necessitadas” (MOREIRA, 2017). Aqui, o advogado mantém seu exercício de advocacia privada como seu *status* profissional principal, no entanto, casuisticamente, ao realizar serviços jurídicos ao mais pobre, e restituído pelo Estado sob a prestação do serviço.

Avançando, o Sistema Público ou *salaried staff model* consiste em um modelo no qual profissionais do direito (tais como advogados contratados pelo poder público, Procuradores do Estado, membros do Ministério Público, Defensores Públicas, etc) prestam assistência jurídica de maneira exclusiva e o fazem na condição de servidores públicos.

No momento em o Estado passou a assumir a incumbência de prestar a assistência jurídica, houve a reunião dos modelos *Judicare* e do Sistema Público, resultando em um Sistema Misto ou Híbrido, conferindo verdadeira carreira pública com atuação suplementar de advogados custeados pelo Estado. Com isso “o titular do direito à assistência jurídica gratuita pode escolher ser atendido por advogado liberal habilitado no sistema *judicare* ou optar pela assistência dos profissionais integrantes do *salaried staff model*” (ESTEVES; SILVA, 2014).

Portanto, antecedendo a Constituição Federal de 1988, o sistema de assistência judiciária estabelecido no Brasil consistia em um modelo híbrido, podendo ser feito por advogados tanto do âmbito público, quanto do privado, denominado de período pulverizado.

Nesse sentido, no decorrer de sua evolução histórica das Constituições brasileiras, fora encontrado inexistências na implementação desse acesso igualitário à justiça, e seu conteúdo foi sendo manifestado de maneira muito contida; não obstante, até meados de 1930, o ordenamento jurídico olvidou-se de qualquer questão envolvendo o acesso à justiça.

Conforme lição de Rodrigues (2010), a Constituição Federal de 1934 trouxe em seu art. 113, em capítulo designado aos direitos e garantias individuais, o serviço da assistência judiciária concebidos apenas à União e aos Estados, e ainda apontava a criação de “órgãos especiais” para que

o feito seja praticado. Salienta-se que até então, não se prestava assistência jurídica, mas unicamente assistência judiciária.

Com o começo da era Vargas, a outorgada Constituição de 1937 não vedou a instituição da assistência judicial, no entanto, não a conferiu especial relevância.

Apesar do retrocesso do constituinte à época, a atividade do legislador ordinário procedeu com a adesão do Código de Processo Civil, surgindo assim, em 1939 o benefício da justiça gratuita nos artigos 68 e seguintes.

Já a Constituição de 1946, de maneira contida, retornou a figura da assistência judiciária, conferindo ao legislador infraconstitucional o dever de regulamenta-la.

Como consequência, veio a implantação da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, sistematizando toda a funcionalidade da assistência judiciária e gratuidade de justiça. Com o advento da Constituição de 1967/69 e o Código de Processo Civil de 1973, o cenário continuava o mesmo acima exposto, não havendo modificações significativas no trato de assistência judiciária gratuita.

A Constituição do Estado Democrático de Direito, promulgada em 1988, operou de maneira significativa a assistência jurídica, ampliando o instituto para servir não apenas no âmbito judicial (processo), como também fora dele (extrajudicial), foi um avanço, tendo em vista que, até então, a assistência era limitada ao processo (assistência judiciária).

Nesse novo cenário, a Constituição Federal de 1988 acrescentou e definiu no rol das funções essenciais à administração da justiça a Defensoria Pública, uma instituição independente, designada para prestar assistência judicial e extrajudicial de natureza gratuita aos necessitados.

Assim afirmam ESTEVES e SILVA (2014):

Como função essencial à justiça, possui a Defensoria Pública a incumbência constitucional de proteger os interesses das pessoas afligidas pelo injusto estigma da exclusão social, garantindo-lhes a efetiva proteção contra eventuais violações comissivas ou omissivas de seus direitos.

Desta maneira, a Defensoria Pública apresenta papel importante na promoção dos direitos humanos, de maneira que, ao longo das grandes

transformações constitucionais e infraconstitucionais (como se verá no próximo tópico) de suas funções, a sua atividade jurídica possui natureza efetiva de concretização dos direitos individuais e coletivos.

## 2. Evolução da defensoria pública como entidade responsável pela prestação de assistência jurídica gratuita e seus status *custos vulnerabilis*

A implementação da Defensoria Pública ocorreu de forma gradual. Conforme iam surgindo teorias sobre a temática do assistencialismo jurídico (já alocadas) o ordenamento jurídico sucedeu a todo o paradigma.

Em razão disso, consagra-se no Brasil o modelo de assistência jurídica por meio de um único órgão. Com espaço especial para organização dos Poderes Estatais (Título IV - “Da organização dos Poderes”), a Constituição Federal de 1988, aloca no Capítulo IV (Das funções essenciais à Justiça), a instituição jurídico-assistencial da Defensoria Pública.

Conforme dispõe o artigo 134 da Constituição Federal:

Função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

No entanto, para tornar realidade a propositura de um órgão unificado dentro da realidade da estrutura estatal, a referida instituição deparou-se com grandes empecilhos por parte da consolidada Procuradoria e da Advocacia Pública - nesse ínterim exercida por advogados privados solicitados pelo Estado (Sistema Político), visto que estes, evocavam-se o exercício de também fornecer as classes desfavorecidas o papel assistencial:

“[...] teve que disputar o espaço já ocupado por outros atores do sistema de justiça, incluindo os advogados particulares, que em alguns estados, prestavam serviços públicos aos necessitados e eram remunerados pelos cofres públicos, e outras categorias de

servidores públicos [...], sobretudo os procuradores estaduais” (MOREIRA, 2017).

Por essa razão ocorreram vários debates sobre o projeto institucional dos defensores. Realizados na década de 1987-1988 pela Assembleia Nacional Constituinte (ANC), que ao final, contribuíram para perfectibilizar a intitulada Defensoria Pública.

Verifica-se que a Constituição Federal buscou no cerne das “Funções Essenciais à Justiça” garantir “o respeito irrestrito aos direitos fundamentais e a perpetuidade incondicional do Estado Democrático de Direito” (ESTEVEZ; SILVA, 2014), compreendendo o Ministério Público, Advocacia Pública, a Advocacia Privada e a Defensoria Pública.

Diante desse contexto, a Constituição de 1988 delegou à Defensoria Pública atribuição democratizadora dos direitos e garantias fundamentais no cenário jurisdicional.

Nesse sentido: “a possibilidade real, contudo, de transformação de mandamentos igualitários em realidade concreta encontra na Defensoria Pública o motor mais importante na luta pela efetivação dos direitos e pela prevalência da igualdade” (SADEK, 2013).

Por essas razões, é dada à Defensoria Pública a autonomia necessária para cumprir sua missão assistencialista, garantindo-lhe liberdade de atuação. Atribuições essas afuniladas pelas EC n° 45/2004, n° 69/2012 e n° 74/2013 que asseguraram sob o artigo 134, §2º, §3º da Constituição Federal às Defensorias Públicas autonomia funcional, administrativa e orçamentária.

No entanto, sua implementação ainda não é uma realidade em várias regiões do país, que comportam diversos empecilhos estruturais, orçamentários dentre outros. Esse cenário resulta em toda uma precariedade circunstancial do país, visto que por consequência disso, onde não há uma Defensoria Pública, dificilmente há direitos sendo exercidos de maneira justa e igualitária, além do mais “o cenário político do Brasil requer maior atenção aos direitos sociais, pelo simples fato de ainda manter históricos de exclusão e abismos no seio da sociedade” (BURGER, et al, 2015).

Visto isso, pouco a pouco, a Defensoria Pública vem sendo evidenciada por todos, seja por seus assistidos que buscam os mais diversos

amparos, seja por toda a comunidade jurídica que começa a reconhecer a atuação proativa do órgão.

Essa força concebida à Defensoria Pública ficou ainda mais clara com o advento da Emenda Constitucional de nº 80 de 2014, a qual trouxe atribuições sobre o dinamismo dos direitos transindividuais. Neste sentido:

O Estado-Defensor e seus órgãos de atuação - os agentes defensoriais -, são indubitavelmente defensores dos vulneráveis na sociedade brasileiro, de modo a tornar a Defensoria Pública brasileira única entre os países que possuem assistência jurídica ou judiciária gratuita. A Defensoria brasileira se destaca, principalmente após a EC n. 80/2014 (MAIA, 2018).

Ao se revestir como órgão democrático instrumento do pleno acesso à justiça, bem como atuar como mediador por estar ao lado daquele que se encontra em estado de vulnerabilidade, a Defensoria Pública torna-se impulsionador dos direitos sociais, e com isso ganha o *status* de guardião dos vulneráveis.

### 3. A inter-relação entre a concretização da teoria *custos vulnerabilis* e a atuação da Defensoria Pública

Com papel importantíssimo no atual Sistema de Justiça, a Constituição correlaciona os direitos fundamentais de ação (art. 5º, inc XXXV), de defesa (art. 5º, LV) e atuando como garantia institucional, o direito à assistência jurídica (art. 5º, LXXIV) a atuação à Defensoria Pública.

A Constituição Federal de 1988 reservou à Defensoria o desempenho de prestar assistência jurídica integral e gratuita (art. 134) aos necessitados, no entanto, a atuação dos defensores públicos está sendo designada como verdadeiro “Estado Defensor”. Assim afirma:

O Estado-Defensor é o guardião constitucional dos vulneráveis e dos direitos humanos, seja no plano individual ou no coletivo [...]. A vulnerabilidade decorrente das mais variadas necessidades humanas e da insuficiência de diversos tipo de recursos deve ser relida pelos juristas pátrios e, somente assim, será desc-

oberto o verdadeiro potencial constitucional do *Custos Vulnerabilis* [...] (MAIA, 2018).

Porém, para entender melhor esse fenômeno do custos vulnerabilis, é preciso delinear os procedimentos propulsores que envolve a teoria do custos vulnerabilis.

De acordo com o art. 134 § 1º da Constituição Federal de 1988 “lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados”. Tal lei foi editada em 1994 dispondo de normas gerais de organização a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios.

A Lei complementar nº 80 de 1994 tratou das diversas funções da Defensoria Pública, ao passo em que a recente Lei Complementar nº 132/2009 que ampliou as atribuições da instituição, tornando seu papel não apenas individualista, mas traçando um perfil mais solidário, de caráter coletivo, de sorte que, “na verdade, a diversificação das funções institucionais da Defensoria Pública visa o equilíbrio entre a ampla proteção individualizada dos direitos do cidadão e a eficiente tutela coletiva da coletividade” (ESTEVES; SILVA, 2014).

Nesse sentido, há a divisão das atribuições da Defensoria em funções institucionais típicas e atípicas, em que respectivamente, consistem em exercer funções com o objetivo de tutelar direitos sob a condição econômica do indivíduo, ou seja, realizar a atividades direcionadas a pessoas desprovidas de recursos financeiros, e funções de cunho valorativo, ampliando a sua intervenção institucional, com o objetivo de garantir a tutela daqueles sob vulnerabilidade jurídica ou organizacional.

Em razão do avanço dos direitos sociais, essas funções típicas e atípicas se estabeleceram como uma classificação tradicional do órgão, surgindo, assim, novas tendências de cunho solidário às atividades desempenhadas pelos Defensores, como a Lei n.º 11.448/2007 reconhecendo a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas; a Lei Complementar de 132/2009 modificando diversos dispositivos da Lei Complementar nº 80/2009, ampliando o papel da Defensoria Pública, de caráter coletivo; os mutirões realizados pelas Defensorias Públicas Estaduais em conjunto com os Tribunais de Jus-

tiça para maior celeridade nas ações, bem como a mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal em legitimar a Defensoria o status *custos vulnerabilis*, após impetração de Habeas Corpus coletivo 143.641.

Assim, a Defensoria Pública ganha nova roupagem com força institucional para atuar de maneira voluntária em prol dos direitos humanos, sob a vulnerabilidade dos indivíduos que se encontram em precariedades econômicas, sociais, técnicas, informacionais e jurídicas.

Desse modo, a referida Instituição conduz atividades jurídico-assistenciais de cunho solidário, intervindo de forma voluntária, e em nome próprio, nos inúmeros problemas que se criam em volta daqueles sob a condição de vulnerabilidade.

## Considerações finais

O direito do justo e pleno acesso à justiça, no decorrer de toda sua evolução histórica concedeu ao Sistema de Justiça, a fomentação da democratização desse direito.

Por influência dos modelos teóricos dos quais exemplificavam os modos de ser exercer o acesso à justiça, e do das normas positivadas sobre o assunto no decorrer das Constituições, o papel jurídico-assistencial dos dias de hoje, revestem-se de preceitos fundamentais para legitimar o pleno acesso à justiça.

A vigente Constituição Federal Brasileira destinou à Defensoria Pública como instituição que possibilita assistência jurídica integral e gratuita. Com o poder de instituir a equidade no exercício jurisdicional, como também o amparo e a instrução necessária no âmbito extrajudicial.

Nesse contexto, acarreta atribuir à Defensoria Pública função de garantia das garantias, portanto, metagarantia, sob o dever de realizar no plano prático, as diretrizes constitucionais.

Acontece que, nesse plano prático, constata-se que a assistência exercida pela Defensoria Pública estende-se ou amplia-se sob dois aspectos: o primeiro diz respeito à figura do desamparado, em que - superada a vinculação erroneamente limitada à hipossuficiência econômica, abrange toda pessoa em estado de vulnerabilidade circunstancial, estrutural, jurídica, instrucional, etc, o segundo aspecto traz à tona a própria realidade da de-

sigualdade social, que se propaga por todo país, tornando tudo muito precário, como a prestação à saúde, a orientação dos direitos e deveres sociais, etc. Tais aspectos desempenham a Defensoria Pública, instrumento necessário para haver o amparo àqueles em condição de vulnerabilidade.

Nessa esteira, a teoria institucional do *Custos Vulnerabilis* surgiu para perfectibilizar aquilo que já era visualizado nas atribuições das Defensorias Públicas. Como função de guardião dos Vulneráveis, a instituição atua tanto de forma voluntária - na verificação de problemas jurídico-sociais em determinada região, bem como na intervenção em processos judiciais que contemplam direitos constitucionais de indivíduos em condições desiguais a outra parte.

A teoria *Custos Vulnerabilis* efetiva a ampliação da Defensoria Pública no anseio de ter o justo e equilibrado acesso à justiça, papel importante para a realidade social do país, na qual se busca defender os direitos transindividuais, concedendo voz a quem não dispõe de subsídios necessários para serem evidenciados.

## Referências bibliográficas

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 set. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar N° 80, De 12 De Janeiro De 1994** Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm)>. Acesso em: 23 set. 2018.

BURGER, Adriana Fagundes; KETTERMANN, Patrícia; LIMA, Sérgio Sales Pereira. **Defensoria Pública: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia** [recurso eletrônico]. Brasília: ANADEP, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

- COSTA, Domingos Barroso da; GODOY, Arion Escorsin. **Educação em direitos e defensoria pública: cidadania, democracia e atuação nos processos de transformação política, social e subjetiva**. Curitiba: Juruá, 2014.
- LAKATOS, Eva. Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- LIMA, Frederico Rodrigues Viana. **Defensoria Pública**. Salvador: jusPODIVM, 2010.
- MAIA, Maurílio Casas. O Estado-Defensor e sua missão enquanto Custos Vulnerabilis Constitucional: Um convite para reflexões. **ANADEP – Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos**. Brasília, 03 set. 2018. Disponível em: < <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=20140>>. Acesso em 09 set. 2018.
- MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. A constitucionalização da Defensoria Pública: disputas por espaço no sistema de justiça. **Opin. Publica**, Campinas, v. 23, n. 3, p. 647-681, dez. 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762017000300647&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762017000300647&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 28 ago. 2018.
- ROGER, Franklin; STEVES, Diogo. **Princípios institucionais da defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- RÉ, Aluisio Lunes Monti Ruggeri. **Temas aprofundados da defensoria pública**. Salvador: jusPODIVM, 2013.



# **SOLUÇÃO DE CONFLITOS**



# A aplicação de práticas restaurativas nas escolas como instrumento para a solução e prevenção de conflitos

*Anne Carolline Rodrigues da Silva Brito*

## Introdução

A Justiça Restaurativa, paulatinamente, ganha espaço na realidade jurídica brasileira. Ao propor um novo olhar sobre o conflito, estimular a pacificação das relações conflituosas e proporcionar maior autonomia às partes envolvidas, a prática restaurativa vem sendo vigorosamente recomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – através da Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016 – e pela Organização das Nações Unidas – nas Resoluções nº 1999/26, 2000/14 e 2002/12 –. No Brasil, as primeiras vivências restaurativas ocorreram no âmbito educacional, por ser uma área estratégica para a aplicação dos métodos restaurativos, visto que se tratam de locais de convivência social, repletos de pluralidades, nos quais o estudante está em constante processo de aprendizagem. Por isto, faz-se construtivo o incentivo ao diálogo, à comunicação e à alteridade nesses locais, para a propagação de uma cultura de paz em toda a sociedade.

Nesse ínterim, o objetivo deste estudo é compreender os mecanismos da Justiça Restaurativa de maneira geral, seus princípios, seus valores,

suas práticas mais comuns e sua origem, para que assim seja possível analisar a possibilidade de aplicação desses métodos no âmbito educacional. Outrossim, intenta-se verificar se é válida a aplicação dos métodos restaurativos para a solução e prevenção de conflitos de forma não violenta, além de observar se há a promoção de uma cultura de pacificação a partir das experiências restaurativas no ambiente escolar. Também pretende-se traçar um paralelo entre a Justiça Restaurativa – a qual utiliza-se do diálogo para solução de conflitos – e a Justiça Retributiva – baseada em punições para resolução de conflitos –, com foco no âmbito educacional.

Para tanto, esta pesquisa utiliza o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, utilizando como referenciais as obras de Pranis (2010), Freire (1994), Zehr (2008), Pallamolla (2009), Amstutz e Mullet (2012), Achutti (2014), Cardoso Neto (2018), entre outros autores renomados na área. Somado a isso, a metodologia deste trabalho compreende a análise documental à normas acerca do tema, tal qual a Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual estimula a busca por soluções extrajudiciais para os conflitos.

Enfim, tem-se como justificativa à realização desta pesquisa a importância do incentivo ao diálogo e à solução pacífica de conflitos em um contexto social marcado por propagação de atos e discursos violentos. As escolas são ambientes de constante interação entre jovens e, muitas vezes, nestes espaços ocorrem diversas situações conflituosas, sendo algumas delas encaminhadas para o Poder Judiciário. Sendo assim, é necessário estudar sobre métodos de solução e prevenção de conflitos para os ambientes educacionais – como aconselha a Resolução nº 225/2016 do CNJ – para que se possa promover o diálogo, de modo a disseminar a cultura de paz não só na esfera educacional, mas em toda a sociedade.

## 1. Noções gerais sobre a justiça restaurativa

A Justiça Restaurativa não possui um conceito definitivo, embora exista um entendimento geral sobre seus conceitos básicos, não há ainda um consenso quanto à conceituação. Entretanto, Howard Zehr – mundialmente reconhecido como um dos pioneiros a debater Justiça Restaurativa – propõe que

Justiça Restaurativa é uma abordagem que visa promover justiça e que envolve, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse numa ofensa ou dano específico, num processo que coletivamente identifica e trata danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de restabelecer as pessoas e endireitar as coisas na medida do possível. (ZEHR, 2015, p. 54).

Consoante COSTA e MACHADO JÚNIOR (2017, p. 23),

A Justiça Restaurativa propõe um repensar do conflito, chamando as partes ao diálogo para que dele surja uma solução que considere as diversas implicações sociais do evento danoso. O modelo, portanto, não tem na rigidez uma característica, admitindo um incontável número de possibilidades e formulações, que podem inclusive dialogar com o sistema penal, atuar paralelamente a ele ou mesmo após a resposta penal.

A partir da década de 1970, as práticas restaurativas foram gradualmente implantadas em países como Estados Unidos, Canadá, Austrália, Nova Zelândia e alguns outros. No que concerne ao surgimento da justiça restaurativa, aduz Pallamolla:

A ineficácia e inconsistência das reformas propostas, somadas à crise da ideia de ressocialização e de tratamento através da pena privativa de liberdade vivida na década de 60 e 70 nos Estados Unidos, fomentaram o surgimento de ‘novas’ ideias em relação à forma de abordar o delito. (PALLAMOLLA, 2009, p. 25).

A Justiça Restaurativa e suas práticas integram essas ‘novas’ ideias referidas por Pallamolla. Para Cardoso Neto (2018, p. 35), “A emergência do paradigma restaurativo dá-se por variados fatores. E todos eles colocam em xeque a atual configuração de nossa famigerada Justiça Penal”. O fracasso da promessa ressocializadora – associada ao sistema retributivo –, o aumento da população carcerária e as violações aos direitos humanos são alguns desses fatores elencados pelo autor. Assim, Pallamolla entende que

Tal justiça, portanto, é fruto de uma conjuntura complexa, pois recebeu influência de diversos movimentos: o que contestou as

instituições repressivas e mostrou seus efeitos deletérios (como o abolicionismo); o que (re)descobriu a vítima (vitimologia); e o que exaltou a comunidade, destacando suas virtudes. (PALLAM-OLLA, 2009, p. 37).

Ainda sobre o surgimento da Justiça Restaurativa, Zehr (2008, p. 174, *apud* COSTA e MACHADO JÚNIOR, 2017, p. 22) explica que:

O modelo de Justiça Restaurativa surge, então, como uma alternativa ao modelo retributivo, como uma nova forma de enxergar o crime e a justiça. A Justiça Restaurativa, apesar de ter ganhado força na década de 1990 como uma alternativa à Justiça Retributiva, alvo de tantas críticas, tem suas origens em um passado distante, quando era utilizada pelas sociedades comunais ou pré-estatais, quando a própria comunidade buscava uma solução para os conflitos lá surgidos que não implicava necessariamente a aplicação de uma punição, mas, sobretudo, numa solução negociada entre vítima, agressor e comunidade. O crime, para a Justiça Restaurativa, deixa de ser considerado como uma violação contra o Estado e a sociedade e representa uma violação dos relacionamentos, centrando o foco nas pessoas envolvidas e na comunidade, diferentemente do modelo retributivo de justiça criminal. A lente restaurativa se concentra basicamente na comunidade, nas dimensões sociais. A Justiça Retributiva define o Estado como vítima, define o comportamento danoso como violação da lei penal e considera irrelevante o relacionamento entre vítima e ofensor. Os crimes, portanto, estão em outra categoria, separados dos outros tipos de dano. A lente restaurativa identifica as pessoas como vítimas e reconhece a centralidade das dimensões interpessoais. As ofensas são definidas como danos pessoais e como relacionamentos interpessoais. O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Mas não é só o crime que é enxergado com um novo olhar; a ideia de justiça no modelo restaurativo também é distinta, deixa ter como objetivo a retribuição e passa a centrar o foco na reparação e cura para as vítimas pelos danos causados em razão do conflito gerado pela prática delitiva, ou seja, as vítimas assumem uma posição de protagonistas do processo, diferentemente do modelo retributivo de justiça criminal. Ademais, é importante ressaltar que “as vítimas muitas vezes são favoráveis a penas reparativas que não envolvem o encarceramento – na

verdade, muito mais vezes do que se faz em público. Além disso, elas frequentemente listam a reabilitação do ofensor como algo importante”. (ZEHR, 2008, p. 182).

Nesse sentido, Zehr (2015, p. 27) ensina que o movimento da Justiça Restaurativa se iniciou “como um esforço de repensar as necessidades que o crime gera e os papéis inerentes ao ato lesivo”. Assim, o autor (2015) compreende que a Justiça Restaurativa oferece uma estrutura alternativa para repensar o crime, de modo que cita cinco princípios que norteiam a Justiça Restaurativa:

1. Focar, antes de tudo, os danos e consequentes necessidades das vítimas, mas também da comunidade e do ofensor.
2. Tratar das obrigações que resultam daqueles danos (as obrigações dos ofensores, bem como da comunidade e da sociedade).
3. Utilizar processos inclusivos, cooperativos.
4. Envolver a todos que tenham legítimo interesse na situação, incluindo vítimas, ofensores, membros da comunidade e da sociedade.
5. Buscar reparar os danos e endireitar as coisas na medida do possível. (ZEHR, 2015, p. 49).

No entanto, para que esses princípios funcionem de maneira adequada, Zehr (2015) entende que são necessários que eles sejam cercados por um cinturão de valores, como a interconexão, respeito à diversidade e à individualidade de cada pessoa. Segundo Zehr (2015, p. 52), “A Justiça deve reconhecer tanto nossa condição de interconexão quanto a nossa individualidade. O valor da particularidade nos adverte que o contexto, a cultura e a personalidade são fatores importantes que devem ser respeitados.”

Dentre as práticas da Justiça Restaurativa, a que vem sendo mais adotada no Brasil são os círculos restaurativos para a construção da paz. Sobre eles, discorre Kay Pranis (2010, p. 23):

O processo em Círculo de Construção de Paz começou nos Estados Unidos dentro do escopo da justiça criminal do estado de Minnesota. Oferecia-se um caminho para incluir as vítimas de um crime, seus perpetradores e a comunidade numa parceria com o poder judiciário, a fim de determinar a reação mais eficaz a um crime para promover o bem-estar e a segurança de todos. Os

objetivos do Círculo incluem: desenvolver um sistema de apoio àqueles vitimados pelo crime, decidir a sentença a ser cumprida pelos ofensores, ajudá-los a cumpriras obrigações determinadas e fortalecer a comunidade a fim de evitar crimes futuros.

No Brasil, os métodos restaurativos inauguraram-se em ambientes escolares, a partir do Projeto Jundiaí, conforme explica Cardoso Neto (2018). Todavia, o autor (2015, p. 141) evidencia que “o grande pontapé deu-se em 2013, com a criação da Secretaria da Reforma do Judiciário pelo Ministério da Justiça. O desígnio principal desse órgão era dar mais efetividade às atividades do Judiciário brasileiro (...)”. Com isso, os preceitos da Justiça Restaurativa passaram a ser defendidos pela Secretaria e utilizados nas áreas criminal e infracional.

As primeiras práticas restaurativas em âmbito judicial aconteceram a partir de três projetos-piloto – nas cidades de Brasília/DF, Porto Alegre/RS e São Caetano do Sul/SP. O primeiro foi desenvolvido junto aos Juizados Especiais Criminais. O segundo realizou-se na vara responsável pela execução das medidas socioeducativas aplicadas no processo de conhecimento, a prática utilizada foram os círculos restaurativos. (Cardoso Neto, 2018, p. 144).

Já o terceiro ocorreu junto à Justiça da Infância e Juventude, com adolescentes autores de atos infracionais. Segundo Cardoso Neto (2018, p. 144), a prática, nesses locais, ocorreu por meio do círculo restaurativo. Esses encontros restaurativos poderiam ocorrer de duas formas, no próprio fórum – promovidos por uma equipe técnica e apreciados pelo Juiz ou Promotor – ou em escolas das cidades, onde houvesse problemas de disciplina ou conflitos. De acordo com Benedetti (2009, p. 56, *apud* Cardoso Neto, 2018, p. 144), “Nesses casos, os professores assumem a posição de facilitadores e os acordos são encaminhados à Vara da Infância e da Juventude, para serem registrados (...)”.

Em relação às normas concernentes à Justiça Restaurativa no Brasil, vale citar O Projeto de Lei nº 7.006/2006, que visa a alteração do Código Penal e do Código de Processo Penal e a regulamentação do uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça brasileiro. Entretanto, consoante Cardoso Neto (2018, p. 158) este projeto possui diversas críticas de estudiosos da área, sendo que a principal delas “está

na séria tendência de, com o Projeto, aliar-se drasticamente a Justiça Restaurativa ao sistema de justiça criminal (...)”, de modo a impedir a possibilidade de desenvolvimento independente.

Outras normas importantes, no tocante à previsão da Justiça Restaurativa, foram a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Lei nº 12.594/2012: Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), a Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público e a Resolução nº 225/2016 do CNJ. Esta última dispõe sobre a Política Nacional Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e, consoante Cardoso Neto (2018, p. 165), “Trata-se, sem dúvidas, de um importante marco normativo com vistas à implementação da Justiça Restaurativa no Brasil”.

## 2. A justiça restaurativa nas escolas

O ambiente escolar, para Freire (1994, apud VAZ e BONA, 2016), constitui um espaço de relações, um lugar destinado não apenas ao estudo, mas fundamentalmente ao encontro, à troca, à conversa, à discussão e ao diálogo, o que possibilita a manutenção e a transformação da sociedade. Diante disso, compreende-se a escola como um espaço estratégico para a implementação dos mecanismos restaurativos, tendo em vista que pode-se estimular a reflexão e possibilitar o fortalecimento dos vínculos existentes naquele espaço – entre alunos, professores, funcionários e familiares –.

Segundo Zehr (2015), as escolas têm se tornado um local importante de aplicação das práticas restaurativas. “Apesar de terem muitas semelhanças com os programas de Justiça Restaurativa no âmbito criminal, as abordagens utilizadas no contexto pedagógico devem necessariamente se amoldar aos contornos do ambiente escolar.” (ZEHR, 2015, p. 59).

Por muitas, as escolas mostram-se como espaços de perpetuação de violência, onde há a constante ocorrência de conflitos, os quais acabam sendo, inclusive, levados ao Poder Judiciário. Esses comportamentos são comumente reprimidos, tanto na justiça criminal quanto nas instituições de ensino, por meio de punições, as quais não têm demonstrado sucesso em evitar os mesmos comportamentos. Para Amstutz e Mullet (2012, p. 30),

Em geral, a punição consegue coibir a criança temporariamente, mas dificilmente ensina autodisciplina em primeira mão. Talvez a punição faça a criança obedecer às regras quando o responsável pela punição está por perto, e pode ensiná-la a seguir as regras no curto prazo. Mas será que a punição ensina as habilidades necessárias para compreender o significado por trás das regras? Os efeitos negativos da punição são bem documentados. Tais efeitos incluem sentimentos de raiva por parte da pessoa punida, cujo foco passa do mal cometido para a pessoa que administrou a punição dolorosa. (...) Nos alunos punidos tem início um efeito dominó: eles culpam os professores, descontam sua frustração nos colegas e oferecem resistência passiva aos trabalhos escolares.

Então, buscando a produção de efeitos à longo prazo e a pacificação dessas relações conflituosas, a Justiça Restaurativa passa a ser incentivada nos espaços educacionais. A Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça prevê, em seu artigo 4º:

Art. 4º. O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino, cabendo ao Conselho Nacional de Justiça: (...) II – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura de não-violência e para que nas Escolas Judiciais e da Magistratura, bem como nas capacitações de servidores e nos cursos de formação inicial e continuada, haja módulo voltado à Justiça Restaurativa;

Para Amstutz e Mullet (2012), não é frequente, nas instituições de ensino, a existência de apoio à pessoa prejudicada pelo mau comportamento do outro. Nesta senda, as autoras (2012, p. 28) relatam que:

“A disciplina restaurativa ajuda os alunos com mau comportamento a lidarem com o ato lesivo praticado contra indivíduos ou contra a comunidade escolar. Os objetivos da disciplina restaurativa beneficiam não apenas os envolvidos ou afetados pelo mau comportamento, mas também a comunidade escolar como um todo. (...) Portanto, a disciplina se torna um processo de longo

prazo que, segundo esperamos, levará as crianças a se tornarem responsáveis pelo próprio comportamento.”.

Outrossim, os valores perpassados pelas práticas restaurativas são capazes de gerar um efeito multiplicador capaz de produzir transformações na sociedade. Conforme Mullet e Amstutz (2010, p. 14), “as crianças e os adolescentes, depois de aprenderem o centramento, a prática do diálogo e da resolução pacífica e restaurativa dos conflitos, utilizam estes dispositivos dentro do ambiente familiar quando surgem conflitos.”.

De acordo com informações da Agência de Notícias do Conselho Nacional de Justiça, a aplicação da Justiça Restaurativa – nas escolas do Estado de São Paulo – tem rompido ciclos de violência e recuperado adolescentes para o convívio social e escolar sem a necessidade de aplicação de medidas de caráter meramente punitivo. Inicialmente, o núcleo de Justiça Restaurativa foi implantado nas escolas de comunidades carentes como, em Heliópolis e, posteriormente, foi estendido para escolas de diversas cidades do interior paulista, como Santos, Tatuí, Tietê.

Para o juiz Egberto de Almeida Penido (2015), titular da 1ª Vara Especial da Infância e da Juventude de São Paulo e membro da Coordenadoria da Infância e da Juventude, “O processo restaurativo não é apenas uma negociação, mas algo mais profundo, que gere uma transformação no infrator”. Diante disto, pode-se compreender que a adoção de medidas da Justiça Restaurativa nas escolas tende a promover transformações interpessoais que, a longo prazo, podem promover a pacificação de conflitos institucionais, uma educação voltada para a cultura de paz, bem como para a alteridade, empatia e respeito à diversidade.

Este projeto desenvolvido no estado de São Paulo adota os círculos restaurativos como prática para a resolução de conflitos. Segundo informações constantes no endereço eletrônico do CNJ, eles são realizados em três etapas – pré-círculo, círculo e pós-círculo – e têm sido aplicados também em casos de *bulliying* nas escolas. Consoante o juiz Egberto Penido (2015), a utilização de métodos restaurativos nas escolas tem sido importante para evitar a evasão escolar; assim, essas práticas acabam possibilitando a inclusão social, ao passo que pacificam o conflito e fortalecem os vínculos entre os envolvidos.

Neste diapasão, evidencia-se que:

[...] os princípios e valores da Justiça Restaurativa têm muito a contribuir com nosso modo de conviver, inclusive na comunidade escolar. Embora a Justiça Restaurativa tenha surgido na cultura ocidental dentro do campo da justiça criminal, sua abordagem vem ganhando cada vez mais reconhecimento e aplicações na esfera educacional (MULLET e AMSTUTZ, 2010, p. 20).

## Conclusão

Isto posto, compreende-se que a Justiça Restaurativa e a aplicação de suas técnicas e práticas no ambiente escolar têm contribuído positiva e relevantemente para uma educação de paz. Conforme fora exposto durante este estudo, essas práticas têm o condão de promover transformações a longo prazo, tendo o fortalecimento dos relacionamentos entre professores, alunos, familiares e funcionários, a pacificação das situações conflituosas e a prevenção destas, o desenvolvimento do empoderamento e da empatia como possíveis resultados advindos da participação nos encontros restaurativos.

Através do estudo da legislação e dos referenciais teóricos utilizados nesta pesquisa, fora possível concluir que o incentivo à comunicação e ao diálogo – como propõe a Justiça Restaurativa – possuem a capacidade de propiciar efeitos benéficos não só àquela instituição de aprendizagem, mas também à comunidade, à família e à sociedade de maneira geral. Isto ocorre devido ao efeito multiplicador presente nas práticas restaurativas, à medida que o jovem estudante aprende preceitos como a comunicação não-violenta, a escuta ativa e a responsabilização durante uma prática escolar, ele tende a lidar com as situações conflituosas – internas ou externas ao ambiente escolar – com um novo olhar.

A Justiça Restaurativa, ao contrário do modelo de justiça atual punitivo, não visa castigos ou repressões a determinados comportamentos como forma resposta às ações desviantes, mas intenta empoderar os envolvidos e dar-lhes maior autonomia para que desenvolvam a autodisciplina e responsabilização. Por isso, ao invés de produzir sentimentos de raiva e

revolta no autor da infração sobre a pessoa que aplicou-lhe a punição, produz a consciência do dano que causou, da responsabilização e da empatia.

Portanto, evidencia-se que o ambiente escolar faz-se campo ideal para promover – utilizando-se das práticas restaurativas – a discussão e disseminação de valores de uma cultura de paz, de respeito às individualidades e à diversidade. E, por conseguinte, alcançar transformações interpessoais, as quais contribuem para a inclusão social e para a não evasão escolar.

## Referências

- ACHUTTI, Daniel. Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CARDOSO NETO, Vilobaldo. Justiça Restaurativa no Brasil: potencialidades e impasses. Rio de Janeiro: Revan, 2018.
- COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; MACHADO JÚNIOR, Elisio Augusto de Souza. Justiça Restaurativa: um caminho possível na superação da racionalidade penal moderna? Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 65-91, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/54226>>. Acesso em: 14 out. 2018. DOI:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v63i1.54226>.
- FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.
- MULLET, Judy, H; AMSTUTZ, Lorraine, S. (Org). Disciplina restaurativa para escolas. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça restaurativa: da teoria à prática.1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- PENIDO, Egberto de Almeida. Entrevista concedida à Agência CNJ de Notícias. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62375-justica-restaurativa-rompe-com-circulo-de-violencia-em-escolas-de-sao-paulo>>. Acesso em: 14 out. 2018.

- PRANIS, Kay. Processos circulares. São Paulo: Palas Athenas, 2010.
- VAZ, P.; BONA, V. Paulo Freire e a escola como espaço de relações e diálogo na perspectiva das crianças. Colóquio Internacional Paulo Freire, Brasil, out. 2016. Disponível em:<<http://coloquio.paulofreire.org.br/participacao/index.php/coloquio/ixcoloquio/paper/view/647/678>>. Data de acesso: 04 jun. 2018.
- ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2015.
- ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008

# Mediação de conflitos aliada à tecnologia: um estudo de caso sobre uma plataforma de mediação online em São Paulo

*Bruna Costa Lima*

## Introdução

A história humana foi marcada, desde sua origem, por transformações graduais e progressivas em suas mais diversas searas. Não foi diferente com a resolução de conflitos, em que o Direito percorre a história com inúmeras metodologias de aplicabilidade, flutuando com particularidades adaptadas ao seu tempo.

O trabalho traz em seu primeiro capítulo a conceituação dos métodos de resolução de conflitos, sejam eles de ordem judiciais ou extrajudiciais. Aborda também os números atualizados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e, ainda, explora a abrangência na aplicação dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos.

Já em seu segundo capítulo, a abordagem do presente estudo se afunila no âmbito da solução de conflitos dada pela mediação, trazendo o enfoque de sua importância e reconhecimento globalizado não somente na esfera judicial mas também na extrajudicial. Ademais, será estudado

de forma exploratória e mediação extrajudicial online, soluções de conflitos realizada por plataformas digitais.

Para o terceiro capítulo, será apresentado um estudo de caso sobre uma empresa Startup, pioneira no Brasil como plataforma digital dedicada à resolução online de conflitos. Neste momento também será apresentada a estratégia metodológica aplicada para a elaboração do estudo bem como a mecânica aplicada para o funcionamento da plataforma.

Nas considerações finais o trabalho analisará o desenvolvimento e importância do tema discorrido, apresentando as conclusões sobre os resultados da pesquisa e propondo novas pesquisas que possam contribuir com a evolução do assunto.

## 1. Solução de conflitos

Decorrente da vontade das partes, estimulada ou delegada por terceiros, é conferida à resolução de conflitos a possibilidade de ser empregada pelos métodos adversariais ou consensuais. A forma de condução de cada metodologia possui seu procedimento diferenciado, entretanto, ambos visam a solução mais adequada para o conflito em pauta (BACELLAR, 2016).

Cabe destacar que as resoluções de conflitos não têm a obrigatoriedade de ajuizamento da demanda perante o Poder Judiciário, podendo ser conduzida de forma extrajudicial. Entretanto, na busca pelo direito, a falta de acesso à informação pode conduzir às escolhas prematuras de um ajuizamento processual quando a metodologia mais adequada ao caso poderia ser autocompositiva (ECKSCHMIDT, 2016).

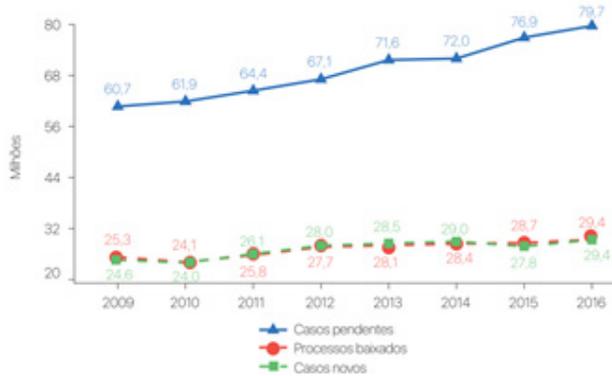
### 1.1 A sistemática Judicial na solução de conflitos

A judicialização indiscriminada causa impactos sob as mais variadas óticas que se pode abstrair dos números apresentados no anuário “Justiça em Números”, disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça com o propósito de fazer um balanço na Justiça Brasileira.

O anuário estatístico de 2017 revelou um número de 79,7 milhões de processos em tramitação, um crescimento acumulado de 31,2% em relação aos números de 2009. Esses dados também apontam um congestionamen-

to “constante” na primeira instância de 73% dos casos, isso porque a quantidade de novos casos está se equiparando aos processos baixados.

Figura 1: Série histórica da movimentação processual



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017)

Há também outro indicador que aponta a tentativa de resolução de conflito de forma rápida pelo judiciário, com um aumento de 29.96% em decisões e sentenças proferidas em relação aos números de 2009.

Figura 2: Série histórica das sentenças e decisões



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (2017)

Por um lado, vimos o crescimento da judicialização com novos processos. De outro, um aumento na produtividade dos magistrados que julgam, em média, sete processos ao dia. Resultado de uma tentativa na celeridade processual colocando em xeque a qualidade material da coisa julgada.

Com tempo médio de 5,5 anos para um processo judicial chegar em seu estágio final, a demanda no judiciário não traz onerosidade apenas ao autor e réu com honorários advocatícios, custas, emolumentos, perícias e etc., mas aos cofres públicos também, haja vista possuírem despesas para manter o processo em tramitação (Justiça em Números, CNJ, 2017).

O ingresso de receitas do Poder Judiciário é decorrente das cobranças judiciais e são destinadas a custear as despesas das quais 89,5% são de Recursos Humanos.

## 1.2 A abrangência dos Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos

Os Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos, cuja sigla adotaremos “MESCs”, possuem um rol de metodologias de resolução de desavenças tratadas fora do ambiente Judiciário de maneira a distanciar certa rivalidade entre “autor” e “réu” e trazer ao centro as partes interessadas em solucionar uma problemática harmonicamente (GARCEZ, 2003).

Tipicamente os MESCs estão relacionados à negociação, mediação, arbitragem, conciliação, avaliação, dentre outros menos populares, entretanto mais específicos para suas mais diversas searas de aplicabilidade (ECKSCHMIDT, 2016).

## 2. Mediação de conflitos

Palavra originária do latim *mediatio*, a mediação tem expressa definição no dicionário eletrônico Aurélio como sendo “a intervenção com que se busca produzir um acordo; [...] processo pacífico de acerto de conflitos, cuja solução é sugerida e não imposta às partes interessadas”. No mesmo sentido, “a mediação é definida como a interferência em uma negociação ou em um conflito, de uma terceira pessoa aceitável, tendo o poder de decisão limitado ou não autoritário, e que ajuda as partes en-

volvidas a chegarem, voluntariamente, a um acordo mutuamente aceitável em relação às questões em disputa.” (MOORE, 1998, p. 29).

## 2.1 A importância da Mediação

Enxergando a inovação e importância do tema, o “*Institute for Conflict Prevention and Solution*” (Instituto para Prevenção e Resolução de Disputas - CPR), fundado em 1979 sendo uma das associações que fomentam os “MARC: Arbitration and Mediation Services in Mauritius” nos Estados Unidos (são os MESC’s no Brasil), iniciou um trabalho engajando empresas a firmarem o compromisso em considerar os meios alternativos em todos os seus contratos com fornecedores, clientes e funcionários que, por algum motivo, resultar em conflito (ECKSCHMIDT, 2016).

O CPR, oferece serviços de resolução de disputas objetivando o progresso da conscientização dos MESC’s no ambiente dos negócios e, no Brasil, corroborou com o 1º Encontro Brasileiro pela Solução Pacífica de Conflitos Empresariais, realizado em São Paulo em 20/03/2014 em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da sua Comissão de Acesso à Justiça e o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), em parceria com a Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil (CACB). Encontro este destacado por declarações de ineficiência econômica do litígio.

Ressalta-se aqui que o CNJ trata da Resolução nº 125 como um instrumento para lidar adequadamente com os conflitos que “ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação” (Resolução 125 / 2010, CNJ).

A Resolução ainda reforça que “a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”.

Embora o presente estudo explore o contexto da mediação extrajudicial, é importante explicar que a Justiça se estende a regulamentar a matéria a fim de padronizar o exercício dessa prática para que não haja disparidades no seu tratamento e, nesse sentido, passamos a ter um “minissistema” regulamentador: a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), o Novo Código de Processo Civil – NCPC (Lei 13.105/2015), a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça e o Provimento 67 nº de 26 de março de 2018 do CNJ.

A legislação instruiu em seu art.139, inc.V, do Novo CPC a obrigação do juiz em prover a autocomposição a qualquer tempo (com a preferência de mediadores e conciliadores). Na mesma linha, o art. 334 perfaz a incumbência do juiz em designar a audiência de conciliação quando do recebimento da petição inicial. Todavia, ainda com a obrigatoriedade da audiência prévia, observamos a possibilidade desta não ocorrer conforme o §4º do mesmo dispositivo:

“§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.”

Os desdobramentos das Leis com essa imposição da tentativa de autocomposição (art. 139, CPC) ainda são pouco conhecidos haja vista sua vigência ser de 2016. Ainda assim, os indicadores do CNJ apresentam os primeiros impactos da metodologia sobre as sentenças e decisões: criação de 905 Centros Jurisdicionários de Resolução de Conflito na Justiça Estadual entre 2010 e 2016.

O levantamento do CNJ apontou, ainda, que no universo de todas as decisões e sentenças de 2016 proferidas pelo Poder Judiciário, 11,9% foram homologações de acordos. É um crescimento bastante embrionário mediante aos números de 2015, representado por apenas 0,8%.

Já as Mediações Extrajudiciais exigem outros processos para serem efetivadas, embora não menos importantes que as Judiciais. É necessário que haja um convite de uma das partes para a parte “opositora” especificando o motivo do contato, o escopo do que se pleiteia, data e horário

do primeiro encontro. Não havendo resposta ao convite em até 30 dias, o mesmo será dado como rejeitado, inviabilizando a solução do conflito pelos caminhos da Mediação Extrajudicial (Art. 21 - Lei nº 13.140/15).

As câmaras de mediação extrajudicial funcionam de forma independente aos tribunais, e podem proporcionar facilidade de acesso à solução de conflitos. As câmaras são escolhidas pelas partes e devem contar com profissionais qualificados para as respectivas áreas de atuação. Ademais, o acordo ali proferido possui a natureza de título executivo e, em caso de descumprimento, a parte prejudicada poderá executar judicialmente.

### 2.3 Mediação online

“ODR” é a sigla para os intitulados *Online Disputes Resolutions*, Meios Eletrônicos de Resolução de Conflitos, desenvolvidos com os recursos da tecnologia a fim de facilitar a condução de conflitos entre as partes envolvidas, regidas pelos pilares do relacionamento facilitado, eficiência, privacidade e legitimidade. As partes não se encontram em um lugar físico para dirimir o conflito, mas sim, elas se reúnem em salas virtuais (ECKSCHMIDT, 2016).

Nesse sentido, Daniel Arbix (2017) corrobora que o “*ODR é a resolução de controvérsias em que as tecnologias de informação e comunicação não se limitam a substituir canais de comunicação tradicionais, mas agem como vetores para oferecer às partes ambientes e procedimentos ausentes em mecanismos convencionais de dirimir conflitos.*”

A “rentabilidade” da metodologia está atrelada à eficiência relacionada ao custo e ao prazo, ainda mais devido ao fato destes serem menores em relação aos MESC's tradicionais (e ainda menores quando comparado aos processos judiciais) (MUHR, 2016).

Não obstante, os ODR possuem um desafio adicional em relação aos MESC's tradicionais, haja vista a metodologia requerer não apenas a capacidade técnica dos mediadores, mas também a habilidade e sensibilidade para lidar com esse novo elemento tecnológico para resolução de conflitos.

É válido, também, apontar que existem quesitos vantajosos do ODR sobre às câmaras tradicionais dos MESC's, tais quais otimização de tempo, custos, facilidade de acesso de conexão entre as partes.

### 3. Estudo de caso: a 1ª plataforma de Mediação online do Brasil

#### 3.1 Estratégia metodológica

A metodologia do estudo foi realizada em duas etapas, ambas ocorrendo no segundo semestre do ano de 2018. Em um primeiro momento a preocupação foi explorar o cenário dos conflitos judiciais e as aplicabilidades dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, com apoio dos números atualizados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e com bibliografia pautada no contexto da mediação judicial, extrajudicial e da mediação extrajudicial por meio de plataforma online.

Em uma segunda etapa, foi desenvolvido um estudo de caso sobre uma plataforma brasileira online de mediação extrajudicial de conflitos cuja estratégia metodológica foi norteadada pela técnica qualitativa sob os critérios que seguem:

Inicialmente foi realizada uma pesquisa em sites de busca sobre *startups* que atuam no setor jurídico (também conhecidas como *Law-Techs* ou *LegalTechs*) com energias investidas à mediação extrajudicial.

A empresa foi selecionada pela quantidade de conteúdos relevantes disponível na *web*, por seu pioneirismo na atuação como plataforma de mediação online do Brasil bem como suas garantias de segurança na plataforma.

O estudo foi realizado por meio de entrevista semiestruturada com a co-fundadora, uma gestora, uma analista e seis mediadores, sendo dirigido por questões que estimulam a exposição de números, expectativas e pontos de vistas sobre a efetividade e desafios acerca do trabalho da mediação extrajudicial via plataforma online.

#### 3.2 Panorama da Plataforma

A plataforma de mediação online foi criada em 2014 e é marcada pelo seu pioneirismo no Brasil. Sua missão é trazer eficiência para o mercado jurídico, desjudicializando os conflitos e, de um modo mais amplo, pacificando a sociedade.

Em contato com o tema da mediação, a fundadora da plataforma de mediação online optou em aliar a ferramenta de solução de conflitos à

tecnologia da informação, fazendo inicialmente surgir a plataforma para B2C (“*business to consumer*” - relações entre empresa e consumidor). Em 2016, a empresa já estava madura para entrar no mercado B2B (“*business to business*” - relações de empresa para empresa) e seu time cresceu.

A plataforma é bastante e estrategicamente simples, com interface intuitiva e user *friendly* (“fácil de usar”), de forma a conduzir o usuário a compreender a ferramenta em 5 passos: i. Envio do Caso; ii. Adesão; iii. Ativação; iv. Sessão; v. Acordo.

Ainda no que concerne ao modo de operar da plataforma, a depender do caso, o seu formato de cobrança pode colocar em dúvida se é a metodologia financeiramente mais econômica se comparada à Justiça Gratuita. Os valores e condições para o uso da plataforma são pré-estabelecidos a depender do valor da causa: até doze mil reais, o valor é fixo de R\$ 300,00; Para as causas acima de doze mil reais, o valor passa a ser o correspondente a dez por cento do valor da causa acrescidos de R\$ 500,00 a título de taxa de ativação do caso e honorários do mediador profissional.

A plataforma foi selecionada pelo “Programa de Residência” da Google como startup desenvolvedora de um produto potencial e em estágio de crescimento avançado. Como benefício do programa, atualmente a sede está localizada no Google Campus São Paulo. A estrutura da empresa é enxuta, porém bastante estratégica para atender às demandas necessárias ao funcionamento de uma companhia. Como relata a Co-founder & COO da empresa.

Além dos 18 colaboradores diretos, a plataforma conta com 17 mediadores que, dentre os entrevistados, 33% afirmaram atuar sem exclusividade à plataforma prestando serviços de mediação à outras instituições. Já outros 67% afirmaram que, por opção, prestam serviços com exclusividade à plataforma online, mas que não existe qualquer compromisso de exclusividade. Sobre a relação jurídica entre o mediador e a plataforma, a Co-founder & COO sustenta que:

*“Os mediadores são nossos parceiros. Então eles têm total autonomia, são terceiros, são imparciais. Eles realmente assinam um termo de independência e atuam conforme demanda. A gente funciona como um market place de mediadores mesmo. Então a gente conecta as empresas, os conflitos com os mediadores.*”

*A nossa ideia é a gente querer que as pessoas resolvam conflitos, e elas próprias decidem quando, como e onde. Então é da minha casa, é do escritório, é no meu horário de trabalho ou no meu horário pós-trabalho, é por vídeo conference ou por chat, elas que vão escolher. E o mediador se conecta a essa demanda graças à tecnologia.”*

No que tange a formação dos mediadores, todos os entrevistados possuíam pelo menos um diploma de nível superior, de forma que 40% eram pós-graduados e outros 40% possuíam 2 diplomas de graduação. Destaca-se que, embora 43% dos mediadores entrevistados eram bacharelados em direito, as formações variaram entre Pedagogia, Comunicação Social, Economia e Biologia.

Para se tornar um mediador extrajudicial, basta ser pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e que seja capacitada para fazer mediação. Entretanto, embora não haja requisitos legais para a formação do mediador extrajudicial, para atuar na plataforma como mediador é necessário que possua certificação específica. É o que afirma a *Mediation Analyst* da empresa, responsável pelo monitoramento das mediações e suporte aos mediadores:

*“Em linhas gerais o mediador precisa ser formado em mediação e que tenha o conhecimento técnico na área. Fazemos um teste para avaliar esse conhecimento. Fazemos também um teste de aptidão digital, porque às vezes é um excelente mediador, mas não sabe lidar com tecnologia, computador.”*

O estudo revelou que, além dos cursos de graduação e pós-graduação, os mediadores possuíam uma ou mais formação (ões) em institutos especializados para mediação. Destaca-se: Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP); Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (IMAB); Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM), Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (Cebepej); Escola Paulista da Magistratura (EPM); Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos; Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP); Instituto Familiar e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A plataforma é bastante preocupada com a atualização de conhecimento e capacitação dos mediadores, inclusive se auto-intitula como

“referência em geração de conteúdo sobre o mercado jurídico e a mediação”. E para garantir a qualificação de seus colaboradores, prestadores de serviços e demais interessados, a plataforma também se engajou no desenvolvimento de uma academia, como afirma a Community Manager da empresa:

*“Dentre outras frentes, também tive a honra de ser convidada para formatar a equipe e trabalhar o conteúdo da mediação para os ‘connectors’ que são essas pessoas que fazem a pré-mediação. Fui convidada para formatar em conjunto uma estrutura de controle na parte da qualidade, através da academia XX<sup>30</sup> para a gente prezar pela qualidade dos nossos mediadores”*

A academia possui uma área específica na plataforma e dispõe de e-books que abordam a mediação aplicada a diversos contextos, reforçando a eficiência na solução de conflitos e litígios. Os livros digitais estão disponíveis para download sem restrição de acesso, porém, no período do presente estudo, os links estão apresentando o erro “404 page not found”.

Como já relatado, a temática e a regulamentação é recente, entretanto a plataforma já consegue apontar resultados expressivos para a resolução de conflitos de modo extrajudicial, conforme relato da Co-founder & COO da empresa:

*A gente fez mais acordos do que todas as câmaras privadas de mediação de São Paulo, é um número que a gente gosta muito, são dados públicos, você consegue pegar lá na estatística do TJ São Paulo. A gente tratou nesses últimos 8 meses, 6 mil casos, 6 mil lides. A gente acredita que a mediação não se encerra só com o acordo. Quando você convida a parte e ela não quer fazer o acordo e a gente emite o termo de tentativa infrutífera de convidar, o convite de mediação foi infrutífero; ou também fizemos a sessão e não gerou acordo e a gente emite o termo de tentativa infrutífera de mediação, isso tem valor legal também. Você mostra a boa-fé das partes, você pula etapas que no judiciário são super lentas. Então a gente não olha só acordo, embora a gente queira que cada vez mais existam acordos.*

---

30. Nome da Academia preservado.

Em 2017 as empreendedoras e fundadoras tiveram a sua plataforma aceita no programa de aceleração da “500 Startups”, uma das mais importantes aceleradoras do Vale do Silício. Atualmente a startup está investindo em inteligência artificial e automação das etapas anteriores à mediação a fim de melhorar a experiência com a plataforma.

Evidente que não é possível estimar a duração de um processo de mediação, tampouco a quantidade de sessões necessárias. Isso porque o andamento desse processo depende diretamente da disposição das partes em resolver o conflito, todavia a média histórica da plataforma aponta a necessidade de 10 a 40 dias com média de 1 a 3 sessões para finalizar o processo (exitoso ou não).

E nesse panorama apresentado, a plataforma atingiu a média de 750 novos casos ao mês (números de 2018), sendo eles exitosos ou não.

### 3.3 Concepções sobre a mediação

Os mediadores buscam estabelecer um ambiente respeitoso e mais descontraído, menos informal, para que as partes se sintam confortáveis e estejam abertas à propostas, conforme completa o mediador da plataforma:

*“O Mediador solicita às partes que relatem o que aconteceu e ouve suas histórias. Requer que exponham seus pontos de vista. Indica o momento de resposta à outra parte. Faz perguntas para obter esclarecimentos sobre o conflito. Balanceia a participação de todos. Apresenta seus resumos a respeito dos relatos. Elimina conotações negativas da linguagem utilizando palavras cooperativas e construtivas. O Mediador também fornece uma estrutura e proteção necessárias para aproximar as partes. Zela pelo respeito entre elas resgatando a responsabilidade para resolver as pendências. Questiona sobre opções de solução. Delineia critérios para as propostas de acordo incentivando a criatividade na busca de alternativas. Auxilia na avaliação das opções apresentadas e redige um acordo final que retrate os entendimentos alcançados. O Mediador atua para criar um meio cooperativo de resolução sem pressionar as partes para que cheguem ao acordo. Na mediação o foco não é atribuir culpa e sim trabalhar o conflito como um prob-*

*lema comum, e, o objetivo é alcançar uma solução mutuamente satisfatória. Quando os participantes percebem que estão conversando num ambiente neutro e ordeiro, naturalmente acontece uma comunicação honesta entre eles, encorajando-os à busca por uma solução que responda à necessidade de ambos.”*

Os mediadores entrevistados possuíam de 12 a 24 meses de atuação na plataforma, apresentaram conhecimento técnico do assunto ‘mediação’ quando falado de formação e capacitação, porém não dispunham do conhecimento histórico da plataforma. Apenas um dos entrevistados sabia com exatidão há quanto tempo a plataforma já estava em operação, os demais ou não souberam responder ou responderam de forma equivocada.

Quando o colaborador ou parceiro tem acesso à história da empresa, aos motivos que levaram ao seu surgimento, tem-se a oportunidade de alinhamento da filosofia, cultura e perspectivas entre ambos (empresa e colaborador/parceiro). No entanto, nenhum mediador entrevistado soube responder como foi o processo e as estratégias para o surgimento da Plataforma.

Ademais, a concepção atinente aos fatores que contribuíram para que a mediação existisse diverge entre os mediadores entrevistados: 60% acreditam que o surgimento da mediação está relacionada ao congestionamento no Judiciário; 20% acredita que o surgimento foi por conta de força normativa e outros 20% alegaram que o instituto da mediação surgiu pelo entendimento de ser a forma mais adequada para determinados conflitos. Ressalta-se que apenas este último está alinhado com a concepção da empresa.

### 3.4 Efetividades e desafios da mediação

A virtude de estar em um ambiente online permite metrificar o que está acontecendo em tempo real e, conseqüentemente, permite aprimorar os processos da empresa e da plataforma.

O trabalho que vem sendo realizado pela plataforma online até o momento apresenta bons índices para compreensão de sua efetividade, representado pelo sucesso em 80% dos casos tratados.

A *Mediation Analyst* da plataforma faz uma ressalva com relação aos números de “acordos”:

*“Por exemplo, tem um contratante nosso que estava com problemas, queriam fazer mediações e iniciaram com a gente, mas eles usavam a mediação apenas para um primeiro contato, porque queriam para fazer uma primeira sessão, para ‘acalmar os ânimos’, para apresentar toda a informação e, depois disso, continuam as tratativas por outra metodologia, a negociação. Então esses seriam casos que não temos acordos.”*

Considerando a impossibilidade de acesso mais detalhado aos números, não foi possível identificar quantos casos “sem acordo” representam a média mensal e o quanto eles impactam no percentual de 80% de “sucesso” dos casos tratados. Também não foi disponibilizado a informação de quantidade de casos por atmosferas jurídicas: Aduaneiro, Ambiental, Cível, Consumidor, Empresarial, Trabalhista, entre outros.

O desconhecimento dos MESCs contribui de forma expressiva para o insucesso da mediação, como aponta uma mediadora profissional:

*“Na atuação judicial observo que as maiores dificuldades estão relacionadas com a estrutura do poder judiciário que limita o uso do tempo e impede que o mediador atue de uma forma mais completa. A limitação de recursos e tempo não permite que o mediador utilize várias técnicas e habilidades. Na atuação extrajudicial observo que as maiores dificuldades estão relacionadas com a adesão da parte convidada que muitas vezes demonstra desinteresse no procedimento, a meu ver em razão da falta da cultura da mediação em nossa sociedade.”*

Por se um assunto diretamente relacionado à tecnologia, os desafios serão constantes tendo em vista o dinamismo de atualização do segmento. A isso se soma a possibilidade de novas regulamentações se tornarem entraves ao processo da mediação. Com esse pensamento, todos os mediadores entrevistados apresentaram incômodo com a baixa disseminação da mediação como ferramenta de solução alternativa de conflitos.

## Considerações finais

A Mediação é capaz de empoderar as pessoas a resolverem seus conflitos de forma autônoma, trazendo soluções modernas onde o Judi-

ciário não abarca com a melhor estratégia. Acesso à justiça é diferente de acesso ao judiciário. Aqui falamos da metodologia adequada para a solução de determinados conflitos.

Com o surgimento dos MESC's - Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos, foi resgatada a possibilidade das partes resolverem seus conflitos, de forma mais eficiente, menos onerosa, ágil e transformando as relações.

A percepção de que é possível a resolução de controvérsias através da autocomposição e também a percepção de que o judiciário nem sempre é o caminho mais adequado, contribuiu para a notoriedade da mediação e demais métodos extrajudiciais.

Dentre o rol dos MESC's, a mediação online surgiu encurtando distâncias e quebrando barreiras de acesso à informação. O processo de globalização criou uma nova geografia que desafia os limites das fronteiras.

Os "*Online Dispute Resolution - ODR*" conseguem aproveitar das ineficiência e deficiências do ecossistema atual oferecendo mecanismo que possam atender às necessidades das partes envolvidas. Ratifica-se a oportunidade de, por meio dos "*ODR*", dar acesso ao senso de justiça à cidadãos comuns, melhorar a reputação de empresas com atenção adequada ao conflito entre outras inúmeras oportunidades de contextos em relações voluntárias.

O estudo de caso sobre uma plataforma de mediação online de conflitos foi capaz de apurar informações relevantes dessa metodologia. Por serem menos pessoais, as mediações de conflitos via plataforma online tendem a minimizar os impactos pessoais, evitando o escalonamento dos ânimos e tensões das partes envolvidas. Em contrapartida, pelo mesmo motivo pode surgir uma desvantagem, a falta de contato com as partes impede o estabelecimento de *Rapport* (técnicas de criar ligações de empatia com as pessoas). Ademais, também podem ser considerados como dificultadores a manutenção do foco, a falta participação dos envolvidos, e, principalmente, ausência de conhecimento tecnológico para interação na plataforma.

A estratégia principal da plataforma de mediação online pesquisada foi estar na web para ser acessada de qualquer localidade, sem fronteira. Assim, a sua maior aliada (tecnologia) torna-se a sua desafiadora, dependendo da própria tecnologia estar acessível a todos para a usabilidade da plataforma.

A mediação via plataforma online predomina em seu desenvolvimento a transparência, acessibilidade, independência, celeridade e equidade. No momento de realização do presente estudo, não havia histórico de pesquisas anteriores, não sendo possível realizar comparação de resultados.

O judiciário vai e deve continuar, ele é necessário para determinados tipos de causa, todavia ele deve ser otimizado, ele deve gerir ações que lhe sejam peculiares e, sobretudo, colaborar com a disseminação da cultura da paz. O judiciário pode ser o melhor aliado dos MESC's.

## Referências bibliográficas

- ARBIX. Daniel do Amaral, Resolução Online de Controvérsias , Intellecto Editora, pág. 214.
- BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de Junho de 2015. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm).
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)
- BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm).
- BRASIL. Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/ccbf89236e608e0c2bc755bee-863b68a.pdf>.
- BRASIL. Provimento nº 67 de 26 de Março de 2018. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3415>.
- CLANDININ, D. Jean. CONELLY, F. Michael. *Pesquisa narrativa: experiências e história na pesquisa qualitativa*. Tradução: Grupo de Pesquisa Narrativa e Educação de Professores ILEEL/UFU. Uberlândia: EDUFU, 2011.
- FIORELLI, Jose Osmir / Mangini,Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia Jurídica* - 8ª Edição - São Paulo: Atlas, 2017.

- GENRO, Tarso. *Prefácio do Manual de Mediação Judicial, Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD*, p. 13. 2016.
- ECKSCHMIDT, Thomas et al. *Do conflito ao acordo na era digital: meios eletrônicos para solução de conflitos - MESC - 2ª Ed. - Curitiba: Doyen*, 2016.
- MACEDO, José Pereira de. *O juiz integral*. Curitiba: Projeto, 1982, p.48
- MOORE, Christopher W. *O processo de Mediação: Estratégias práticas para resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 29
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do direito Administrativo*, 3ª. Edição, Rio de Janeiro, renovar, 2007.
- VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Métodos Extrajudiciais Solução de Controvérsias - São Paulo: Quatier Latin*, 2007, p. 26



# Comunicação jurídica: qual é o impacto da comunicação jurídica e a resolução de conflitos no judiciário brasileiro.

*Caíque Machado Camilo*

## Introdução

O presente trabalho versa sobre Comunicação Jurídica. E surpreendente como uma simples alteração no tom de voz e o uso de figuras de estilo ou retórica podem mudar o rumo de um processo. E a questão central desse trabalho é qual é o impacto da comunicação jurídica e a resolução de conflitos no judiciário Brasileiro?

A comunicação sempre influenciou e sempre influenciará os conflitos do judiciário Brasileiro, pois a comunicação está sempre presente, desde a lide sociológica onde o conflito realmente ocorre, até chegar na lide jurídica que é onde o conflito é solucionado pela sentença do Juiz.

É fundamental, na comunicação, transmitir um linguagem clara e cristalina, sem ambiguidades, aquela linguagem que possa chegar ao receptor com facilidade, com lisura e denodo.

Um erro Crasso é pensar que o que foi comunicado é sempre entendido pelo receptor, vale a pena dizer que cada pessoa tem seu modelo mental, portanto, registra as informações de acordo com sua visão de mundo e ainda temos os filtros cognitivos, que ao absorver conteúdo, generaliza, omite ou distorce as informações. Então é sugerido checar se a pessoa entendeu, por exemplo: [...] é isso que você tá me dizendo? O que você entendeu?

Existe o grave problema no judiciário, chamado de Jurisdiquês. Uma linguagem robusta e complicada é o modelo que predomina em nossos Tribunais.

Os advogados, magistrados e Membros do Ministério público muitas vezes usam palavras de outra língua como o latim, utilizam de palavras antigas e palavras extremamente técnicas também.

Isso dificulta a comunicação com as partes, pois vale lembrar que são elas que estão postulando seus direitos.

Já ocorreu de advogado protocolar uma reclamação trabalhista com mais de 180 páginas. E o juiz mandou emendar, diminuíram o tamanho e o juiz novamente mandou emendar, e aceitou a peça com 14 páginas.

Uma reclamação trabalhista simples não precisa de 100 páginas. Isso é um absurdo. Causa demora e até cansa ler uma peça tão grande.

A comunicação também é causa de inúmeras lides. Por falta de uma comunicação eficiente as partes brigam e acabam indo a litígio nos tribunais de justiça.

Recentemente, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, deu força a mediação, que é por excelência uma técnica de resolução de conflitos que aborda muito a questão da comunicação.

Juristas acreditam que esse é um ganho para o funcionamento da justiça Brasileira.

Como objetivo geral busca Demonstrar a importância de se comunicar claro, conciso e coeso.

Como objetivos específicos a o de fazer análise sobre a comunicação no Judiciário Brasileiro, seguido por demonstrar características de uma comunicação de excelência e o ultimo objetivo é apresentar recursos estilísticos para aprimorar a comunicação.

Na metodologia foi utilizado o método da Revisão de literatura em textos acadêmicos, livros, monografias, dissertações, teses, entrevistas

e reportagens em revistas e sites especializados e nos diversos textos disponibilizados em biblioteca. Método Qualitativo Também será utilizado o método Indutivo.

## 1. Linguagem jurídica e a comunicação no judiciário brasileiro

A linguagem da prestação de serviços públicos como pareceres, consulta, petições diversas e etc, aos litigantes, deve ser clara e cristalina.

Atualmente o que prevalece é uma linguagem robusta, ou em latim, burocrática, antiga, estrangeira e nada fácil ao jurisdicionados.

A simplicidade, clareza, coesão devem ser levados a sério, tão instruído cabe defender direitos também dos iletrados, deficientes e/ou com algo que prejudique a comunicação.

Além do dever legal, há o dever ético e moral.

A linguagem jurídica Para Nascimento (1992: 3) apud LÜBKE:

A linguagem socializa e racionaliza o pensamento. É axiomático, modernamente, que quem pensa bem escreve ou fala bem. Assim cabe ao advogado e ao juiz estudar os processos do pensamento, que são objeto da Lógica, conjuntamente com a expressão material do pensamento que é a linguagem. Talvez nenhuma arte liberal necessite mais de forma verbal adequada que a advocacia [...]

Para uma linguagem ser considerada eficiente é imprescindível que apresente quatro qualidades essenciais: **precisão, concisão, pureza e clareza.**

Segundo Nascimento (1992) apud LÜBKE, essas qualidades se definem da seguinte maneira:

- a) **PRECISÃO:** se adquire por meio do estudo do sentido das palavras (semântica), de sua colocação e da organização das orações no período.
- b) **CONCISÃO:** é a qualidade principal da linguagem forense, uma vez respeitadas as demais. Consiste na busca para a forma breve, incisiva para pensamento. Breve e certo, doutrinavam os latinos:

*Esto brevis, sed placebis.* Para a consecução dessas virtudes da linguagem, uma norma apreciável é escrever períodos curtos. Os trechos longos, entremeados de orações subordinadas, de relativos e conjunções, não raro geram obscuridade.

- c) **PUREZA:** resume-se em escrever a língua sem recorrências a palavras ou construção estranhas.
- d) **CLAREZA:** os textos obscuros são quase sempre resultados de:
  - a) emprego vicioso dos possessivos “seu”, “sua”, com duas terceiras pessoas;
  - b) emprego do relativo *que*, com antecedente distante;
  - c) colocação inadequada da palavra na frase.

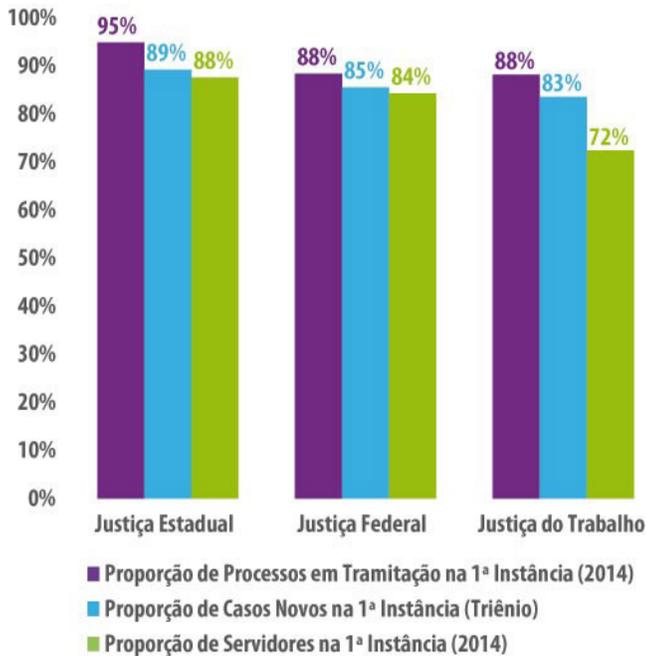
A linguagem jurídica burocrática, mais conhecida pelos tribunais como jurisdiquês, ainda predomina. Uso de jargões antigos, estrangeirismo, citações gigantescas, petições simples com mais de 100(Cem) páginas. A utilização de uma linguagem simplificada é fundamental para as partes. O juiz deve se esforçar fazendo suas decisões mais compreensíveis.

Segundo relatórios do CNJ:

O primeiro grau de jurisdição é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário e, por conseguinte, aquele que presta serviços judiciários mais aquém da qualidade desejada.

Dados do Relatório Justiça em Números 2015 revelam que dos 99,7 milhões de processos que tramitaram no Judiciário brasileiro no ano de 2014, 91,9 milhões encontravam-se no primeiro grau, o que corresponde a 92% do total.

## Processos em Tramitação x Casos Novos x Servidores



Fonte: CNJ

No mesmo sentido André Barrocal da Carta Capital escreveu matéria sobre tema: “*O Judiciário brasileiro, o mais caro do mundo, consome 1,2% do PIB nacional, mas seus integrantes querem mais privilégios e mordomia*”.

Nosso judiciário é moroso e caro.

De 2016 pra pôde perceber melhora devido à popularização do petição eletrônico e da previsão expressa no Código Processual Civil de 2015 da possibilidade de uso da mediação.

O petição eletrônico consiste em utilização de um token ou uma chave virtual, podendo ser utilizada de qualquer computador e de qualquer lugar com acesso a internet. Acelerou muito a tramitação do processo.

A mediação se difere de conciliação no sentido em que na conciliação não há um vínculo de amizade ou um vínculo afetivo anterior, muito menos vínculo de permanecer com esse contato. Já na mediação há um vínculo anterior e a manutenção do vínculo ou preservação da amizade

e da afinidade está entre os objetivos da mediação. Ação Judicial resolve vínculo jurídico, enquanto a mediação tenta solucionar lide sociológica.

A mediação busca facilitar a comunicação e aproximar as partes resolvendo a lide sociológica e preservando a comunicação e afetividade das partes.

## 2. Características de uma comunicação de excelência

Os operadores do direito necessitam cada vez mais de gerir argumentos, transformando-os em um belo discurso. Uma argumentação pode ganhar uma causa. Portanto se torna fundamental a sustentação tanto escrita como oral, o domínio de técnicas argumentativas e de retórica.

A retórica surgiu na Grécia e falar bem era fonte de poder.

Na retórica clássica conforme (CARBONEL.p3) :

Segundo Meyer (2007), a retórica clássica, nos moldes propostos por Aristóteles e, posteriormente, desenvolvidos por outros oradores, tais como Cícero e Quintiliano, deve ser compreendida como a articulação de três unidades de base: o ethos, o pathos e o logos.

De acordo com(CARBONEL p.4) :

Em uma tradução livre, a palavra grega ethos corresponde à “imagem de si”, ou seja, a imagem que o orador cria diante da plateia ou auditório, englobando sua personalidade, seu comportamento, seu estilo de vida, a escolha das palavras, a postura física entre outros elementos.

O modo de se vestir também influencia muito para ganhar atenção da plateia. Um discurso para intelectuais é necessário ter muita cautela. Tem gente que nem tem percepção sobre nossa presença, porque a vestimenta está inadequada.

(CARBONEL, p.4)

O pathos, por sua vez, é, analogamente ao ethos, a “imagem do auditório”. Se a plateia determina a imagem que o orador projeta

de si para a mesma, esse mesmo orador também constrói, mentalmente, uma imagem da plateia.

A plateia por sua vez pode servir como guia do discurso. A plateia pode ser mais acessível ou extremamente crítica. Cabe ao orador fazer essa microcalibração entre discurso e plateia, estabelecer diálogos, fazer a plateia rir, usar argumentos inteligentes.

E *logos* que é o que está em debate, o assunto, o tema.

A boa argumentação é fundamental para persuadir a plateia, o juiz e as partes.

O tema é de vital importância para o militante da advocacia.

Nesse sentido, em momento oportuno de formas de aprimorar a comunicação, às figuras retóricas / argumentativas/ de linguagem na sustentação oral e escrita.

O assunto interessa o autor por ser capaz de melhorar suas habilidades de persuasão, logrando mais êxito, seja na sustentação oral ou escrita.

Além das figuras a serem apresentadas no próximo capítulo, o jurista deve ficar focar na leitura e escrita – Com o ensino de má qualidade que é bastante comum que trazemos de outras fases da vida ou outro ciclos de vidas: temos uma escrita ruim, uma leitura ruim e uma fala ruim.

Segundo o site Brasil Escola: ” Além de aumentar o conhecimento, o hábito da leitura aprimora o vocabulário e ajuda na construção textual”. E ainda

Um dos grandes desafios dos professores da educação básica é ensinar a **leitura** para os alunos, mas ensinar não só a decifrar códigos, e sim a ter o hábito de ler. Seja por prazer, seja para estudar ou para se informar, a prática da leitura aprimora o vocabulário e dinamiza o raciocínio e a interpretação. Infelizmente, com o avanço das tecnologias do mundo moderno, cada vez menos as pessoas interessam-se pela leitura.

Um ato de grande importância para a aprendizagem do ser humano, a leitura, além de favorecer o aprendizado de conteúdos específicos, aprimora a escrita. O contato com os livros ajuda ainda a formular e organizar uma linha de pensamento. Dessa forma, a apreciação de uma obra literária é uma aliada na hora de elaborar uma redação.

A leitura também pode ser uma opção para as férias, pois é uma ótima técnica para memorização de conteúdos. Assim, o aluno continua em contato com a escola, mesmo não indo às aulas.

O hábito da leitura pode também funcionar como um exercício de fixação, pois boa parte dos assuntos estudados na escola é ensinada apenas na teoria. Além disso, durante a leitura, é possível notar faces diferentes de um mesmo assunto, descobrindo um mundo novo, cheio de coisas desconhecidas. (<https://brasilecola.uol.com.br/ferias/a-importancia-leitura.htm>)

Quanto a importância da leitura, da escrita, da fala é obrigatória para um profissional de sucesso nos dias de hoje.

Argumentação é o diamante do direito, aquele que a domina tem mais influência, persuasão, conseguindo maior índice de sucesso resolvendo a lide.

Tatiani Heckert afirma:

Considerando-se que a atividade jurídica consiste, essencialmente, em argumentar e que há pouco mais de meio século, essa discussão ressurgiu no mundo jurídico em decorrência da crescente modificação dos sistemas jurídicos positivistas para os denominados *constitucionalismos* ou *pós-positivismos*, questiona-se qual o papel a ser exercido pela argumentação jurídica e qual a importância de suas teorias no âmbito desses sistemas. Os profissionais do *direito*, sejam eles juizes, advogados, legisladores; hoje, necessitam oferecer boas razões para as suas decisões que devem ser justificadas ante a realidade e os valores sociais. Nesse contexto, Manuel Atienza, com sua inovadora maneira de conceber a argumentação jurídica por seu conteúdo, destaca-se entre os teóricos mais recentes, sem desprezar a lógica e a retórica. (Braatz, 2007, p.1)

A argumentação jurídica não se dá somente judicialmente, mas extrajudicialmente através de conciliação extrajudicial, mediação, arbitragem, Sindicato, Termo de Ajuste de Conduta.

Vale lembrar que argumentação jurídica pode ser escrita – a petição-ou Oral – A sustentação Oral perante o tribunal sobre um recurso.

A retórica no direito busca convencer o ouvinte que sua tese é a verdadeira.

Vale lembrar do poder de síntese, não precisamos de petições simples de 100 ( Cem) páginas.

Também a questão da clareza, texto coeso, com ausência de erros ortográficos.

Um texto bem feito encanta o leitor, não faz que uma simples leitura se transforme em uma leitura cansativa, pelo contrário: é agradável.

### 3. Das estratégias argumentativas:

#### **Argumentos baseados na Associação de ideias:**

[...] nas palavras de Perelman e Tyteca os argumentos baseados na associação de ideias, portanto seriam esquemas que aproximam elementos distintos e permitem que seja estabelecido entre estes uma solidariedade que visa, seja estrutura-los positiva ou negativamente um pelo outro, podendo ainda ser de três tipos, sendo eles: argumentos quase lógicos, argumentos fundados na estrutura do real, e argumentos que fundamentam a estrutura do real. (TRUBILHANO,2013,p.55)

#### **Argumentos quase lógicos:**

Segundo Thiago Ianez Carbonel:

Refere-se ao juízo sobre a realidade que é de conhecimento geral, ou pelo menos aquele que pode ser presumido, o que engloba, portanto, tudo o que o auditório considera como fato sólido e certo. Assim, quando um médico se dirige aos seus pacientes, a premissa de que fumar faz mal à saúde é aceita por estes como um acordo sobre o real, sem a necessidade de elaborações comprobatórias. (CARBONEL, Thiago Ianez. In: Tópicos da retórica clássica - Parte 2 - [http://posgraduacao.uniaraonline.com.br/pluginfile.php/61824/mod\\_resource/content/2/ANovaRetorica-deChaimPerelmanII.pdf](http://posgraduacao.uniaraonline.com.br/pluginfile.php/61824/mod_resource/content/2/ANovaRetorica-deChaimPerelmanII.pdf) > acesso em 12.10.2016)

#### **Argumento de Incompatibilidade:**

Exemplo de[argumento] de incompatibilidade pode ser vista quando o réu tem sua contestação tida como intempestiva, sob o argu-

mento de que apresentada fora do prazo legal, embora, de fato a dada do protocolo da referida peça harmoniza-se com o determinado na lei. Dessa maneira, o réu poderá interpor recurso demonstrando a incompatibilidade existente na decisão do julgador de primeiro grau, haja vista a data em que a data que a cocontestação foi protocolada e o prazo legal, valendo-se o recorrente, pois do argumento de incompatibilidade. (TRUBILHANO,2013,p.57)

### **Argumento da regra de justiça(a pari):**

Utiliza-se do argumento de regra da justiça aquele cuja intenção for de pleitear tratamento igualitário para elementos que se encontram na mesma hierarquia. Ele será construído, portanto, com proposições assemelhadas, para que a conclusão também o seja. (TRUBILHANO,2013,p.58)

É o tratamento idêntico a pessoas de uma mesma categoria, por ex: categoria profissional – mesmo nível hierárquico. É o princípio da Isonomia.

### **Argumento da Retorsão:**

O argumento de retorsão também explora uma incompatibilidade num sistema discursivo, no entanto, ele usa aquilo que é apresentado pelo próprio adversário, a fim de ressaltar as incoerências no discurso. (TRUBILHANO,2013,p.60)

Exemplo: Embargos de declaração:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra **qualquer decisão judicial para:**

**I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;**

**II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;**

**III - corrigir erro material..[...] (grifos meus)**

## Argumento do Ridículo

O ridículo é arma poderosa de que o orador dispõe contra os que podem, provavelmente, abalar-lhe a argumentação, recusando-se sem razão, a aderir a uma ou outra permissa de seu discurso. É ela, também, se deve utilizar contra os que se atrevam aderir, ou continuar a adesão. As duas teses julgadas incompatíveis sem se esforçarem em remover essa incompatibilidade. (TRUBILHANO,2013,p.60)

Segundo o autor o argumento é muito utilizado em frases famosas e infelizes, proferidas por políticos Brasileiros por exemplo: “Estupra, mas não mata”.

Para alguns é um argumento que zomba da técnica retórica do adversário.

O argumento deve ser usado com cautela pois pode levar a desqualificação da pessoa do oponente e não apenas de seus argumentos, criando, por isso, um problema moral ético, seu uso deve ser comedido a fim de evitar entraves e mal entendidos{...}. Podendo ser até ridicularizado perante o auditório.[...] Não deve se perder de vista que o escopo desse argumento é evidenciar as incompatibilidades do discurso atacado com o senso comum, e não propiciar a zombaria de seu autor. (TRUBILHANO,2013,p.60-61)

## Argumento da Definição

O argumento da definição é verificado quando o orador tenciona esclarecer rigorosamente o sentido de determinado elemento, segundo seu interesse, de modo que pontos de uma mesma definição podem receber tratamento mais extensivo e detalhista, enquanto outros podem ser tratados sumariamente, ou até mesmo se deixados de lado, conforme o intuito do orador. (TRUBILHANO,2013,p.61)

## Argumento da comparação

É a comparação entre dois ou mais argumentos, por exemplo: Em uma apelação de majoração de danos materiais e morais do cidadão que perdeu a perna por culpa da empresa x. **Quanto vale um dedo?**

**Na jurisprudência deste tribunal consta 200.000,00(Duzentos mil reais), se um dedo vale isso, quanto vale uma perna?** Sendo que o juiz a quo avaliou em 30 mil de indenização por danos morais e materiais. **Um absurdo o valor deverá ser majorado para R\$300.000,00.**

É necessário muito cuidado com esse argumento, pois uma comparação errônea pode causar a desvalorização e o menosprezo gerando prejuízo.

#### **Argumento do sacrifício:**

É a valoração das coisas fazendo a coisa parecer maior ou menor, muito parecido com o argumento de comparação.

### 2.1. Argumentos baseados na estrutura do real

São argumentos baseados em fatos e experiências.

Segundo TRUBILHANDO:

**Diferentemente dos argumentos quase-lógicos, que dependem de uma estruturação lógica para sua formação, os baseados na estrutura do real são aqueles diretamente ligados á realidade dos acontecimentos e fatos, ás experiências práticas, ás vivencias e valores tanto do orador como de seu destinatário, de modo que o que é aceito por uma das partes torna-se o objeto sobre o qual se fundará a estrutura do argumento.** (TRUBILHANO,2013,p.64)

#### **Argumento de Autoridade ( as verecundiam)**

É trazer para o auditório a fala, as palavras de alguém com forte influência – uma autoridade.

É muito usada no direito, no sentido em que faz referências a grandes doutrinadores, ministros, autoridades judiciais, professores.

#### **Argumento de Maior Razão(a fortiori)**

É um argumento de uma gigantesca força persuasiva. Serve para convencer a plateia através de uma analogia favorecendo lado. Por exemplo o Brocardo jurídico citado por TRUBILHANO, “ Quem pode mais, pode menos”.

### **Argumento do desperdício.**

Deve-se evitar os desperdícios de atos e argumentos.

O desprezo ao formalismo exacerbado, sem que isto importe numa despreocupação com a segurança jurídica, tem sido realidade na dinâmica forense, tratando a jurisprudência de receber atos que se revestem de forma imprópria, visualizando o processo como um meio, não como fim, qual seja, a entrega da prestação jurisdicional no menor espaço de tempo.(MONTENEGRO FILHO M apud TRUBILHANO,2013,p.69)

### **Argumento ad hominem**

É a desqualificação, contestação, objeção dos argumentos de alguém. Ex: “ em que pese saber jurídico do ilustre Magistrado”, “não condiz com a verdade que consta na respeitável decisão”

### **Argumento ad personam**

É o ataque direto a pessoa do adversário, busca desqualifica-lo, diminuir sua credibilidade. É a crítica direta a pessoa que proferiu o discurso.

### **Argumento Pragmático (ad consequentiam)**

É um argumento que avalia as consequências de determinado ato. O futuro e o presente, por exemplo: O que acontecerá se X for despejado, lado outro o que acontecerá se X permanecer no Imóvel.

OBS: O argumento pode parecer reducionista quando não indicados outros fatores ou reais fatores de um certo acontecimento. Por exemplo: Se a sentença X de indenização de R\$200.000,00(duzentos mil reais) não for reformada, minha empresa irá a insolvência, quando pode ser por outros motivos, por exemplo: crise econômica, sistema financeiro, educacional, social e político do País.

### **Argumento da Direção**

Como o próprio nome já diz é um argumento que tende a direcionar o caminho do auditório. Por exemplo: se você ceder uma vez, vai ceder várias outras. É importante saber se pontuar e expressar ponto

de vista em coerência com sua consciência, alertando a plateia a não ir para o caminho errado.

## 2.2 Argumentos que fundamentam a estrutura do real

São argumentos com a finalidade de complementação dos argumentos baseados na estrutura do real.

### **Argumento pelo Exemplo**

Exemplificar, facilitando e reforçando assim, a interpretação sobre os argumentos.

### **Argumento pela ilustração:**

Ilustração é um argumento que visa narrar uma espécie de história ou estória, visando desqualificar ou qualificar a parte. Por exemplo: Fulano nunca paga em dia a pensão dos meus filhos (desqualificador), fulano é um bom pagador, nunca deixou de pagar a pensão, nunca teve seu nome inscrito no SPC/ Serasa(Qualificador).

### **Argumento pelo Modelo:**

É basear sua sustentação em um modelo, por exemplo: O Willian Douglas - Guru dos concursos, utilizou-se de tais técnicas para passar em primeiro lugar, logo ele é um bom modelo a seguir.

### **Argumento por Analogia (a simili)**

É a comparação com um caso concreto com outro similar.

### **Argumento por Metáfora**

É por exemplo: “determinada pessoa é bela como uma deusa grega” é um comparação. (TRUBILHANO,2013,p.80)

Uma metáfora seria: “ A pessoa é uma Deusa grega” (TRUBILHANO,2013,p.80)

## 2.3 Argumentos baseados na dissociação de ideias.

Têm como finalidade precípua a supressão por meio da separação, das incoerências originárias do cotejamento de proposições, sejam elas decorrentes de normas, casos concretos ou verdades. (TRUBILHANO,2013,p.81)

Consistem em dissociar noções em pares hierarquizados, como aparência/ realidade, meio/fim, letra/ espírito etc. Distinguem-se assim de todos os outros argumentos, que associam noções. É verdade que todos esses outros argumentos podem ser recusados por uma “técnica de ruptura”, mas esta se limita a manter separado aquilo que o adversário pretendia unir. (TRUBILHANO,2013,p.82 apud Reboul)

### **Argumento pelo Distinguo**

Esse argumento visa evidenciar tratamento diferente entre as teses. Um processo com pedido de maior celeridade em virtude de o autor ser idoso ou então o benefício da justiça gratuita em um recurso que precisa de preparo e o juiz a quo tenha concedido tal benefício.

### **Argumento pelo dilema**

É quando apresente uma ou mais teses e o resultado será o mesmo. O que se questiona é que não haveria outra opção ao usar esse argumento.

Por exemplo: Colisão de veículos com baixo prejuízo. O custo com advogado seria mais caro que o conserto/reparo em si. Neste caso é importante informar ao juiz sobre o Dilema.

### **Argumento por exclusão**

É a exclusão das proposições que menos se encaixam a tese defendida. Ex: O promotor de justiça sabe quem é o verdadeiro autor do crime entre cinco suspeitos, com isso ele argumenta no sentido de excluir demais suspeitos.

## 2.4 Figuras de Linguagem e argumentação.

Figuras de escolha:

Antonomásia, o eufemismo, a hipérbole, a ironia, a metáfora e a perífrase.

### **Antonomásia**

É quando o nome é substituído por outro nome ou alguma expressão que agregue valor, ou seja mais bonita. (TRUBILHANO,2013,p.90)

Por exemplo: “Águia de Haia” refere-se a Rui Barbosa;

A “dama de ferro” para Margaret Thatcher.

“Filho de DEUS” para referir-se a Jesus Cristo.

### **Eufemismo**

O orador utiliza o Eufemismo quando, em situações cujo a sonoridade ou significado soaria de forma grosseira, grotesca. (TRUBILHANO,2013,p.91)

Exemplo: Idoso Humilde a velho pobre. (TRUBILHANO,2013,p.91)

### **Hipérbole (auxese)**

É a expressão exagerada para impressionar o auditório.

Exemplo: É o contrário do eufemismo.

Exemplo: Estou explodindo de emoção.

### **Ironia**

**Deve ser usada sob cautela.** É exprimir o oposto do que diz.

Exemplo: Os juízes vão abrir mão do auxílio moradia

Os deputados vão abrir mão da verba de gabinete.

### **Metáfora**

É uma espécie de analogia.

Metáfora é a comparação de palavras em que um termo substitui outro. É uma comparação abreviada em que o verbo não está expresso, mas subentendido. Por exemplo, dizer “o meu amigo é um um touro, levou

o móvel pesado sozinho”. (<https://www.significados.com.br/metafora/> > acesso em 28.11.2016.

Exemplo: Carrego o mundo nas minhas costas.

### **Paráfrase**

É a interpretação do texto com as próprias palavras, mantendo o pensamento original.> <http://www.dicionarioinformal.com.br/><

### **Figuras de presença.**

Despertam o sentimento de da presença do odo objeto do discurso tanto de quem o profere quanto quem daquele o lê. (TRUBILHANO,2013,p.94).

Acumulação, a anáfora, a antítese, a gradação ou clímax o polissíndeto, o pleonasma, [o quiasmo] a interrogação. (TRUBILHANO,2013,p.94)

### **Acumulação ( congérie)**

Quando há dilação de conceitos em destaque por meio da associação de diversos elementos da língua num mesmo enunciado, agrupados por enumeração ou não com finalidade de intensificar, emponderar. (TRUBILHANO,2013,p.95)

Exemplo: Ele é um matador cruel, ganancioso, violento, grotesco, maldoso e desumano.

### **Anadiplose**

Consiste numa repetição, mas difere de outras figuras da mesma essência por utilizar as mesmas palavras, termos ou expressões no final no início de duas frases. (TRUBILHANO.2013,p.96)

Exemplo: A escadaria, de bronze; de bronze, os portais reluzentes”.

### **Anáfora**

Anáfora é uma **figura de linguagem** na língua portuguesa, que consiste na **repetição consciente de determinada palavra ou ex-**

**pressão** com o intuito de reforçar o seu sentido. (<https://www.significados.com.br/>)

### Exemplos de anáfora

*Era uma estrela tão alta!  
Era uma estrela tão fria!  
Era uma estrela sozinha  
Luzindo no fim do dia.  
(Manuel Bandeira)*

*É pau, é pedra, é o fim do caminho  
É um resto de toco, é um pouco sozinho  
É um caco de vidro, é a vida, é o sol  
É a noite, é a morte, é o laço, é o anzol  
(Tom Jobim)*

### **Antítese**

É formado por enunciados em sentidos opostos.

Amor é fogo que arde sem ver/ É ferida que dói e não sente// É um contentamento descontente// A dor que desatina sem doer (figura do poema de Camões apud TRUBILHANO.2013, p.98).

### **Climax (gradação)**

Tem como finalidade a essência da repetição para mais ou para menos, a depender da intenção do orador. Exemplo: (Rui Barbosa apud TRUBILHANO.2013,p.97) “ Preguei, demonstrei, honrei a verdade eleitoral, a verdade constitucional, a verdade republicana.

### **Polissíndeto**

Quando utiliza-se reiteradas vezes de um conectivo para fixar um mesmo encadeamento de frases, trata-se de Polissíndeto.

“Falta-lhe o solo aos pés: recua **e** corre, vacila **e** grita, luta **e** ensanguenta, **e** rola, **e** tomba, **e** se espedaça, **e** morre.” (Olavo Bilac)

“Deus criou o sol e a lua e as estrelas. E fez o homem e deu-lhe inteligência e fê-lo chefe da natureza. <http://www.soportugues.com.br/secoes/estil/estil9.php>> acesso em 28.10.2016.

A figura contrária é o assíndeto (ausência de conectivos).

O art. 1.241 do atual Código civil traz um exemplo típico de supressão de conectivo.

“ Poderá o possuidor requerer ao juiz [que] seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel”.

### **Pleonasm**

É um vício de linguagem, em regra. Não deve ser utilizado.

Exemplos: Entrar para dentro

Sair para fora.

Subir para cima.

### **Interrogação(interrogativo)**

É a interrogação que expressa uma finalidade retórica.

## 2.5 Figuras de Comunhão:

[...]Servem as figuras de comunhão para que o orador estabelece um elo com seu destinatário, aproximando da tese sustentada e, por conseguinte, aumentando a probabilidade de atingir adesão. Entre as figuras podemos citar a alusão e a apóstrofe. (TRUBILHANO.2013,p.100)

### **Alusão**

É o emprego de fatos/dados da cultura, tradição ou passado comum ou passado comum.

Por exemplo:

No discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988.

Senhoras e senhores constituintes.

Dois de fevereiro de 1987: *“Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação vai mudar.”* São palavras constantes do discurso de posse como Presidente da Assembléia Nacional Constituinte.

Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou.

A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa. Num país de 30.401.000 analfabetos, afrontosos 25% da população, cabe advertir: a cidadania começa com o alfabeto.

Chegamos! Esperamos a Constituição como o vigia espera a aurora. Bem-aventurados os que chegam. Não nos desencaminhamos na longa marcha, não nos desmoralizamos capitulando ante pressões aliciadoras e comprometedoras, não desertamos, não caímos no caminho. Alguns a fatalidade derrubou: Virgílio Távora, Alair Ferreira, Fábio Lucena, Antonio Farias e Norberto Schwantes. Pronunciamos seus nomes queridos com saudade e orgulho: cumpriram com o seu dever.

A Nação nos mandou executar um serviço. Nós o fizemos com amor, aplicação e sem medo. A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério.

A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia. Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo.

Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina.

Assinalarei algumas marcas da Constituição que passará a comandar esta grande Nação.

A primeira é a coragem.[...]

Fonte: <http://www2.camara.leg.br/>

### **Apóstrofe**

Quando invoca divindades, coisas, contos, lendas afim de persuadir a plateia.

Por exemplo: “Pai nosso que estas no céu[...];

“Ave Maria cheia de graça”[...]

Muito utilizado no júri popular.

Jesus falou atirai a primeira pedra aquele que não tiver cometido pecado, esse homem não merece ser preso.

### **Considerações finais**

O presente trabalho tratou da importância da Comunicação Jurídica na solução de conflitos no Judiciário Brasileiro. Abordou a comunicação clara, coesa, concisa; bem como a relação da comunicação e o judiciário Brasileiro; além de comunicação de excelência e por fim o reforço dessa comunicação de excelência através de figuras retóricas de argumentação e de linguagem.

Em síntese: A linguagem da prestação de serviços públicos como pareceres, consulta, petições diversas e etc, aos litigantes, deve ser clara e cristalina.

Atualmente o que prevalece é uma linguagem robusta, ou em latim, burocrática, antiga, estrangeira e nada fácil ao jurisdicionados.

A simplicidade, clareza, coesão devem ser levados a sério, o tão instruído cabe defender direitos também dos iletrados, deficientes e/ou com algo que prejudique a comunicação.

Os operadores do direito necessitam cada vez mais de gerir argumentos, transformando-os em um belo discurso. Uma argumentação pode ga-

nhar uma causa. Portanto se torna fundamental a sustentação tanto escrita como oral, o domínio de técnicas argumentativas e de retórica.

É preciso dominar a leitura, a escrita, retórica e oratória.

Para tanto, no último capítulo foram apresentadas inúmeros técnicas argumentativas e figuras de linguagem.

Os objetivos gerais e específicos nesse trabalho foram alcançados, mas não esgotam o assunto.

Nossa língua é muito rica e a falta de tempo no dia a dia é um empecilho.

## Referências

Braatz, Tatiani Heckert. *É Preciso Argumentar? Reflexões Sobre A Argumentação Jurídica E A Teoria De Manuel Atienza*. Revista Jurídica - CCJ/FURB. 2007.

**BRASIL.LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil.

CAMILO, Caíque Machado. Monografia. *Retorica e Argumentação e o Direito*. Universidade de Araraquara(Uniara) Araraquara. São Paulo.2016.

CARBONEL, Thiago Ianez. In: *Tópicos da retórica clássica - Parte 1* <http://posgraduacao.uniaraonline.com.br/mod/resource/view.php?id=10823> > acesso em 25/09/2016 às 17:48

CARBONEL, Thiago Ianez. In: *Tópicos da retórica clássica - Parte 2* - [http://posgraduacao.uniaraonline.com.br/pluginfile.php/61824/mod\\_resource/content/2/ANovaRetoricadeChaimPerelmanII.pdf](http://posgraduacao.uniaraonline.com.br/pluginfile.php/61824/mod_resource/content/2/ANovaRetoricadeChaimPerelmanII.pdf) > acesso em 12.10.2016

[http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULYSSES-GUIMARAES-\(10-23\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULYSSES-GUIMARAES-(10-23).html) > acesso em 28 de novembro de 2016.

<http://www.dicionarioinformal.com.br/>

<http://www.soportugues.com.br/> > acesso em 28.10.2016.

<https://www.significados.com.br/> > acesso em 28.11.2016.

REOLON, Suzana Minuzz. A Linguagem Jurídica E A Comunicação Entre O Advogado E Seu Cliente Na Atualidade. Monografia Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010.

<https://www.normaculta.com.br/niveis-de-linguagem/> > acesso em 06.06.2018

MACIEL, Roger Luiz. Linguagem jurídica: e difícil escrever direito? Teresina: Jus Navegandi, 19 jul. 2007. Disponível em:< <http://jus.com.br/artigos/10169/linguagem-juridica/print>>. Acesso em 23 out. 2013

LUBKE, Helena Cristina, **PELA SIMPLIFICAÇÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA**. III CIELLI – Colóquio de Estudos Linguísticos e literários. Universidade Estadual de Maringá. ISSN 2177-6350

LÜBKE, Helena Cristina. ENTENDER DIREITO É UM DIREITO DE TODOS. Disponível em [http://pdf.blucher.com.br.s3-sa-east-1.amazonaws.com/socialsciencesproceedings/xi-sepech/gt8\\_298.pdf](http://pdf.blucher.com.br.s3-sa-east-1.amazonaws.com/socialsciencesproceedings/xi-sepech/gt8_298.pdf)> Acesso em 19/07/2018.

PAIVA, Marcelo. Recursos Estilísticos. Brasília/DF: Unyleya,2018.

PAIVA, Marcelo. Linguagem Jurídica. Brasília/DF: Unyleya,2018.

PAIVA, Marcelo. Linguística. Brasília/DF: Unyleya,2018.

PAIVA, Marcelo. Padronizações e Normatizações. Brasília/DF: Unyleya,2018.

PAIVA, Marcelo. Expressão e Vocabulário: Unyleya,2018.

PAIVA, Marcelo. O texto Jurídico. Brasília/DF: Unyleya,2018.

PAIVA, Marcelo. Morfologia. Brasília/DF: Unyleya,2018.

PAIVA, Marcelo. Sintaxe. Brasília/DF: UnyLeya, 2018.

PAIVA, Marcelo. Metodologia da pesquisa e da Produção Científica. Brasília/DF: UnyLeya, 2018.

PAIVA, Marcelo. Construindo o Trabalho de Conclusão de Curso. Brasília/DF: UnyLeya.

TRUBILHANO, Fabio Souza. Retórica clássica e nova retórica nos recursos judiciais cíveis: A construção do discurso persuasivo – tese de doutorado-2013/USP.

VIANNA, José Ricardo Álvares. **Simplificação da linguagem jurídica**. Teresina. Jus Navegandi, 4 maio 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11230/simplificacao-da-linguagem-juridica/print>>. Acesso em 6 nov. 2013.

<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>> acesso em 21/07/2018

<https://www.cartacapital.com.br/revista/873/caro-e-ineficiente-7271.html>

# A implantação da mediação comunitária na cidade do Rio de Janeiro a partir do convênio com o tribunal de justiça do Estado

*Fernanda Bragança*

*Laurinda Fátima da Fonseca Pereira Guimarães Bragança*

## Introdução

Essa investigação tem como objetivo relatar a origem da mediação comunitária no estado do Rio de Janeiro a partir do convênio firmado, em 2015, entre o Tribunal de Justiça (TJRJ), a prefeitura da cidade do Rio e a Arquidiocese Metropolitana, e também apontar como o trabalho nos centros vem se desenvolvendo até então. A importância do tema remonta à necessidade de divulgação e discussão mais aprofundada sobre este projeto do Tribunal que visa aproximar a justiça da comunidade (entendida aqui em um sentido lato sensu).

No artigo é apresentada a seguinte metodologia: a primeira etapa consistiu em uma pesquisa bibliográfica sobre os aspectos teóricos da mediação comunitária como o conceito, princípios, objeto, profissional mediador, questões procedimentais, principais vantagens e público-alvo. No momento seguinte, passa-se então a relatar a experiência prática enquanto mediadora comunitária em capacitação pelo Tribunal trazendo

os aprendizados da formação e os principais pontos discutidos durante as reuniões com o núcleo permanente de métodos consensuais de solução de conflitos – o NUPEMEC, responsável pelos centros instalados nos espaços cedidos pela municipalidade e pelas paróquias.

O objetivo deste trabalho é colaborar com a divulgação da mediação comunitária e trazer à tona o cenário em que vem sendo implantada no rio de janeiro bem como as dificuldades que até então estão sendo enfrentadas. Destaca-se sobretudo nessa oportunidade a baixa procura pelos serviços dos centros, à exceção dos localizados nas comunidades da Coroa e da Rocinha, o que evidencia que a cultura da litigância é dominante e exigirá esforços mais intensos para ser transformada. Esta é uma pesquisa em andamento e que seguirá acompanhando as evoluções e coletando os principais dados da implantação desse serviço na cidade do Rio de Janeiro.

## 1. A mediação comunitária

A Mediação comunitária é um procedimento extrajudicial realizado em espaços externos ao ambiente Judiciário, independentemente da condição sócio-econômica dos interessados, com dois objetivos principais: um primário, que é fazer com que as partes retomem o diálogo para conviver de maneira harmoniosa; e um secundário, que é o desfecho com o acordo. Ainda que a doutrina especializada não apresente um conceito fechado<sup>31</sup>, alguns aspectos são comumente abordados pelos estudiosos do assunto: a mediação comunitária conta com dois eixos fundamentais: um voltado ao atendimento, que dá orientação relativa ao exercício da cidadania e de direitos humanos e que se ocupa de conflitos no âmbito privado das relações interpessoais; e um segundo, que está relacionado às questões coletivas, como a organização da sociedade e a coletivização de demandas (ALMEIDA; PANTOJA, 2016, p. 126).

O processo de mediação comunitária constitui um meio de resolução de conflitos no qual o poder de decisão cabe às partes, devendo o me-

---

31. Alguns autores, como por exemplo a autora Sally Merry (1996), utilizam o termo comunidade como equivalente a grupo de pessoas de baixa renda. Com esse viés, a mediação comunitária seria um instrumento de empoderamento de indivíduos considerados carentes.

diador apenas facilitar essa comunicação, que deve transcorrer de forma pacífica. Funciona como um serviço público prestado pelos membros da própria comunidade, tendo em vista que os mediadores<sup>32</sup>, ou seja, os terceiros responsáveis por conduzir o procedimento, são pessoas inseridas na localidade e que portanto, conhecem e compartilham da mesma realidade.

Os princípios que regem a mediação comunitária são basicamente idênticos aos da mediação em geral<sup>33</sup>, com algumas especificidades. O Código de ética do mediador comunitário trata-os em seu art. 3<sup>o</sup><sup>34</sup>: auto-

---

32. O mediador é um gestor de conflitos, um facilitador que deverá ser sempre imparcial, não devendo impor soluções. Quem decide são os interessados. A sua principal função é ajudá-los a decidir por suas próprias convicções.

São 3 os pilares da mediação: o mediador, os mediados e as atividades de mediação. A essência da mediação é a própria atividade do mediador. O novo Código de Processo Civil conceitua:

Art. 165. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

33. O art. 2º da Lei 13. 140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, estabelece 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. Boa-fé.

34. AUTONOMIA DAS PARTES: §1º A mediação é um procedimento voluntário e as responsabilidades das decisões tomadas no decurso do procedimento cabem as pessoas envolvidas no conflito, devendo o mediador comunitário assegurar a plena autonomia de vontade dos interessados não fazendo prevalecer soluções, não decidindo, não defendendo e não aconselhando.

INDEPENDÊNCIA: § 2º O mediador comunitário tem o dever de salvaguardar, sob todas as formas a independência inerente a sua atividade isentando-se de qualquer pressão, seja esta resultante de seus próprios interesses, valores pessoais ou de influências externas.

IMPARCIALIDADE: § 3º O mediador comunitário é um terceiro imparcial em relação aos interessados e ao conflito em questão, devendo abster-se de qualquer ação ou comportamento que manifeste qualquer tipo de preferência (partidária, religiosa, econômica, sexual, etc.).

CREDIBILIDADE: § 4º O mediador comunitário deverá desempenhar sua atividade de forma confiável, sendo independente, franco, coerente e competente.

COMPETÊNCIA: § 5º O mediador comunitário deve ter a capacidade para mediar o conflito existente entre os interessados, satisfazendo as expectativas razoáveis dos mesmos, procurando a permanente atualização dos seus conhecimentos científicos e da sua preparação técnica e prática.

nomia das partes, imparcialidade, credibilidade, competência, confidencialidade, diligência e livre escolha do mediador comunitário. Já no que toca aos valores, o estatuto menciona fundamentalmente: o crescimento pessoal; a transformação social; e a prestação de auxílio na resolução de conflitos (OLIVERA, 2005, p. 33). O desenvolvimento de cada indivíduo contribui também para que a comunidade se legitime e se fortaleça, de maneira que ganha força ao exigir o atendimento de suas necessidades frente tanto Poder Público quanto à iniciativa privada.

Uma das maiores vantagens da opção por essa via de solução de conflitos é a prevenção da violência<sup>35</sup>, tendo em vista que a controvérsia tende a ser resolvida pelos envolvidos e não por alguém que desconhece o ambiente no qual está inserido. Não há perdedores pois todos precisam ter uma postura ativa de propor e aquiescer com o que está sendo acordado. Outra tendência é que tudo seja equacionado de forma muito mais célere.

O objeto da mediação comunitária, como regra, são aquelas questões que repercutem na localidade na qual o centro encontra-se inserido, como por exemplo: problemas de bairro ou entre bairros, vizinhança, segurança na região, problemas de consumidores em estabelecimentos locais, situações familiares, empresariais, dentre outros. A depender da especificidade do problema, é preciso que o mediador chame para colaborar líderes locais como: o presidente da associação de moradores<sup>36</sup>, os síndicos dos condomínios, o representante dos lojistas, dentre outros.

---

CONFIDENCIALIDADE: § 6º O mediador comunitário deve manter sigilo de todas as informações que tenha conhecimento no âmbito do procedimento da mediação comunitária, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem.

DILIGÊNCIA: § 7º O mediador comunitário deve ser diligente, efetuando o seu trabalho de forma prudente e eficaz, assegurando a qualidade do processo e cuidando ativamente de todos os seus princípios fundamentais.

LIVRE ESCOLHA DO MEDIADOR: § 8º Aos interessados assiste o direito à livre escolha do mediador comunitário disponível nos plantões Centos de Mediação Comunitária.

35. A mediação comunitária passa a ser vista como valioso instrumento para concretização da paz, não apenas a paz como ausência de violência física, mas também a paz como a efetivação de direitos fundamentais (SALES, 2003; MENDONÇA, 2006; SPENGLER, 2012). Em seu sentido material, surge como mais do que uma metodologia inovadora de resolução de conflitos, mas como um verdadeiro caminho para fortalecer uma democracia efetiva.

36. Em estudo sobre a mediação comunitária de conflitos nas favelas do Rio de Janeiro, Rafaela Selem Moreira (2014, p. 35) adentra as especificidades das práticas de

Qualquer pessoa, independentemente de sua condição econômico-financeira, pode procurar os centros de mediação comunitária, não havendo qualquer restrição neste sentido<sup>37</sup>. Em geral, as demandas envolvem indivíduos que se conhecem e que por vezes possuem relações continuadas repletas de sentimentos, o que pode dificultar o diálogo direto e a pró-

---

encaminhamento e resolução de conflitos em favelas. Destaca o papel das associações de moradores na prevenção e resolução de conflitos locais. As comunidades faveladas da cidade do Rio de Janeiro viveram (e vivem ainda nos dias de hoje) a constante ameaça de destruição/remoção em função de interesses públicos – ligados a segurança geotécnica e custos de prestação de serviços - e privados – ligados à especulação imobiliária de terrenos. Desta forma, quanto maior fosse o desenvolvimento interno dessas comunidades, menor a probabilidade de que interesses públicos e privados viabilizassem sua remoção. A organização e união que surge nestas comunidades visa de um lado ocupar um vazio deixado pelo Estado, minimizando a brutalidade da difícil condição social a que está submetida (SANTOS, 1989a) e de outro, resistir a pressões externas públicas e privadas. As associações de moradores surgiram nas favelas cariocas como marca da resistência de seus moradores. Administrando as diversas relações sociais e econômicas dentro das favelas, bem como atuando politicamente pela conquista de direitos fundamentais para seus habitantes, estas associações atuam ainda nos dias de hoje como uma espécie de fórum para resolução de conflitos. Além disso, também funcionam como um cartório: com procedimentos de registro de propriedades e cobrança de taxas (CORRÊA, 2012).

37. No caso brasileiro, ainda que a maioria dos estados já contem com sua defensoria pública estruturada, há critérios econômicos que exigem comprovação de renda para o atendimento. É verdade que o conceito de hipossuficiente passou por um forte alargamento. O critério de atuação da Defensoria Pública não se limita ao aspecto econômico, de modo que a Instituição pode prestar orientação jurídica a todos os indivíduos que estejam em situação de **hipossuficiência organizacional**, ou seja, desde que a pessoa esteja inserida em determinado grupo social vulnerável e com pretensão diretamente associada a essa situação de vulnerabilidade. Assim, poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade. Mas critérios econômicos ainda estão presentes para basilar a atuação da defensoria: Quanto ao **critério econômico**, consideram-se vulneráveis todas as pessoas que comprovarem renda familiar mensal igual ou inferior a **três salários mínimos nacionais**, considerando-se os ganhos totais brutos da sua entidade familiar. Na aferição da renda familiar, para fins de atendimento, deverão ser deduzidos: meio salário mínimo por dependente; parcelas devidas por lei ou determinação judicial, tais como impostos incidentes sobre a renda, verbas previdenciárias e pensão alimentícia; gastos ordinários com a moradia familiar, tais como despesas relativas ao consumo de água e energia elétrica, condomínio, aluguel e financiamento imobiliário para a aquisição de bem de família, até o limite de um salário mínimo nacional.

pria negociação entre eles (SALES, 2016, p. 486). Daí a importância do papel do facilitador enquanto agente propulsor de transformações sociais.

Na esfera comunitária, para atuar como mediador não é necessário ter ensino superior ou uma certificação específica. A lei no. 13.140/2015, ao dispor sobre o mediador extrajudicial (subseção II), não impõe exigência quanto à sua capacitação, diferentemente do que faz em relação ao facilitador judicial. Esses colaboradores têm geralmente um amplo engajamento na região e têm um perfil condizente à prestação desse tipo de serviço. Devem ser pacientes, humildes, prudentes, criativos, imparciais, hábeis e perseverantes. No caso da cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado está capacitando<sup>38</sup> alguns voluntários para trabalharem em paróquias e em dois espaços montados pela Prefeitura, um no Morro da Coroa e outro na Rocinha<sup>39</sup>.

Não obstante o preparo e instrução sejam muito importantes, é preciso apontar que não há qualquer imposição legal nesse sentido. Dessa forma, é possível, por exemplo, que um condomínio crie seu próprio centro de mediação para resolver questões internas e opte por sujeitos que não tenham qualquer formação ou experiência na área (podem ser inclusive os próprios condôminos).

O procedimento é marcado pela informalidade e oralidade. É preciso que o terceiro que medeia seja cuidadoso na acolhida e dedicado a garantir o tratamento respeitoso<sup>40</sup> entre os participantes. Nesse sentido, é importante que esteja atento à forma como que os mediados se expressam, pois é através da comunicação que refletem suas emoções, percepções e avaliações do problema.

---

38. O curso de formação oferecido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem duas fases: uma teórica, composta de 60h de aulas presenciais dadas por instrutores do próprio tribunal; e uma outra posterior de 40h, sendo 30h práticas e 10h referentes à elaboração da rede e divulgação do núcleo. Até março de 2017, o curso está na sua etapa prática. Ao final dela, os mediadores finalmente estarão habilitados a atuar certificados pelo TJRJ.

39. Conforme será aprofundado mais a frente, os centros da Prefeitura já concluíram a capacitação. A gestão atual da Prefeitura do Rio não renovou o convênio com o Tribunal. Mas o TJRJ se disponibilizou a dar alguma assistência, caso necessário. O único centro paroquial que encerrou a capacitação foi o de Santa Cruz (julho 2018).

40. Não é admitida qualquer forma de ofensa, grosserias, discriminações e outras reações do gênero. Essa compreensão de que a necessidade de estabelecer um convívio civilizado com o outro seja levada adiante é uma importante efeito gerado por esses procedimentos.

Não há uma estrutura procedimental prescrita, o que abre espaço para que o procedimento se desenvolva conforme as circunstâncias o exigirem. Segundo orientação dos supervisores do Tribunal durante a formação teórica, é recomendável seguir as seguintes etapas: 1. Reunião entre mediadores e observadores, para combinar estratégias de trabalho<sup>41</sup>; 2. Recepção dos mediados e dos advogados<sup>42</sup>; 3. discurso de abertura e termo de adesão (aqui ocorre o encerramento da fase de pré-mediação); 4. sessão conjunta inicial<sup>43</sup>, primeira fala dos mediados e exposição do motivo do interesse pela mediação; 5. elaboração do resumo e da pauta do mediador; 6. decisão sobre a necessidade de sessões privadas (caucus) e se for o caso, iniciar com a parte que procurou o centro; 7. projeção de

---

41. Antes que as partes cheguem ao local e depois do contato com o centro de mediação. É necessário uma reunião prévia para combinar a forma como vai se dar o procedimento. É preciso expor a maneira como se costuma trabalhar ao comediador. É muito importante esse planejamento da sessão da mediação.

42. É fundamental acolher as partes ao mesmo tempo em que é preciso ser assertivo.

43. Apresentação: Nome dos participantes e como gostariam de ser chamados; Explicação da proposta da mediação; Explicação do papel do mediador e suas características; Explicação das principais regras em relação aos mediados (ex. proibição de xingamentos, palavras de baixo calão, agressividade, sem interrupções); Ordem da discussão; Imparcialidade; Confidencialidade e suas exceções; Construção de um acordo escrito com eficácia jurídica; Informações sobre o tempo do procedimento; Esclarecimento sobre reuniões individuais; Oportunidade de perguntas; Papel dos advogados no processo.

Durante a SESSÃO CONJUNTA INICIAL o Mediador tem os seguintes objetivos: 1. Estabelecer o *rapport* com os participantes (confiança): O *rapport* se refere ao grau de liberdade experimentado na comunicação, o nível de conforto das partes, o grau de precisão naquilo que é comunicado e qualidade de contato humano. Os mediadores frequentemente falam sobre a necessidade de desenvolver uma forma de ligação com os participantes. Sensação de confiança que deve ser passada as pessoas no primeiro contato com o mediador; Para isso, alguns pontos devem ser observados: Utilizar um tom de voz eficiente, de maneira calma e tranquila; Estar atento a comunicação não verbal: atento a seu comportamento, gestos e atitudes; Seu modo de se comunicar, seu semblante, humor; Não deixar transparecer preocupações pessoais; Não fixar o olhar em nenhum dos mediados apenas; Evitar gestos bruscos e hostis; 2. Construir credibilidade pessoal = ser leve e assertivo 3. Ajudar os mediados a se sentirem ouvidos = escuta ativa, prestando atenção em ambos. Isso é muito importante porque as partes vão reproduzir o comportamento do mediador nesse sentido. A postura do mediador é o espelho do mediando e precisa garantir que os mediados sintam-se ouvidos. 4. Instruir os participantes sobre o processo de mediação; 5. Conseguir o compromisso de mediar; 6. Identificar o tom do caso / Ambiente emocional; 7. Dar aos mediados oportunidade de ouvir o outro.

estratégias a partir das ferramentas próprias da mediação para o restabelecimento da comunicação, abrindo o caminho para a formulação de soluções plausíveis; 8. redação do termo final, com ou sem acordo.

## 2. A mediação comunitária no Rio de Janeiro a partir do convênio com o TJRJ

Conforme já foi explicado, qualquer local pode oferecer serviços de mediação extrajudicial independentemente de formação específica dos mediadores. Assim, associações, organizações, condomínios podem ter centros comunitários com pessoas que se disponham a fazer com que as partes dialoguem sobre seus conflitos.

Mas o objetivo deste trabalho é tratar sobre os núcleos formados a partir da iniciativa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Em 2015, este órgão firmou dois convênios: um com a prefeitura da cidade e outro com a arquidiocese metropolitana. A escolha dessas instituições se deu em razão do fato de contarem com estruturas consolidadas e espaços disponíveis para abrigarem os centros.

Assim, no ano de 2016 foram inaugurados dois espaços com a Prefeitura, um no Catumbi, denominado de Paulo César Salomão<sup>44</sup> e outro na Rocinha<sup>45</sup>, que recebeu o nome de Salim Salomão. Na parte relacionada à

---

44. Notícia sobre a inauguração: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-12/prefeitura-do-rio-inaugura-primeiro-centro-de-mediacao-comunitaria>> acesso em 7 de mar de 2017.

45. Notícia sobre a inauguração: <<http://prefeitura.rio/web/guest/exibeconteudo?id=5980741>> acesso em 7 de mar de 2017.

Igreja<sup>46</sup>, foram abertos em sete paróquias<sup>47</sup>, em seis dos oito Vicariatos<sup>48</sup> que compõe a arquidiocese<sup>49</sup>.

O TJRJ programou um curso de formação para mediadores comunitários em duas fases: a primeira parte teórica composta de 60 horas seguida da prática de 40 horas. Destas últimas, 10 horas relativas à elaboração da rede e 30 horas de acompanhamento de procedimentos de mediação conduzidos por supervisores do Tribunal. Até o momento (agosto de 2018), os dois centros da prefeitura e o do vicariato Leopoldina concluíram a segunda etapa. Os demais estão com esta fase em andamento. A cerimônia de formatura dos mediadores que concluíram o curso está prevista para agosto deste ano.

O TJRJ não conseguiu renovar convênio com a Prefeitura da cidade, não obstante os esforços nesse sentido. De toda maneira, o Tribunal se disponibilizou a continuar auxiliando os núcleos da Coroa e da Rocinha naquilo que for preciso. Já com a Arquidiocese, isso foi possível e a previsão inclusive é de abertura de novos espaços comunitários. Os centros paroquiais continuam sob a supervisão do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, o NUPEMEC.

Os mediadores foram escolhidos em decorrência do seu engajamento na comunidade. É um trabalho voluntário e os atendimentos são realizados preferencialmente em duplas de colaboradores, de acordo com a dis-

---

46. Notícia sobre a abertura do centro comunitário na Arquidiocese: <<http://arqrio.org/noticias/detalhes/5222/mediacao-nas-paroquias-da-zona-sul>> acesso em 7 de mar de 2017.

47. Paróquia Santa Luzia e Paróquia São Francisco de Paula no Vicariato Jacarepaguá; Paróquia Nossa Senhora da Conceição no Vicariato Santa Cruz; Paróquia Nossa Senhora de Fátima no Vicariato norte; Paróquia Nossa Senhora da Paz no Vicariato Sul; Vicariato Leopoldina; e Catedral no Vicariato urbano.

48. Dentro de cada diocese existem um ou mais Vicariatos. Os **Vicariatos episcopais** são um instrumento evangelizador mais descentralizado. Colaboram para o atendimento às exigências da ação evangelizadora em cada grande área geográfica ou ambiental, organizando melhor o trabalho e as relações pastorais.

49. Para a melhor organização administrativa e pastoral a Igreja Católica Apostólica Romana possui uma estrutura feita com subdivisões, onde cada uma delas possui determinadas funções confiadas a um presbítero (padre) que exerce, em nome do Papa, a coordenação de todas as atividades. A Arquidiocese é a província eclesiástica que abrange todas as dioceses de uma região

ponibilidade. Cada núcleo conta com pelo menos um (1) mediador adjunto que é responsável por coordenar e organizar as atividades e horários.

Todo mês deverá ser enviado ao Tribunal uma planilha com os procedimentos realizados, o tipo de conflito, mediadores que atuaram, número de sessões feitas e se foi firmado acordo ou não. Esses dados serão transformados em estatísticas que permitirão acompanhar o trabalho que vem sendo desenvolvido tanto pelo TJRJ quanto pelo Conselho Nacional de Justiça, o CNJ.

O NUPEMEC promove reuniões com representantes de todos os centros. Inicialmente essas supervisões ocorriam a cada dois (2) meses e agora passaram a ser mensais. O objetivo é fazer uma coleta de informações sobre o andamento da formação dos mediadores e sobre como as mediações que vêm sendo realizadas. O grande entrave levantado pela quase totalidade dos Vicariatos<sup>50</sup> foi a baixa procura, a ponto de ainda ser insuficiente para completar a carga horária mínima necessária de atividade prática. Feita essa constatação, chegou-se à conclusão de que era fundamental a intensificação da divulgação dos serviços de mediação na região na qual estão inseridos.

Até agora, com a última reunião realizada em julho de 2018, a falta de demanda continua sendo o maior obstáculo relatado pelos participantes do projeto. Os voluntários dos centros da Coroa e da Rocinha, por sua vez, não enfrentam mais esse dilema, graças à intensa campanha realizada, que também incluiu as redes sociais, participação em eventos da comunidade e em cursos de capacitação externos.

Segundo relatos desses profissionais, o contato com empresas que atuam nas localidades através de *email* foi fundamental para ampliar o conhecimento sobre o funcionamento dos centros. Por meio dessa intera-

---

50. Foi verificado que os centros ligados à Prefeitura já atingiram as horas práticas suficientes ao término da formação. E compartilharam a experiência da ampla divulgação realizada dentro da comunidade.

Quanto aos núcleos paroquiais, seus coordenadores se manifestaram no sentido da baixa procura pelos centros e sugeriram que a parte prática fosse realizada junto aos CEJUSCs (centro judiciário de solução de conflitos e cidadania). O TJRJ encarou com ressalvas essa possibilidade, sendo a principal motivo o perigo de “contaminação” da mediação comunitária por práticas correntes na mediação judicial.

O centro de mediação Nossa Senhora da Paz está em andamento na fase prática da capacitação de seus mediadores.

ção construída, algumas reclamações de moradores relacionadas à empresa OI telefonia, por exemplo, foram solucionadas através de um simples telefonema. Corroborando a importância de comunicação com o empresário local, o centro da Catedral, que engloba o vicariato urbano, realizou uma mediação com a empresa responsável por gerir o VLT do Rio.

O núcleo Nossa Senhora da Paz<sup>51</sup>, que abrange toda a zona sul da cidade, também já participou de eventos para ampliar não só a divulgação sobre o centro, como também para esclarecer e tirar dúvidas sobre a proposta de resolução de conflitos pela via consensual. Os membros estiveram presentes em dois momentos do “Abraço da Paz – Paz de A a Z”; o primeiro realizado na Praça Nossa Senhora da Paz, e o segundo em frente à Igreja São José da Lagoa. Em ambos foram distribuídos material explicativo aos interessados. São realizadas ainda constantes visitas a órgãos inseridos na proximidade, como o Rio *Poupa tempo*<sup>52</sup>, hospitais e a estabelecimentos comerciais. Com isso, espera-se aproximar as pessoas e aumentar a atuação. Não obstante essas iniciativas, não se pode perder de vista que uma mudança cultural exige tempo e será um longo caminho para a transformação da mentalidade litigante de nossa sociedade.

## Conclusão

A mediação comunitária na cidade do Rio Janeiro que vem sendo implementada a partir da supervisão do Tribunal de Justiça está sendo desenvolvida em espaços cedidos pela Prefeitura e por paróquias de seis vicariatos. O apoio do Judiciário se dá na formação dos mediadores comunitários através de um curso teórico e prático que desenvolve habilidades de comunicação e negociação. O objetivo é desafogar dos juízes questões simples e que poderiam ser solucionadas pelas próprias partes:

---

51. Para realizar procedimentos de Mediação no núcleo Nossa Senhora da Paz, basta deixar o contato na Secretaria da paróquia no endereço: Rua Visconde de Pirajá, 339 – Ipanema (edifício ao lado da Igreja, em frente à Praça Nossa Senhora da Paz).

52. É um programa, do Governo do Estado do Rio de Janeiro, de atendimento ao Cidadão e ao Empresário, coordenado pela SDE – Subsecretaria de Desenvolvimento Econômico, vinculado a Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico, que tem como propósito reunir, em um mesmo espaço físico, entidades públicas (Municipais, Estaduais e Federais) e privadas, fornecendo serviços de utilidade pública.

conflitos de vizinhança, entre lojistas, direito do consumidor, guarda de filhos, negociação de dívidas, divórcio e partilha, dentre outros.

A maior dificuldade apontada até agora é sobretudo a baixa procura pela mediação. Ainda há descrédito em relação ao procedimento. Durante as reuniões de supervisão dos centros com o NUPEMEC foram sugeridas algumas medidas como a intensificação do trabalho de divulgação junto à comunidade e em locais como hospitais, órgãos públicos e estabelecimentos; organização de eventos para promover a mediação e suas vantagens; e participação em congressos e encontros para aprimorar a capacitação e trocar experiências.

Não obstante esses entraves, há uma perspectiva promissora de melhora das relações na localidade, um aperfeiçoamento do exercício dos direitos e uma conseqüente diminuição do número de ações ajuizadas. Ainda que em um primeiro momento os impactos em termos estatísticos possam ser pouco expressivos, a mudança da cultura da litigância tende a repercutir positivamente sobre o empoderamento do cidadão.

## Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Diogo A. Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Áreas de atuação da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Ed. Juspodium, 2016.
- ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos! Assistência Jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. O acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1988.
- CARNEIRO, Maria Francisca. Mediação como renovação do conceito de justiça. Revista *Jus navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3968, 13 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28391>>.

- FOLEY, Glauca Falssarella. Justiça comunitária: uma experiência emancipatória. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Ed. Juspodium, 2016.
- KLEBA, Maria Elisabeth; WENDAUSEN, Agueda. Empoderamento: processo de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v.18, n.4, p. 733-743, 2009.
- MERRY, Sally Eagle. Albie Davies: La mediación comunitaria como organización de la comunidad. In: KOLB, Deborah M. Y Asociados. **Quando hablar da resultado: Perfis de mediadores**. Buenos Aires, Barcelona, México: Paidós, 1996.
- MOREIRA, Rafaela Selem. A mediação comunitária de conflitos: teoria e prática de um caminho para democracia nas favelas do Rio de Janeiro. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda (Coord). **Mediação nas Comunidades e nas Instituições**. Niterói: PPGSD – Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito, 2014, pp. 34-52.
- NATÓ, Alejandro Marcelo; QUEREJAZU, Maria Gabriela Rodriguez; CARBAJAL, Liliana Maria. **Mediación Comunitaria. Conflictos en el Escenario Social Urbano**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2006.
- NETTO, Fernando Gama de Miranda. **Mediação nas Comunidades e nas Instituições**. Niterói: PPGSD – Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito, 2014.
- SALES, Lilia Maia de Moraes. Mediação comunitária, Escola Transformativa e Democracia. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Ed. Juspodium, 2016.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição: reflexões na prestação jurisdicional do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

THESING, Josef. **La democracia: también una forma de vida**. Diálogo Político: Buenos Aires, v. 22, n.1, p. 141-155, 2005.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; COITINHO, Viviane Teixeira Dotto; CASAGRANDE, Aline. Mediação Comunitária como Política Pública de Inclusão Social no tratamento de conflitos. 2014. Trabalho apresentado no 11o Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, Santa Catarina, 2014. Disponível em < <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/11803/1537>> acesso em 7 de mar. 2017.

# A mediação como instrumento de impulso à atividade econômica: a sua contribuição para o aumento da longevidade das empresas familiares

*Fernanda Bragança*

*Laurinda Fátima da F. P. G. Bragança*

## Introdução

As empresas familiares representam 80% das 19 (dezenove) milhões de companhias que existem no Brasil. Segundo a pesquisa global sobre empresas familiares<sup>53</sup> realizada pela *PricewaterhouseCoopers* - PWC Brasil em 2016, elas são responsáveis por cerca de 50% do produto interno bruto do país. Há ainda duas percepções a serem destacadas: têm forte contribuição na estabilização da economia nacional; e cuidam melhor de seus funcionários do que as outras empresas.

Em um cenário de grave crise econômica, a sua importância se torna ainda mais evidente quando consideradas as estratégias para a

---

53. Para acesso ao inteiro teor da Pesquisa Global sobre Empresas Familiares: <[https://www.pwc.com.br/pt/setores-de-atividade/empresas-familiares/2017/tl\\_pgaf\\_17.pdf](https://www.pwc.com.br/pt/setores-de-atividade/empresas-familiares/2017/tl_pgaf_17.pdf)> acesso em 4 de julho de 2018.

retomada do crescimento nacional. Essas empresas empregam mão de obra, estimulam o mercado e têm forte característica empreendedora. Não obstante essas perspectivas otimistas, elas enfrentam muitas dificuldades ao longo de sua existência, em grande parte relacionadas à questões internas, como a falta de planejamento estratégico e sucessório. E o resultado dessa falta de organização é catastrófico: apenas 12% delas conseguem sobreviver à terceira geração.

Nesse sentido, o objetivo desta investigação é propor algumas ações para garantir uma maior vida útil dessas organizações familiares que desempenham um papel tão significativo e para além da perspectiva estritamente econômica. Dentre elas ressalta-se o uso das ferramentas da mediação para a superação dos eventuais conflitos. A mediação tem muito a contribuir para evitar ou gerir as disputas de modo a permitir que a família empresária se prepare para situações futuras sem comprometer seus negócios. Temas como planos de sucessão, capacitação profissional dos membros da família que atuarão na companhia, ingresso e saída de sócios costumam gerar muitos problemas e discussões entre os membros que compõe a estrutura familiar, o que pode ocasionar inclusive, o rompimento das relações e o total comprometimento da atividade corporativa.

A metodologia utilizada consistiu em uma análise aprofundada da pesquisa global sobre empresas familiares, elaborada pela *PWC* em 2016, que levantou dados fundamentais para melhor compreensão da realidade das empresas familiares; e do relatório de questões sobre empresas familiares: fomentando o crescimento das empresas familiares por meio de investidores individuais, produzido pela *KPMG* em 2014. Além disso, foi realizado um estudo bibliográfico sobre o tema, sobretudo considerando as medidas que podem ser adotadas para assegurar a durabilidade dessas organizações.

## 1. Família empresária e empresa familiar

A definição de empresa familiar passa necessariamente pelo estudo de duas instituições que interagem entre si e formam uma unidade, ao mesmo tempo em que seguem independentes e com valores e características próprias: a empresa e a família. A identidade da empresa familiar engloba as culturas dessas duas entidades, que ainda interagem

com o meio social no qual estão inseridas. A característica chave para distinguir as empresas familiares dos demais tipos de organizações reside justamente no fato de que o conceito de família é fundamental para projetar tanto individual quanto coletivamente o futuro. Os integrantes da estrutura familiar, ao se envolverem na empresa, são os responsáveis pela formação da cultura organizacional (LEVINSKY, 2012, p. 37).

Aos membros da família interessa que o ambiente familiar seja um lugar de acolhimento em que todos possam se sentir bem e felizes. Pretende-se encontrar nesse núcleo respaldo afetivo, proteção e colaboração. Trata-se da melhor escola de virtudes e valores. É nesse âmbito que também se compartilham afinidades e práticas de sobrevivência. Ainda que existam certas hierarquias naturais implícitas em razão da idade, valoriza-se a afetividade e o tratamento igualitário e respeitoso entre todos. No âmbito da empresa, por sua vez, predomina a racionalidade e a diferenciação entre os colaboradores em razão do cargo e da função que desempenham (Ibid, p. 38).

Em regra, é possível apontar portanto, que a família prima por manter a harmonia e entende-se responsável pela formação e desenvolvimento dos que a integram; ao passo em que a empresa está mais direcionada à obtenção de benefícios, capacitação dos seus funcionários e aprimoramento das suas habilidades. Mas essas tendências não são absolutas nem estanques. Em certos momentos é possível, por exemplo, que a companhia familiar assuma o papel de educação e proteção dos seus membros e a família foque no incentivo ao preparo profissional (Ibid, pp. 38-39).

A família e a empresa devem compor um sistema em que as relações produzam a otimização e a potencialização da gestão empresária<sup>54</sup>. A maioria nasce como “empresas de família” e subsistem nessa condição tendo que lidar não só com dificuldades econômicas inerentes ao próprio negócio, como também de caráter externo e conjunturais. Por isso, é de extrema importância projetar medidas e planos de ação que previnam ou contornem eventuais conflitos que possam surgir e conturbar a atividade empresarial, que em última instância, pode acarretar inclusive a desintegração da unidade familiar.

---

54. A família empresária é a pedra angular da empresa familiar. Por trás de uma empresa próspera e prestigiada há uma família unida e organizada (MASRI; CALDERÓN, 2012, p. 48).

Quando se trata de empresas familiares, além da transmissão dos valores humanos, é preciso que existam mecanismos que possibilitem transmitir os princípios empresariais que fundamentam o projeto organizacional. As famílias empresárias convivem com a coexistência de forças opostas<sup>55</sup> como a necessidade de permanecerem unidos por um lado, e por outro, a existência de uma multiplicidade de indivíduos com diferentes posições a respeito da empresa familiar, com interesses e necessidades nem sempre coincidentes e que evoluem com o passar do tempo. A dita evolução, sem dúvida é individual, mas repercute nas novas famílias que serão constituídas e também sobre a relação original que deu origem ao negócio familiar (Ibid, p. 39).

O relatório da PWC de 2016 constatou como pontos notáveis nas empresas familiares no Brasil<sup>56</sup>, a forte presença de valores e cultura, a comunicação direta, um processo de decisão mais rápido e simplificado, disposição empreendedora e maior propensão em assumir riscos. Dentre os sinais negativos<sup>57</sup> estão a necessidade de trabalhar mais para recrutar ou reter os melhores talentos, dificuldades no acesso ao capital e de projeção de decisões a longo prazo como por exemplo, a ausência de planos de sucessão. O principal motivo apontado como inibidor do aporte de investimentos por parte de investidores externos à essas companhias é a alta possibilidade de conflito entre os membros da família<sup>58</sup>.

---

55. As relações familiares são construídas sobre uma rede de interesses econômicos que unem pessoas que têm, frequentemente, interesses opostos na empresa.

56. Em relatório elaborado sobre as recomendações para empresas e grupos empresariais familiares, o instituto português de *Corporate Governance* destacou como pontos fortes das empresas familiares: compromisso de longo prazo com os *stakeholders*; partilha e adoção dos valores familiares na empresa; confiança e comunicação entre os detentores de capital; maior resiliência em situações de crise; rapidez e capacidade de decisão; confiabilidade e orgulho de pertença à família que se transmite à empresa.

57. O ICG português, no documento supra referido, também tratou dos pontos fracos das empresas familiares: dificuldades na implementação de uma gestão profissionalizada e na captação de talentos fora da família; *gap* reputacional entre a realidade e a percepção do mercado; maior complexidade de gestão por força da necessidade de articulação da família e da empresa; risco de informalidade prejudicando a disciplina de gestão. Para ver na íntegra o relatório : <[https://www.cgov.pt/images/stories/ficheiros/recomendacoes\\_para\\_empresas\\_e\\_grupos\\_empresariais\\_familiares.pdf](https://www.cgov.pt/images/stories/ficheiros/recomendacoes_para_empresas_e_grupos_empresariais_familiares.pdf)> acesso em 11 de julho de 2018.

58. Este dado foi apontado no Relatório **Questões sobre empresas familiares: fomentando o crescimento das empresas familiares por meio de investidores indi-**

Para ter bem definidos os objetivos e aumentar as chances de sucesso da atividade empresária, é preciso que a família adote algumas medidas que passam por uma noção de organização, que impacta tanto na construção de uma estrutura hierárquica quanto no estabelecimento de metas e projeções de longa duração.

## 2. O planejamento sucessório

A questão do planejamento de uma organização é uma realidade muito abrangente. E quando não é realizado de forma adequada ou simplesmente não é projetado, pode levar ao encerramento das atividades pelas seguintes causas: falta de viabilidade do empreendimento, ausência de projeto sucessório, desinteresse da própria família na continuação dos negócios, o fundador não querer transferir a empresa, dentre outras.

O termo “sucessão” encerra em si duas vertentes distintas: a sucessão a nível de liderança, que se manifesta com a mudança do CEO, por exemplo; ou o fenômeno sucessório que é regulado pelo direito civil, que diz respeito à incorporação das participações sociais pelos herdeiros do *de cuius*. Este trabalho se dedica à primeira vertente, em particular, que por si só é bastante complexa. Essa dificuldade se explica em razão do grande receio que há entorno da morte, da perda de poder e mesmo do encerramento da atividade laboral.

Paulo Olavo Cunha (2016, p. 32), a título sugestivo, afirma que o protocolo familiar<sup>59</sup> deve conter um capítulo próprio sobre este tema e enfrente questões como quem pode suceder: apenas os filhos, todos aqueles que com o atual administrador tenham relação de família ou ain-

---

**viduais**, produzido pela KPMG, empresa de consultoria com renome mundial, em 2014. Para visualizar a íntegra do relatório: < <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/br/pdf/2016/05/empresas-familiares-portugues-baixa.pdf> > acesso em 4 de julho de 2018.

59. O protocolo familiar pode ser definido como o acordo entre os acionistas familiares titulares de bens ou direitos que desejam geri-los de maneira unitária visando sua preservação ao longo do tempo. Regula as relações profissionais e econômicas entre família e empresa (LEVINSKY, ob. cit., p. 47). É direcionado ao planejamento estratégico da empresa familiar. É neste documento que também se estabelecem os órgãos de gestão e os modos de resolução de conflitos. O próprio entendimento acerca do que a família empresária entende por entidade familiar deve ser nele previsto.

da alguém externo; grau acadêmico e/ou tempo de experiência exigido; idade mínima para suceder; necessidade de ter ocupado cargos hierarquicamente inferiores na empresa; e critérios de desempate, tendo em vista que pode ocorrer de haver mais de um candidato apto à sucessão.

As razões que podem justificar a saída do sócio podem ser de ordem voluntária ou involuntária, e também de cunho familiar, como consequência de uma perda de confiança relacionada aos demais membros da família ou por alguma situação insustentável de governo; de ordem patrimonial, em decorrência da falta de informação ou dificuldades de liquidez; ou de caráter societário, quando houver conflito de interesses que causem problemas na escolha entre o próprio negócio e o *business* familiar (MASRI, CALDERÓN, ob. cit, p. 84).

A PWC<sup>60</sup> identificou o processo de sucessão como um provável fator de fracasso para a empresa familiar porque pode colocar questões pessoais e profissionais em conflito direto. A transição de gerações é uma perigosa zona de ruptura nesse modelo de negócios. Assim, cada organização desse tipo precisa encontrar uma maneira de administrar esse momento, que é indispensável para a sobrevivência da companhia. Na visão dos consultores, se bem realizado, pode ser inclusive uma boa oportunidade para que a empresa se reinvente, se adapte às novas circunstâncias e encontre novos caminhos para crescer e se diversificar.

De forma geral, há três hipóteses comuns de transmissão da empresa familiar: a transferência para um terceiro estranho à família, recomendável, por exemplo, quando a falta de sucessores impedir o fundador de recuperar o investimento realizado; a manutenção da propriedade

---

60. O relatório traz dados de que em 2016, apenas 19% das empresas familiares brasileiras (15% no mundo) têm um plano de sucessão. Um dado positivo para Brasil é que, enquanto a média global nesse quesito ficou praticamente estável desde a pesquisa de 2014, a taxa brasileira quase dobrou no período – o percentual era de 11% antes.

Como observa Simon Le Maistre, sócio da prática de Empresas Familiares da PwC Austrália, “o planejamento da sucessão é mais importante ainda quando alguns membros da família trabalham no negócio e outros não. Em muitos desses casos, questões como propriedade e direitos talvez nem mesmo tenham sido discutidas ou avaliadas. Isso significa que pessoas diferentes estão formulando cenários diferentes sobre o futuro. Nessas circunstâncias, passamos muito tempo reunidos com os membros da família para encontrar uma forma viável de prosseguir. Isso pode evitar conflitos e ajudar a família a se unir pelo futuro” (pp. 5-7).

e delegação apenas da administração à terceiros, aconselhável quando os familiares não se encontram capacitados para a sucessão, seja por circunstâncias físicas ou psíquicas, ou quando tenham interesses divergentes aos da empresa familiar. Neste caso, o novo gestor deverá adequar-se aos valores da família proprietária; por último, a preservação da propriedade e da gestão com os membros da família, que é a opção que costuma ser mais apreciada pelo fundador<sup>61</sup>. A formação desempenha um processo delicado pois não bastará que o herdeiro se encontre familiarizado à empresa, mas também deve passar por um treinamento que o capacite a suceder na gestão (MASRI, CALDERÓN, ob. cit., pp. 73-75).

A PWC sugere de acordo com os dados levantados na pesquisa, alguns passos para um plano de sucessão eficaz de liderança<sup>62</sup>, dentre os quais: adquirir experiência fora da empresa familiar para conquistar habilidades que posteriormente serão utilizadas para incrementar a organização familiar; desenvolver um planejamento estratégico de médio prazo, realizado através de um trabalho conjunto entre a geração mais antiga e a futura; ampliar o processo de tomada de decisão, para que possam ser deliberadas coletivamente e não se dependa de apenas um único indivíduo; reforçar o papel do conselheiro; esclarecer o papel que a geração que se aposenta poderá ter na empresa para diminuir as chances de disputas durante a transição.

No que concerne à sucessão da propriedade, é recomendável: começar o processo o quanto antes para delimitar desde cedo as expectativas

---

61. O Relatório da KPMG: Questões sobre empresas familiares: fomentando o crescimento das empresas familiares por meio de investidores individuais identificou que conservar o controle da família nos negócios é a prioridade para a maioria das empresas familiares em todo o mundo, sendo 76% das empresas pesquisadas de propriedade de famílias de participação majoritária. Isso inclui 42% que possuem a totalidade da empresa, concedendo aos membros da família o poder exclusivo no Conselho da empresa. A família também costuma desempenhar um papel importante nas equipes de gestão: em 71% dos casos, o CEO é um membro da família. No entanto, observou-se uma variação quanto ao porte: enquanto a maioria das pequenas e médias empresas familiares possui um CEO que é membro da família, em grandes empresas existe menor probabilidade dessa função ser ocupada por um familiar (p. 16).

62. Pesquisa Global sobre Empresas Familiares 2016. Dez passos para um plano de sucessão eficaz (p.8). Disponível em: <[https://www.pwc.com.br/pt/setores-de-atividade/empresas-familiares/2017/tl\\_pgef\\_17.pdf](https://www.pwc.com.br/pt/setores-de-atividade/empresas-familiares/2017/tl_pgef_17.pdf)> acesso em 5 de julho de 2018.

entre os herdeiros e evitar frustrações desnecessárias; ampliar a discussão e a comunicação, de forma que todos os que participarão do futuro da empresa sejam ouvidos e possam apresentar sugestões; realizar uma avaliação cuidadosa das implicações legais e fiscais do planejamento sucessório; investir na formação e preparação sobretudo daqueles que estarão a frente da companhia; promover a diversificação da riqueza para que o dono possa garantir seus proventos também através de outros meios. Se a geração que está se aposentando depende exclusivamente da empresa familiar para o seu sustento, pode acarretar uma pressão ainda maior sobre o negócio e também tornar ainda mais difícil o seu desligamento. Se possível portanto, sugere-se a construção de um patrimônio diversificado.

A tendência mais lógica é que os fundadores das empresas familiares queiram passá-las de geração em geração. Não obstante, grande parte deles também reconhece a necessidade de influência externa e de algum grau de independência na gestão do empreendimento. Para isso, é preciso estabelecer uma organização e hierarquia que permitam a harmonização entre tantos interesses e opiniões distintas. Nesse sentido, a professora Judith Levisky (ob. cit., pp. 44-45) propõe a criação de uma estrutura que contemple reuniões familiares, assembleias e um Conselho, que devem ter fins muito claros: fomentar a comunicação, promover os valores e culturas que unem todos os membros e encontrar um modo de relacionamento enquanto família e empresários.

As reuniões familiares compõem a estrutura mais elementar. Devem ocorrer periodicamente e têm como principal função promover a integração e acompanhamento do dia-a-dia das atividades. A assembleia familiar é um encontro mais formal e que se volta a discutir determinados temas como critérios de seleção; inserção de novos membros na empresa; visão da família sobre a organização; familiares que trabalham e os que não participam do negócio; e processo de sucessão. O Conselho, por sua vez, tem a finalidade de operar enquanto governo da companhia e também tem a atribuição de interpretar a aplicação do protocolo familiar a casos particulares (Ibid, pp. 45-46).

### 3. O uso da mediação para a prevenção e solução dos conflitos nas empresas familiares

Os conflitos<sup>63</sup> nas empresas familiares são complexos porque estas são um verdadeiro palco de realização de vocações que envolvem egos e ambições. Quando essa dinâmica se desenvolve de forma positiva e com respeito, a organização cresce. Mas se ao contrário, existir rivalidade ou autoridade imposta, a tendência é o comprometimento completo das atividades. O que ocorre no seio familiar é propenso a se transferir para a empresa; e são essas motivações de caráter emocional que tornam-na um cenário altamente propício à disputas extremas que negligenciam interesses coletivos e acabam reverberando em clientes, funcionários e até fornecedores (ADLER, 2016, p. 482).

Com vistas a evitar esse tipo de drama, o protocolo familiar deve estipular mecanismos para prevenir e solucionar os possíveis controvérsias que surjam na empresa. Convém, inclusive, que haja um comitê ou órgão estruturado e preparado para controlar ou dirimir essas controvérsias ao menos inicialmente, com profissionais que tenham o respeito e confiança de todos os envolvidos no problema e deem privacidade ao conflito. Devido à peculiaridade da situação envolver tanto a empresa quanto as relações familiares entre os indivíduos, é preciso bastante cautela para que não haja rompimento de qualquer tipo (Ibid, p. 46).

A própria eficácia do protocolo familiar depende diretamente do aceite voluntário pelos membros da família. E para isso deve contar com um elevado compromisso por parte de todos os envolvidos nas relações com a companhia. Seria paradoxal que para exigir o seu cumprimento, fosse necessário recorrer aos tribunais. Por esse motivo, o próprio processo de elaboração desse documento por vezes demanda a mediação. Esta é apresentada como o meio ideal para se chegar ao máximo de consenso e satisfação dos envolvidos (Purtí, 2013).

A flexibilidade do procedimento de mediação permite que ele possa ser aplicado à qualquer estrutura familiar ou empresarial de acordo com

---

63. Os conflitos costumam se enquadrar nas seguintes modalidades: (a) de mesma geração, como a disputa entre irmãos pelo comando; (b) entre gerações, isto é, aqueles que surgem entre ascendentes e descendentes pelo controle e condução da empresa; (c) de inclusão, que pode englobar desde a inserção de cônjuge até a de parentes por afinidade

suas necessidades. Os membros da família permanecerão como protagonistas no processo de tomada de decisão e construção de soluções. O mediador não substitui tampouco os conselheiros da família, mas em colaboração com eles, age na tentativa de mobilizar a dinâmica familiar reconstruindo relações e evitando novos conflitos.

A existência de ambientes propícios para promover a discussão direta entre os conflitantes é de grande importância. Esta usualmente é a via inicial para encontrar a solução, mas é preciso que seja guiada por regras claras para que não produza justamente o efeito reverso de piorar a desavença. Para essa interação, pode ser recomendável o auxílio de um terceiro facilitador como o mediador. Trata-se de uma pessoa alheia ao contexto, mas que em geral, não é uma desconhecida dos envolvidos. Estes têm a prerrogativa, inclusive, de escolher em conjunto quem assumirá esta função (GÓMEZ; SUÁREZ ORTIZ, 2005, p. 111). Tudo isso para se evitar o último recurso que é a provocação da tutela jurisdicional.

Vale destacar que a tentativa litigiosa de resolução tende a agravar ainda mais o quadro. Além da experiência ser dolorosa para todos os envolvidos, as informações tornam-se públicas, o que denigre a imagem e o valor da empresa. A dissolução do negócio é uma alternativa que pode causar prejuízos elevados e por isso se tornar uma opção inviável.

Há um enorme leque de possibilidades para aplicação das ferramentas da mediação em empresas familiares. A mediação traz à tona a consciência do impacto das escolhas individuais e um olhar diferenciado sobre a questão analisada. Nesses conflitos, a doutrina sinaliza para o sucesso da Escola Transformativa, que foca nas relações a longo prazo, na melhoria da comunicação e na regeneração da interação. Este modelo busca fomentar e apoiar o empoderamento<sup>64</sup> das pessoas e conseqüentemente, o protagonismo delas. O propósito é contribuir para uma observação mútua de recursos e necessidades, capacitando-as a tomar decisões pró-ativas e

---

64. O empoderamento é a procura por envolver os sujeitos que participam do processo de mediação para que possam tomar suas próprias decisões. É o processo de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política. Compreende o resgate da individualidade de cada um para que possam voltar a se enxergar, enxergar o outro, e a partir da ampliação de algumas perspectivas intrínsecas, tentar solucionar os próprios conflitos.

positivas para o trato com o outro, desenvolvendo a maturidade e crescimento moral do sujeito (JONATHAN; AMERICANO, 2016, pp. 204-205).

Sobretudo em relação à questão do planejamento sucessório, este método autocompositivo pode ter uma contribuição relevante. Em geral, este é um tema que envolve debates acirrados e muitos interesses em jogo. Para a construção de um projeto que efetivamente colabore para o aumento da longevidade da empresa, é fundamental que todos participem e sejam efetivamente ouvidos nesse processo. Há muitas possibilidades em termos de sucessão e é preciso que essas alternativas sejam analisadas com serenidade e que os envolvidos tenham a consciência de que este é um meio consensual que tem uma perspectiva de ganha-ganha, o que também implica, em certa medida, que todos precisarão abrir mão de algo em prol de um plano comum. E é muito importante que o mediador desenvolva essas noções no transcurso do procedimento.

O papel do facilitador deve ser orientado, portanto, ao desenvolvimento de uma nova compreensão acerca do processo de tomada de decisão coletivo e como aspectos pessoais podem ser tratados para não atrapalhar essa dinâmica. Ele ajuda cada parte a não se limitar às próprias experiências mas estar apta ao entendimento da visão dos demais; a formular alternativas e opções; encoraja o compromisso e aponta para a necessidade de reconhecimento das outras pessoas.

Para ter uma melhor percepção acerca dos sentimentos envolvidos, o facilitador pode realizar reuniões conjuntas (com todos), ou individuais (também conhecidas como caucus), com a finalidade de clarear as expectativas e os incômodos das partes. Essa técnica estabelece um maior leque de confiança dos participantes com aquele que medeia e permite que eles se sintam mais à vontade para expor como realmente visualizam o problema e como o mesmo os afeta.

Os encontros devem ser conduzidos de maneira a garantir o equilíbrio, a disciplina e a paridade entre os participantes. A inversão de papéis é outra ferramenta considerada eficaz à comunicação nessas circunstâncias. Para isso, o mediador precisa elaborar perguntas reflexivas que permitam uma parte visitar o lugar da outra<sup>65</sup> (ADLER, ob. cit., p.

---

65. Este é um exercício que desenvolve a empatia, que é a capacidade de se colocar no lugar do outro sem fazer qualquer tipo de julgamento. É estar sensível aos sentimentos do outro

487). Quando isso é alcançado, chega-se ao entendimento das motivações que determinaram uma certa atitude e de outros norteadores de necessidades e interesses.

## Conclusão

As empresas familiares são organizações que exercem um papel fundamental na economia global mas que via de regra, encontram muitas dificuldades de sobrevivência. O que chama atenção é que o encerramento das suas atividades decorre normalmente de razões não circunscritas ao contexto econômico, como conflitos entre os membros da família em decorrência de opiniões divergentes na condução dos negócios, ausência de sucessores preparados para assumir a gestão da companhia e briga por poder.

Esta pesquisa objetivou analisar como o uso da mediação pode contribuir para a superação dos conflitos e aumentar a longevidade dessas organizações. Na dinâmica de uma companhia familiar, que conjuga dois fatores tão complexos e altamente conflitivos como a família e a atividade empresarial, convém que os membros prevejam formas de equacionar seus problemas de maneira célere e satisfatória sem passar pelos órgãos jurisdicionais.

A mediação é um método autocompositivo que trabalha com a facilitação do diálogo e com a reconstrução das relações para o futuro. O mediador, que é o condutor do procedimento busca tratar essas distintas visões em uma perspectiva de ganha-ganha, em que para que todos possam ser contemplados de alguma maneira, é preciso que estejam dispostos a abrirem mão de algo em favor de um projeto comum.

A falta de um planejamento sucessório é a razão de inúmeras disputas e explica o encerramento precoce de grande parte das empresas familiares. Esta foi a constatação do Relatório da PWC sobre essas organizações em 2016. A construção de um plano de sucessão envolve múltiplos interesses e visões sobre a companhia e, por esse motivo, as conversas sobre este tema tendem a se transformar em debates acalorados, de um tentando impor sua ideia sobre o outro; e assim, não se avança.

---

e entender as reações de cada um a partir da perspectiva narrada por eles. Na medida em que o mediador adota uma postura de empatia, a tendência é que as partes também passem a se enxergar dessa maneira; e isso diminui sobremaneira a espiral do conflito.

O planejamento sucessório, em geral, é fruto de um longo processo de negociação e a mediação é a forma que parece ser mais indicada à construção de um entendimento sobre as normas básicas que guiarão a família empresária na condução dos negócios. Ela permite que todos os envolvidos sejam ouvidos, proponham alternativas e permaneçam como protagonistas das suas decisões.

## Referências bibliográficas

- ADLER, Adriana. Mediação e empresas familiares. In: ALMEIRA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 281-291.
- CUNHA, Paulo Olavo. **Direito das Sociedades Comerciais**. Coimbra: Almedina, 5a ed., 2012.
- DE SÁ E MELO, Pedro. Empresas Familiares: o protocolo familiar como um processo. 2006. 49f. Dissertação (Mestrado em Direito e gestão) – Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa.
- GÓMEZ, Humberto Serna; ORTIZ, Edgar Suárez. **La empresa familiar: estratégias y herramientas para su sostenibilidad y crecimiento**. Bogotá: Temis, 2005.
- Instituto Português de Corporate Governance. Recomendações para empresas e Grupos Empresariais Familiares. 2014. Disponível em: < [https://www.cgov.pt/images/stories/ficheiros/recomendacoes\\_para\\_empresas\\_e\\_grupos\\_empresariais\\_familiares.pdf](https://www.cgov.pt/images/stories/ficheiros/recomendacoes_para_empresas_e_grupos_empresariais_familiares.pdf)> acesso em 11 de julho de 2018.
- JONATHAN, Eva; AMERICANO, Naura dos Santos. Diferentes modelos: Mediação Transformativa. Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 203-213.
- KPMG. Relatório Questões sobre empresas familiares: fomentando o crescimento das empresas familiares por meio de investidores individuais, 2014. Disponível em <<https://assets.kpmg.com/content/>

dam/kpmg/br/pdf/2016/05/empresas-familiares-portugues-baixa.pdf> acesso em 4 de julho de 2018.

LEVINSKY, Judith. Familia empresaria. In: DUBOIS, Eduardo Favier (Org.). **Negociación, Mediación y Arbitraje en la empresa familiar**. 1a ed., Buenos Aires: Ad-hoc, 2012, pp. 37-48.

MASRI, Victoria; CALDERÓN, Lisandra. La salida del sócio familiar: causales y consecuencias. In: DUBOIS, Eduardo Favier (Org.). **Negociación, Mediación y Arbitraje en la empresa familiar**. 1a ed., Buenos Aires: Ad-hoc, 2012, pp. 71-94.

PURTÍ, Montse. La mediación es una herramienta adecuada para la empresa familiar, 2013. Disponível em < <http://www.mediacio.es/es/597-2/>> acesso em 11 de julho de 2018.

PWC. Pesquisa Global sobre empresas familiares, 2016. Disponível em <[https://www.pwc.com.br/pt/setores-de-atividade/empresas-familiares/2017/tl\\_pgef\\_17.pdf](https://www.pwc.com.br/pt/setores-de-atividade/empresas-familiares/2017/tl_pgef_17.pdf)> acesso em 4 de julho de 2018.

VAISER, Lidia. La empresa familiar y sus vicissitudes. In: DUBOIS, Eduardo Favier (Org.). **Negociación, Mediación y Arbitraje en la empresa familiar**. 1a ed., Buenos Aires: Ad-hoc, 2012, pp. 27-36.

# A solução pacífica das controvérsias da constituição de 1988 à mediação on-line: uma inovação no sistema jurídico brasileiro em prol do acesso à justiça

*Glicéria Martins Cleter*

*Tito Lívio de Figueiredo*

## Introdução

A solução pacífica das controvérsias nunca foi tão almejada como está sendo atualmente, buscada pelos Tribunais brasileiros (depois da edição da Resolução 125/2010 do CNJ) devido ao grande número de conflitos que a sociedade vem enfrentando nos últimos tempos, e com isso acaba aumentando a quantidade de processos sob o julgamento do Poder Judiciário.

Dessa forma, buscar pela solução amigável dos conflitos tornou-se uma necessidade urgente, uma alternativa adequada e importante para minorar a entrada de processos dentro do Sistema Judicial do Brasil, que se encontra insuficiente para atender a tantas demandas. Nas situações de impasses as pessoas comumente são levadas a um acultramento antigo da sentença (perde-ganha), e buscam no remédio legal (dado por um juiz)

a solução para os seus problemas, acreditando que com isso, o magistrado irá resolver a lide ou dar essa receita (por meio da sentença) para solucionar os conflitos, que chegam até suas mãos nos autos do processo judicial. Acontece que nem todos os conflitos são trazidos nos autos do processo para o juiz julgar, ficando muitos desses conflitos de interesses ocultos, desconhecidos, e mesmo com a sentença favorável a uma das partes, esta (ganhadora da lide) pode não se sentir satisfeita com o resultado ao final do trânsito e julgado da ação, e esses conflitos (não manifestos) acabam permanecendo mesmo com o deslinde do processo judicial, ocasionando assim um sentimento de insatisfação das partes com a justiça.

Diante do aumento exacerbado de processos no Judiciário brasileiro, resolver os conflitos de forma amigável, célere e com menos desgastes físicos e processuais é agora o principal foco dos Tribunais de todo o país (Brasil), depois de instituído no ordenamento jurídico a Resolução 125/10, o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei de Mediação.

Com o referido CPC/15 os mediadores e conciliadores ganharam a função de auxiliares do juiz, cumprindo um papel de destaque fundamental na resolução pacífica dos conflitos entre as partes. E assim, a mediação ganhou impulso como uma política pública, e se tornou uma inovação dentro do ensino das grades curriculares das faculdades (Direito, Psicologia, Negócios, Gestão de Conflitos entre outras) como uma nova disciplina (matéria de Mediação) a ser adotada pelas Instituições de Educação nos seus cursos superiores.

Nesse contexto, a mediação passou a ser utilizada pelo Sistema Jurídico brasileiro (Tribunais do Brasil inteiro) como um método autocompositivo de solução pacífica de conflitos em prol do “acesso à justiça” garantido pelo Art.5º, XXXV, da CRFB/88 (Princípio da Inafastabilidade), ocorrendo de todas as formas, até mesmo on-line, com o uso das novas tecnologias da informação e comunicação (internet, startups, videoconferências, chats, e etc.). Com essa novidade da mediação on-line (virtual), está se criando oportunidades para que as pessoas conheçam o Instituto da Mediação e possa utilizá-lo de maneira livre, efetiva e informal, tendo em vista que a mediação prima pelo Princípio da Voluntariedade, Informalidade e Celeridade no seu procedimento (tanto no âmbito Judicial quanto no Extrajudicial).

## 1. A solução pacífica das controvérsias: da constituição de 1988 até os dias atuais, 30 anos no sistema jurídico brasileiro

Os conflitos são fatos naturais e inerentes aos homens, sempre existiram e existirão, devido à diversidade e pluralidade de interesses e sujeitos que ocupam o mesmo espaço, lutam por status, lugares, numa competição consciente e imanente a uma vida em sociedade. Portanto, buscar a convivência pacífica entre os indivíduos em sociedade é fundamental para se manter a paz, e a harmonia nas relações diante das convenções sociais que lhes são impostas.

Nesse contexto, a mediação como um método autocompositivo de solução das controvérsias é uma forma alternativa e adequada para resolver esses conflitos oriundos de *relações continuadas no tempo* (relações que o vínculo se manterá, mesmo depois/além do momento da celebração do acordo).

A Constituição da República Federativa no Brasil de 1988 aprovada em Assembleia Constituinte no dia 22 de Setembro de 1988, **completou os seus 30 (trinta) anos em 05 de Outubro de 2018, desde a sua promulgação no dia 05 de Outubro de 1988**, e já no seu Preâmbulo traz a justiça como sendo um valor supremo e incorpora a solução pacífica das controvérsias como um comprometimento do Estado Democrático de uma sociedade fraterna, pluralista, fundada na harmonia social tanto na ordem interna quanto internacional.

No seu Preâmbulo a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 estabelece a solução pacífica das controvérsias<sup>66</sup>, e no seu artigo 4º, VII, a referida Carta Magna, estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da solução pacífica dos conflitos, ou seja, isso significa que tanto

---

66. Preâmbulo da CRFB/88- "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL".

no âmbito interno como internacional, a Constituição de 1988 busca pela solução pacífica dos conflitos.

Muitos doutrinadores questionam que o Preâmbulo da atual Carta Magna (CRFB/88) não tem força de lei, mas este serve como orientação dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, destinada a assegurar o bem-estar de todos, ou seja, o Preâmbulo serve como um direcionamento da própria Constituição de 1988, tida como sendo uma Constituição Cidadã.

O Princípio da Inafastabilidade garante a todos os cidadãos que seus direitos serão apreciados pelo Poder Judiciário, caso sintam-se ameaçados ou lesionados, e graças a esse princípio garantido constitucionalmente (**Art. 5º, XXXV, da CRFB/88**) é possível que as pessoas tenham mais segurança para buscarem o acesso à justiça em prol da garantia dos seus direitos.

**Art.5º, XXXV-** a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Dessa forma, o fomento à utilização da mediação possui consagração na previsão constitucional (no Preâmbulo e Art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) do Estado Democrático de Direito na medida em que reforça a participação do povo no exercício do poder, que incentiva a participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica, e ainda incentiva o acesso à justiça e o respeito à liberdade.

A mediação como um instrumento alternativo e adequado para a solução pacífica dos conflitos garante o exercício dos preceitos constitucionais como liberdade informada, responsabilidade solidária, a partir do momento que estabelece princípios: de respeito às diferenças, boa-fé, igualdade entre as partes, imparcialidade, e etc.; e que preserva a intimidade e a privacidade de todos os envolvidos no conflito.

Segundo CLETER (2017, p.05)

A mediação é um instrumento pelo qual, as pessoas buscam solucionar os seus conflitos, de forma voluntária, tendo uma terceira pessoa neutra, e imparcial, na figura de um mediador, para atuar de forma a facilitar o diálogo das partes, e possibilitar que as mesmas encontrem por si só, a solução que melhor aten-

da aos seus interesses, para que possam reparar, reconciliar, ou resolver a situação conflituosa de forma pacífica<sup>67</sup>.

## 2. A mediação como política pública: uma inovação no ensino do direito e no sistema jurídico brasileiro

A mediação sempre existiu desde os tempos antigos (bíblicos), e é muito comum encontrar na Bíblia Sagrada passagens, de onde uma terceira pessoa imparcial intervinha nos conflitos para resolvê-los de forma amigável entre as partes, por meio do uso do diálogo, buscando a pacificação nas questões da comunidade.

Conforme Andrea Maia, Angela Andrade Bianchi e José Maria Rosani Garcez:

O profeta Maomé foi considerado um grande mediador, sendo da religião do islamismo, no ano 622 DC, mediou em Medina, acordo entre tribos pagãs, árabes, judeus, cristãos e mulçumanos, o que favoreceu para o convívio pacífico dessas diversas religiões na mesma cidade, surgindo a partir de então a primeira constituição escrita: a Constituição de Medina (MAIA; BIANCHI e GARCEZ. 2016, p.44 *apud* CLETER. 2017, p.03).<sup>68</sup>

Esclarece Juan Carlos Vezzulla que a mediação existiu em diferentes épocas em todas as partes do mundo, sendo tão antiga quanto o próprio conflito:

A mediação é tão antiga, quanto o próprio conflito. Na cultura oriental é desde muitos séculos o método preferido para resolver controvérsias. O Japão é um dos países que possui o menor número de juízes por habitante, e a China possui mais de um milhão de pessoas treinadas como mediadores [...] (VEZZULLA, 1994, p.12).

---

67. Disponível no Artigo: CLETER, Glicéria Martins. *Mediação de Conflitos (Judicial e Extrajudicial): Um novo caminho para a pacificação social*. Revista Universo. Vol. 01 n°. 02. Belo Horizonte. 2017.

68. Idem.

Segundo Maurício Vicente Silva Almeida (2012, p.30):

[...] Atualmente, existem 6 (seis) escolas para orientar, as diferentes formas de se trabalhar com a mediação: a mediação Tradicional-Linear de Harvard de Willian Ury; a mediação Transformativa, de Bush e Folger; a mediação Circular-Narrativa, de Sara Coob; a mediação Estratégica; a mediação Associativa, de Jorge Pesqueira; e a mediação Construtivista, de Fernanda Lima.<sup>69</sup>

A Escola de Harvard foi sem dúvida a grande precursora da mediação com sua busca por melhores resultados nos conflitos através da negociação e focando a mediação num processo que facilitasse o acordo. Sendo a Mediação Harvardiana amplamente utilizada e adaptada até hoje em todas as partes do mundo, focada na solução do conflito, essa é a linha adotada pela legislação brasileira.

A Resolução n°. 125 de 29 de Novembro de 2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi um grande marco para estabelecer a mediação como política pública, mas a partir dos anos 90 no Brasil, já se tinha iniciativa legislativa para positivar a mediação com o Projeto de Lei n°. 4.827/98 oriundo de uma proposta desenvolvida pela Deputada Zulaiê Cobra, que estabelecia a definição de Mediação e suas disposições, restando esse arquivado depois de muitos anos em 2006.

Na América Latina, a Argentina foi o primeiro país a adotar um Programa de Mediação seguindo a influência do modelo norte-americano por meio do Decreto n°. 1.480 de 1992, que declarou a mediação como método de interesse nacional, e a partir de então, passou a ser adotada como disciplina obrigatória em todas as faculdades, e amplamente divulgada e conhecida por todos os cidadãos argentinos.

Depois da Resolução 125/2010 a mediação de conflitos ganhou um novo olhar no ordenamento jurídico brasileiro, e com a criação dos CEJUSCs (Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania) os tribunais de todo o Brasil começaram a adotar a mediação como forma de

---

69. ALMEIDA, Vicente Silva. Revista Especial de Mediação do MPMG Jurídico. 2012, p. 30 citado por CLETER, 2017, p.05 em artigo: *Mediação de Conflitos (Judicial e Extrajudicial): Um novo caminho para a pacificação social*. Revista Universo. Vol. 01 n°. 02. Belo Horizonte. 2017.

solução de conflitos, para desafogar o Judiciário que está atualmente com mais de 110 milhões de processos<sup>70</sup>. E assim as faculdades de todo o Brasil começaram a implementar a mediação como disciplina no Curso de Direito (como exemplo em Minas Gerais: a UNIVERSO, PUC, entre outras).

Segundo Andrea Maia, Angela Andrade Bianchi e José Maria Rossani Garcez:

As principais faculdades do país passaram a oferecer a disciplina de Mediação em seus cursos de Direito, Psicologia e Negócios. No Estado do Rio de Janeiro, pelo menos dez instituições de ensino superior possuem alguma iniciativa voltada ao estudo e/ou à prática da Mediação. Em 2012, a Secretaria de Reforma do Judiciário criou a Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM), que visa capacitar tecnicamente mediadores e conciliadores para atuar no Judiciário (MAIA; BIANCHI e GARCEZ. 2016, p.49)<sup>71</sup>.

O atual Código de Processo Civil (Lei n°. 13.105, publicado no dia 17 de Março de 2015) estabeleceu o Instituto da Mediação e da Conciliação de conflitos, conferindo aos mediadores e conciliadores a função de **“auxiliares do Juiz”** (vide Arts. 165 ao 175 CPC/15).

Diante disso, a mediação passou a ser uma inovação nos bancos das faculdades de Direito, e ser divulgada em todos os Tribunais Brasileiros, na OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), surgindo como uma nova disciplina a ser estudada na Graduação em Direito, devido à necessidade da capacitação (técnica e profissionalização) estabelecida pela Lei de Mediação (a Lei n°. 13.140, de 26 de Junho de 2015 que dispõe sobre a Mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e

---

70. Dados do CNJ em pesquisa realizada em 2014 pelo IBGE, em 2017 pela AMB, e divulgada pelo Ministro do STJ: Reynaldo Soares da Fonseca em palestra no III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE MEDIAÇÃO organizado pelo IMA (Instituto de Mediação Aplicada), no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) no dia 19 de Abril de 2017, sendo a informação colhida e apresentada pela presente autora como participante do referido Seminário.

71. Disponível em *“Origens e Norteadores da Mediação de Conflitos”* no livro: *Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Coordenadores: ALMEIDA, Tânia; PE-LAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. Vários Autores. MAIA, Andrea; BIANCHI, Angela Andrade; GARCEZ, José Maria Rossani. 2016, p.49.

sobre a auto composição de conflitos no âmbito da administração pública), ou seja, **a mediação extrajudicial, tanto no modo físico como eletrônico**, conforme o seu **Art. 9º** (dos mediadores extrajudiciais)<sup>72</sup>.

Já o mediador judicial deve ser pessoa capaz, e deverá ser graduado em qualquer curso superior de uma instituição reconhecida pelo Ministério da Educação há pelo menos dois anos e ser capacitado por curso de uma escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) ou pelos tribunais, observando os requisitos do Conselho Nacional de Justiça, segundo o art. 11, da Lei de Mediação (mediadores judiciais). Cabendo dessa forma, os tribunais manterem cadastros atualizados dos mediadores judiciais habilitados (Art.12).

O legislador foi mais rigoroso no que se refere à mediação judicial, conforme pode ser percebido claramente analisando o art. 9º da Lei de Mediação (que dispõe que o procedimento de Mediação Extrajudicial pode ser feito por qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação).

A OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) vem contribuindo de forma constante na divulgação da mediação ao lado do Conselho Federal da OAB que constituiu seu Colégio de Presidente das Comissões de Mediação e Arbitragem, e em março de 2015, por meio de seu Colégio de Presidentes, instituiu o *Pacto Nacional da Advocacia pelos Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos*, com o objetivo de fomentar a utilização desses métodos de resolução de conflitos em todo o Brasil.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) vem realizando a divulgação do Instituto da Mediação por meio de palestras, congressos, cursos de capacitação em Mediação Judicial e Extrajudicial, e nos dias 15 e 16 de Setembro de 2016, a OAB - Minas Gerais realizou o “*I Congresso de Mediação e Conciliação- Novas Oportunidades na Advocacia*”, com palestrantes Internacionais como Paul Eric Maison (Advogado Norte-americano e Mediador), Gary Birnberg (Mediador Norte-americano e Professor), Maria de Nazareth Serpa (Professora, Pesquisadora, Escritora

---

72. Art. 9º. Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

e Avaliadora), Dulce Nascimento (Representante da OAB/MG na Comissão de Mediação e Conciliação do Conselho Federal da OAB, Advogada Brasil/Portugal, Mediadora e Escritora), e ainda com a presença dos Desembargadores: Exmo. Dr. Hebert Carneiro (na época então Presidente do TJMG, tendo ocorrido o seu falecimento em 2018)<sup>73</sup>, Exmo. Dr. Saulo Versiani Penna (3º Vice-Presidente do TJMG), entre outros importantes nomes que divulgam a mediação no país, como Adolfo Braga Neto (Presidente do Conselho de Administração do Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil -IMAB), Tânia Almeida da Silva (Diretora Presidente e Fundadora do MEDIARE- diálogos e processos decisórios, Mestre em Mediação de Conflitos e Escritora)<sup>74</sup>.

### 3. A mediação on-line: uma interatividade em prol do acesso à justiça com o apoio das novas tecnologias de informação e comunicação.

Com o uso constante da Tecnologia da Informação (TI) e da internet as pessoas ficam muito mais conectadas ao mundo virtual, que propriamente ao mundo real, portanto, utilizar dessa ferramenta (internet) como forma de expansão do conhecimento, da educação, e em prol do acesso à justiça é fundamental para uma sociedade fraterna, pluralista e globalizada.

A informação divulgada na internet alcança um número muito maior de pessoas, e ganha uma expansão enorme devido ao grande número de compartilhamento em páginas de sites e redes sociais. Os receptores dessas mensagens costumam ser difícil de serem encontrados (e contabilizados) devido à dimensão e velocidade que se propagam as notícias veiculadas na internet atualmente em todo o mundo.

Sendo a internet a ferramenta mais rápida para as pessoas se comunicarem (por e-mail, redes sociais), enviando mensagens de texto e de voz

---

73. A autora do presente artigo Glicéria Martins Cleter, ressalta a sua admiração e o respeito pelo ilustre Desembargador Dr. Hebert Carneiro ao qual teve a honra de conhecer pessoalmente no referido congresso, e se compadece e solidariza com a dor da sua família, pelo grande ser humano que o era (in memoriam).

74. I Congresso de Mediação e Conciliação da OAB/MG- Novas Oportunidades na Advocacia realizado em 15 e 16 de Setembro de 2016, na sede oficial em Belo Horizonte- MG

por meio de novas tecnologias de comunicação (ex: skype, whatsapp), como forma de expansão e troca do conhecimento (notícia, bate-papos, e etc.) a mediação on-line passou a ser vista e utilizada como uma forma célere, econômica e prática (por ser informal, e com baixos custos) para resolver os conflitos, uma vez que permite que uma das partes de diferentes lugares (Estados, cidades, etc.) possa se conectar por meio de uma plataforma 100% virtual, por meio de videoconferência (comunicação por meio da voz e vídeo) com o mediador e a outra parte, e assim participarem da sessão de mediação virtual (feita pela internet por meio do uso de uma plataforma), sem saírem de suas casas, empresas, trabalhos.

Assim a mediação on-line se dará com as partes utilizando dessas novas tecnologias de informação e comunicação (tendo como instrumentos plataformas startups, câmaras de mediações com mediadores virtuais, videoconferências, chats, telefones, etc.) para resolverem seus problemas de forma rápida e satisfatória, sem desgastes emocionais, de longas judiciais, favorecendo o acesso à justiça da melhor forma possível para todos os envolvidos no conflito, buscando o melhor interesse de todos na resolução do problema de forma consensual (pacífica).

Com o mundo cada dia mais globalizado, onde as pessoas estão vivenciando conflitos sociais de todos os tipos (familiares, trabalhistas, escolares, entre outros) e por causa do ritmo acelerado do dia a dia, esses problemas acabam se tornando de difícil resolução devido à dificuldade de deslocamento e a falta de tempo das partes para se reunirem no mesmo espaço físico, e debaterem sobre as possíveis soluções para os mesmos.

A mediação on-line utilizando-se das novas tecnologias de informação e comunicação em prol da resolução consensual de controvérsias, oportuniza-se aos mediados que, por algum motivo estejam impossibilitados de reunirem-se no mesmo local (devido a limites geográficos diferentes, como exemplo não estarem na mesma cidade) debaterem, dialogarem, negociarem as suas diferenças nas sessões virtuais de mediação, realizadas por meio de softwares, que permitem a comunicação de voz e vídeo via internet (por videoconferência) com os mesmos princípios de ética (sigilo, confidencialidade, boa-fé, imparcialidade, confiança, respeito, etc.) e regras da mediação presencial (comunicação não violenta, escuta ativa, empatia, etc.) com a vantagem de ter a redu-

ção nos custos, e a facilidade, uma vez que as partes envolvidas terão a oportunidade de resolverem seus problemas sem saírem de suas casas, nem deixarem o trabalho ou escritório.

Assim com esse objetivo de resolver os problemas de forma acessível, informal, com maior rapidez, e usando da tecnologia da informação e comunicação por meio da internet, foram sendo criadas algumas startups<sup>75</sup> do setor jurídico, lawtechs<sup>76</sup>, que promovem a negociação de conflitos com a ausência de um mediador, e outras que promovem a mediação, necessariamente com a presença de um mediador profissionalmente capacitado na equação.

O que define **uma startup** são as características que essa empresa jovem apresenta: **modelo de negócios repetível, escalável, em um cenário de incertezas**. Embora muitas pessoas acreditem que startups são apenas empresas criadas para funcionarem exclusivamente pela internet (on-line), não necessariamente, essas também podem ser criadas de forma presencial, mesmo sendo mais comuns as startups on-line, devido o baixo custo de se montar a empresa, e a facilidade de propagação e expansão do negócio.

Um exemplo de uma startup on-line criada recentemente é a **UBER** que oferece serviços de motorista pela internet, causando grande insatisfação por parte dos taxistas, uma vez que essa empresa descentralizou o serviço de táxi, e acabou com a insegurança de chamar um motorista

---

75. Esse termo startup surgiu nos Estados Unidos há algumas décadas, mas se tornou popularmente conhecida no meio empreendedorista brasileiro a partir da bolha ponto-com, entre 1996 e 2001. Para muitos empreendedores, investidores da área, toda empresa no seu estágio inicial pode ser considerada uma startup. Para Yuri Gitahy, um investidor-anjo e fundador da Aceleradora e conselheiro da ABStartups uma startup “*é um grupo de pessoas à procura de um modelo de negócios repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza*”. Disponível em: PORTAL ABSTARTUPS. *O que é uma startup?* 5 de julho 2017. Disponível em: <<https://abstartups.com.br/2017/07/05/o-que-e-uma-startup/>> acesso em 01/10/2018.

76. Lawtech e legaltech significa **a mesma coisa**. Não há diferença entre os dois termos tratando-se de sinônimos atribuídos ao mesmo conceito. Desmembrando as palavras, temos **law/legal (lei/jurídico)** e **tech (tecnologia)**; ou seja, lawtechs são empresas, em sua maioria startups, que desenvolvem tecnologias aplicáveis ao meio jurídico. Todo software jurídico é uma lawtech, mas nem toda lawtech é um software jurídico. Disponível em: < <https://www.projuris.com.br/o-que-e-lawtech/> > acesso em 05/10/2018.

qualquer acenando na rua, pois com apenas um clique no celular essa startup (UBER), oferece um motorista particular em minutos. Esse serviço pode ser oferecido pagando uma porcentagem à startup UBER, que conta com uma frota de milhões de motoristas, alcançando o seu sucesso por todo o mundo, por ser uma empresa inovadora nesse tipo de serviço de transporte particular oferecido pela internet.

Segundo Lucas Bicudo:

**Startup** é uma empresa jovem com um **modelo de negócios repetível e escalável**, em um **cenário de incertezas** e soluções a serem desenvolvidas. Embora não se limite apenas a negócios digitais, uma startup necessita de inovação para não ser considerada uma empresa de modelo tradicional<sup>77</sup>.

A Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/15) estabelece que o procedimento tanto das Mediações Judiciais quanto das Extrajudiciais, possa ser feito via internet ou qualquer outro meio de comunicação que permita a celebração da transação à distância (conforme o seu Art. 46), desde que as partes estejam de comum acordo, viabilizando dessa forma um Sistema de Mediação e Conciliação Digital eficaz, célere e satisfatório para ambas as partes.

Segundo Davidson Angelo Magleau:

Apesar de ainda ser considerado um método bastante inovador no Brasil, na Austrália, por exemplo, já se fala nesse mecanismo desde 2008, quando foi inaugurada a primeira câmara arbitral on-line do país, possuindo como pólo a cidade de Sydney, onde foi criada uma plataforma de telecomunicações responsável pela gestão do procedimento, em que os árbitros coordenam todos os atos do processo. Também nos EUA, a mediação on-line é uma realidade há muitos anos, sendo um dos principais métodos de descongestionamento do judiciário absorvendo uma série de conflitos. Já no Oriente, a câmara de resolução de conflitos de Dubai foi a primeira a oferecer o serviço totalmente online, inclusive

---

77. Lucas Bicudo é repórter do Portal StartSe. Leia de forma mais aprofundada sobre as startups no seu artigo “*O que é uma startup?*” Disponível em: <https://startse.com/noticia/afinal-o-que-e-uma-startup> acesso em 01/10/2018 .

conferindo a possibilidade para os conflitantes realizarem o procedimento em árabe ou inglês (MAGLEAU. 2017, p.52).<sup>78</sup>

Dentre as startups que mais se destacam no mercado prestando o serviço inovador de Mediação e Conciliação de Conflitos pela internet estão:

- Acordo Online- é uma plataforma virtual que oferece o serviço de mediação, conciliação de conflitos e arbitragem, dispondo de profissionais virtuais altamente capacitados e preparados para realizarem o procedimento nas sessões, com a mesma ética e profissionalismo dos profissionais presenciais. A parte registra seu caso, a plataforma faz o contato com a outra parte e promovem a Conciliação, Mediação ou Arbitragem de acordo a concordância das partes de participarem do procedimento, e conforme a análise de cada caso em concreto. As salas de atendimento on-line possuem segurança e sigilo das informações das partes. A Acordo Online é de propriedade da ARBITRASIM, uma câmara privada que tem por objetivo criar um ambiente facilitador na resolução de disputas, com ou sem a participação de terceiros de confiança das partes, de forma sigilosa, imparcial, a promover conciliação, mediação ou arbitragem em um ambiente virtual. O fundador e CEO da startup Acordo Online é o advogado Tito Lívio de Figueiredo<sup>79</sup>.
- MOL (Medição OnLine)- oferece um serviço 100% on-line, criada em 2015, essa empresa oferece a solução extrajudicial dos

---

78. MAGLEAU, Davidson Angelo. Artigo: “*Conciliação e Mediação no mundo on-line*”. Conceitos Básicos de Mediação. (Orgs) GOMES REZENDE, Camila de Souza. ARAÚJO LIMA. Renata dias de. 1a Ed. Editora New Hampton Press. Belo Horizonte. 2017.

79. O CEO da startup Acordo Online Tito Lívio de Figueiredo: Doutorando em Ciências Jurídicas pela UMSA (Universad Del Museo Social Argentino)- E-mail: titolivio70@gmail.com-; Pós Graduação em Gestão Ambiental e Empresarial pela IEC (Instituto de Educação da Continuada) da PUC/MG; Advogado certificado na Mediação pela OAB/MG em parceria com o ICFML (Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos) e IMI (Instituto de Mediação Internacional); possui vários cursos de capacitação (sendo estudante e também pesquisador) em resolução pacífica dos conflitos (mediação, conciliação, entre outros ) e coautor do presente artigo.

conflitos por meio da mediação. A idealizadora da mediação on-line foi a empreendedora Melissa Gava após uma temporada na Europa. Gava criou a solução para pessoas físicas, e depois de apresentada para Camilla Lopes, e se tornar sócia da empresa, essa pivotou o projeto para serviços corporativos. ***“A mediação on-line pode ser 6 vezes mais barata e extremamente mais ágil para as empresas, quando comparadas a processos judiciais convencionais”*** segundo afirma Melissa Gava, cofundadora e CEO da startup Mediação Online. Melissa Gava afirma que ***“Ao optar pela mediação online, as empresas têm reduzido em até 6 vezes seus gastos com despesas judiciais e cortado o tempo para resolução de conflitos para semanas”***.

- Acordo Fechado- surgida dentro de um grupo de estudos na FGV Direito Rio, e lançada em 2016, atua mediando conflitos usando a internet e meios não presenciais, através dos métodos alternativos de solução de conflito, pelo conceito ODR (online dispute resolution). Dessa forma, segundo Marcelo Goldman, CEO da Acordo Fechado é possível celebrar acordos em questão de dias ou horas. Além da tecnologia a Acordo Fechado conta com uma equipe de advogados especializados no assunto e permite que os clientes acompanhem as negociações em tempo real, favorecendo uma solução rápida e exitosa na solução dos casos tratados pela plataforma.
- Melhor Acordo- criada em 2016 para solução de conflitos judiciais, extrajudiciais e administrativos, como assuntos de consumo e causas trabalhistas. As ofertas para solução dos conflitos são baseadas nas próprias políticas de acordo de cada empresa. Segundo Victor Aracaty, COO da startup a Melhor Acordo se diferencia devido sua alta capacidade em negociação em escala, por ser totalmente automatizada, e essa automatização permite que, com o aceite, a própria plataforma providencie a minuta do acordo a ser assinada pelo demandante, e a startup ainda se encarrega de providenciar o protocolo judicial e acompanhar o cumprimento dos termos do acordo quando solicitado pelos clientes.

- Sem processo- esta é uma plataforma exclusiva para advogados para evitar litígios ou para encontrar uma solução para os já existentes de forma barata e mais direta. A negociação é conduzida totalmente por meio da plataforma, desde o chat até o upload da minuta do acordo por ventura realizado entre as partes. A Sem Processo oferece gratuitamente a solução para os advogados (nesse modelo, apenas as empresas remuneram a startup de acordo com os sucessos obtidos).
- Leegol- é uma startup de mediação on-line que foi criada pelo Reclame Aqui, para resolver os conflitos identificados na própria plataforma, homologada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, e propõe que os mediadores resolvam os conflitos online. A startup capacita os próprios mediadores, e esses profissionais ganham uma porcentagem de cada sessão realizada. Antes a mesma possuía o nome de “O Mediador” atuava entre consumidores e empresas, agora atua de pessoa física para a pessoa física<sup>80</sup>.

A mediação extrajudicial (privada, entre particulares) pode ser realizada a qualquer momento, ainda que exista um processo judicial sobre o conflito em andamento, prevalecendo o respeito à vontade das partes, e a autonomia privada, sendo estes dois princípios muito importantes no processo de mediação. Dessa forma a mediação (até as realizadas on-line pelas câmaras com plataformas virtuais) pode ser feita, mesmo se tiver um processo judicial em curso, e as partes podem pedir a suspensão do processo ao juiz por prazo suficiente para a solução consensual do litígio (conforme o Art. 16 da Lei de Mediação), visto que a mediação conforme já dito, pode ser realizada por todos os meios de comunicação, se as partes decidirem de comum acordo.

Caso seja realizada uma mediação extrajudicial, com um processo judicial em curso, e realizado um acordo (extrajudicial), basta que as partes apresentem o termo final do acordo assinado por ambas ao juiz

---

80. Disponível em “7startups do mundo jurídico que promovem resolução de conflitos” no site: <<https://www.google.com.br/amps/s/conteudo.startse.com.br/startups//lawtech/taina/7-lawtechs-que-estao-promovendo-acordo-e-mediação-deconflito-online/amp/>> acesso em 27/08/2018.

(acordo este, que vale como um título executivo extrajudicial), para fazer a homologação (se tornando assim um título executivo judicial) e extinguir o processo em andamento no Judiciário.

É facultativo à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas na Lei de Mediação (Art. 46, Parágrafo único).

Segundo estabelece o Art.167, da Lei n°. Lei n.º 13.105/15 (CPC/15) :

Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

A grande vantagem da mediação on-line é a facilidade e a mobilidade que as partes têm para solução de conflitos, além de escolherem as melhores soluções para ambas. As mediações à distância dispõem de profissionais capacitados, com a mesma qualidade técnica e o profissionalismo das mediações presenciais, com o benefício de redução dos custos (a sessão online é mais barata) e a maior celeridade no procedimento.

Numa mediação on-line o procedimento é todo virtual. Caso um conflito envolvendo uma grande empresa, por exemplo, um Banco, esse optando por resolver o problema por meio da mediação, cede as informações ao mediador para que entre em contato com a outra parte (cliente) e faça um convite para agendar uma sessão. Esse primeiro contato pode ocorrer por qualquer meio de comunicação (videoconferência, telefone ou chat) e será considerado rejeitado se não for respondido em até 30 dias da data do seu recebimento, conforme o art. 21, parágrafo único da Lei n°. 13.140/15. No dia e hora determinados para a primeira sessão, entrarão as duas partes (Banco e cliente) na sala virtual com o mediador. A conversa se dará geralmente com duração de 01 (uma) hora, se necessário poderá ser marcada uma segunda sessão, mas raramente passará de três sessões. Se houver consenso (acordo entre ambas) o mediador virtual emite o termo final do acordo extrajudicial, e envia para as partes darem a sua assinatura digital e também os seus advogados assinam se participantes, no mesmo momento. Esse termo final (hipótese de

celebração do acordo feito na mediação on-line) valerá como um título executivo extrajudicial e quando homologado judicialmente, vale como um título executivo judicial (Art. 20, parágrafo único da Lei 13.140/15).

### 3.1- A Mediação em conflitos envolvendo a Tecnologia da Informação (TI)

A Tecnologia da Informação (TI) traz um grande desafio para a mediação. No início os conflitos envolvendo a TI eram sobre a propriedade intelectual e concorrência, depois se voltaram para os contratos e disputas, e ultimamente com a fusão de tecnologias e a globalização do *e-commerce*, reacendeu-se os conflitos sobre a propriedade intelectual e competição, e potencializou-se aqueles conflitos entre fornecedores e clientes.

O que é *E-commerce*? Trata-se de um ambiente virtual (on-line), onde possibilita que os consumidores transacionem bens e serviços de forma eletrônica, sem barreiras de tempo, ou distância, dessa forma, os clientes podem pesquisar e comparar preços, vantagens e serviços, e ainda também avaliar as promessas de serviços, e principalmente o cumprimento dessas. Tendo várias vantagens como: menor investimento inicial, em relação das lojas que necessitam de um espaço físico; possibilidade de um maior alcance do número de pessoas (clientes-futuros compradores); possibilidade do contato direto entre empreendedor e cliente; entre outras.

Dessa forma os conflitos envolvendo a TI (Tecnologia da Informação) se presta à serem solucionados pela mediação, pois suas especificidades técnicas são mais bem compreendidos e abordados numa discussão de modo rápido, objetivo e prospectivo num modelo tipicamente não adversarial, uma vez que a mediação promove a confiança das partes, e oferece o sigilo para proteger segredos comerciais, industriais, e preserva o relacionamento entre ambas.

O conflito entre o governo norte-americano e a IBM iniciado em 1952 e encerrado com o acordo em 1956, foi o primeiro grande caso de conflito de TI, pois o governo queria limitar o poder de mercado da empresa naquela época. A solução foi um acordo homologado pelo juiz pelo qual a IBM aceitava vender computadores em vez de só alugá-los,

vender peças para terceiros, e usar outra marca para serviços. Esse acordo durou 40 anos, e dependeu de decisão judicial para chegar ao fim<sup>81</sup>.

A Tecnologia da Informação permeia e invade as vidas das pessoas (relógios, óculos, chips, celulares, etc.) com seus fios condutores, sendo quase humana ou sobre-humana, e o mediador deve-se ater ao uso dessas novas tecnologias, possuir noções gerais, e recorrer a especialistas quando achar necessário, uma vez que cada dia mais, está surgindo conflitos de TI debatidos na mediação.

Como exemplo de casos de conflitos de contratos de Tecnologia da Informação (TI) resolvidos em mediação: Um entre o Estado de Indiana (EUA) e a IBM, sobre a ocorrência ou não de falha nos serviços<sup>82</sup>. Outro caso envolvendo a Microsoft e o governo dos EUA, que logrou êxito após um ano da terceira mediação, onde um dos mediadores esclareceu que o tempo foi o fator determinante na mediação para se chegar ao acordo<sup>83</sup>.

A TI embora seja internacional, são poucos os tratados internacionais que a regulam no mundo, tendo que se recorrer a normas técnicas quando necessário, porém a internet quebra as barreiras e alcança os muros de todas as civilizações, e sendo também essa de uso nacional, há que se observar que certos direitos podem ser inaplicáveis no Brasil, como é o caso das patentes para processos on-line. Dessa forma as cláusulas de mediação ainda são incomuns em contratos de TI, sendo importante checar o alcance da compreensão dessas (cláusulas) e vontade dos interessados.

---

81. Citação indireta a Gilberto Martins de Almeida. *Mediação em TI*. Livro: *Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Coordenadores: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. Vários Autores. p.25. 2016.

82. Disponível em: [www.indystar.com/story/news/2014/12/10/ibm-state-agree-take-welfare-contract-dispute-mediation/20195879/](http://www.indystar.com/story/news/2014/12/10/ibm-state-agree-take-welfare-contract-dispute-mediation/20195879/) citado por Gilberto Martins de Almeida. *Mediação em TI*. Livro: *Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Coordenadores: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. Vários Autores. p.397. 2016.

83. Caso citado por Gilberto Martins de Almeida. *Mediação em TI*. Livro: *Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Coordenadores: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. Vários Autores. p.397. 2016.

#### 4. A indispensabilidade da presença do advogado na sessão de mediação presencial ou on-line

O advogado tanto na mediação judicial quanto a extrajudicial deve estar presente, para que o acordo ocorra de forma mais clara possível, e dentro dos limites previstos em lei, visto que, a mediação não versa sobre direitos indisponíveis, que não admitam transação (o consenso das partes nos conflitos envolvendo os direitos indisponíveis, mais transigíveis, deve ser homologado pelo juiz, exigida a oitiva do Ministério Público), e pode versar sobre parte ou sobre todo o conflito (Art. 3º, parágrafo 1º, e 2º, da Lei nº. 13.140/2015), e que o mediador como sendo um facilitador do diálogo não pode prestar nenhuma consultoria jurídica aos mediados.

Assim, mesmo ocorrendo uma mediação on-line (por videoconferência-comunicação e voz pela internet) a presença do advogado é indispensável no procedimento virtual para a realização de um acordo com validade legal.

As startups (câmaras com plataformas virtuais que realizam o processo de mediação on-line ) devem dar a oportunidade para as partes serem assessoradas por esse profissional parcial (advogado) escolhidos por inteira confiança e livre vontade das mesmas, para o imprescindível sucesso do método, uma vez que no curso da mediação, os mediadores não podem prestar qualquer tipo de esclarecimento jurídico às partes (mesmo se forem também profissionais atuantes da advocacia ), sendo impedidos durante todo o processo para garantir o Princípio da Imparcialidade.

Ao julgar recentemente uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, sob o processo nº. 1001397-93.2015.8.26.0344, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que o advogado é indispensável nas audiências de conciliação, inclusive nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), e isso foi importante para a advocacia, tendo em vista que muitos da classe (advogados) estavam contrariados, visto que, o CNJ estaria dando interpretações diferentes ao artigo 11 da Resolução 125/2010 de sua autoria, e ao artigo 10 da Lei nº. 13.140/2015, que regula a Mediação entre particulares (privada) e a solução amigável dos conflitos.

A interpretação feita pelo CNJ, contraria as novas regras processuais estabelecidas no Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105 de 2015), em vários artigos como o 334, parágrafos 3º, 8º e 9º, e o 695, parágrafo 4º que

estabelecem sobre a obrigatoriedade da presença do advogado ou do defensor público nas audiências de conciliação e mediação, especialmente nos conflitos de família, que dispõe que o autor será intimado da data destas audiências na pessoa do seu advogado (vide art. 334, parágrafo 3º).

Sobre a indispensabilidade da presença dos advogados nos CEJUSCs, o advogado José Roberto Moreira Filho ressalta em seu artigo para Revista Pela Ordem da OAB/MG (11/12- 2017):

Os advogados devem, ao contrário, ser estimulados a participar das audiências nos CEJUSCs até mesmo para que aprendam novas técnicas de negociação e solução amigável de litígios. Além disso, eles têm papel fundamental na orientação correta das partes sobre seus direitos e deveres, na fiscalização do devido processo legal, na observância de uma redação de acordo que não seja omissa, contraditória ou obscura e para que possa ser futuramente exequível e também para evitar que o acordo seja realizado sob coação, ameaça ou qualquer outro vício de consentimento. A presença do advogado é garantia de que o acordo realizado espelha a vontade real das partes e que está de acordo com a lei (FILHO. 2017, p. 31)<sup>84</sup>.

Conforme dispõe o Art. 133, da CRFB/88:

“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

No livro “*Como chegar ao Sim*” de Fisher, Ury e Patton (1991/2005) há dois pontos importantes para a melhor alternativa à negociação de um acordo: primeiro é a introdução do conceito de MAANA (é a sigla para melhor alternativa à negociação de um acordo), e o segundo é a abordagem ética da negociação (AZEVEDO, André Gomma. MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL, CNJ. 2016. p.76).

---

84. Disponível no Artigo “*A indispensabilidade da presença do advogado nos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania (CEJUSC)*” autor: Roberto Moreira Filho. Revista Pela Ordem da OAB Seção MG (Novembro/Dezembro- 2017), p.31. Edição RG Comunicação. Belo Horizonte/MG.

É muito comum para muitas pessoas, não saberem quais as consequências de não se chegar a um acordo numa sessão de mediação, e o mediador com uma abordagem ética, deve esclarecer as partes sobre a importância de o advogado estar presente, para orientá-las durante o processo, para que por ventura o acordo seja realizado com honestidade, validade legal e de forma que satisfaça a ambos os lados.

Segundo Glicéria Martins Cleter:

O advogado deve sentir figura importante no processo de mediação, pois muitos advogados ainda têm o receio de que os mediadores vieram para acabar com os processos litigiosos e com isso, acabam difundindo esse preconceito, por desconhecimento do instituto, visto que acham que a mediação é uma “*usurpadora*”, ou seja, acreditam que a mesma, veio para tomar posse, ou apoderar-se de seus clientes (CLETER. 2017, p.16 e 17)<sup>85</sup>

## Conclusão

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) está comemorando os seus 30 anos, e desde a sua promulgação no dia 05 de outubro de 1988, a Constituição Cidadã tem o seu comprometimento com a solução pacífica das controvérsias no âmbito interno e internacional.

A solução pacífica das controvérsias está sendo muito discutida e priorizada nos últimos tempos pelos Tribunais de todo o Brasil, desde a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que deu força à Mediação de conflitos, estabelecendo-a como uma política pública no ordenamento jurídico brasileiro, e ainda desde que, a Lei n.º. 13.105 de 2015 (CPC/15) e a Lei de Mediação (Lei n.º. 13.140/2015) entraram em vigor.

Dessa forma, a adoção da mediação presencial e on-line veio para acabar com a cultura da sentença (perde-ganha), e construir um novo paradigma de justiça social, possibilitando o acesso à justiça por todas as pessoas, criando uma cultura de paz, sendo um novo caminho para se alcançar a resolução dos conflitos por meio do diálogo, da cooperação

---

85. Disponível no Artigo: CLETER, Glicéria Martins. *Mediação de Conflitos (Judicial e Extrajudicial): Um novo caminho para a pacificação social*. Revista Universo. p. 16 e 17. Vol. 01 n.º. 02. Belo Horizonte. 2017.

entre as partes e da utilização de novas tecnologias de informação e comunicação (internet, startups, plataformas virtuais, videoconferências, chats) em prol do acesso à justiça, buscando a pacificação.

As grandes empresas, especialmente do setor de serviços, que dispõem custos altíssimos em processos judiciais, que poderiam muitas das vezes terminar em acordos mais profícuos, com menos custos processuais, devem procurar como uma forma alternativa e adequada junto dos seus advogados pela mediação (preferencialmente a on-line) uma vez que com o CPC/15 o Judiciário tem a obrigação de marcar previamente audiências de conciliação ou mediação, e favorecer a solução consensual dos conflitos, mesmo que, raramente os acordos são feitos por essas grandes empresas.

Segundo Alexandre Morais da Rosa e Rafael Mendonça:

O Poder Judiciário toma prevalência como método adversarial de resolução de disputas na cultura jurídica brasileira, no qual as partes buscam a um terceiro, o juiz, para defender sua posição, atacar a do oponente e receber uma sentença positiva à causa. O Brasil conta, predominantemente, com o que chamam de um Sistema Único de Justiça (“SUJ”, para fazer analogia ao Sistema Único de Saúde, SUS). Pode-se arriscar a metáfora, cunhada por Rafael Mendonça, do SUJ como irmão gêmeo do SUS- Sistema Único de Saúde. No caso, se uma pessoa tiver a péssima notícia de estar com câncer e ter um de seus bens mais valiosos, a vida, em risco, qual opção escolheria, recorrer ao SUS ou ao melhor oncologista que seus recursos pudessem pagar? A resposta parece óbvia, principalmente falando da saúde do corpo. No entanto, quando se trata das relações, a Justiça, a cultura predominante do Brasil é recorrer ao Judiciário. Não é sem razão que a justiça agoniza nos corredores dos fóruns, sem que, de regra, nenhum dos envolvidos se considere satisfeito. [...] Inversamente ao processo judicial, o processo da mediação permite às partes desenvolver capacidades para transformar seus conflitos. É um processo de empoderamento, no qual as partes são donas do procedimento e responsáveis em encontrar as melhores soluções para seus conflitos (ROSA; MENDONÇA. 2016, p. 740)<sup>86</sup>.

---

86. Disponível em; ROSA, Alexandre Morais da; MENDONÇA, Rafael. *SISTEMA ÚNICO DE JUSTIÇA (SUJ) X ESPECIAL ADEQUAÇÃO DA MEDIAÇÃO AOS CONFLITOS INTERPESSOAIS*. ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. (COORDS).

Para que a Mediação como uma nova política pública seja utilizada por todos os meios (presencial ou on-line) e equipamentos disponibilizados através das novas tecnologias, é necessário que seja amplamente divulgada nos Tribunais do Brasil, nas redes sociais, câmaras de mediações (presenciais ou virtuais) para que a população tome conhecimento, e a busque naturalmente, como um instrumento alternativo para resolução pacífica das controvérsias.

As pessoas precisam aprender a encontrarem a solução (ou várias possibilidades de soluções) para os seus problemas de forma amigável, por meio do diálogo, sem o uso da violência, sem o acultramento da sentença (onde um perde e o outro ganha), e buscar serem as protagonistas das suas vidas, escolhas e interesses, não deixando nas mãos de outro (o juiz) a decisão e resolução dos seus impasses.

Segundo Glicéria Martins Cleter (autora do presente artigo)<sup>87</sup>:

A mediação é um processo autocompositivo voluntário, onde as partes atuam juntas e de forma cooperativa, para encontrarem por si mesmas a solução, que melhor atenda aos seus interesses no conflito, favorecendo o Princípio do Empoderamento em ambas, e possibilitando que hajam de forma que possam no futuro

---

Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes. Vários autores. Salvador. Ed. JusPodivm., p.740. 2016.

87. Bacharela em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira- E-mail: guicleter01@hotmail.com- Autora do Livro “*Aspectos relevantes das ocupações irregulares de terras públicas em Belo Horizonte*”; do Livro “*Conceitos Básicos de Mediação*”; do livro “*Solução de Conflitos e Instituições Jurídicas*”(orgs.) LOURENÇO, Haroldo; SILVA, Larissa Pochmann da. 1a Ed. Editora Grupo Multifoco. Rio de Janeiro. 2018 (no Livro do referido Congresso) apresentando o artigo de forma oral no CAED-JUS/2018 (Congresso Altos Estudos em Direito) que ocorre de forma virtual (pela internet) com o tema “*A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: UMA NOVA POLÍTICA PÚBLICA ALTERNATIVA E ADEQUADA DENTRO DO PROCESSO JUDICIAL*” publicado em livro impresso (e em e-book) do referido congresso. Possui curso de capacitação em Mediação (Judicial, e Extrajudicial) e Conciliação de Conflitos pela OAB/MG em 2017/18; Concluiu Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) em 2017 tendo elaborado o projeto de pesquisa e artigo de conclusão como o tema “*MEDIAÇÃO PENAL E JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA POLÍTICA PÚBLICA ADEQUADA PARA O DESENCARCERAMENTO EM MASSA*”. Autora de vários outros artigos jurídicos. Pesquisadora e estudante do Instituto da Mediação, Conciliação, e Arbitragem. Palestrante em congressos e seminários.

resolverem seus problemas sem recorrerem a ajuda de terceiros (CLETER, p.53, 2018)<sup>88</sup>.

O Princípio do empoderamento<sup>89</sup> é o benefício fundamental a ser alcançado numa mediação, tendo em vista, que as pessoas ao participarem desse processo construtivo e colaborativo (mediação), podem no futuro resolverem os seus problemas sem a ajuda de um terceiro, se empoderarem ao se autorreconhecerem como plenamente capazes de decidirem por si mesmas uma situação conflituosa.

O empoderamento feminino é uma questão muito discutida ultimamente (nas redes sociais, na mídia, empresas, etc.) diante das mulheres que buscam o seu espaço, lutam por igualdade e necessidade de serem reconhecidas e valorizadas no mercado de trabalho dominado na sua maioria por homens.

A humanidade cada dia mais está presa num egocentrismo, não reconhecendo as necessidades do outro, somente o próprio “eu”: \_ eu preciso, eu quero; e esquecendo-se de olhar e enxergar de fato, os sentimentos do próximo, suas angústias e inquietações, e isso têm levado as pessoas a ficarem doentes fisicamente, psicologicamente e espiritualmente, perdendo o valor e verdadeiro sentido da vida (se autoexteminando, suicidando).

Os homens que vivem em uma sociedade pluralizada, organizada e globalizada (pessoas em geral) precisam se amar mais, solidarizarem-se, sentir empatia pela dor do outro, e aprenderem a praticar a grande

---

88. CLETER, Glicéria Martins. Disponível em artigo apresentado no CAED-JUS/2018 (Congresso Altos Estudos em Direito) que ocorre de forma virtual (pela internet) com o tema “A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: UMA NOVA POLÍTICA PÚBLICA ALTERNATIVA E ADEQUADA DENTRO DO PROCESSO JUDICIAL” publicado no livro impresso (e em e-book) “*Solução de Conflitos e Instituições Jurídicas*”(orgs) LOURENÇO, Haroldo; SILVA, Larissa Pochmann da. 1a Ed. Editora Grupo Multifoco. Rio de Janeiro. 2018 (no Livro do referido Congresso).

89. *Empowerment* (expressão em inglês) tradução para português “empoderamento”. É um substantivo formado com base no verbo “empower”, que significa: autorizar; dar poder; tornar apto; dar autoridade; dar capacidade; permitir. “Empoderamento Feminino é um conceito que também é conhecido como “empoderamento das mulheres”. Consiste na concepção do poder das mulheres como forma de exigir **equidade de gênero** nos variados tipos de atividades sociais, de modo democrático e responsável”; disponível em: <https://www.significados.com.br/empoderamento/> acesso em 09/10/2018.

lição deixada por Jesus: “amai-vos uns aos outros, como eu vos amei [...]” (Jo 13,34)<sup>90</sup>. Jesus Cristo é considerado o maior mediador de todos os tempos, pois pregava o amor, o respeito, a reconciliação (acordo)<sup>90</sup> em seus discursos, como símbolo de um “Homem Justo”, sábio, que cultivava a paz, o diálogo e a justiça entre os povos da sua época.

Conforme o entendimento de Glicéria Martins Cleter uma qualidade muito importante para um **bom mediador**:

[...] é a capacidade de desenvolver a empatia (capacidade de se colocar no lugar do outro, de sentir com as pessoas) e mostrar que compreende o sentimento que estão lhes sendo trazido pelas partes na sessão de mediação. É o mais importante ainda, o mediador deve validar esse sentimento, pois essa validação de sentimentos por parte do mediador é fundamental para que as partes se sintam acolhidas, e saibam que o seu problema está sendo apreciado na sessão de mediação, por este terceiro (profissional) imparcial (CLETER, 2018, p.57)<sup>91</sup>.

E assim utilizando do diálogo, da cooperação, da empatia, do respeito ao próximo, da comunicação não violenta (CNV) e dos princípios da mediação (presencial ou on-line) essa política pública torna-se uma forma alternativa e adequada para a humanidade: resolver seus conflitos de forma pacífica, encontrar o caminho de se criar uma cultura de pacificação e construir um novo paradigma de justiça social.

---

90. Bíblia Sagrada. “*Entra logo em acordo com o teu adversário enquanto vais com ele a caminho do foro, para não suceder que ele te entregue ao juiz, e o juiz ao oficial de justiça, e sejas posto na cadeia*” (Mt5, v.25).

91. CLETER, Glicéria Martins. Disponível em artigo apresentado no CAED-JUS/2018 (Congresso Altos Estudos em Direito) que ocorre de forma virtual (pela internet) com o tema “*A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: UMA NOVA POLÍTICA PÚBLICA ALTERNATIVA E ADEQUADA DENTRO DO PROCESSO JUDICIAL*” p. 57. Publicado no livro impresso (e em e-book) “*Solução de Conflitos e Instituições Jurídicas*”(orgs) LOURENÇO, Haroldo; SILVA, Larissa Pochmann da. 1a Ed. Editora Grupo Multifoco. Rio de Janeiro. 2018 (no Livro do referido Congresso).

## Referências bibliográficas:

- ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. (Coords.). *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Vários autores. Salvador. Ed. JusPodivm. 2016.
- ALMEIDA, Gilberto Martins de. *Mediação em TI*. Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. (Coords.): ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. Vários Autores. Salvador. Ed. JusPodivm. 2016.
- AZEVEDO, André Gomma de . MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL, CNJ. 2016. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>> acesso em 01/10/2018.
- BÍBLIA SAGRADA DA RELIGIÃO CATÓLICA (dentre outras BÍBLIAS SAGRADAS de religiões diversas).
- BICUDO, Lucas. Portal StartSe. “O que é uma startup?” Disponível em: <<https://startse.com/noticia/afinal-o-que-e-uma-startup>> acesso em 01/10/2018.
- CLETER, Glicéria Martins. *Mediação de Conflitos (Judicial e Extrajudicial): Um novo caminho para a pacificação social*. Revista Universo. Vol. 01 n°. 02. Belo Horizonte. 2017. Disponível em: < <http://revista.universo.edu.br/index.php?journal=3universobelohorizonte3&page=article&op=view&path%5B%5D=4814>> acesso em 01/10/2018.
- CLETER, Glicéria Martins. *A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: UMA NOVA POLÍTICA PÚBLICA ALTERNATIVA E ADEQUADA DENTRO DO PROCESSO JUDICIAL*. CAED-JUS (Congresso Altos Estudos em Direito)/2018. Disponível no Livro do Congresso (impresso e em e-book): “*Solução de Conflitos e Instituições Jurídicas*” (orgs.) LOURENÇO, Haroldo; SILVA, Larissa Pochmann da. 1a Ed. Editora Grupo Multifoco. Rio de Janeiro. 2018.

FILHO, José Roberto Moreira. *A indispensabilidade da presença do advogado nos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania (CEJUSC)*. Revista Pela Ordem da OAB Seção MG (Novembro/Dezembro- 2017). Edição RG Comunicação. Belo Horizonte/MG

FREITAS, Tainá. *7startups do mundo jurídico que promovem resolução de conflitos*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/amps/s/conteudo.startse.com.br/startups//lawtech/taina/7-lawtechs-que-estao-promovendo-acordo-e-mediação-deconflito-online/amp/>> acesso em 27/08/2018.

MAGLEAU, Davidson Angelo. Artigo: “*Conciliação e Mediação no mundo on-line*”. Conceitos Básicos de Mediação. (Orgs.) GOMES REZENDE, Camila de Souza. ARAÚJO LIMA, Renata dias de. 1a Ed. Editora New Hampton Press. Belo Horizonte. 2017.

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, Edição Especial de Mediação. Belo Horizonte- MG. CGB Artes Gráficas Ltda. 2012. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br/fileDownload>>.

ROSA, Alexandre Morais da; MENDONÇA, Rafael. *SISTEMA ÚNICO DE JUSTIÇA (SUJ) X ESPECIAL ADEQUAÇÃO DA MEDIAÇÃO AOS CONFLITOS INTERPESSOAIS*. (Coords.) ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. *Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Vários autores. Salvador. Ed. JusPodivm. 2016.

PORTAL ABSTARTUPS. *O que é uma startup?* 5 de julho 2017. Disponível em: <<https://abstartups.com.br/2017/07/05/o-que-e-uma-startup/>> acesso em 01/10/2018.

PORTAL PRO JURIS (Software Jurídico). *O que são lawtechs, ou legaltechs?* Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/o-que-e-lawtech/>> acesso em 05/10/2018.

TJMG- *III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE MEDIAÇÃO* do IMA. Belo Horizonte. 17 a 19 Abril de 2017.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Curitiba. Instituto de Mediação.1994

### Referências legislativas:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988 (CRFB/88).

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL- LEI N°. 13.105, de 16 de Março de 2015, com as alterações da Lei n°. 13.256/2016.

Lei de Mediação- Lei n°. 13.140, de 26 de junho de 2015.

RESOLUÇÃO N°.125 de 29 de Novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça.

# Aspectos subjetivos na conciliação: validação dos sentimentos e empoderamento das partes

*Isabela Moreira Antunes do Nascimento*

## Introdução

Este trabalho motivou-se, em sua elaboração, em investigar porque algumas pessoas atribuem decisões sobre a própria vida a terceiros. Trata-se de um tema relevante, do ponto de vista jurídico e social, dada a importância do autoconhecimento para a autodeterminação, sobretudo em uma sociedade paternalista e desnivelada, propondo-se uma mudança de paradigma tendo como marco filosófico a dignidade humana.

A linha argumentativa do trabalho adotou, como principais marcos referenciais, a obra de Petronio Calmon, com a análise dos métodos autocompositivos, de Marshall B. Rosenberg, pelo incentivo à Comunicação Não-Violenta (CNV), de Daniel Sarmiento, pelo estudo da dignidade da pessoa humana como autonomia, e, ainda, Antonio Carlos Ozório Nunes, como parâmetro em toda pesquisa.

O trabalho se estrutura em dois itens, cada qual com dois subitens. O primeiro aborda os Métodos Autocompositivos de Resolução de Conflito, com destaque para a mediação e a conciliação. Já no segundo, evidencia-se a Construção da Empatia – *Rapport*, a partir da escuta ati-

va e da validação dos sentimentos com escopo de empoderar as partes, viabilizando sua autonomia.

Nos moldes metodológicos de Silva e Silveira (2007), quanto aos procedimentos, fez-se uma pesquisa bibliográfica logo que utiliza-se, principalmente, de material já publicado por outros autores.

## 1. Métodos autocompositivos de resolução do conflito

Os métodos autocompositivos, quais sejam, negociação, conciliação e mediação (Lei 13.140/2015), diferem-se dos heterocompositivos, quais sejam, arbitragem (Lei 9.307/1996) e jurisdição estatal visto que, na autocomposição, a solução da lide é tida consensualmente pelas próprias partes envolvidas no conflito, sendo a decisão integrativa e não imposta. Calmon (2015) menciona que a autocomposição pode ser unilateral ou bilateral. Esta se manifesta pela transação, que é caracterizada por concessões recíprocas ou mútuas enquanto que aquela se externa pela renúncia do atacante, que abandona a pretensão ou pela submissão do atacado, que abandona a resistência. Pode ainda ser classificada como endoprocessual/judicial ou extraprocessual/não judicial, apesar do debate acerca da eficiência/ineficiência da mediação judicial, o qual não será, nesta oportunidade, aprofundado.

Trata-se de um sistema público multiportas (NUNES, 2016), pelo qual busca-se garantir opções humanizadas para solucionar os problemas sociais, conferindo, assim, autonomia às pessoas e respeito aos direitos humanos almejando-se uma cultura de paz (VASCONCELOS; 2017, SILVA; 2013). Este trabalho valoriza todos esses métodos, cada um adequado para certas situações, conforme respectivas peculiaridades. Contudo, necessário se faz aqui um corte metodológico, pelo qual destaca-se a mediação e a conciliação, nas quais há a presença de um terceiro imparcial, diferentemente da negociação (BRASIL, 2016). É o que se passa a analisar.

### 1.1 Mediação

Trata-se a mediação de um processo autocompositivo pelo qual as partes litigantes são auxiliadas por um terceiro imparcial, ou seja, sem

interesse na causa e sem poder de decisão, para se chegar a um acordo que compatibilize interesses e necessidades, alcançando espontaneamente uma decisão reciprocamente aceitável (BRASIL, 2016).

A mediação é, pois, um mecanismo não adversarial em que um terceiro imparcial que não tem poder sobre as partes as ajuda para que em forma cooperativa encontrem o ponto de harmonia do conflito. O mediador induz as partes a identificar os pontos principais da controvérsia, a acomodar seus interesses aos da parte contrária, a explorar fórmulas de ajuste que transcendam o nível da disputa, produzindo uma visão produtiva para ambas. Mediação é um termo utilizado para descrever um conjunto de práticas elaboradas para ajudar as partes na controvérsia, caracterizando-se pela participação de um terceiro imparcial que ajuda as partes a comunicar-se e a realizar escolhas voluntárias em um esforço para resolver o conflito (CALMON, 2015, p.113).

No ponto, importante considerar, conforme Nunes (2016) e Vasconcelos (2017), as três principais modalidades de mediação: a) o Modelo Tradicional-Linear de Harvard; b) o Modelo Transformativo de Bush e Folger (2005); e c) o Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb (2013). O primeiro, também citado como Mediação Facilitativa, caracteriza-se pelo incentivo do mediador, que atua como um facilitador do diálogo, para que as partes busquem e encontrem solução compatível com seus interesses e necessidades recíprocos. Cabe ao mediador validar as emoções expressadas com escopo colaborativo. Destacam-se, aqui, os quatro princípios de negociação de Harvard: i) separar as pessoas do problema; ii) concentrar-se nos interesses e não nas posições; iii) gerar opções de ganhos mútuos; iv) utilizar-se de critérios objetivos (FISHER; URY, PATTON; 2014).

O segundo, também chamado de Mediação Transformativa, foi elaborado por Robert Bush e Joseph Folger (2005) tendo como objetivo a “transformação das relações entre as partes envolvidas, cujo processo pressupõe o empoderamento dessas e o reconhecimento do coprotagonismo do outro, com vistas à autonomia, autossegurança e autodeterminação” (NUNES, 2016, p.54). Busca-se reconstruir relacionamentos, visto que aborda relações interpessoais que se perdem no tempo. Já o terceiro, desenvolvido pela mediadora americana Sara Cobb (2013), considera

a mediação como um procedimento de narração de histórias, que levam à reflexão e à integração entre as pessoas pelo protagonismo das partes através do diálogo. Como não se tratam de modelos estanques, interessante usá-los de forma combinada, como fez-se ao longo deste trabalho.

Por fim, ressalta-se que, nos moldes de Calmon (2015), conforme os *Standards MAMP (Massachusetts Association of Mediation Programs)*, vincula-se, a mediação, a cinco principais princípios: a) o princípio da voluntariedade, pelo qual garante-se às partes a liberdade de participar ou não da mediação; b) o princípio do consentimento informado, pelo qual explica-se as opções assim como as consequências e pormenores das mesmas que garantam uma escolha ou decisão consciente; c) o princípio do poder das partes/autodeterminação, pelo qual é responsabilidade delas definirem suas necessidades e decidirem os termos a serem acordados; d) o princípio da imparcialidade/neutralidade, pelo qual exige-se dos mediadores conduta justa e equitativa em detrimento de favoritismos; e) o princípio da confidencialidade, pelo qual deve o mediador manter discrição sobre as informações coletadas.

## 1.2 Conciliação

A conciliação também é um método autocompositivo que visa à obtenção de um acordo, entretanto, diferentemente da mediação, aqui há intervenção direta do terceiro, que pode sugerir soluções ao intermediar as partes, conforme o art. 165, §2, NCPC. Outra diferença a ser mencionada é que a conciliação não trata a gênese das causas geradoras do conflito voltando-se para soluções mais rápidas cujas relações subjetivas são eventuais, vez que geralmente ocasionadas a partir do próprio conflito, sendo eficiente para o que se propõe. Aborda contextos litigiosos menos complexos (BRASIL, 2016). Nunes (2016) aponta que essa modalidade é denominada por alguns de mediação avaliativa.

Interessante observar que o CPC faz mencionada distinção entre conciliadores e mediadores (CPC 165, §§ 2 e 3), diferentemente da Lei de Mediação e da Resolução 125 do CNJ. Assim como na legislação, também há divergência doutrinária nesse sentido. Coaduna-se, neste artigo, com aqueles que ressaltam as especificidades de cada modelo (SPENGLER,

2017) não os considerando, contudo, excludentes. Pelo contrário. Apesar de não considerar os institutos como sinônimos em razão da técnica diversa, sobretudo quanto à atuação do mediador e do conciliador, ambos regem-se por princípios congruentes. Por esse motivo quando menciona-se, à partir do segundo item deste trabalho, “mediador/mediação”, leia-se “conciliador/conciliação”, e vice-versa.

Originalmente, estabeleciam-se diversos pontos de distinção entre a mediação e a conciliação, sugerindo-se que: (i) a mediação visaria à ‘resolução do conflito’ enquanto a conciliação buscaria apenas o acordo; (ii) a mediação visaria à restauração da relação social subjacente ao caso enquanto a conciliação buscaria o fim do litígio; (iii) a mediação partiria de uma abordagem de estímulo (ou facilitação) do entendimento enquanto a conciliação permitiria a sugestão de uma proposta de acordo pelo conciliador; (iv) a mediação seria, em regra, mais demorada e envolveria diversas sessões enquanto a conciliação seria um processo mais breve com apenas uma sessão; (v) a mediação seria voltada às pessoas e teria o cunho preponderantemente subjetivo enquanto a conciliação seria voltada aos fatos e direitos e com enfoque essencialmente objetivo; (vi) a mediação seria confidencial enquanto a conciliação seria eminentemente pública; (vii) a mediação seria prospectiva, com enfoque no futuro e em soluções, enquanto a conciliação seria com enfoque retrospectivo e voltado à culpa [...] (BRASIL, 2016, p.22).

O próprio Manual de Mediação (2016) ameniza esse debate indicando que as distinções ora apresentadas mostravam-se necessárias pela crítica à falta de técnica com que os órgãos públicos conduziam as conciliações até o início do século XXI. Com lançamento do Movimento pela Conciliação, pelo CNJ (BRIQUET, 2016), as diferenciações entre mediação e conciliação passaram, progressivamente, a se reduzir.

Atualmente, com base na política pública preconizada pelo Conselho Nacional de Justiça e consolidada em resoluções e publicações diversas, pode-se afirmar que a conciliação no Poder Judiciário busca: (i) além do acordo, uma efetiva harmonização social das partes; (ii) restaurar, dentro dos limites possíveis, a

relação social das partes; (iii) utilizar técnicas persuasivas, mas não impositivas ou coercitivas para se alcançarem soluções; (iv) demorar suficientemente para que os interessados compreendam que o conciliador se importa com o caso e com a solução encontrada; (v) humanizar o processo de resolução de disputas; (vi) preservar a intimidade dos interessados sempre que possível; (vii) visar a uma solução construtiva para o conflito, com enfoque prospectivo para a relação dos envolvidos; (viii) permitir que as partes sintam-se ouvidas; e (ix) utilizar-se de técnicas multidisciplinares para permitir que se encontrem soluções satisfatórias no menor prazo possível (BRASIL, 2016, p.22).

Por fim, como exposto, a conciliação, assim como a mediação, rege-se por princípios norteadores da conduta do conciliador e integrador para com outras normas (NUNES; 2016, SPENGLER; 2017). O art. 166 do NCPC dispõe que “a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”. A Lei de Mediação (art.2) adiciona três princípios, quais sejam, isonomia entre as partes, busca do consenso e boa-fé. A Resolução 125 do CNJ, por sua vez, prevê o da competência, do respeito à ordem pública e às lei vigentes, o empoderamento e a validação, que serão analisados a seguir.

## 2. *Rapport* – a construção da empatia

### 2.1 Escuta Ativa e Validação dos Sentimentos

Inicialmente faz-se importante diferenciar o “ouvir” do “escutar”. Muitos tratam como sinônimos por considerarem tais particularidades demasiadamente sutis e, portanto, insignificantes. Contudo, na prática, elas têm grande impacto. “Ouvir” é ato fisiológico, involuntário, natural daqueles que possuem um aparato auditivo em funcionamento, já “escutar” é ação voluntária, aprendida ao longo da experiência, que pressupõe se atentar para o ato de ouvir (ALMEIDA; 2016, LEITE; 2016).

A escuta ativa implica tanto na atenção ao que é dito como também na participação no diálogo – escuta dinâmica, quando intervenções se mostram salutares e oportunas, sem, contudo, deixar-se influenciar por

pensamentos que contenham juízos de valor ou, em extremo oposto, se tornar frio a ponto de ameaçar a relação de confiança (BRASIL, 2016). Ouvindo ativamente, o conciliador consegue perceber as nuances emocionais das partes, a dinâmica do conflito, inclusive, se há mais questões, além das que foram efetivamente ditas, a serem analisadas, pela observação da linguagem verbal e não-verbal. “O papel do mediador ao validar sentimentos consiste em demonstrar às partes que é natural em qualquer relação haver conflitos e que se faz mais eficiente buscar soluções do que atribuir culpa” (BRASIL, 2016, p.206)

O mediador deve orientar e incentivar as partes a compartilhar com ele os sentimentos sobre o conflito. Esta é uma técnica chamada de validação e deve ser feita principalmente no início do processo, em reuniões privadas, nas quais as partes devem mostrar quais e o porquê dos seus sentimentos, além do que pensam sobre a questão. A validação dos sentimentos ajuda a conectar melhor o mediador com as partes e com o que elas estão sentindo; permite reconhecer os sentimentos como legítimos e que eles devem ser considerados na mediação; fortalece e empodera as partes, e estabelece a confiança com o mediador, com o processo e com o outro (NUNES, 2016, p.173).

No ponto, é fundamental conhecer a cultura (BRIQUET, 2016), o contexto socioeconômico e o momento de vida daquele que fala para entender a natureza de seu discurso assim como as intenções que regem sua fala em um determinado momento. Deve-se procurar compreender a perspectiva do outro, sua visão de mundo (VASCONCELOS, 2017). Dessa maneira, ao sentir-se legitimado em sua narrativa a parte se sentirá mais à vontade para se expressar de forma sincera e, então, tornam-se mais evidentes seus parâmetros de raciocínio e as motivações, ainda que implícitas, do seu comportamento. Trata-se de ferramenta essencial para uma interlocução produtiva e eficaz pois “ao reforçar positivamente os sentimentos, o mediador cria um elo com a parte, o que facilita o estabelecimento de uma relação de confiança” (BRASIL, 2016, p.208).

Acolher – legitimar os sujeitos participantes. Objetivos. Acolher os integrantes da Mediação, com suas idiossincrasias e dis-

tintas formas de participar do diálogo, propicia sentimentos de aceitação e de legitimidade – partes integrantes do que alguns mediadores denominam *rapport*. A postura de acolhimento do mediador pode, em paralelo, incentivar o desejo de participar no processo de diálogo. [...] Quando todo o conjunto de intervenções que compõem a legitimação é exercido com eficácia, os median-dos se sentem seguros e confiantes no processo e no mediador, assim como se sentem compreendidos e acolhidos, o que fortalece a continuidade de participação no processo de diálogo. Também é provável que os median-dos vivenciem com positividade e aprendizado o fato de os mediadores tratarem com legitimidade e tolerância as inadequações relativas ao modo particular de cada um se expressar (ALMEIDA, 2016, p.68).

A metáfora do *iceberg* usualmente ilustra que o conflito pode ser pequeno na superfície e grande na parte submersa. Acima da linha da superfície estão as posições, que são expressadas, e abaixo as emoções, interesses, necessidades, autoestimas e expectativas, que estão escondidas. Cabe ao mediador perceber essas nuances e ajudar as pessoas a revelarem as suas emoções. “O caminho para isto é usar as ferramentas da comunicação e do acolhimento, ouvir bem para entrar no sentimento do outro e entender a linguagem das emoções” (NUNES, 2016, p.161). Busca-se, com isso, humanizar o conflito, favorecendo o diálogo colaborativo em detrimento à crítica que pode potencializar a agressividade ou reprimir a parte que fala, ou à aliança, que pode comprometer a imparcialidade do conciliador (SILVA; 2013, VASCONCELOS; 2017).

Nunes (2016) destaca o ser humano pelo seu caráter multidimensional, ou seja, o homem é ao mesmo tempo físico (tem um corpo concreto composto por elementos químicos), biológico (já que essa concretude tem vida), psíquico (intrinsecamente vinculado à mente), socioeconômico, cultural (BRIQUET, 2016), histórico (que se desenvolve com o passar do tempo) e ambiental. Uma dessas facetas pode até ser destacada desde que temporariamente, pois deve-se manter essa unidade complexa. Desse modo, a racionalidade e as emoções estariam correlacionadas e seriam próprias da condição humana. O ideal é equilibrá-las, reconhecendo a influência e a importância da emoção para a tomada de decisões racionais sem, contudo, deixar dominar-se por elas.

Essas conclusões da neurociência nos mostram que nas reuniões auto-compositivas a razão não poderá se afastar das emoções, pois estas últimas podem favorecer positivamente, ou atrapalhar, o processo de diálogo; e por esse motivo é tão importante a criação de uma boa atmosfera no ambiente da mediação como um todo e a validação dos sentimentos. [...] Com a geração de emoções positivas será mais fácil empoderar (dar mais poder) às partes, permitir ao mediador identificar os interesses em geral, e os sentimentos e as necessidades das pessoas em particular. A partir daí será mais fácil construir a harmonia, através da razão com as emoções e estas com a razão, num encontro pleno para restaurar a subjetividade (NUNES, 2016, p.159).

A inclusão e a confiança, o *rapport*, (SPENGLER, 2017) trazem sensação de harmonia, de positividade e compreensão (VASCONCELOS, 2017) ao processo de mediação. Nesse diapasão, a Comunicação Não Violenta (CNV), desenvolvida pelo psicólogo americano Marshall Rosenberg (2003), incentiva a compaixão e a solidariedade, a compreensão do sofrimento da outra pessoa, integrando-se ao contexto dela. Ao evitar o uso de expressões depreciativas e autoritárias, incentiva-se a empatia. Ao desconfigurar a cultura de culpa, raiva e, conseqüente, punição e vergonha incentiva-se a manifestação livre dos sentimentos, clareando os reais interesses e necessidades (URY, 2015).

## 2.2 Empoderamento e autonomia

Passando a conseqüente análise da autonomia, é importante fazer algumas considerações preliminares. A questão da liberdade humana ou da autonomia traduz controvérsia histórica, e até mesmo filosófica e científica, entre o adeptos do livre arbítrio e os defensores do determinismo. Não cabe neste trabalho aprofundar esse debate mas sim apontar, assim como Sarmiento (2016), constrangimentos, como limitações socioeconômicas e culturais ou mesmo genéticos e psicológicos, à liberdade das pessoas, que não são de ordem jurídica mas que tornam certas escolhas difíceis para as partes, não podendo ser desprezados.

Cabe ao conciliador, mesmo em meio a tantas peculiaridades, atribuir condições e informações para que as partes possam fazer escolhas

conscientes sobre as quais devem se responsabilizar. Para sanar tais desníveis de poder na resolução da demanda conciliatória, Silva (2003) aponta a técnica de empoderamento, que, como já analisado, propicia equilíbrio intersubjetivo.

Trata-se da capacitação promovida pelo terceiro, no decorrer das sessões, direcionando as partes para que tomem consciência de seus sentimentos, necessidades e valores, buscando a compreensão das razões pelas quais determinadas soluções satisfazem ou não seus interesses. O empoderamento é, assim, uma técnica em que terceiro pode alterar o equilíbrio de poder entre as partes, realizando um balanceamento da relação e estabelecimento de regras vinculativas para as partes de modo a evitar práticas intimidatórias. A utilização dessa técnica requer conhecimento e prática, pois há interferência no conflito e o seu limite está justamente na atuação imparcial e neutra do terceiro (SILVA, 2003, p.219).

Nesse diapasão devemos destacar, ainda, a questão da autonomia no contexto cultural (BRIQUET, 2016) brasileiro, em que se busca uma transformação da cultura do paternalismo (MUSKKAT, 2003), no qual os sujeitos aguardam que o Estado dê solução para seus conflitos, para uma cultura protagônica, na qual assume-se a autoria da solução de seus conflitos (ALMEIDA, 2016).

No imaginário social, os brasileiros são tidos – e gostam de se ver – como pessoas espontâneas, que prezam muito por sua liberdade. Mas, do outro lado, há sementes antiliberais fundamente plantadas em nosso solo, que se ligam à nossa colonização portuguesa impregnada pelos valores autoritários da Contrarreforma católica, bem como à tardia garantia das liberdades civis. Quanto ao último aspecto, no país, ao contrário do que ocorreu na maior parte das nações ocidentais, os direitos civis e políticos só foram efetivamente assegurados depois do surgimento dos direitos sociais, implantados em contexto autoritário. Tais razões ajudam a explicar por que, até hoje, as liberdades públicas não gozam entre nós do mesmo prestígio e enraizamento no sentimento coletivo de que dispõe os direitos sociais. Esse é um “passado que não passou”, pois ainda vivemos sob a sua sombra. Neste cenário, o

princípio da dignidade se deixa facilmente capturar por discursos paternalistas ou carolas (SARMENTO, 2016, p.138).

Superadas essas observações, diferencia-se, usualmente, autonomia pública e privada dentre outras classificações mas neste trabalho, usa-se a palavra autonomia como a capacidade de ditar as diretrizes que regem a própria conduta, ou seja, como autodeterminação. Assim, corresponde, ressaltados direitos de terceiros, à faculdade do indivíduo de fazer e realizar escolhas pessoais, decidindo por si mesmo, definindo seus projetos e planos conforme suas peculiaridades e necessidades. Nesta análise pessoal, embora pressuponha-se racionalidade, inclui-se também como critérios determinantes os aspectos subjetivos do indivíduo, como sentimentos e gerenciamento de emoções (BRIQUET, 2016).

Diz-se que a conciliação é meramente objetiva e não aborda aspectos subjetivos, sendo inclusive contraproducente a aplicação do empoderamento vez que o objetivo é o mero encerramento da demanda e a consequente produção de estatísticas. Silva (2003, p. 221), inclusive, aduz no sentido de restringir essa técnica “apenas em casos excepcionais, que realmente precisem focar no padrão relacional dos envolvidos no conflito”. Trata-se de uma crítica equivocada.

Certo é que há peculiaridades que distinguem a mediação e a conciliação, como já foi demonstrado, mas ambas regem-se pelo princípio da autonomia e do empoderamento. A mediação aborda questões com desdobramento emocional mais profundo mas a conciliação também lida com pessoas, sendo assim, também interage, o conciliador, com sentimentos, ora expressos pelo choro, pela raiva, pela alegria, etc., cabendo-lhe primar pelo equilíbrio sempre, pois o conflito não termina ali, em última análise, visa-se a uma mudança de paradigma.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o principal objetivo da conciliação é a construção do consenso através do livre arbítrio das partes consagrado pela tomada de decisão. “Devem ser respeitados os diferentes pontos de vistas e as convicções pessoais, na busca de uma decisão compartilhada que seja livre. O mediador é apenas um facilitador, um indutor de geração de ideias para que as partes descubram os caminhos para boas soluções” (NUNES, 2016, p.59). A resolução da controvérsia,

contudo, não é o único objetivo. Almeja-se a compreensão das partes entre si, para que elas valorizem os interesses e sentimentos do outro em detrimento de uma perspectiva estanque e isolada (BRASIL, 2016). E ainda o encorajamento dado pelo conciliador para que as partes tenham consciência de sua capacidade de resolver seus próprios conflitos, inclusive consigo mesmas, (URY, 2015), empoderando-as, para que desenvolvam sua autonomia. Empoderá-las consiste no incentivo para que elas tenham percepção das suas próprias qualidades e da capacidade de administrar seus conflitos mesmo para futuras relações.

## Considerações finais

Os métodos autocompositivos de resolução de conflito, como a negociação, a conciliação e a mediação, diferem-se dos heterocompositivos, como a arbitragem e a jurisdição estatal, pelo protagonismo das partes da resolução da demanda. Este trabalho teve como foco a conciliação e a mediação, tratando-os como institutos distintos mas complementares, com fulcro na observância de um sistema multiportas, almejando a pacificação social e, em última análise, uma mudança de paradigma.

Desse modo, a partir de princípios congruentes, trata-se a importância da construção da empatia, denominada *rapport*, pela validação dos sentimentos para o empoderamento das partes, sobretudo diante do cenário assimétrico brasileiro. Destaca-se a importância da escuta ativa e da comunicação não violenta, evitando depreciações e valorizando o equilíbrio entre emocional e racional, para incentivar a autodeterminação pelo autoconhecimento.

Procurou-se, assim, neste trabalho, definir contornos que permitam aplicações práticas desses princípios, pela atuação do conciliador, evidenciando a necessidade de tomada de decisão autônoma e consciente pelas partes, que devem ser informadas das circunstâncias e assumirem as consequências de suas escolhas ao invés de delegá-las a terceiros.

## Referências bibliográficas

ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação**: aportes práticos e teóricos. 2. ed. São Paulo: Dash, 2016.

BRASIL. COMITÊ GESTOR NACIONAL DA CONCILIAÇÃO. **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. **Mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias**. Brasília, DF, jun. 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 29 out.2017.

BRASIL. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. **Arbitragem**. Brasília, DF, set. 1996. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 29 out.2017.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 29 out.2017.

BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010. **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_125\\_29112010\\_11032016162839.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf)>. Acesso em: 29 out.2017.

BRIQUET, Enia Cecília. **Manual de Mediação: teoria e prática na formação do mediador**. Petrópolis: Vozes, 2016.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. São Francisco: Jossey-Bass, 2005.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

COBB, Sara. *Speaking of Violence: the politics and poetics of narrative in conflict resolution*. New York: Oxford University Press, 2013.

- LEITE, Rodrigo Corrêa. **O Poder da Escutatória:** *feedback* genuíno para transformação pessoal e construção de relações duradouras. São Paulo: Évora, 2016.
- MUSZKAT, Malvina Ester (Org.). **Mediação de Conflitos:** pacificando e prevenindo a violência. 3. ed. São Paulo: Summus Editorial, 2003.
- NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de Mediação:** guia prático da autocomposição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não-Violenta:** técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. 4. ed. São Paulo: Ágora, 2003. Tradução de: Mário Vilela.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação Judicial.** Coleção MASC – Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- SILVA, José Maria da; SILVEIRA, Emerson Sena da. **Apresentação de Trabalhos Acadêmicos:** normas e técnicas. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos:** da teoria à prática. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- URY, William; FISHER, Roger; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim:** como negociar acordos sem fazer concessões. 3. ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014. Tradução de: Ricardo Vasques Vieira.
- URY, William. **Como Chegar ao Sim com Você Mesmo:** o primeiro passo em qualquer negociação, conflito ou conversa difícil. Rio de Janeiro: Sextante, 2015. Tradução de: Afonso Celso da Cunha.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos:** e práticas restaurativas. 5. ed. São Paulo: Gen/método, 2017.

# Mediação como meio para concretizar o direito fundamental ao acesso à justiça

*Isabela Moreira Antunes do Nascimento*

## Introdução

Este trabalho motivou-se, em sua elaboração, em investigar se a mediação pode ser elencada como meio para concretizar o direito fundamental ao acesso à justiça, enquanto desafio dos direitos humanos no século XXI. Trata-se de um tema relevante, do ponto de vista jurídico e social, tendo em vista a crise de efetividade enfrentada pelo Judiciário.

Nesse ponto, é de suma importância a divulgação de conhecimentos por meio dos quais propõe-se mudar de um paradigma litigioso, que resulta em um judiciário obsoleto e sobrecarregado, para um sistema de pacificação social no qual vigora a cultura do consenso. Para isso, adota-se como marco teórico a terceira onda renovatória de Cappelletti e Garth.

A linha argumentativa do trabalho adotou, como principais marcos referenciais, a obra de Petronio Calmon, com a análise dos métodos autocompositivos, de Marshall B. Rosenberg, pelo incentivo à Comunicação Não-Violenta (CNV), de Daniela Moraes, pelo incentivo ao olhar do outro, dentre diversos outros.

O trabalho se estrutura em dois itens, cada qual com dois subitens. O primeiro aborda a Concepção Contemporânea de Acesso à Justiça,

com destaque para a humanização do acesso à justiça. Já no segundo, evidencia-se o Sistema Multiportas para Composição de Conflitos, a partir dos meios consensuais principais, quais sejam, negociação, conciliação, arbitragem e mediação, esta como o divisor de águas do problema cultural abordado ao longo do texto.

Nos moldes metodológicos de Silva e Silveira (2007), quanto aos procedimentos, fez-se uma pesquisa bibliográfica logo que utiliza-se, principalmente, de material já publicado por outros autores, tal como livros, artigos e legislação.

## 1. A concepção contemporânea de acesso à justiça

A concepção de “acesso à justiça” transformou-se, gradualmente, ao longo do tempo. De forma atualizada e contextualizada não mais condiz somente com o julgamento de mérito, ou seja, com a resposta do órgão julgador pois, se ainda o fosse, ferir-se-ia o propósito do art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988, qual seja, exaurir a prestação jurisdicional de forma adequada, tempestiva e humanizada.

Significa dizer que não basta ter acesso ao Poder Judiciário; e preciso que, uma vez alcançado, a pessoa possa participar ativamente do processo do qual faz parte, tendo seus direitos e garantias respeitadas, independentemente da posição que ocupa no litígio. Isto porque, a solução dada ao conflito deve ser de forma que realize a justiça tanto àquele que leva a sua pretensão, quanto àquele que deve satisfazê-la, pois ambos necessitam conhecer os motivos e fundamentos do acolhimento ou não da prestação no caso concreto (PEGINI, 2015, p.80).

De todo modo, é importante ressaltar que a previsão positivada de garantia da apreciação judicial não pode ensejar a ideia irrealistas de ilações exacerbadas pelas quais a oferta de justiça estatal estaria disponibilizada de forma prodigalizada, acarretando, por consequência, demandismo judiciário, “por pouco não convertendo o direito de ação em dever de ação” (MANCUSO, 2015, p.205).

Defende-se, assim como Tartuce (2018, p.81) “que o acesso à justiça não é possibilitar que todos possam ir à corte, mas sim que a justiça pos-

sa ser realizada no contexto em que se inserem as pessoas (...)”. Ainda conforme a autora (2018, p.81), entende-se que no processo democrático “o acesso à justiça desempenha um relevante papel ao habilitar o cidadão a tutelar seus interesses e possibilitar à sociedade a composição pacífica de conflitos”, conforme verifica-se a seguir.

### 1.1 Crise do judiciário e inafastabilidade da jurisdição

É latente a “Crise do Direito e da Justiça” (RODRIGUES, 2017, p.11) enfrentada Poder Judiciário brasileiro, culminada, dentre outros aspectos, pela cultura do conflito (CALMON, 2015). O resultado disso é a ineficiência da prestação jurisdicional que, além de morosa, ferindo o princípio da razoável duração do processo e a segurança jurídica, garantias previstas constitucionalmente, uma vez imposta pelo Estado-juiz, também não mais condiz com a realidade social. Nesse ínterim, buscam-se “meios adequados de solução de conflitos” (CALMON, 2015, p.23) capazes de garantir o direito fundamental de acesso à justiça.

Por um longo período supervalorizou-se a jurisdição, fortalecendo-se uma cultura combativa, conservadora e demandista (MANCUSO, 2015). A academia foi, desde os primeiros estudos, estimulada dirimir o problema do jurisdicionado junto ao Poder Judiciário, amparando-se em uma perspectiva ganha-perde (NUNES, 2017). Este, por sua vez, adota uma postura coercitiva, quando pleiteado a solucionar conflitos relacionais complexos, que não se resolvem de fato, ainda que se aplique corretamente o preceito legal.

A concepção de acesso à justiça não mais corresponde somente ao ingresso em juízo, ao processo, mas à resposta coerente e tempestiva ao conflito de interesse (NUNES, 2017; CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2011). Disseminam-se, então, outros métodos que, por uma abordagem cooperativa e consensual, em detrimento da adversarial, almejam romper com a cultura judiciarista e litigiosa. Tem-se, assim, o Sistema Multiportas, que coloca “à disposição do jurisdicionado ‘portas’ (meios) adequados de solução de conflitos, de acordo com o caso concreto (...)” (RODRIGUES, 2017, p.47).

A pesquisa desenvolvida, portanto, objetiva estimular a modificação cultural, resgatando a harmonia das relações sociais e uma nova forma de pensar o Direito pela sociedade e pelos seus operadores, na busca de um Judiciário mais humanizado, demonstrando, também, que a processualística moderna já tem evidenciado algumas importantes medidas como tentativa de minimizar o grave problema enfrentado pelo sistema jurisdicional brasileiro, ao adotar o sistema multiportas para a resolução de demandas, com especial atenção à mediação e conciliação, visando conscientizar os envolvidos a socorrerem-se da forma impositiva apenas nos casos e que o acordo não possa ser alcançado (NUNES, 2017, p.2).

Contudo, deve-se cuidar para não utilizar esses outros métodos apenas para reduzir processos judiciais, desvirtuando-os do seu objetivo principal, que é a mudança do paradigma combativo, de dominação, almejando, em última análise, a restauração da paz social (CALMON, 2015; VASCONCELOS, 2017; CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2011). No ponto, fundamental destacar as ondas renovatórias de acesso à justiça, que representam a evolução hermenêutica da expressão, desenvolvida por Cappelletti e Garth (2002) e analisadas por Oliveira Neto (2016) e Goretta (2017), sendo a última delas o marco teórico deste trabalho.

A primeira ressalta a indispensabilidade de amparo jurídico àqueles que, necessitados economicamente, não podem arcar com os custos do processo, honorários advocatícios dentre outras despesas. O acesso à justiça corresponderia, portanto, ao direito de alcançar gratuitamente o serviço público estatal. Desse contexto advém a Lei nº 1.060/50, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, corroborada pelo art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal (CF) de 1988: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A segunda onda renovatória, ainda nos moldes de Cappelletti e Garth (2002, p.50), aborda os direitos transindividuais, que se expressam como interesses difusos ou grupais, valorizando o coletivo diante de um contexto social menos individualista, admitindo que o magistrado indique uma solução para várias pessoas, dentro de uma única ação, consoante disposto no parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Estes autores inferem que as duas primeiras ondas representaram relevante avanço no que diz respeito ao acesso à justiça pois proporcionou-se a inclusão jurídica daqueles que carecem de recursos financeiros para arcar com o processo e porque também valorizou-se os interesses transindividuais. Contudo, advieram também efeitos negativos, como o aumento do tempo de tramitação dos processos em consequência da estrutura judiciária que não acompanhou o aumento da demanda, resultando em um Judiciário moroso, ineficaz e desacreditado.

Por fim, Cappelletti e Garth (2002, p.68) trazem uma última onda intitulada como “Do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à Justiça” tendo em vista o acesso à justiça não mais se limita à mera concessão de uma decisão ou sentença, mas sim, de meios que permitam a real satisfação do jurisdicionado. Diante desse enfoque, almeja-se adequar o procedimento judicial ao conflito concretamente considerado por intermédio de equivalentes jurisdicionais mais simplificados e informais que estimulem a solução pacífica da controvérsia, resguardando ao Judiciário as questões mais complexas.

Essas diretrizes foram devidamente consideradas pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), no qual incentiva-se a ativa do magistrado e das partes, superando a concepção individualista e os e o tratamento puramente formalístico do conflito que impedem a realização da prestação jurisdicional efetiva. Isto posto, estimula-se o uso da arbitragem, da mediação e da conciliação (TARTUCE, 2018), com o resgate da “cultura do consenso” (NUNES, 2017, p.35).

## 1.2 Humanização do acesso à justiça

Ainda analisando a evolução hermenêutica da expressão “acesso à justiça”, em perspectiva histórica, durante os séculos dezoito e dezenove, durante o declínio do absolutismo e o colapso do regime monárquico, em grande parte da Europa, nos estados liberais burgueses o direito ao acesso a proteção judicial correspondia ao procedimento formal de propor ou contestar uma demanda, sob o viés individualista dos direitos e passivo do Estado, almejando afastar a interferência des-

te e estimular a autonomia para o exercício do direito de propriedade (VASCONCELOS, 2017; OLIVEIRA NETO, 2016).

No Brasil, por sua vez, destacava-se a abolição da escravatura em 1888 e a codificação do direito privado em 1889, justamente inspirado no Código de Napoleão. O Código Civil de 1916 consubstanciava-se na proteção da família, da propriedade e do contrato, caracterizando-se pelo individualismo, pelo conservadorismo e pelo patrimonialismo, reflexo de uma sociedade formada por ex-escravos, índios, fazendeiros e senhores de engenho, os “sujeito do patrimônio” (NUNES, 2017, p.16).

Mesmo com o advento da Revolução Industrial ainda se desconsiderava eventuais desequilíbrios nas relações sociais, acreditando-se, ainda, na igualdade formal entre os indivíduos. O processo civil acompanhou essa ideologia e foi estruturado, inicialmente, viabilizando aos detentores do poder a concretização de seus direitos mas aos demais sujeitos, “caberia a incidência de um procedimento formal, burocrático e obsoleto que nem sempre resolvia, em concreto, o conflito levado a juízo” (MORAES, 2015, p.2).

Este caráter estava insculpido nas leis de maneira velada, sem deixar transparecer o verdadeiro propósito de garantia dos interesses de uns, em detrimento das importâncias dos demais. Sob o signo da generalidade e da abstração, as leis prometiam e prometem igualdade entre todos os cidadãos, mascarando exatamente o contrário: as diferenças e discrepâncias jurídico-sociais entre os indivíduos, que acabam por resultar no distanciamento entre o direito e a realidade social (MORAES, 2015, p.3).

Portanto, durante o período autoritário, não se questionavam os atos de nenhuma das esferas de poder, legislativo, executivo ou judiciário, de modo que “o modelo de direito e de justiça propostos/ impostos eram assimilados sem grandes questionamentos” (MORAES, 2015, p.3). Entretanto, com a democratização do Estado passou-se a valorizar os direitos e garantias fundamentais em detrimento da preponderância do direito à propriedade. Assim, a Constituição Federal de 1988, abarcou estas novas reivindicações (OLIVEIRA NETO, 2016), em descompasso com os Códigos Civil e de Processo Civil, ainda muito comprometidos com a propriedade privada e os interesses dos seus proprietários (MORAES, 2015).

Para Moraes (2015), passa-se a contemplar o olhar do ‘outro’, ou seja, daquele que não participa das esferas de poder, mas que necessita do aparato jurídico para a condução de suas atividades com os demais sujeitos e para a solução judicial de seus conflitos. A autora estimula, então, o reconhecimento da subjetividade do ‘outro’, não mais em uma relação desigual de mando e obediência, de opressão, mas sim pela alteridade, pela cooperação.

Do então exposto, nota-se o viés social albergado pelo Direito, que se traduz “na observância das garantias constitucionalmente asseguradas e da concepção funcional e social, implicando na necessidade de análise do contexto pluridimensional e não mais apenas individualizado” (NUNES, 2017, p.20). No ponto, tem-se o “Modelo Constitucional do Processo” (NUNES, 2017, p.23) ou o “Direito Processual Constitucional” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2011, p.84) no qual se utiliza o processo como instrumento formal e material de efetividade dos valores esculpidos na ordem constitucional (OLIVEIRA NETO, 2016).

Adverte-se que este trabalho não pretende incentivar o paternalismo estatal, subtraindo a autonomia dos indivíduos enquanto cidadãos, conduzindo-os a condição de massa manipulável por parte daqueles que se apresentam como seus defensores, mascarando autoritarismos, mas sim demonstrar que a temática do acesso à justiça não se esgota na faculdade de se ajuizar ou de se contestar uma ação, ou seja, em seu aspecto puramente formal pois trata-se de um direito fundamental que deve ser concretizado.

Pelo exposto, neste trabalho tem-se “acesso à justiça” como o direito fundamental a uma prestação adequada, tempestiva e efetiva, destinada indistintamente a todos e cujo resultado é individual e socialmente adequado, e não meramente uma previsão formal consubstanciada na possibilidade de postular pretensões ou oferecer óbice à elas, ou seja, somente enquanto acesso ao Poder Judiciário, assim como Nunes (2017), Goretti (2017), Tartuce (2018) e Oliveira Neto (2016). Modernamente, propõe-se o Sistema Multiportas para Composição de Conflitos como mecanismo de efetivação desse direito. É o que se passa a analisar.

## 2. O sistema multiportas de acesso à justiça

Os mecanismos alternativos de resolução de conflitos ou *Alternative Dispute Resolution* (ADR) irromperam nos Estados Unidos, por meio

da “*Pound Conference*”, conhecida também por Fórum de Múltiplas Portas (*Multidoor Courthouse* – FMP), realizada em 1976, na qual se debatia a crise do Poder Judiciário nos EUA, como demonstra Rodrigues (2017), Tartuce (2018) e Nunes (2016).

No Brasil, acompanhou-se esse movimento em razão da “Crise do Direito e da Justiça” (RODRIGUES, 2017, p.1), de modo que a mediação, a arbitragem, a conciliação e a negociação, inserem-se nos chamados “Sistemas Multiportas de Solução de Conflitos”, almejando o que Vasconcelos (2017, p.83) denomina de “litigiosidade responsável”, ou seja, só chega ao judiciário aquilo que definitivamente não foi possível resolver pelo diálogo direto entre as partes (OLIVEIRA NETO, 2016) pela “justiça consensual” (CALMON, 2015, p.5). Sugere-se, então, o fortalecimento concomitante dos dois sistemas, de modo que, simultaneamente operantes, proporcionem alternativas distintas e complementares.

## 2.1 Meios consensuais principais: conciliação, mediação, negociação e arbitragem

A conciliação, a mediação e a negociação são métodos autocompositivos de resolução de conflitos enquanto que a arbitragem é um método heterocompositivo, assim como a jurisdição estatal (NUNES, 2016; TARTUCE, 2018). Explicar-se-á, brevemente, quais as peculiaridades de cada uma, entretanto, destaca-se, neste trabalho, a mediação, não porque é sempre a melhor alternativa mas porque é o mecanismo consensual de solução de conflitos mais adequado para resolver a raiz de conflitos relacionais complexos que, quando apenas superficialmente solucionados, retornam ao judiciário, por vezes, ainda mais espiralados. Desse modo, a mediação, ao restaurar o diálogo colaborativo e não violento entre as partes, transforma o relacionamento desses indivíduos (ROSEMBERG, 2003; ALMEIDA, 2016; GORETTI, 2017) o que causa considerável impacto social positivo.

O papel precípua do mediador é facilitar a comunicação direta entre as partes, incentivando um diálogo cooperativo baseado na confiança, na imparcialidade e no reconhecimento, tendo, como consequência, o restabelecimento ou a restauração do relacionamento social dos envolvidos (SPENGLER, 2017).

Ressalta-se a existência das três principais abordagens da mediação, quais sejam, Mediação Facilitativa ou Tradicional-Linear de Harvard, cujos preceitos advêm das técnicas de negociação desenvolvidas por Fisher, Ury e Patton (2014); Mediação Transformativa, de Bush e Folger (2005) e a Mediação Circular-Narrativa, de Sara Cobb (2013), cujas minúcias não serão aqui analisadas, tendo em vista a possibilidade de flexibilização das técnicas em detrimento de uma aplicação estanque e hermética.

Define-se, portanto, mediação como o método consensual autocompositivo de solução de conflitos, em que um terceiro imparcial, sem poder decisório, auxiliará as partes reconhecerem o problema, com foco nos interesses subjacentes às posições postas, na promoção do restabelecimento ou da restauração, de maneira que, por si próprios, percebam caminhos que possam resultar positivamente no mútuo acordo (RODRIGUES, 2017, p.26).

A conciliação é majoritariamente considerada como método distinto da mediação em razão do maior grau de intervenção do terceiro imparcial frente à autonomia das partes, podendo intervir e fazer sugestões e propostas livremente, e também pelo fato de que os conflitos a ela submetidos não envolverem relações de caráter continuado mas sim ocasionais (BRASIL, 2016). Ainda assim, mesmo a conciliação judicial não mais se restringe a busca de acordos para alcançar metas. O olhar humanizado também deve estar presente na audiência de conciliação para que o conciliador busque, com a colaboração das partes envolvidas no conflito, uma maior pacificação social.

A negociação, por sua vez, ocorre de forma direta, sem a intervenção de terceiros. Pela tradicional teoria do conflito, era conduzido pela ideia do ganha-perde em que uma das partes sai vitoriosa e indiferente ao ressentimento e insatisfação daquele que perdeu, competitiva, rígida e posicional, conduta que vem sendo substituída pela busca de resultados mutuamente vantajosos com aplicação da teoria moderna dos conflitos (RODRIGUES, 2017), conhecida como negociação suave ou negociação baseada em méritos ou princípios, mais cooperativa e flexível e cujo método foi desenvolvido por Fisher, Ury e Patton (2014).

Por fim, a arbitragem (Lei nº 9.307/1996; SAID FILHO, 2016) é um método consensual heterocompositivo de solução de conflitos assim como a atividade judicial do Estado (CALMON, 2015), mas, nesse caso, há um terceiro imparcial, denominado árbitro, que possui poder decisório, mitigando a comunicação entre os envolvidos. Pode ser realizada através da convenção de arbitragem, nas modalidades cláusula compromissória ou compromisso arbitral (OLIVEIRA NETO, 2016), com força de decisão judicial, não cabendo às partes escolher o resultado final do desmanche do conflito, conforme Rodrigues (2017).

## 2.2 Mediação: um novo paradigma

A mediação judicial começou a destacar-se com o advento da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de natureza recomendativa, que instituiu a Política de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, abarcando como meta a implementação, pelos tribunais, dos mecanismos autocompositivos de solução de conflitos, sobretudo, a mediação e a conciliação, fundamentado no direito de acesso à Justiça, expresso na Constituição Federal de 1988. Juntamente com a previsão no Código de Processo Civil (CPC), por meio da Lei nº 13.105/2015, internalizando o sistema multiportas dentro do ordenamento jurídico processual e elevando a autocomposição consensual de conflitos a direito fundamental de acesso integral à Justiça, e na Lei de Mediação brasileira, Lei nº 13.140/2015, que é o marco legal da mediação, tem-se o microsistema jurídico que a regulamenta.

Portanto, diante de todo o exposto, este trabalho procurou demonstrar a necessidade de superação do paradigma da cultura de sentença pela cultura do consenso, da paz (TARTUCE, 2018). Não se trata de algo fácil, passível de imediata implementação justamente em razão da cultura litigiosa fortemente arraigada. Nesse sentido, a mediação mostra-se como processo inovador, de perspectiva positiva, tanto juridicamente quanto socialmente, pois baseia-se, sobretudo, no pleno domínio do processo pelas partes (*empowerment*) e na busca da pacificação (RODRIGUES, 2017), que, por sua, vez, consubstancia-se na possibilidade dos indivíduos de restabelecerem o processo comunicativo e restaurarem

seu convívio familiar, profissional, social, enfim, humano, estimulando a autocomposição e a autonomia da vontade das partes.

O CPC/2015, no trato da mediação, foi além disso, é baseado em processo mais humanizado, voltado ao poder transformador das pessoas, no sentido de reconstrução da compreensão do outro, por meio da comunicação direta entre elas, e secundariamente chegar ao acordo. (...) O efeito da mediação judicial não é a saída para a mitigação do volume de processos enfrentados pelos tribunais de justiça, mas será a saída para a pacificação social dos sujeitos envolvidos na disputa. Primeiro, olhar a qualidade desse sistema multiportas, para depois, como efeito secundário, naturalmente modificações no sentido qualitativo (RODRIGUES, 2017, pp.104-105).

Por fim, deve-se, contudo, cuidar para que, em razão da sobrecarga do judiciário, se utilize a mediação apenas para fins quantitativos, de redução de demandas judiciais, secundarizando a qualidade do procedimento. Além disso, outro desafio consiste na resistência dos próprios operadores do direito, formados para combater o adversário (OLIVEIRA NETO, 2016). Desse modo, portanto, os meios consensuais, ao pacificarem o conflito, conseqüentemente, trazem como benefício a desjudicialização, caracterizando-se o judiciário, pela residualidade e supletividade, ou seja, dedicando-se a controvérsias que, pelo grau de complexidade técnica, não puderam ser solucionadas de outra maneira.

## Considerações finais

A concepção de “acesso à justiça” passou por um processo hermenêutico de atribuição de significado ao longo do tempo, o que pode ser percebido pelos precedentes históricos e que foi consubstanciado da três ondas renovatórias de Cappelletti e Garth. Pela primeira, almejava-se incluir os economicamente desfavorecidos em detrimento à seletiva discriminação, enquanto que, pela segunda, o intuito era albergar o viés social que substituíra o individualismo patrimonialista, à época. Ocorre que mesmo diante de todos os benefícios trazidos pelas duas primeiras ondas, em contrapartida, passou-se a enfrentar um judiciário moroso e

ineficaz. Intenta-se, então, à partir da terceira onda, que é o marco teórico deste artigo, analisar que o direito fundamental do acesso à justiça, pode e deve ser buscado em outros meios.

Mesmo diante desse caótico quadro de crise permanece a inafastabilidade da jurisdição. Então, como concretizar os direitos, como materializar os direitos postos formalmente, de uma maneira humanizada? Este é um dos grandes desafios dos direitos humanos no século XXI. Aponta-se como solução o Sistema Multiportas para Resolução de Conflitos, que consubstancia-se em adequar a divergência concreta ao mecanismo que melhor se adequa a contenda. Tem-se, então, a negociação, a conciliação e a mediação, como métodos autocompositivos e a arbitragem e a jurisdição estatal como heterocompositivos.

No ponto, nota-se que deve ser enfrentado o problema cultural de demandismo impregnado na população e de litigiosidade e combate, estimulado na academia. No Brasil o problema da (in)efetividade dos direitos não se resolve com novas leis ou somente com o investimento em aparatos tecnológicos e estruturais para o Judiciário mas sobretudo com uma mudança de mentalidade. Eis porque o presente trabalho defende que o Judiciário é a última ratio.

De todo o exposto, a mediação, amparada pelo seu microssistema normativo, qual seja, a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a previsão no Código de Processo Civil (CPC), por meio da Lei nº 13.105/2015 e a Lei nº 13.140/2015, que é seu marco legal, pode ir além, materializando o direito fundamental ao acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal. A cultura da paz, do consenso pode se tornar realidade, estimulado uma comunicação construtiva é possível que as pessoas resolvam, autonomamente, seus conflitos.

## Referências bibliográficas

ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos**. 2. ed. São Paulo: Dash, 2016.

BRASIL. COMITÊ GESTOR NACIONAL DA CONCILIAÇÃO. **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. **Mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias.** Brasília, DF, jun. 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 29 out.2017.

BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010. **Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário.** Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_125\\_29112010\\_11032016162839.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf)>. Acesso em: 29 out.2017.

BRASIL. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. **Arbitragem.** Brasília, DF, set. 1996. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 29 out.2017.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 29 out.2017.

BRASIL. LEI Nº 1.060, DE 5 DE FEVEREIRO DE 1950. **Lei de Assistência Judiciária.** Brasília, DF, fev. 1950. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm)>. Acesso em: 25 mai.2018.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. **Constituição Federal.** Brasília, DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm)>. Acesso em: 25 mai.2018.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. ***The promise of mediation: the transformative approach to conflict.*** São Francisco: Jossey-Bass, 2005.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação.** 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Prefácio de Luís Eulálio de Bueno Vidigal.
- COBB, Sara. *Speaking of Violence: the politics and poetics of narrative in conflict resolution*. New York: Oxford University Press, 2013.
- GORETTI, Ricardo. **Mediação e Acesso à Justiça**. Salvador: Jus Podium, 2017.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: Condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MORAES, Daniela Marques de. **A Importância do Olhar do Outro para a Democratização do Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2015
- NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de Mediação: guia prático da autocomposição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NUNES, Juliana Raquel. **A Importância da Mediação e da Conciliação para o Acesso à Justiça: Uma Análise à Luz do Novo CPC**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. **Fundamentos do Acesso à Justiça: Conteúdo e Alcance da Garanta Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- PEGINI, Adriana Regina Barcellos. **Processo Civil Democrático: Humanização do Acesso à Justiça**. São Paulo: Boreal, 2015.
- RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação Judicial no Brasil: avanços e desafios a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

- ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação Não-Violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. 4. ed. São Paulo: Ágora, 2003. Tradução de: Mário Vilela.
- SAID FILHO, Fernando Fortes. **(Re) Pensando o Acesso à Justiça**: A arbitragem como mecanismo alternativo à crise funcional do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SILVA, José Maria da; SILVEIRA, Emerson Sena da. **Apresentação de Trabalhos Acadêmicos**: normas e técnicas. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos**: da teoria à prática. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 4. ed. São Paulo: Gen/método, 2018.
- URY, William; FISHER, Roger; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim**: como negociar acordos sem fazer concessões. 3. ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014. Tradução de: Ricardo Vasques Vieira.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos**: e práticas restaurativas. 5. ed. São Paulo: Gen/método, 2017.



# **DIREITO E ECONOMIA**



# Análise econômica do direito: caso prático brasileiro

*Bruno Rocha Martins*

## Introdução

A sessão do STF, de 10/05/2018, marcou o início do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5766, proposta pela Procuradoria Geral da República, questionando dispositivos da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que promoveram alterações na assistência judiciária gratuita, sobretudo nos arts. 790-B, caput e § 4º, 791-A, §4º, e 844, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>92</sup>. Segundo a PGR, as alterações acarretaram em violação do acesso à justiça (art. 5º, caput, XXXV e LXXIV, da CF/88).

Sem adentrar no mérito da questão, que merece um estudo à parte, e avançado para os instantes finais da sessão, após o voto do Ministro Relator e do voto antecipado do Ministro Fachin, o Ministro Lewandowski pede um aparte à Presidência para fazer algumas considerações acerca da decisão do Ministro Luís Roberto Barroso, cujo voto, segundo Min. Lewandowski, aparenta ter sido baseado no movimento *Law and Economics*.

De acordo com Min. Lewandowski, a Análise Econômica de Direito é “movimento matizado ideologicamente por um matiz nitidamente con-

---

92. Os dispositivos em questão dispõem sobre pagamento de custas em caso de ausência da audiência (art. 844, §2º), sobre pagamento de honorários periciais (art. 790-B, caput e § 4º) e honorários advocatícios (art. 791-A, §4º).

servador e de direita.” E, citando Arnaldo Sampaio de Moraes Godói, o Ministro, em tom de crítica, menciona que a AED determina que o Direito deve ser lido a partir de princípios de valor, utilidade e eficiência, devendo se orientar para a maximização de riqueza.

Em um espécie de réplica, o Ministro Barroso esclarece que a “aritmética não é nem de direita nem de esquerda. A matemática é indiferente a escolhas ideológicas. Dois mais dois são quatro nos Estados Unidos, na China e na Venezuela.” Interessante notar que o Min. Barroso busca, desde a introdução de seu voto, esclarecer que sua análise não partiu de premissas ideológicas de esquerda ou de direita, mas sim sobre uma análise dos fatos.

Sendo duas figuras eminentes na Suprema Corte Federal, o embate entre os ilustres ministros denota uma discussão há muito já conhecida do estudante da Análise Econômica do Direito. Nesse sentido, Posner (2011) menciona que as pessoas sem conhecimento de economia tendem a associar o termo a dinheiro, capitalismo e egoísmo, a uma concepção redutivista e irrealista das motivações e do comportamento do homem, bem como um espantoso aparato matemático e uma queda por conclusões cínicas, pessimistas e conservadoras.

Desse modo, como sabemos que não há implementação de direitos sem o correspondente financeiro em investimentos ou gastos, para as pessoas em geral, a aplicação da Economia ao Direito simbolizaria um grande retrocesso, afinal, se economizar significa gastar menos, uma aplicação econômica ao direito acarretaria em uma redução de investimentos ou gastos públicos o que, por sua vez, acarretaria em uma inevitável redução de direitos<sup>93</sup>. Este, *s.m.j.*, parece-nos ser a interpretação do Ministro Lewandowski sobre a Análise Econômica do Direito.

Cientes dessa controvérsia, e sem jamais pretender encerrar o assunto, buscaremos elucidar aspectos práticos da Análise Econômica do Direito aplicada a casos concretos, evidenciando seu teor metodológico e sua rigorosa imparcialidade.

No caso apresentado, a controvérsia gira em torno da interrupção do fornecimento de energia elétrica para um fumicultor no Rio Grande do

---

93. Posner (2011), ainda relembra que a economia ganhou o apelido de “ciência maldita” devido à tese de Thomas Malthus de que a fome, a guerra e a abstinência sexual eram os únicos meios de conter o crescimento da população e a falta de alimentos

Sul, sendo requerida a indenização junto à companhia elétrica em razão da perda da produção. Este caso representou um marco na mudança jurisprudencial do Tribunal do Rio Grande do Sul no tocante à aferição de responsabilidade civil objetiva.

## 1. Vardeli Paula Dorneles vs. Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica (CEEE)<sup>94</sup>

O caso julgado pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, buscando a solução do conflito entre a CEEE e o Sr. Vardeli Dorneles, era apenas mais uma das milhares de ações ajuizadas pelos fumicultores no judiciário gaúcho pleiteando indenizações decorrentes da interrupção no fornecimento de energia elétrica.

Até o julgamento desta ação, o Tribunal realizava uma análise simplificada para se decidir sobre a repartição de responsabilidades em caso de falha no contrato de fornecimento de energia elétrica. Até então, com fulcro no parágrafo único, artigo 927 do Código Civil de 2002<sup>95</sup>, a Corte aplicava a tese da responsabilidade civil objetiva da concessionária como fundamento para reparar, integralmente, os danos infligidos aos fumicultores em razão de interrupção no fornecimento de energia elétrica, independentemente de culpa<sup>96</sup>.

---

94. TJ-RS - AC: 70076955608 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 25/04/2018, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/04/2018.

95. CC 2002, Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

96. Nesse sentido: TJ-RS - Recurso Cível: 71002465458 RS, Relator: Leila Vani Pandolfo Machado, Data de Julgamento: 24/03/2010, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/03/2010; TJ-RS - Recurso Cível: 71002468957 RS, Relator: Leila Vani Pandolfo Machado, Data de Julgamento: 24/03/2010, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/03/2010, TJ-RS - Recurso Cível: 71002468882 RS, Relator: Leila Vani Pandolfo Machado, Data de Julgamento: 24/03/2010, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/03/2010, TJ-RS - Recurso Cível: 71002469443 RS, Relator: Leila Vani Pandolfo Machado, Data de Julgamento: 24/03/2010, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/03/2010

Contudo, durante o processo judicial, inserido no “*Projeto Debates Sobre Temas Polêmicos*”, coordenado pelo TJRS, realizou-se um painel de discussões com a presença de engenheiros, advogados e professores com o objetivo de fornecer aos *judges* uma melhor compreensão acerca da dinâmica do mercado de fumo, principalmente na fase de secagem.

Ao final, ao julgar a Apelação Cível do caso em comento, o Tribunal, sob a relatoria do Des. Eugênio Facchini Neto, aplicou os preceitos da Análise Econômica do Direito e alterou o entendimento jurisprudencial aplicado a casos semelhantes:

**APELAÇÃO CÍVEL. SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SECAGEM DE FUMO. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DEVER DO FUMICULTOR DE ADOTAR PROVIDÊNCIA PARA EVITAR O DANO. ESPECIFICIDADE DE SUA CULTURA AGRÍCOLA. NECESSIDADE DE INSTALAÇÃO DE GERADOR PRÓPRIO. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. HAND FORMULA. CHEAPEST COST AVOIDER. ENCARGO DE EVITAR O PRÓPRIO DANO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA ACOLHIDA APENAS EM PARTE. REPARTIÇÃO DOS RISCOS. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.** (Apelação Cível Nº 70076955608, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 25/04/2018).

Apenas pela ementa já é possível identificarmos três famosos preceitos que originaram-se da aplicação de ferramentas oriundas da Análise Econômica do Direito: *duty to mitigate the loss*, *hand formula*, *cheapest cost avoider*.

Nessa toada, buscando melhor compreender suas origens e aplicações, faremos um breve esboço histórico acerca do surgimento desses três importantes preceitos para em seguida apresentarmos como o Tribunal de Justiça gaúcho aplicou o ferramental da AED.

## 1.1. Duty to mitigate the loss<sup>97</sup>

Tratado pela doutrina e jurisprudência pátria como um preceito decorrente da boa-fé objetiva<sup>98</sup>, o *duty to mitigate the loss* é uma aplicação prática do ferramental da AED, tendo origem no direito inglês.

O caso a ser relatado ocorreu em 1912 e foi julgado pela mais alta corte de apelação para a maioria dos processos no Reino Unido, a Câmara dos Lordes.

Neste caso, a Metropolitan District Electric Traction Company adquiriu junto a British Westinghouse um total de oito turbinas e oito alternadores para a construção de uma estação na região de Chelsea, no centro de Londres. Entretanto, os bens entregues pela vendedora consumiam mais vapor do que o contratado e com isso apresentaram uma performance inferior à previamente contratada.

Nesta situação, a Metropolitan contratou turbinas substitutas, fabricadas pela C. A. Parsons & Co., de propriedade de Charles Parsons, o inventor da turbina a vapor. Como as turbinas substitutas apresentaram um rendimento superior ao inicialmente contratado pela Metropolitan District Electric Traction Company com a British Westinghouse, a contratante não realizou o pagamento das parcelas vincendas no contrato com a British.

Com a interrupção no pagamento do contrato, a British Westinghouse iniciou o processo para cobrança dos valores não recebidos em razão da quebra do acordo. A London Underground, que, por meio de fusão sucedia em seus direitos e obrigações a Metropolitan District Electric Traction Company, apresentou reconvenção com bases nos defeitos das turbinas entregues.

A reconvenção apresentada buscava a reparação de todos os danos causados pela interrupção do contrato, de modo que foi requerido o custo extra do carvão necessário para suprir a ineficiência das turbinas até o dia em que as turbinas fornecidas pela Parsons & Co. começaram a operar e também, alternativamente, foi pedido indenização

---

97. Ref.: British Westinghouse Electric & Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd, [1912] AC 673 (HL)

98. Enunciado n°169 da III Jornada de Direito Civil ('O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo')

referente ao custo extra de carvão a ser utilizado nas turbinas British Westinghouse no período de sua vida útil ou o valor da contratação e instalação das turbinas Parsons & Co..

Após sucessivos recursos, a celeuma foi enfim resolvida pela Câmara dos Lordes, a qual decidiu que a indenização seria paga pelo valor de compra das novas máquinas, acrescido o gasto extra apenas até a instalação das novas turbinas.

Apesar dos muitos aspectos que possam ser destacados, como por exemplo, a discussão do dano efetivo, as consequências jurídicas da evolução tecnológica pela qual passava o mercado de turbinas a vapor (comparável atualmente à indústria 4.0) e onexo causal entre o inadimplemento e a transação, faz-se mister evidenciar o trecho que, aduzindo que a lei é capaz apenas de demonstrar os princípios pelos quais os casos particulares devem ser resolvidos, demonstra que alguns desses princípios estão bem estabelecidos, sobretudo aquele em que a parte credora tem o dever de tomar medidas razoáveis para a mitigação dos danos oriundos da quebra de contrato. Vejamos a conclusão do julgado:

A primeira (conclusão) é que, na medida do possível, aquele que provou uma violação de um acordo para fornecer o que foi contratado, na medida em que o dinheiro permite fazê-lo, pode ser colocado em uma situação tão boa como se o contrato tivesse sido realizado. A base fundamental é, portanto, a compensação por perdas pecuniárias que decorrem naturalmente da violação; mas este primeiro princípio é qualificado por um segundo, o que impõe ao requerente o dever de tomar todas as medidas razoáveis para mitigar as perdas decorrentes da violação e o impede de reclamar qualquer parte do dano que é devido à sua negligência para adoção das medidas necessárias.<sup>99</sup> (CÂMARA DOS LORDES, LONDRES, AC 673, 1912)

---

99. Do original: “The first is that, as far as possible, he who has proved a breach of a bargain to supply what he contracted to get is to be placed, as far as money can do it, in as good a situation as if the contract had been performed. The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this first principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming in respect of any part of the damage which is due to his neglect to take such steps.”

Desta forma, o *duty to mitigate the loss* consiste na obrigação do credor em colaborar com o devedor na implementação de medidas cabíveis para que o dano sofrido seja nas menores proporções possíveis. Vale dizer, o credor tem a obrigação de buscar evitar o agravamento da situação do devedor, de modo que tal conduta reflita seu *animus* em evitar o seu próprio agravamento.

Em resumo, se a parte em posição de vantagem negligencia a adoção de providências que possibilitem mitigar as perdas, a parte devedora pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída.

A teoria no *duty to mitigate the loss*, segundo a qual o credor tem o dever de mitigar os prejuízos, é uma importante figura desenvolvida no sistema da *Common Law*, e que, especialmente nos últimos tempos, tem despertado a atenção da doutrina e jurisprudência pátria, sobretudo após a inserção dos princípios no ordenamento jurídico.

Cabe dizer, ainda, que a aferição da correta aplicação do preceito ou a verificação da eficiência da decisão somente será possível se utilizarmos os preceitos econômicos como ferramenta de análise. A Economia, como o estudo do comportamento humano frente escassez de recursos, torna-se ferramenta para que o *judge* possa fornecer a decisão que resguarda os princípios constitucionais, neles incluído o princípio da eficiência e da boa-fé objetiva.

Salienta-se que o princípio da eficiência não é restrito ao gasto público e não se restringe aos gastos orçamentários. A imprescindibilidade do princípio alcança a eficiência nos custos transacionais<sup>100</sup> impostos aos indivíduos para a execução do ordenamento jurídico.

## 1.2. Cheapest cost avoider

O histórico do preceito *cheapest cost avoider* é de inegável vinculação com a Escola de Chicago do Departamento de Economia da Universidade de mesmo nome, nos EUA.

---

100. De acordo com Posner (2011), o “Teorema de Coase” sustenta que, quando o custo de transação de mercado é igual a zero, a atribuição inicial de direitos não influencia em nada a eficiência, uma vez que, se a atribuição for ineficiente, as partes vão retificá-las por meio de uma transação corretiva.

Os estudos econômicos liderados por Hayek, primeiro a receber o Prêmio Nobel de Economia, ainda em 1974, evidenciaram que, tanto no aspecto político como no econômico, a sociedade precisa da descentralização porque apenas assim podemos garantir que o conhecimento das circunstâncias particulares de tempo e lugar sejam prontamente utilizados. Interessante notar que tal fundamento é de sobremaneira consonante à necessidade de análise do caso concreto para aplicação dos princípios constitucionais.

Como figura eminente em sua época, Hayek foi, durante doze anos, professor na Universidade de Chicago (1950-62), local onde, Ronald Coase, apresentou pela primeira vez o ensaio O Problema do Custo Social (*The Problem of Social Cost - 1960*), sendo este o trabalho considerado como pioneiro no marco teórico da proposição do paradigma contemporâneo do estudo integrativo Direito & Economia.

De acordo com Posner (2011), a proposta daquilo que poderíamos pomposamente chamar de “a teoria econômica do direito por excelência” tem por base o artigo pioneiro de Ronald Coase, sendo uníssono<sup>101</sup> na doutrina que foi a partir desse ensaio de Coase que iniciou-se o movimento mundial contemporâneo reconhecido como *Law & Economics*, sendo também nele que Coase apresentou pela primeira vez o princípio do *cheapest cost avoider*.

Compartilhando dos ensinamentos de Hayek, Coase (1960) entende que há ocasiões em que o ordenamento jurídico positivista não oferece uma solução jurídica eficiente aos conflitos sociais porque não é capaz de considerar aspectos reais da vida social que interferem no processo de escolhas dos indivíduos. Neste sentido, Coase (1960) propõe a expansão da análise para todos os custos presentes em uma relação.

No modelo tradicional de aferição de responsabilidades, a regra é impor ao causador do dano uma ação ou um dever de ação no sentido de cessar o ato prejudicial. Neste instante, partindo-se da análise tradicional, percebe-se que o causador do dano está sendo prejudicado, haja vista que deverá deixar de agir ou indenizar alguém. Diante deste cenário, Coase (1960) sugere que a solução mais adequada é aquela com menor custo social.

---

101. Nesse sentido: Gico Jr. (2014), Cooter e Ulen (2010), Rosa (2016), Carvalho e Matos (2008)

A novação do *Teorema de Coase* reside no fato de que, em diversos conflitos sociais, a causa do dano está relacionada à uma conduta adotada pelo agente que sofre o dano.

No exemplo apresentado por Coase (1960), um homem pleiteou na justiça uma indenização por sentir-se prejudicado com a construção de uma parede por seu vizinho, sendo certo que tal parede impedia que a fumaça oriunda da lareira instalada na casa do autor saísse livremente, de modo que, ao invés de sair, a fumaça retornava para dentro da casa.

Neste caso, apesar de ser certo que a fumaça só passou a ser bloqueada com a construção da parede, também é certo que a causa do problema não está na parede, afinal, a parede não é capaz de produzir fumaça. Deste modo, para Coase (1960) resta evidente que parte da causa do dano está no ato de acender a lareira e, por conseguinte, ambos são responsáveis.

Ao ser levado para o Tribunal, restou decidido que o proprietário da chaminé não possuía qualquer direito a indenização, haja vista ter sido ele próprio o único causador da fumaça. Nada obstante a decisão judicial, para Coase (1960), o Direito deveria ser moldado para reconhecer a responsabilidade de ambos. Caso a lei abrangesse essa visão ampliada de responsabilidade, a regra nela contida estabeleceria um ônus (preço/custo) para a solução do conflito da fumaça e dessa forma incentivaria as partes envolvidas a transacionarem com o fito de encontrar uma solução eficiente, ou, em outras palavras, encontrar a solução com o menor custo social - *cheapest cost avoider*.

Neste caso, a solução do problema deveria envolver aquele que construiu a parede, ao invés de simplesmente cessar o direito subjetivo que cada indivíduo tem de dispor da utilidade de seus bens.

Nada obstante, o princípio do *cheapest cost avoider* não está restrito às demandas concretas a serem decididas pelo Judiciário. Tal preceito também se mostrou aplicável no âmbito das políticas públicas.

Para ilustrar como a observação do *cheapest cost avoider* pode influenciar o processo de escolhas públicas, analisamos o Teorema de Coase através de um *case* em que uma fábrica despeja poluentes no rio ocasionando um prejuízo para os criadores de peixes que usam suas águas para abastecer os açudes dedicados à criação.

Se a lei estabelecer que o rio limpo é um direito dos vizinhos, a fábrica é quem precisará buscar uma solução, podendo escolher entre um

filtro na saída da fábrica (210\$), indenizar os custos dos 7 vizinhos (60\$ cada) ou instalar um filtro na entrada de cada um dos 7 açudes (40\$ cada). Neste cenário, a instalação de um filtro na saída da fábrica mostra-se como a opção menos onerosa para a fábrica e, portanto, a mais eficiente do ponto de vista econômico. Ao reconhecer o direito à limpeza do rio, a lei estimulou uma escolha eficiente.

De modo oposto, caso a lei estabeleça o direito da fábrica de poluir, a solução dos problemas deveria partir dos vizinhos, os quais poderiam escolher entre suportar os danos individuais (60\$ cada), dividir os custos com a aquisição de um filtro para a saída da fábrica (30\$ cada) ou comprar filtros individuais (40\$ cada). *Prima face*, dividir os custos com a aquisição de um filtro para a fábrica seria a opção menos onerosa. Contudo, para que isso ocorra é imprescindível que os vizinhos se reúnam e deliberem acerca do rateio, sendo certo que cada vizinho arcará com custos de transação para participar dessa reunião (custos de deslocamento, de tempo, de deixar de realizar outra atividade).

Na prática, se os custos de transação, somados ao custo da divisão (30\$), forem superiores ao custo da solução individual (40\$), os vizinhos optarão pela instalação de filtros individuais. Dessa forma, se os custos para participar da reunião superarem 10\$, a decisão menos onerosa passa a ser a instalação de filtros individuais. Mas, neste cenário, a menor onerosidade não refletiu a decisão mais eficiente, ou seja, aquela com menor custo total.

A essência do Teorema de Coase consiste no uso da responsabilização civil para internalizar externalidades cuja solução impõe elevados custos de transação.

### 1.3. Hand formula.<sup>102</sup>

A *Hand Formula*, também conhecida como Cálculo de Negligência, é um termo cunhado pelo Judge Learned Hand ao decidir sobre o dever legal de cuidado no caso *United States v. Carroll Towing Co*. Neste caso histórico, o judiciário americano foi instado a se manifestar acerca da

---

102. US Court of Appeals for the Second Circuit - 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947), **United States v. Carroll Towing Co.**

responsabilidade civil pelo naufrágio do barco *Anna C*, após o rompimento das amarras que seguravam a embarcação no cais.

Ao chegar no Tribunal, os fatos já estavam definidos. A *Connors Marine*, proprietária do *Anna C*, alugou sua embarcação, por diárias, se comprometendo a fornecer um marinheiro para ficar no barco no interregno de 8:00 às 16:00, todos os dias. A locadora do barco foi a *Pennsylvania R. R.*

A *Pennsylvania R. R.*, por sua vez, ao locar a embarcação tinha como objetivo cumprir seu contrato de transporte e entrega de farinha junto ao governo americano (*United States*), durante a Segunda Guerra.

No dia 4 de janeiro de 1944, *Anna C* estava amarrada no Cais 52 do porto de Nova Iorque e por razões das movimentações provocadas pela IIGM, havia outras cinco embarcações amarradas à *Anna C*. No cais ao lado, o Cais Público, havia uma outra embarcação principal amarrada e outras quatro embarcações ligadas a esta embarcação principal. Desta forma, havia duas fileiras de embarcações, amarradas entre si, ligadas ao porto; uma fileira no Cais Público e outra no Cais 52.

Como norma de segurança, essas fileiras foram amarradas por uma corda, conforme Figura 2.1. É neste momento da história entra em cena o rebocador<sup>103</sup> *Carrol*.

O rebocador era de propriedade da *Carroll Towing* e no dia 4 de janeiro estava locado para a empresa *Grace Line*. Ao chegar no local, o comandante do *Carroll*, avistou que o barco que ele precisava rebocar era a embarcação principal do Cais Público e, portanto, estava ligado diretamente à estrutura física do Cais. Dessa maneira, para que fosse possível chegar até a embarcação, o comandante enviou dois emissários para que desfizessem as amarras da corda que impedia o *Carroll* de acessar a primeira embarcação da fila no Cais Público.

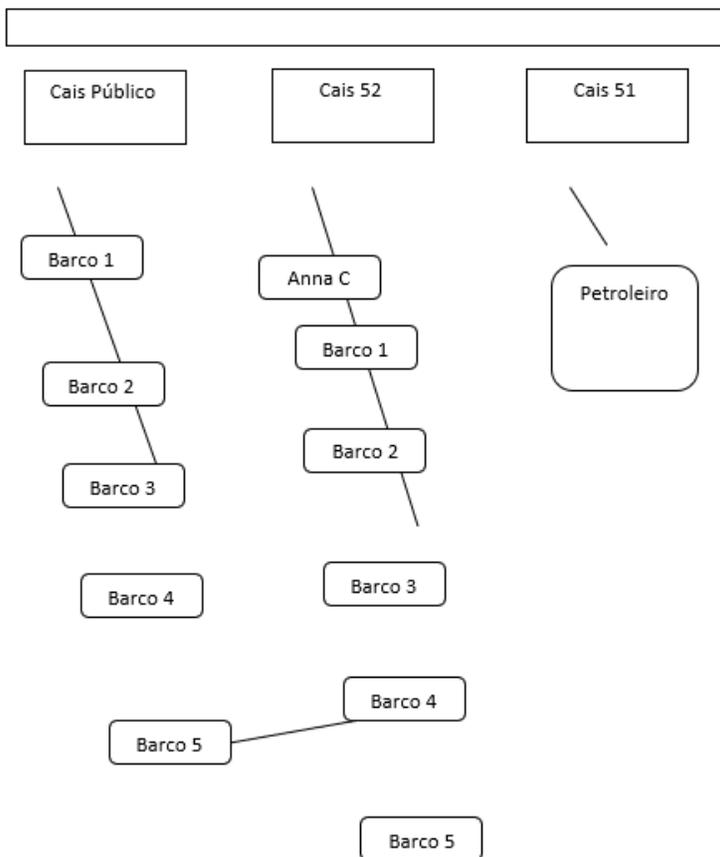
Ocorre que, após acessar a embarcação no Cais Público e realizar o seu reboque, os emissários do *Carroll* não amarraram a corda que ligava as fileiras das embarcações. As embarcações permaneciam ligadas entre si, na mesma fileira, mas já não havia mais a corda de segurança entre as fileiras. Como resultado disso, poucos minutos depois do reboque finalizar seu trabalho, por volta das 14:00, as seis embarcações que estavam ligadas ao Cais 52 de desprenderam do porto e ficaram à deriva.

---

103. Embarcação auxiliar utilizada para manobrar embarcações no porto.

Vendo o ocorrido, o comandante do Carroll se dirigiu prontamente ao Anna C, providenciando o seu resgate e deixando as seis embarcações que estavam no Cais 52 em segurança no porto novamente. Contudo, durante os poucos minutos em que esteve à deriva, Anna C foi atingida pela hélice de um petroleiro e, tendo em vista que o furo no casco estava abaixo da linha d'água, o dano não poderia ter sido avistado pelo comandante do Carroll que estava do lado de fora da embarcação Anna C.

**Figura 2.1** Disposição das embarcações nos cais do porto de Nova Iorque



Como resultado final, Anna C naufragou levando consigo a carga de farinha do governo americano.

A decisão de primeiro grau, recorrida pela Carroll e pela Pennsylvania, determinava que a Carroll Company indenizaria os Estados Unidos pela perda da carga de farinha e indenizaria a Pennsylvania Railroad Company por despesas de lavagem da carga e da embarcação. A decisão também determinava que a Carroll Company indenizaria a Conners Company por metade do dano à embarcação. A outra metade deveria ser indenizada pela Grace Line.

Já na decisão do recurso, o Judge Learned Hand verificou que a repartição das responsabilidades precisaria ser reanalisada porque a falta de um marinheiro no barco Anna C foi fundamental para o naufrágio da embarcação, de modo que a Conners Company, que havia prometido fornecer um marinheiro, não poderia ser ressarcida na completude do dano com o naufrágio.

Nada obstante, Hand percebeu que havia na Corte diversos julgados acerca da responsabilidade do proprietário pelos danos causados a terceiros e a sua própria embarcação quando esta “se desamarra” sem que haja algum marinheiro a bordo. Hand percebeu também que em todos os casos em que proprietário seria responsável por ferimentos a outros, ele precisou reduzir seus danos proporcionalmente, se a lesão fosse a sua própria embarcação.

Nesse sentido, Hand compreendeu que não poderia haver uma regra geral para considerar a ausência do marinheiro como critério de responsabilidade. Entretanto, uma vez que há ocasiões em que cada embarcação se separará de suas amarras, e, se ela fizer isso, ela se torna uma ameaça para aqueles que a rodeiam, o dever do proprietário, como em outras situações semelhantes, de se contrapor às lesões resultantes, é uma função de três variáveis: (1) a probabilidade de que ela se separe; (2) a gravidade da lesão resultante, se ela fizer; (3) o custo de precauções adequadas.

Nesse caminho, Hand traduz todo o conceito em uma fórmula algébrica: se a probabilidade se chamar P; a lesão, L; e o custo, C; A responsabilidade depende se C é menor do que L multiplicado por P, *i.e.*, seja  $C < PL$ .

No caso concreto, temos que o custo (C) da precaução pela Conners seria manter o marinheiro na embarcação, conforme estabelecido em

contrato. Já a probabilidade (P) da lesão ocorrer pode ser considerada alta, sobretudo em razão da grande movimentação no porto decorrente dos esforços de guerra. No mesmo passo, a gravidade da lesão (L) não pode ser menos do que significativa quando pensamos em uma embarcação à deriva, em um porto lotado.

Considerando essas variáveis, o brilhantismo da Hand Formula encontra-se na Análise Econômica de custo/benefício e risco/utilidade implícitas na lógica da fórmula. Sob uma perspectiva de custo/benefício, o custo é o que o infrator pode potencialmente impor à sociedade e o benefício é o que o infrator recebeu por sua ação ou omissão. Em *U.S. v. Carroll*, o custo foi o desprendimento da embarcação que afundou e o benefício foi quaisquer vantagens que o marinheiro desfrutou em NY na tarde em que deveria estar no barco. Ao compararmos o custo com o benefício, percebemos que a conduta do marinheiro não foi razoável, uma vez que o custo imposto sobre a sociedade superou em muito as vantagens individuais.

Agora, sob a ótica do risco/utilidade, comparamos o risco imposto pela ação do infrator com a utilidade de sua ação. Retornando ao *U.S. v. Carroll*, vemos que os riscos impostos pela conduta do marinheiro são os possíveis danos causados às embarcações. Já a utilidade, foi uma tarde sem obrigações em Nova York. Uma vez mais, vimos que o risco imposto foi muito superior à utilidade. Neste ponto, o comportamento é visto como irracional e, portanto, uma violação da obrigação.

Por certo, Hand entendeu que a *Connors*, ao não manter o marinheiro, violou o seu dever de cuidado e, por conseguinte, foi negligente, tendo também que arcar com os custos referentes ao naufrágio da embarcação.

Antecipando o Teorema de Coase, a Hand Formula, estabeleceu que é desejável que todos os agentes adotem níveis de precaução com o intuito de minimizar o risco. Porém, em situações específicas, a fórmula também estabelece que adotar mais precaução pode se mostrar excessivamente ineficiente e custoso, além de implicar em resultados indesejáveis, com criação de “peso morto” para a sociedade.

#### 1.4. A decisão

Conforme é possível depreender da análise histórica dos princípios aplicados, a AED fornece uma alternativa ao método clássico de análise

de responsabilidades jurídicas, o qual parte da premissa de que as relações em que há atos ilícitos ou com abuso do direito ensejam uma reparação (art. 927, CC/02), conduzindo o operador a uma situação de perde-ganha.

Para Mayer (2010), essa alternativa, a qual a autora denomina de abrandamento, surge porque a AED compreende que um julgamento efetivamente justo depende do exame dos custos e dos benefícios de todas as partes envolvidas na relação, sendo necessário também que o juiz aprecie sobre o uso mais eficiente de determinado bem.

Quanto ao *duty to mitigate the loss*, o Tribunal assentou que:

Constatando-se que os custos para instalação de um gerador não é (sic) elevado, ficando abaixo de boa parte das pretensões indenizatórias apresentadas, é razoável, econômica e juridicamente, exigir-se que os fumicultores adotem providências para evitar os danos. Como fundamento para tal exigência, invoca-se a doutrina do “*duty to mitigate the loss*”, que vem tendo boa acolhida doutrinária e jurisprudencial em nosso país, além de ser bastante conhecida no direito comparado, inclusive com consagração normativa internacional. À míngua de legislação específica, tal doutrina coaduna-se perfeitamente como uma das aplicações do princípio (ou cláusula geral) da boa-fé objetiva, dentro de uma visão cooperativa de relacionamento contratual e dentro da função de criação de deveres instrumentais, laterais ou anexos, inerentes à boa-fé objetiva. (TJ-RS - AC: 70076955608 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 25/04/2018, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/04/2018)

Ao trabalhar com o *cheapest cost avoider*, a decisão fixou, com o auxílio da AED, que a ideia de minimizar perdas e evitar custos, deve ser verificada objetivamente pela tentativa de se identificar o agente que pode evitar o dano a um menor custo. De acordo com a *decision*, “no caso em tela, diante da inevitabilidade da ocorrência de interrupções de energia elétrica, mesmo que por curtos períodos, o cultivador de tabaco pode evitar os danos a um custo menor, com a aquisição de gerador *no-break*.”

Já a *Hand Formula* foi utilizada para identificar a negligência surgida no conflito, haja vista que o custo para se evitar o dano era inferior ao valor do potencial prejuízo, multiplicado pela probabilidade da lesão ocorrer.

Conforme a decisão, “no caso dos fumicultores, tal custo é relativamente reduzido (instalação de gerador *no-break*), comparando-se com a previsível ocorrência de prejuízos derivados mesmo de curta interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem.”

Ainda sobre a ótica da AED, a decisão do Tribunal gaúcho elenca o dever de evitar o próprio dano, positivado no CC/2002 (arts. 402, 403 e 945), como um fator a ser observado na distribuição das responsabilidades.

Outro ponto interessante no julgado é a percepção de que a questão posta no caso concreto não pode ser analisada apenas sob a ótica da justiça corretiva (individual) porque suas consequências estão no âmbito da justiça distributiva (atingirão toda a sociedade). Ao repassar o prejuízo do fumicultor para as distribuidoras, tal custo seria internalizado pela cia. elétrica, a qual, cedo ou tarde, através do sistema de preços, repassaria o montante do custo com indenizações para toda a sociedade, gerando, sem dúvida, um aumento no preço final (externalidade).

Nesse sentido, o julgado esclarece que:

não se trata de um posicionamento que desconsidera os interesses do consumidor específico (o fumicultor), pregando-se a volta do lamentável *caveat emptor*<sup>104</sup>. Trata-se, isso sim, de um posicionamento que procura proteger os interesses da generalidade dos consumidores (todos os usuários de energia elétrica, que, ao fim e ao cabo, pagarão a conta), ao mesmo tempo em que procura demonstrar que, do ponto de vista da racionalidade econômica, é mais vantajoso para os próprios fumicultores evitarem os danos do que posteriormente demandarem para obter sua reparação. (TJ-RS - AC: 70076955608 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 25/04/2018, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/04/2018)

Dessa forma, a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com base nos preceitos da AED e da empiria social, decidiu que nas hipóteses em que a interrupção de energia for superior a 24

---

104. *Caveat emptor* é uma expressão latina e significa, literalmente, “(toma) cuidado, comprador”. Em uma tradução livre, significa ‘o risco é do comprador’. Portanto: ao colocar à venda um produto sob as regras do *caveat emptor*, o vendedor diz que não garante a qualidade ou procedência do produto.

horas, a responsabilidade é integralmente da distribuidora - ressalvadas as hipóteses de força maior. Agora, no caso de interrupções inferiores a 24 horas, os prejuízos do fumicultor serão por ele suportados na razão de  $\frac{2}{3}$ , sendo a distribuidora responsável por arcar com os outros  $\frac{1}{3}$ .

## Conclusão

Mediante todo o exposto, buscamos evidenciar que a aplicação da Economia ao Direito, no âmbito da *Law and Economics*, não visa reduzir o papel do Direito no processo decisório. Também buscamos esclarecer que a AED não representa um movimento de “direita e neoliberal”, seja lá o que isso signifique.

De acordo com Bodart (2018), essa tentativa dos críticos de classificar a AED como sendo de direita é algo que remonta às discussões sobre capitalismo e socialismo, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial. Contudo, Bodart (2018) esclarece que o *Law and Economics* não é um movimento de ordem política, mas um movimento que propõe a adoção do método científico no Direito para que a evolução acadêmica independa das concepções ideológicas dos pesquisadores.

Com os casos apresentados, vimos que a aplicação dos preceitos econômicos no Direito busca a efetivação dos princípios constitucionais por meio da ponderação das possibilidades de hermenêutica das normas aplicáveis ao caso concreto, de forma completamente alheia a discussões de índole política, com base em fatos e prognose de consequências.

Nessa toada, cabe ressaltar ainda que a AED não pressupõe - mas também não ignora - que os indivíduos de uma sociedade se comportam de forma egoísta, gananciosa ou motivados somente por ganhos materiais. A *Law and Economics* apenas reconhece que os agentes agem racionalmente na busca de maximizar utilidades, independentemente do que isso signifique para eles.

A Análise Econômica do Direito implica na utilização de instrumentos de economia para a resolução de questões jurídicas. Não há submissão total do Direito, afinal, se assim o fosse, seria apenas uma análise econômica; tampouco há a aplicação pura do Direito, sem levar em conta os ensinamentos mais modernos da Economia.

Sob o campo da responsabilidade civil, conforme vimos na Hand Formula, a Análise Econômica do Direito também contribui na aferição se determinada medida de precaução reduz a probabilidade de ocorrência de um evento danoso a ponto de tornar eficiente a adoção de tal medida.

Por fim, concluímos que a AED já está presente no ordenamento jurídico nacional, sendo utilizada, de forma explícita, para definir casos de difíceis resoluções, cuja doutrina jurídica convencional não é capaz de oferecer uma decisão holisticamente eficiente. Ao mesmo tempo, concluímos reforçando que a Análise Econômica do Direito não pode ser compreendida como uma teoria que busca a submissão do Direito à Economia, mas sim, de uma corrente que busca dotar o Direito de ferramentas econômicas, testadas e aprovadas, com o fulcro de maximizar a efetivação dos ditames constitucionais, garantindo a força e a eficácia aos princípios protegidos pelo constituinte de 1988.

## Referências

- ALEXY, Robert. **La estructura de las normas de derecho fundamental**. In: ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Cap. 3. p. 86. (El Derecho y la Justicia).
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Revista da EMERJ, Vol. 6, n. 23, 2003. Disponível em:< [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista23/revista23\\_25.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf)> Acesso em: 22 jun. 2018
- BARROSO, Luís Roberto. Casos Difíceis e a Criação Judicial do Direito. **Seminário Teoria da Decisão Judicial**: 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 2014, p. 14: II. – (Série cadernos do CEJ ; 30).
- BODART, Bruno. **A análise econômica do direito é “de direita”?** Mercado Popular, 16 maio de 2018. Disponível em:< [316](http://merc-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

adpopular.org/2018/05/analise-economica-do-direito-e-de-direi-  
ta/> Acesso em: 22 jun. 2018

BODART, Bruno. **O direito contra o consumidor (parte I): Uma introdução à análise econômica do Direito do Consumidor**. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/coluna-da-abde/o-direito-contr-o-consumidor-parte-12012017>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

CARVALHO, Cristiano; MATTOS, Ely José de. **Análise Econômica do direito tributário e colisão de princípios jurídicos: um caso concreto**. 2008, p. 9-10. Séries: Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/5sb875z8>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

COASE, Ronald H.. **The Problem of Social Cost**. Journal of Law and Economics, Vol., 3, 1960, pp. 1-44. Disponível em:< <http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>> Acesso em 22 jun 2018.

DYSON, Andrew. **British Westinghouse revisited**. Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 3. pp. 412-425. Disponível em:< [http://eprints.lse.ac.uk/64695/1/British\\_Westinghouse\\_Revisited\\_LSEERO.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/64695/1/British_Westinghouse_Revisited_LSEERO.pdf)> Acesso em: 22 jun 2018.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: **O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 48, n. 189, p.105-131, jan./mar. 2011. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti et al. (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. cap. 1.

HILBERCHT, Ronald O. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano Benetti et al. (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. cap. 4.

JARDIM, Tiago Neu; FRITZ, Karen Beltrame Becker. **Aplicação da Lei na Perspectiva da Escolha Pública: Uma crítica utilitarista da construção Política do Direito.** *Economic Analysis Of Law Review*, Brasília, v. 8, n° 1, p. 83, jan./jun. 2017. Semestral. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/7344/5170>>. Acesso em: 12 fev. 2018

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988; Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo. **Revista Quaestio Iuris**, 2011, vol. 04, n° 01. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/10212>>. Acesso em: 22 jun. 2018

MAYER, Giovanna. As Decisões do STF e do STJ entre a Integridade e a Análise Econômica do Direito. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n° 38, out. 2010. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao038/giovanna\\_mayer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao038/giovanna_mayer.html)> Acesso em: 22 jun. 2018

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **É importante produzir pesquisas empíricas em Direito do Consumidor no Brasil.** 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-08/garantias-consumo-importante-produzir-pesquisas-empiricas-direito-consumidor>>. Acesso em: 12 fev. 2018

QUIRINO, Carina de Castro. **O Nobel que mudou a Economia pode mudar o Direito: Afinal, o que é tão significativo assim na economia comportamental?.** 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/o-nobel-que-mudou-a-economia-pode-mudar-o-direito-09102017>>. Acesso em: 12 fev. 2018

RAMOS, Chiara. **Os principais sistemas interpretativos da hermenêutica jurídica clássica.** Da Escola da Exegese ao Direito Livre. *Revista Jus Navigandi*, 06/2014. Disponível em:< <https://>

[jus.com.br/artigos/29348/os-principais-sistemas-interpretativos-da-hermeneutica-juridica-classica](http://jus.com.br/artigos/29348/os-principais-sistemas-interpretativos-da-hermeneutica-juridica-classica)> Acesso em: 22 jun.2018

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **A fórmula de Radbruch e o risco do subjetivismo**. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/direito-comparado-formula-radbruch-risco-subjetivismo>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 3 ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** 2008. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno\\_direito\\_22.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno_direito_22.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 13 fev. 2018

SANTOLIM, Cesar. **Ainda sobre o Prêmio Nobel de Economia...: O Direito fará bem o quanto mais se abra as outras áreas do conhecimento**. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/ainda-sobre-o-premio-nobel-de-economia-31102017>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. 1 ed, São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

WEDY, Gabriel. **Economia comportamental e o desenvolvimento sustentável**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-28/ambiente-juridico-economia-comportamental-desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em: 12 fev. 2018



# Concessão temerária de crédito como causadora do superendividamento e a limitação de descontos como forma de se garantir a dignidade humana ao consumidor superendividado

*Diego Keyne da Silva Santos*

*Adriano Diniz Bezerra*

## Introdução

A Constituição Federal afirma que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Em seu artigo 170, inciso V, preceitua que “a ordem econômica tem por finalidade, assegurar a todos existência digna, sendo observados alguns princípios, entre eles o Princípio da Defesa do Consumidor (BRASIL, 1988).

Em 11 de setembro de 1990, entrava em vigor o Código de Defesa do Consumidor, alicerçado no Princípio Constitucional de Proteção do Consumidor. Sendo considerado consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Desde que entrou em vigor o CDC tem-se mostrado essencial à proteção do consumidor que é a parte hipossuficiente da relação, tendo

este uma hipossuficiência técnica, jurídica e fática perante o fornecedor, no entanto, mesmo sendo um código que protege bastante o consumidor, o CDC atualmente apresenta-se omissivo em relação a algumas questões sociais contemporâneas.

Como se sabe, “nossa sociedade é uma sociedade de consumo, a qual contrapõe à anterior “sociedade de produtores”” (BAUMAN, 1999, p. 87). Dentro dessa perspectiva, surge o fenômeno do superendividamento (onerosidade excessiva).

A legislação pátria é omissa em relação ao tema, havendo a falta e a necessidade de uma legislação específica que regule o tema. Sendo consumidor superendividado, de forma sintética, “aquele indivíduo de boa-fé, que estar incapacitado de adimplir suas dívidas, atuais e futuras (MARQUES, 2006, p. 211) e para melhor compreensão deste artigo, é aquele atingido pela onerosidade excessiva, ou seja, até consegue pagar suas dívidas/empréstimos, firmados com a instituição financeira, porém não lhe resta o mínimo necessário à sua subsistência com dignidade.

Uma das causas do superendividamento dos consumidores são os empréstimos bancários, tendo as instituições financeiras se valido da necessidade e da falta de conhecimento de seus clientes/consumidores, ao conceder crédito de forma temerária, ignorando sua função social, visando tão somente o lucro.

Muitas instituições financeiras acabam por conceder crédito de tal forma, que o consumidor muitas vezes acaba por comprometer 100% (cem por cento) de sua renda, não lhe restando o mínimo à sua manutenção e de sua família. Tal prática realizada pelas instituições financeiras ferem sobremaneira a dignidade da pessoa humana.

Para se tentar resguardar o consumidor do superendividamento, como forma de garantir o respeito ao princípio da dignidade humana, tem-se por parâmetro legal, a limitação de descontos, referentes a empréstimos bancários, ao patamar de 30% (trinta por cento) da renda percebida pelo consumidor, deduzidos os descontos compulsórios (Imposto de Renda e INSS).

## 1. Concessão temerária de crédito e a aplicação do código de defesa do consumidor às instituições financeiras

É cediço que as instituições financeiras desempenham um importante papel na sociedade atual, gerando a circulação de riqueza, crédito, garantido o crescimento econômico, representando desta forma fator de inclusão social.

No entanto muitas instituições financeiras vêm contribuído para o crescente fenômeno do superendividamento/onerossidade excessiva, vez que acabam concedendo crédito de forma temerária aos cidadãos, fazendo com que a hipossuficiência financeira recaia sobre estes, sendo que muitos sequer conseguem, devido terem suas rendas comprometidas para pagamento dos empréstimos contraídos, ter acesso ao mínimo existencial.

Essa distorção do sistema de financiamento leva à implementação de riscos e de sérias implicações sociais.

A doutrina, a esse respeito, preleciona:

“Cumpre destacar nosso reconhecimento quanto à importância do crédito ao consumo e os seus efeitos positivos, já que permitem uma melhora no nível de vida da população, além de impulsionar o desenvolvimento da atividade industrial. Já se diz que o uso do crédito nas finanças domésticas está se tornando tão comum que o acesso igualitário ao crédito está se convertendo em um direito social muito semelhante ao acesso a empregos, moradia, serviços médicos, entre outros. Apesar disso, o crédito poderá, também, gerar consequências negativas e, com isso, trazer problemas de diversas ordens: a) sociais: aumento da exclusão daqueles mais pobres; b) econômicos: aumento da inadimplência e da taxa de juros, se a legislação não destinar uma proteção especial ao consumidor vulnerável”.(MARQUES, 2006)

Nesse sentido, tem-se que não se pode afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor, consoante súmula 297 do STJ, e desta forma, o princípio da transparência e boa-fé objetiva deve estar presente entre as partes, conforme, prescrito no art. 4º, *caput*, do CDC.

A boa-fé dos contratantes é preceito tutelado no art. 51 do CDC, e a interpretação dos pactos devem ser consentâneas com a confiança despertada nas partes, da maneira mais favorável ao hipossuficiente, vedadas práticas abusivas e publicidade enganosa.

Em relação à aplicação da boa-fé aos contratos celebrados entre instituições financeiras e consumidores, o autor Celso Marcelo de Oliveira, destaca duas vertentes, vejamos:

“A boa-fé objetiva possui dois sentidos diferentes: um sentido negativo e um positivo. O primeiro diz respeito à obrigação de lealdade, isto é, de impedir a ocorrência de comportamentos desleais; o segundo diz respeito à obrigação de cooperação entre os contratantes, para que seja cumprido o objeto do contrato de forma adequada, com todas as informações necessárias ao seu bom desempenho e conhecimento”.

Deve-se destacar que as instituições financeiras conhecem a capacidade pecuniária de cada um de suas clientes e mesmo daqueles que não são clientes, haja vista, para se conceder crédito (empréstimos) às pessoas que não são clientes, é necessário que estes apresentem uma série de documentos que comprovem sua capacidade econômica, documentos estes, capazes de demonstrar a situação e capacidade financeira do interessado.

Importante mencionar que não é plausível pensar que em um contrato firmado entre fornecedor (instituição financeira) e consumidor, o dever da exequibilidade do contrato seja apenas do consumidor, pois este é um dever mútuo, atingindo também o fornecedor.

Nesse sentido a Desembargadora Vera Andrighi, da 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em julgamento do recurso de apelação nº 0130110375417APC, assim proferiu seu voto:

Não há dúvidas de que, ao celebrar contratos de conta corrente e abertura de crédito, os Bancos passam a ser não apenas titulares de direitos, mas detentores de obrigações adjetas, nas quais se inserem os deveres de informar, aconselhar, avaliar riscos e exercer, em sua plenitude, a gestão responsável do crédito.

Em seu voto, a Insigne Desembargadora, se utilizando do entendimento das Dras. Heloísa Carpena e Rosângela Cavallazzi, reconhecendo

que a concessão temerária de crédito (empréstimos) pelas instituições financeiras, caracteriza abuso de direito.

Deve-se frisar, como a mencionado que as instituições financeiras tem conhecimento da condição financeira de seus clientes, conhecendo a capacidade financeira de cada um. Porém, mesmo assim, muitas instituições financeiras concedem crédito que chegam a comprometer até 100% (cem por cento) da renda do consumidor, ou seja, ocorre nesses casos uma verdadeira penhora dos rendimentos percebidos pelo cliente/consumidor

É evidente que o fornecedor que concede crédito a quem não tem condições de cumprir o contrato está praticando abuso de direito. Embora aparentemente o contrato se insira na esfera do lícito, na medida em que satisfaça requisitos formais, na verdade o fornecedor pratica ato abusivo, desviando-se das finalidades sociais que constituem o fundamento de validade da liberdade de contratar, ou, mais especificamente, de fornecer o crédito (MARQUES, 337).

A concessão temerária de crédito gera efeitos negativos que poderiam ser evitados pela instituição financeira que possui sua função social perante a sociedade, tendo esta a responsabilidade de analisar a situação de cada pessoa que requer a concessão de crédito, lhe prestando todas as informações necessárias. No entanto, a maioria, “senão todas”, as instituições financeiras visam tão somente o lucro, não cumprindo sua função social, desrespeitando afrontosamente, o princípio da função social do contrato, o princípio da boa-fé e o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Código de Defesa do Consumidor assim preceitua:

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

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;

V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

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

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

O Judiciário deve primar pela execução regular dos contratos, compatibilizando a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento nacional, conforme prevê o art. 4º do CDC, por outro, não se pode mitigar o dever indisponível de preservar a dignidade da pessoa humana.

É visível negligência na cogestão equilibrada do crédito, assume as instituições financeiras o ônus de rever suas expectativas iniciais de recebimento, pois não lhe será lícita à apropriação de parcelas alimentares do devedor, inegociáveis pela vontade privada, quando ausente a boa-fé objetiva, caracterizada pela concessão de empréstimos incongruentes e desproporcionais.

### **a) O superendividamento e o princípio da dignidade da pessoa humana**

A concessão temerária de crédito, como mencionado anteriormente é uma das principais causas da crescente de consumidores (super) endividados. Sendo o superendividamento um fenômeno latente na sociedade contemporânea.

Como vimos anteriormente à concessão temerária de crédito, tem causado o fenômeno jurídico social do superendividamento, deixando o cidadão/consumidor em uma condição de hipossuficiência financeira, que compromete seu sustento e o de família.

Com efeito, há já um incipiente movimento da doutrina, com os primeiros reflexos na jurisprudência pátria em julgamentos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e, também, do Rio de Janeiro, visando criar a base legal para proteger o cidadão contra os presságios do superendividamento, letal para o viver com um mínimo de dignidade.

Conforme leciona de forma magistral a Professora Cláudia Lima Marques em seu livro “Direitos do Consumidor Endividado- Superendividamento e Crédito”, Editora Revista dos Tribunais, 2006, destaca que **“à imposição do princípio da boa-fé objetiva às relações de crédito com, consumidores leva à existência de um dever de cooperar dos fornecedores para evitar a ruína desses consumidores. Haveria, pois, na relação de crédito ao consumo e nas envolvendo financiamentos” para consumo (art. 52 do CDC) novos deveres, de cooperação dos fornecedores de serviços bancários, de crédito e financeiros imporiam um esforço de boa-fé para adaptar estes contratos e preservá-los, a evitar a ruína e o superendividamento dos consumidores de boa-fé”**.

A propósito, ressalte-se que a boa-fé, nos contratos jusconsumeuristas, é princípio geral (art. 40, III do CDC), é conceito indeterminado (art. 51, caput e IV, do CDC) e é cláusula geral (art. 51, IV). Portanto, é sempre presumida, como na espécie.

Arremata a precitada autora “No direito brasileiro, em face do Código de Defesa do Consumidor, parece também ser possível considerar a existência desse dever de renegociação a favor do consumidor, pois tanto o artigo 60, V, menciona o direito do consumidor de pedir modificação do contrato em caso de onerosidade excessiva, quanto os artigos 52 e 53 mencionam o direito à informação, ao pagamento antecipado e à devolução das quantias pagas. Logo, me parece possível também no Brasil requerer a antecipação dessa modificação e a cooperação do parceiro-fornecedor (dever de renegociação) para a readaptação do contrato (princípio da boa-fé do art. 40, III) e a sua manutenção (art. 51, §20).”

Na precisa e referencial lição de Ingo Wolfgang Sarlet, dignidade humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover

a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Veja-se que a carta constitucional de 1988, dita “Constituição Cidadã”, erigiu o respeito à dignidade como uma norma constitucional positiva, formal e materialmente. Desde 1988 não mais se tratou a “dignidade humana” como um mero princípio (embora, acima de tudo, o seja), mas como uma regra de comando cogente, de aplicação imediata (§1º do art.5º), tendo o legislador constituinte outorgado a este valor guindado à base axiológica constitucional - uma evidente pretensão de eficácia e efetividade. Assim, cabe ao julgador, sempre que se deparar com situações práticas capazes de macular a dignidade do cidadão, lançar mão desta regra (princípio, valor e norma cogente de aplicação imediata) visando a tutela específica da situação prática que se lhe apresenta. Com efeito, trazendo-se novamente à baila a lição de Sarlet, “no âmbito da função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, mas acima de tudo - aqui também afinados com o pensamento de Juarez Freitas - de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado do “*in dubio pro libertate*”, tenha sempre presente o ‘imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida’”.

Portanto, pela imposição prática do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, não se pode permitir o aviltamento do salário do servidor estadual, face à sua natureza alimentar, sendo absolutamente intolerável que se mantenha o comprometimento de percentual superior a 30% de seus vencimentos para o atendimento dos descontos facultativos (há que se considerar a incidência que já há sobre a remuneração em razão dos inevitáveis descontos obrigatórios...).

Quando se trata de limitação de descontos em folha e débitos em conta corrente, violação do princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se que tal tema é bastante discutido nos tribunais pátrios, entretanto, a pretensão dos consumidores é viável, tanto sob o prisma legal, quanto sob o prisma doutrinário.

No julgamento do REsp 264.085/RS, o Min Jorge Scartezini, em linha consonante, pondera:

“(...) Descabe a Instituição Financeira apropriar-se da integralidade do salário depositado na conta-corrente de seu cliente, a título de compensação de dívida, ainda que previsto em contrato, uma vez que atinge os recursos que servem à sobrevivência do correntista, o que é vedado pelo art. 649, IV, da Lei Processual Civil”. (julgado em 03.08.2004, DJ 27.09.2004 p. 361).

Em consonância com tais entendimentos tal limitação não configura chancela a inadimplência, já que o débito continuará sendo amortizado, mas no patamar autorizado pela lei e segundo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade.

Por outro lado, sabe-se que os descontos em folha de pagamento de servidor público são permitidos pela lei 8.112/90, que em seu artigo 45 prevê o seguinte:

Art. 45. Salvo por imposição legal, ou mandado judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento. Parágrafo único. Mediante autorização do servidor, poderá haver consignação em folha de pagamento a favor de terceiros, a critério da administração e com reposição de custos, na forma definida em regulamento.

No âmbito do Distrito Federal, os descontos em folha de pagamento de servidor público permitidos pela lei 8.112/90 são regulamentados pelo Decreto 28.195/2007 (Dispõe sobre as consignações em folha de pagamento dos servidores e militares, e dá outras providências), o qual, por sua vez, prevê que a soma mensal das consignações facultativas, dentre elas os empréstimos bancários, não poderão exceder 30% (trinta por cento) da diferença entre a remuneração bruta e as consignações compulsórias:

Art. 10 - A soma mensal das consignações facultativas de cada servidor não poderá exceder o valor equivalente a trinta por cento da diferença entre a remuneração e as consignações compulsórias.

Já os descontos em conta corrente não são regulamentados pelo ordenamento, devendo, a princípio, ser respeitada a autonomia das partes, na celebração dos contratos.

Todavia, a fim de garantir a capacidade do consumidor de honrar com os compromissos assumidos junto à instituição bancária, sem prejuízo de sustento seu e o de sua família, há que ser feita a necessária ponderação entre os princípios da autonomia da vontade, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana.

Assim, com intuito de evitar o superendividamento do consumidor, deve ser aplicada, por analogia, a limitação prevista na legislação que rege as consignações em folha de pagamento, também aos descontos em conta corrente, pois onde a razão é a mesma, o mesmo deve ser o direito, conforme previsto no art. 126 do Código de Processo Civil:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Desta forma, tanto os descontos consignados em folha de pagamento, quanto os descontos na conta corrente na qual o consumidor recebe sua remuneração, devem respeitar o limite autorizado pela legislação de incidência.

Logo, é devida a limitação dos descontos, uma vez que o débito integral das parcelas, advindo da execução simultânea dos contratos, cria obrigação abusiva, incompatível com a boa-fé e a equidade, portanto, sustentável por determinação judicial, com fundamento no art. 51, inc. IV, do CDC.

## Conclusão

As instituições financeiras contribuem para a inclusão do cidadão/consumidor na sociedade de consumo, ao conceder crédito (empréstimos). No entanto também são responsáveis pelo surgimento do fenômeno jurídico social conhecido como superendividamento (aqui compreendido também como onerosidade excessiva), ao concederem crédito de forma temerária, fazendo com que o consumidor comprometa sua renda de forma significativa, a ponto de não lhe restar o mínimo à sua manutenção e de sua família. Este artigo teve como objetivo principal demonstrar que a concessão temerária de crédito fere o princípio constitucional da dignidade da

pessoa humana, haja vista que as instituições financeiras, ao concederem crédito de forma irresponsável ao consumidor, contribuem para o crescimento do fenômeno jurídico-social do superendividamento. Nesse sentido buscou-se apresentar como possível solução aos problemas elencados, a limitação de descontos ao patamar de 30% da renda bruta percebida pelo consumidor, deduzidos os descontos compulsórios (Imposto de Renda e INSS), como forma de se evitar a concessão temerária de crédito e por consequência, combater a onerosidade excessiva, resguardando, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana ao consumidor.

## Referencias bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999. p. 87;

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em 25 de março de 2018;

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 211;

Artigo “Tratamento do crédito ao consumo na América Latina e superendividamento”, in Direitos do Consumidor Endividado, Coord. Cláudia Lima Marques, RT, p. 193;

DE OLIVEIRA, Celso Marcelo, Cartão de crédito, Ed. LZN, p. 154;

in Direitos do Consumidor Endividado, Coord. Cláudia Lima Marques, RT, p. 337;

in Direitos do Consumidor Endividado, Claudia Lima Marques, RT, p. 248;

.in Direitos do Consumidor Endividado, Coord. Cláudia Lima Marques, RT, p. 337;

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Disponível em:< <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135841755/apelacao-civel-apc-20130110375417-df-0010192-6620138070001/inteiro-teor-135841783>> Acesso em 26 de março de 2018

# Imunidade tributária dos templos religiosos e a laicidade do Estado

*Mônica Berçot El-Jaick*

## Introdução

No momento econômico atual, onde o Brasil vive um processo de recessão, de ajustes fiscais, e de aumento de impostos e de preços, torna-se essencial a discussão sobre as imunidades tributárias dos templos religiosos.

A escolha do tema foi feita por conta de sua relevância, que está pautada tanto na abrangência de atividade religiosa quanto na origem dessa imunidade.

O trabalho não tem por fim defender a extinção da imunidade em questão porque ela é essencial à liberdade religiosa garantida pela Constituição Federal. No entanto, visa elucidar pontos cruciais, bem como realizar a análise crítica do alcance da referida imunidade, contribuindo assim para a melhoria de nossa sociedade.

Para tanto, é essencial responder a seguinte pergunta: Qual a amplitude do termo templos religiosos, especificado no artigo 150, inciso VI, “b” e parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988?

O benefício tributário da imunidade aos templos religiosos exige a delimitação do que seria a “finalidade essencial de um templo”, o que é uma discussão muito polêmica. As duas correntes que mais se destacam são a restritiva, que como o próprio nome diz restringe a interpretação,

considerando apenas às atividades vinculadas diretamente ao culto religioso; e a corrente que abrange atividades indiretamente relacionadas aos templos. Foi a corrente adotada no julgamento do RE 325.822 pelo STF.

Essa discussão é muito importante pois há perda da imunidade sempre que houver desvirtuamento da atividade fim, e por isso, não pode ser um conceito subjetivo.

Ademais, por ser uma limitação constitucional ao poder de tributar, a imunidade tributária não pode ser restringida ou revogada por lei infraconstitucional e nem mesmo por emenda à Constituição, uma vez que é cláusula pétrea tributária. Aa limitação abrange apenas impostos e não tributos em geral.

Diante do exposto, fica evidente a importância do tema para elucidar conceitos e explicar o porquê da existência dessa imunidade tributária, o que será feito de modo mais aprofundado no decorrer do presente trabalho.

## 1. Igreja e estado

### 1.1 A igreja é o Estado

Nas sociedades antigas não existia a separação entre Igreja e Estado, de forma que os direitos e ações dos cidadãos eram pautados por dogmas religiosos e baseados nos conceitos de Deus e Pecado. Desse modo o monarca soberano era o escolhido para governar e sua autoridade não deveria ser questionada. O professor Flávio Martins<sup>105</sup> cita Karl Loewenstein nesse sentido:

O primeiro povo que praticou o Constitucionalismo foram os hebreus. Flavius Josephus deu à forma de sua sociedade o termo 'teocracia'. (...) Nesse sistema, os detentores do poder na terra são meramente agentes ou representantes do poder divino. (...) O regime teocrático dos hebreus se caracterizou porque o dominador, em vez de ostentar um poder absoluto e arbitrário, estava limitado pela Lei do Senhor, que submetia igualmente a governantes e governados. (...) Os profetas surgiram como vozes recon-

---

105. JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. *Curso de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 37.

hecidas da consciência pública, e predicaram contra os dominadores injustos e carentes de sabedoria que haviam se separado do caminho da Lei, constituindo-se na primeira oposição legítima na História da Humanidade contra o poder estatal estabelecido.

A Igreja Católica, por sua vez, ganhou força durante a turbulência do Império Romano Conforme Lilian Aguiar<sup>106</sup>:

As invasões germânicas causaram ao Império Romano o caos administrativo, econômico e social, e produziu sua desfragmentação. A Igreja Católica, nesse contexto, conseguiu assegurar sua estrutura religiosa através da difusão do cristianismo entre os povos bárbaros e, ao mesmo tempo, preservou muitas características da cultura greco-romana. Nesse período a Igreja forma o seu Estado, contando com seu prestígio religioso passou a exercer funções sociais em diversos segmentos da vida medieval, servindo como ferramenta de união, diante da pulverização política da sociedade.

Pode-se afirmar que a igreja construiu a sociedade feudal entre os séculos V e XV, após a queda do império romano. Ela era formada basicamente pela aristocracia proprietária de terras, composta pelo alto clero e pela nobreza, onde a igreja tinha papel fundamental desempenhado pelos sacerdotes, considerados servidores de Deus. Legitimavam a aristocracia inculcando no povo a ideia de que cada homem recebeu uma tarefa de Deus. Portanto, o monarca era o escolhido divino para governar e ao povo cabia respeitar e servir.

A conversão de reis como Carlos Magno ao catolicismo contribuiu para a expansão do catolicismo na Europa. Muito dinheiro, era doado a igreja por todas as pessoas. Isso sem contar o dízimo, imposto que determinava o pagamento de 10% do que as pessoas ganhavam ou produziam.

É necessário entender como funcionava o feudalismo Europeu para delimitar a importância da religião. Nessa época, as terras dos senhores eram os chamados feudos, que se dividiam em três partes: o manso senhoril, que era a propriedade privada do senhor; o manso servil, desti-

---

106. AGUIAR, Lilian Maria Martins de. *A igreja forma seu estado*; Brasil Escola. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/historiag/aigreja.htm>. Acesso em: 27 jan. 2018.

nada aos camponeses; e o manso comunal, utilizado tanto pelo senhor quanto pelos servos. Os camponeses aceitavam trabalhar nessas terras em busca de comida e proteção, mas em troca, deveriam dar ao senhor a maior parte do que plantassem e produzissem, sobrando assim muito pouco para sua própria subsistência. Surgia assim, o “colonato”.

No século XI iniciaram-se as cruzadas, fator determinante da influência da igreja sobre as pessoas, a começar pelo nome que advém da palavra cruz. O objetivo dessas expedições era a conquista de Jerusalém, que estava em poder dos turcos islâmicos. O objetivo era espalhar sua fé, o que não agradou a igreja católica, os considerando infieis e inimigos, inculcando a ideia de que deveriam ser combatidos.

De acordo com o papa Urbano II, quem ajudasse nessas expedições teria o perdão de seus pecados, fazendo crer que estava ocorrendo uma Guerra Santa. Essa guerra, promovida (sugestão) em nome de Deus fez com que os nobres enxergassem a oportunidade de conquistar mais terras, ter mais vassalos e ficarem mais poderosos. Isso sem contar os produtos de luxo do Oriente que muito interessava a nobreza Europeia.

A intimidade Igreja-Estado chegou a um ponto na baixa idade média em que os imperadores sugeriam nomes para a escolha de papas, senhores feudais escolhiam quais padres atuariam na região, etc. Isso acabou gerando algum incômodo na igreja, que culminou na Reforma Gregoriana tentando fazer com que o império tivesse menos influência dentro da igreja, o que contrariou o imperador do Sacro-Império Romano-Germânico, Henrique IV.

Já em 1235, a igreja criou o seu próprio tribunal, que servia de combate aos hereges. Os juízes eram nomeados pelo próprio papa, numa espécie de judiciário paralelo. Iniciava-se assim, a temida inquisição.

Nesse período, - que durou até o início do século XIX - a igreja determinava até quais livros podiam ou não ser lidos. Os livros proibidos deveriam ser queimados e seus autores julgados, dentre os quais estava o famoso “O príncipe”, de Maquiavel. Qualquer uso de ervas ou chás com intuítos medicinais era considerado bruxaria, motivo pelo qual muitas mulheres foram levadas à fogueira.

Todo esse cenário era apoiado pelos Estados Monárquicos, encarregados de prender, degredar e, muitas vezes, executar os condenados.

No Brasil, chegou a existir tal tribunal, porém não com a mesma força da Europa. Aqui também foram perseguidos Judeus e hereges, principalmente no nordeste.

## 2. Laicização do Estado

Nas transformações do século XIX houve uma grande mudança de pensamentos, provocadas pelas inovações científicas e tecnológicas que explodiam na Europa. Nesse diapasão, elucida Laurentino Gomes<sup>107</sup>:

As grandes ideologias do século XIX tinham em comum a noção de que era possível reformar as sociedades e o Estado para acelerar o progresso humano rumo a uma era de maior prosperidade e felicidade geral. Acreditava-se que a ciência e a tecnologia seriam capazes de conduzir os seres humanos a um novo patamar de desenvolvimento, conforto e autorrealização.

A partir da revolução francesa de 1789, tornou-se cada vez mais frequente o lema: O poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido. Isso se propagou de tal forma que a ideia de um soberano escolhido por Deus já não era suficiente para responder a todas as ideias e questionamentos do povo. Assim narra Gomes<sup>108</sup>:

Dizia-se que a era do obscurantismo, ignorância e superstição ficara para trás, sepultada pelo uso da razão como instrumento infalível para explicar não só os fenômenos da natureza, mas também o funcionamento da sociedade. “Deus está morto”, concluía o filósofo alemão Friedrich Nietzsche no seu clássico “Assim falou Zaratrusta”.

Em meio ao século das luzes, Darwin (1859) publica a obra *Sobre a origem das espécies por meio da seleção natural ou a preservação das raças favorecidas na disputa pela vida.*, em que dissertava sobre suas ideias acerca da seleção natural. Explicava o autor que a vida é selecionada com base no ser mais adaptável e o ancestral do homem seria comum ao do macaco. Como narra Gomes<sup>109</sup>:

---

107. GOMES, José Laurentino. 1889. São Paulo: Globo editora, 2013, p.142.

108. GOMES, José Laurentino. 1889. São Paulo: Globo editora, 2013, p.142.

109. GOMES, José Laurentino. 1889. São Paulo: Globo editora, 2013, p.142-143.

O livro produziu uma onda de choque porque colocava em xeque um dogma religioso importante. Segundo a Bíblia, Deus teria criado o Universo, a Terra e todos os seres vivos em seis dias, incluindo o homem e a mulher. Sendo produto da sabedoria divina, essas formas de vida teriam de ser necessariamente perfeitas e imutáveis. Darwin, ele próprio um protestante às voltas com crises de consciência pelas suas descobertas, sustentava o contrário: todos os seres vivos estariam em permanente mutação, sujeitos a um processo errático de seleção natural que dependeria mais de um processo de tentativas, erros e acertos do que um desígnio previamente determinado.

Em contrapartida ao Estado Feudal, onde o povo tinha apenas o dever de manter e obedecer a seus senhores, surge o Estado democrático de direito e, conseqüentemente, a laicização do Estado. As Constituições passaram então a valorizar o direito à vida e às liberdades individuais, as quais são chamadas hoje de direitos de primeira geração.

Assim, entende-se por Laico o Estado no qual não existem privilégios ou intervenções religiosas e que não adota uma religião oficial como já foi no Brasil, durante o império (1822-1889), a católica. Para entender a laicidade do Estado, convém explicitar o conceito de Constitucionalismo Teocrático, conforme explica o professor Flávio Martin <sup>110</sup>:

Diferente de um Estado Teocrático “puro”, em que o líder religioso supremo também é o líder político (por exemplo, no Vaticano), no Constitucionalismo Teocrático existe uma diferença entre a liderança política e a autoridade religiosa. Princípios como a separação dos poderes são constitucionalmente consagrados. Não obstante, no Constitucionalismo Teocrático é comum apoiar ativamente uma religião oficial, uma única denominação. Outrossim, as leis religiosas costumam ser consagradas como a principal fonte de toda a legislação e dos métodos de interpretação judicial. E não é só isso: além de prever uma religião oficial única, nas teocracias constitucionais, nenhuma lei pode ser promulgada se for contrária aos preceitos religiosos. Para operacionalizar a análise da validade, autoridades e organismos religiosos cooperam com tribunais civis,

---

110. JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. *Curso de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 100.

por meio de suas decisões que, embora simbólicas, têm um peso notável, desempenhando papel significativo na vida pública.

Para ilustrar esse período na história brasileira deve-se observar o artigo 5º da Constituição de 1824: “A religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior ao templo”.

Essa situação mudou apenas com a proclamação da República, onde foi ratificada a liberdade de cultos e a igualdade das religiões, com a edição do Decreto 119-A, em 1890.

Na atual Constituição Brasileira, promulgada em 1988, não é adotada uma religião oficial, ou seja, o Estado é considerado dissociado da igreja, sendo leigo, porém não ateu. Assim, não é dada a mera tolerância a todas as religiões mas sim respeito propriamente dito e até mesmo proteção.

No entanto, curioso observar que o preâmbulo da Constituição Federal assim preceitua<sup>111</sup>:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Note-se que, apesar do Estado ser laico, o constituinte originário a promulga “sob a proteção de Deus”. Destarte, o Supremo Tribunal Federal entendeu na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2076/AC, Relator. Ministro. Carlos Velloso, DJ 08.08.2003, que o preâmbulo da Carta Mag-

---

111. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 14dez. 2017.

na não é dotado de força normativa e nem de reprodução obrigatória pelos estados, constituindo apenas uma citação política.

Não obstante, a discussão do tema é muito importante num país que promulgou sua Constituição sob a proteção de Deus e possui, no texto, inúmeros dispositivos sobre liberdade religiosa e seus valores.

### 3. Evolução dos modelos de Estado

Conforme analisado, em vários momentos da história mundial Igreja e Estado estiveram intimamente ligados. Em alguns, até a ponto de se confundirem.

No modelo de estado patrimonialista, o estado era confessional, ou seja, ligava-se diretamente à religião e a vontade do soberano. Não havia lei escrita, pois a religião era a política e a lei. Não havia controle nem limitação ao poder do soberano, visto que o soberano era também o chefe da igreja e, portanto, ditava a lei conforme sua vontade.

Esse modelo teve como principais características o nepotismo (emprego indiscriminado de parentes, onde os cargos e funções públicas não eram acessíveis a todos nem preenchidos por merecimento), a gerontocracia (o poder fazia parte do patrimônio do soberano, sendo transmitido hereditariamente, sem eleição ou mandato), o fisiologismo (visava interesses pessoais em detrimento dos interesses públicos, desvio de finalidade) e o clientelismo (as compras e contratações do Estado eram feitas sempre com o mesmo grupo de amigos e parentes do soberano, independente do preço).

No Brasil, alguns doutrinadores afirmam que não existiu estado patrimonialista pelo fato de que nenhum momento da história teria abrangido todas essas características de uma só vez. Mas há quem discorde afirmando que o modelo patrimonialista existiu na República Velha iniciada com Marechal Deodoro em 1889 e, principalmente, na política do café com leite onde houve alternância entre dois grupos no poder.

Em contrapartida a esse modelo de Estado, surgiu na segunda metade do século XIX o estado burocrático, que possuía a legalidade como centro, além de além de ser extremamente formalista, tornando a máquina pública extremamente lenta e ineficiente. Nesse modelo foram

introduzidos controles e limitações sobre o poder. Nesse momento, o Estado caminhou para a laicização e foram difundidas ideias como o princípio da estrita legalidade.

Cabe destacar que nesse momento o interesse público pertence ao Estado, logo, a estrutura administrativa não tem compromisso nem com o povo nem com o soberano. Contra o clientelismo e o fisiologismo surgem os concursos e instituição de planos de carreira para cargos e funções públicas; contra o fisiologismo passa a vigorar a ideia de probidade administrativa; contra a gerontocracia, o poder passa a ser exercido por eleições e com mandatos.

Assim, no modelo burocrático, o bom administrador é aquele que bem preenche procedimentos e formulários. A administração está presa a processos impostos pela lei, não tendo compromisso com a eficiência nem com a satisfação do povo.

No Brasil, o modelo burocrático foi oficialmente adotado por meio de decreto no primeiro governo de Getúlio Vargas, tendo sua segunda fase a partir de 1956 no governo de Juscelino Kubitschek.

Em síntese, o modelo burocrático trouxe muitas vantagens e pontos positivos como a profissionalização da administração, a impessoalidade do administrador e um novo modelo de “dominação”, que representa a titularização do poder.

A dominação, portanto, atravessou a fase tradicional, onde era conferida a alguns pelo fato de que tradicionalmente já eram os líderes; em seguida, passou pela fase carismática, assumindo o poder a pessoa mais querida do povo e a burocracia introduziu a dominação baseada na lei.

No sistema atual brasileiro pode-se dizer que há uma dominação legal-carismática, pois há pressupostos legais a serem seguidos, mas são eleitos os que mais agradam o povo.

Por fim, o modelo que vigora atualmente é o modelo gerencial onde é prezada a eficiência em primeiro lugar.

Portanto, não é possível entender o processo de laicização do Estado sem analisar todo o seu processo histórico e as respectivas consequências de cada período.

## 4. Imunidades tributárias no texto constitucional

### 4.1 O conceito de culto e templo religioso

Carrazza<sup>112</sup> entende o termo instituições religiosas em seu sentido amplo, ou seja, de instituições de educação ou de assistência social, sem fins lucrativos, mantidas pelas confissões religiosas. Além disso, afirma o autor que o conceito de religião é aberto, abarcando “qualquer crença transcendental de pessoas que se reúnem com a certeza íntima de que estão moralmente obrigadas pelos mandamentos que dela emanam”

Nesse sentido elucida Sabbag<sup>113</sup>:

Para a compreensão exata do alcance da imunidade religiosa, deve o estudioso, preliminarmente, perpassar pelos conceitos de culto e templo. Em breve incursão conceitual, seria possível afirmar que “culto” é a manifestação religiosa cuja liturgia adstringe-se a valores consonantes com o arcabouço valorativo que se estipula, programática e teleologicamente, no texto constitucional.

Assim, o culto deve prestigiar a fé e os valores transcendentais que a circundam, sem colocar em risco a dignidade das pessoas e a igualdade entre elas, além de outros pilares de nosso Estado. Com efeito, é imprescindível à seita a obediência aos valores morais e religiosos, no plano litúrgico, conectando-se a ações calcadas em bons costumes (arts. 1º, III; 3º, I e IV; 4º, II e VIII, todos da CF), sob pena de não reconhecimento da qualidade de imune.

Ademais, explica Sabbag<sup>114</sup> que seitas que incitem a violência, o racismo, sacrifícios humanos ou fanatismo não são protegidas pelo texto constitucional, exatamente por estarem em desacordo com seus princípios.

Quanto ao conceito de templo, o autor explica que a doutrina vem encontrando dificuldades para restringi-lo, por conta da expansão das igrejas pelo mundo.

112. CARRAZZA, Roque Antonio. *Imunidades Tributárias dos Templos e Instituições Religiosas*. [S.L.]: noeses, 2015, p. 10.

113. SABBAG, Eduardo. *Direito tributário I: Saberes do direito*. [S.L.]: Saraiva, 2012. p.60.

114. SABBAG, Eduardo. *Direito tributário I: Saberes do direito*. [S.L.]: Saraiva, 2012. p.60.

Já Carraza<sup>115</sup> afirma que o valor intrínseco do culto e seus fundamentos morais não são da alçada do Poder Público, ou seja, não lhe compete definir. Isso para que não sejam prejudicadas crenças minoritárias.

## 5. Imunidade tributária dos templos religiosos

### 5.1 Discussão doutrinária

Ao falar sobre a imunidade tributária dos templos religiosos, Machado<sup>116</sup> elucida:

Nenhum imposto incide sobre os templos de qualquer culto. Templo não significa apenas a edificação, mas tudo quanto seja ligado ao exercício da atividade religiosa. Não pode haver imposto sobre missas, batizados ou qualquer outro ato religioso. Nem sobre qualquer bem que esteja a serviço do culto. Mas pode incidir imposto sobre bens pertencentes à Igreja, desde que não sejam instrumentos desta. Prédios alugados, por exemplo, assim como os respectivos rendimentos, podem ser tributados. Não a casa paroquial, ou o convento, ou qualquer outro edifício utilizado para atividades religiosas, ou para residência dos religiosos.

A imunidade concerne ao que seja necessário para o exercício do culto. Nem se deve restringir seu alcance, de sorte que o tributo constitua um obstáculo, nem se deve ampliá-lo, de sorte que a imunidade constitua um estímulo à prática do culto religioso.

De acordo com o autor, alguns doutrinadores sustentam que os imóveis alugados e os rendimentos respectivos estão ao abrigo da imunidade desde que sejam estes destinados à manutenção do culto. Porém, afirma que isso não cabe quando se tratar de uma atividade permanente. Isso porque, a locação de um imóvel seria uma atividade essencialmente econômica, não possuindo vínculo propriamente com o culto.

---

115. CARRAZZA, Roque Antonio. *Imunidades Tributárias dos Templos e Instituições Religiosas*. [S.L.]: noeses, 2015, p. 65.

116. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. . 36. ed São Paulo: Malheiros, 2015. p. 304.

Já Barreto <sup>117</sup> discorda dessa posição:

Salvo se houver agressão ao princípio da livre concorrência, no mais podem as rendas ser provenientes de quaisquer fontes lícitas. (...)

Se essas entidades têm imóveis, não se espera que eles fiquem ociosos. Se elas possuem terrenos, é altamente desejável que os explorem, direta ou indiretamente, com estacionamentos ou qualquer outra forma. Se são titulares de prédios, é bom que os aluguem, desde que fortaleçam suas finanças. Se tem maquinaria e pessoal especializado, que invistam em editoras ou que prestem serviços de variada ordem.

Nesse sentido, Carrazza<sup>118</sup> entende que o mesmo se pode dizer dos serviços de comunicação (televisão, por exemplo), desde que tenham o intuito da evangelização. O autor vai além ao afirmar que estariam abrangidos pela imunidade imóveis rurais mesmo com empreendimentos hortifrutigranjeiros ou agropastoris, podendo inclusive serem destinados ao comércio desde que totalmente revertidos para a expansão do culto.

Para tanto, seria necessário diferenciar a obtenção de renda do ânimo de lucro. Só restaria descaracterizada a imunidade caso houvesse a intenção de distribuir o lucro entre os dirigentes da igreja.

Assim, desde que não houvesse ânimo de enriquecimento, estariam abarcadas pela imunidade aplicações financeiras feitas pelas entidades, seja no Brasil ou no exterior e a remessa de dinheiro ao exterior de acordo com as normas do Banco Central do Brasil.

Destarte, a prova de que a finalidade essencial do templo está sendo desviada cabe a administração pública, sendo uma prova negativa.

Sabbag<sup>119</sup> ao tratar sobre a imunidade dos Templos Religiosos explica que não se trata de um benefício isencional, mas de uma exoneração de ordem constitucional. Tal exoneração encontra-se relacionada com o

---

117. BARRETO, Aires Fernandino. *Curso de Direito Tributário Municipal*. São Paulo: Saraiva: 2009. p.62-63.

118. CARRAZZA, Roque Antonio. *Imunidades Tributárias dos Templos e Instituições Religiosas*. [S.L.]: noeses, 2015, p.60.

119. SABBAG, Eduardo. *Direito tributário I: Saberes do direito*. [S.L.]: Saraiva, 2012, p. 60

artigo 19, I da CRFB/88<sup>120</sup> que versa sobre a postura de “neutralidade ou não identificação do Estado com qualquer religião”.

Ives Gandra Martins, que escreveu o prefácio do livro de Carrazza<sup>121</sup> entende que é um erro falar em “renúncia fiscal”, uma vez que a imunidade trata de uma vedação constitucional ao poder de tributar, ou seja, não se pode renunciar a algo que não tem.

Nesse sentido, Carrazza<sup>122</sup> entende que as imunidades são regras negativas de competência tributária, ou seja, não implicam cassação da faculdade de tributar, só conferem proteção aos valores constituídos pelo legislador originário. Assim, seriam destinatários imediatos das regras imunizantes os entes federativos, não lhes dando possibilidade de exercer competência tributária e como destinatários mediatos as pessoas que elas indicam possuir o direito subjetivo de não ser alvo de tributação em determinados casos.

## 6. Posicionamento do STF

Sobre esse tema, Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso extraordinário nº 325.822-2, decidiu da seguinte forma:

EMENTA: Recurso Extraordinário. 2. Imunidade tributária de templos de qualquer culto. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, “b” e §4º, da Constituição. 3. Instituição religiosa. IPTU sobre imóvel de sua propriedade que se encontram alugados. 4. A imunidade prevista no art. 150, VI, “b”, CF deve abranger não somente os prédios destinados aos cultos, mas, também o patrimônio, a renda e os serviços “relacionados as finalidades essenciais das entidades

---

120. Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

121. CARRAZZA, Roque Antonio. *Imunidades Tributárias dos Templos e Instituições Religiosas*. [S.L.]: noeses, 2015, prefácio.

122. CARRAZZA, Roque Antonio. *Imunidades Tributárias dos Templos e Instituições Religiosas*. [S.L.]: noeses, 2015, p6.

nelas mencionadas”. 5. O §4º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas “b” e “c” do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas. 6. Recurso extraordinário provido. STF, Rel. Min. Gilmar Mendes ,primeira turma, 18/12/2002.

No entanto, o voto do Ministro Ilmar Galvão foi divergente:

Com efeito, referindo-se o § 4º, do artigo 150, as imunidades das letras “b” e “c” do inciso VI do mencionado dispositivo, é fora de dúvida que, no tocante a letra “b”, há de ser interpretado no sentido de aplicar-se “no que couber”, isto é, entender-se que a imunidade, no caso, compreende não apenas os bens patrimoniais que compõem o templo de qualquer culto com os seus anexos, como a casa paroquial, a casa de residência do vigário ou pastor, jardins e áreas de estacionamento, contíguas, mas também as rendas resultantes das contribuições dos fiéis e a remuneração eventualmente cobrada por serviços religiosos a estes prestados, porquanto relacionados todos, com as finalidades do culto. Portanto, como a discussão, no presente caso, limita-se a referida alínea “b” e envolve apenas os “lotes vagos e prédios comerciais dados em locação” – que foram os bens excluídos do benefício pelo acórdão recorrido – deve este ser confirmado, por que em harmonia com o sentido do texto constitucional. Não reconheço o recurso. STF, Min. Ilmar Galvão ,primeira turma, 18/12/2002.

No referido recurso, o STF aumenta a interpretação da imunidade dos templos de qualquer culto, abrangendo patrimônio, renda e serviços que tenham vinculação às finalidades essenciais das entidades, tendo como base o § 4º do artigo 150 da Carta Magna.

Nesse sentido, Carrazza<sup>123</sup> explica que o Supremo acolhe a tese de que as imunidades devem receber interpretação extensiva e teleológica, dividindo-se em genéricas, alcançando todos os impostos e específicas, alcançam apenas alguns impostos.

O Supremo Tribunal Federal tem julgados que reconhecem a imunidade dos templos de qualquer culto com relação ao IPTU, ainda que

---

123. CARRAZZA, Roque Antonio. *Imunidades Tributárias dos Templos e Instituições Religiosas*. [S.L.]: noeses, 2015, p41.

sobre imóveis locados (RE 257.700) ou utilizados como escritório e residência de membro da igreja (RE 221.395); em relação ao ISS, sobre o preço cobrado em estacionamento de veículos (RE 144.900), entre outros.

## 7. Discussões no Congresso nacional

Segundo reportagem da Folha de São Paulo, no ano de 2011 diferentes igrejas de vários credos arrecadaram uma verdadeira fortuna. Só de contribuições diretas, isto é, os chamados “dízimos” e doações foram R\$14,2 bilhões no ano. A venda de bens e serviços somaram R\$ 3 bilhões e os rendimentos com ações e aplicações deram um lucro de R\$ 460 milhões de reais.

Além disso, entre 2006 e 2011 a arrecadação dos templos cresceu 11,9% de acordo com as informações da Receita Federal apresentadas pela reportagem. Em termos práticos, uma arrecadação que soma R\$20,6 bilhões de reais é superior ao orçamento de 15 dos 24 ministérios da Esplanada. Levando em conta esses dados é possível ter uma noção do montante da arrecadação que a tributação das igrejas poderia gerar.

A matéria cita ainda dados do Censo de 2010, indicando que 64,6% da população brasileira são católicos, 22,2% são evangélicos – segmento que teve aumento de 16,1 milhões de fiéis em uma década-, e apenas 8% da população declaram não seguir nenhuma religião.

Em recente proposta no portal E-Cidadania, o fim da imunidade alcançou mais de 20 mil manifestações de apoio, o que levantou o debate novamente e será analisado pela Comissão de Direitos Humanos. No entanto, a proposta mostrou também que o tema está longe de ser pacífico: a consulta recebeu mais de 220.000 respostas sendo 115.091 favoráveis e 112.026 contrárias ao fim da isenção de impostos para igrejas. A sugestão 2/2015 tem atualmente a relatoria do senador José Medeiros (PSD-MT) que em entrevista ao jornal do Senado, afirmou<sup>124</sup>:

Nós estamos preparando o relatório, ouvindo pessoas de ambas as partes, construindo, mas não definimos ainda a linha que sairá o

---

124. SENADO FEDERAL. *Fim da imunidade tributária para igrejas aguarda parecer na CDH*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/03/fim-da-imunidade-tributaria-para-igrejas-aguarda-parecer-na-cdh>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

relatório. Lembrando que há argumentos de toda sorte. Há argumentos de que as igrejas usam isso para enriquecer seus comandantes. Outros argumentos de que as igrejas prestam um relevante serviço social e que as igrejas fazem parte do papel que é do Estado, levando cursos de formação, apoio psicológico e outros. São argumentos que devem ser levados em conta de ambas as partes, mas não temos ainda formada a convicção a respeito do tema.

No entanto, até a conclusão do presente trabalho ainda não havia conclusão dos trabalhos no Congresso Nacional, tendo como último andamento em 05/10/2016, “matéria com a relatoria”.

## Conclusão

Diante o exposto, pode-se concluir que a relação Estado-Igreja vem de muito longe na história mundial. A evolução, no entanto, caminhou para um período de maior laicização do Estado, com respeito a diversidade religiosa, seja ela qual for. Entretanto, ainda hoje existem diversas guerras e conflitos entre os povos em nome da religião, o que faz crer que a diversidade religiosa ainda não tem proteção mundial.

O fato da Constituição Federal Brasileira prever imunidades tributárias aos templos de qualquer culto visa exatamente proteger a liberdade religiosa e de expressão, valores consagrados pela Carta Magna. Por isso, as imunidades são consideradas cláusulas pétreas tributárias, não podendo ser restringidas ou revogadas nem mesmo por emendas constitucionais.

Sabe-se que a imunidade abrange somente os impostos e não todos os tributos. Contudo, é preciso ainda uma análise do que estaria abrangido por essa imunidade. Para tanto, analisamos os conceitos de culto, templos religiosos e o que estaria relacionado com suas finalidades essenciais, embora esses conceitos encontrem vozes divergentes dentro da doutrina contemporânea.

## Referências

AGUIAR, Lilian Maria Martins de. *A igreja forma seu estado*; Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/historiag/aigreja.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2017

- ALENCAR Marcelo. *O antigo sistema feudal e a formação do estado*. Disponível em: <<http://noticias.ne10.uol.com.br/coluna/difusao/noticia/2015/04/16/o-antigo-sistema-feudal-e-a-formacao-do-estado-542181.php>>. Acesso em: 27 jan. 2017.
- BARRETO, Aires Fernandino. Curso de Direito Tributário Municipal. São Paulo: Saraiva: 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8 ed. [S.L.]: Renovar, 2006.
- BRASIL. *Código tributário nacional* (1966). Brasília: DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm)> Acesso em: 15 dez.2017
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 14dez. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Direito tributário. Recurso extraordinário. Imunidade tributária dos templos de qualquer culto*. nº. 325.822-2, da Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF. 18 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 dez.2017.
- CALAINHO, Ronaldo Vainfas; FERREIRA, Jorge. FARIA Sheila De Castro; BUONO Daniela. *História.doc*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CALIENDO, Paulo. Comentário ao art. 153, VII. In: CANOTILHO, José. J. Gomes; MENDES, Gilmar.; SARLET, Ingo.; STRECK, Lenio L.; (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Imunidades Tributárias dos Templos e Instituições Religiosas*. [S.L.]: noeses, 2015.
- CLARO, Flávio De Campos; CLARO, Regina. *Oficina de história*. 1. ed. São Paulo: Leya, 2013.

- FALCÃO, Amílcar. *Fato gerador da obrigação tributária*. 5. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 1994.
- FOREQUE, Flávia. *Igrejas arrecadam R\$ 20 bilhões no Brasil em um ano*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/01/1221000-igrejas-arrecadam-r-20-bilhoes-no-brasil-em-um-ano.shtml>>. Acesso em: 09 abr. 2017.
- GOMES, José Laurentino. *1889*. São Paulo: Globo editora, 2013.
- RAMALHO, Renan. *STF derruba ação penal contra padre autor de livro crítico ao espiritismo*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/stf-derruba-acao-penal-contrapadre-autor-de-livro-critico-ao-espiritismo.html>>. Acesso em: 05 abr. 2017.
- JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes. *Curso de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: RT, 2017.
- JÚNIOR, Walther. *Teoria da burocracia de Max Weber*. 2015. Disponível em: <<http://www.estudoadministracao.com.br/ler/teoria-da-burocracia-de-max-weber/>>. Acesso em: 31 jan. 2017.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros. 36. ed, ver. e aum. Cidade: editora, 2015.
- PAIVA, Carlos Henrique Assunção. *A burocracia no Brasil: as bases da administração pública nacional em perspectiva histórica (1920-1945)*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/his/v28n2/27.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- SABBAG, Eduardo. *Direito tributário I: Saberes do direito*. [S.L.]: Saraiva, 2012.
- SENADO FEDERAL. *CDH vai debater fim da isenção de impostos para templos religiosos*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/06/cdh-vai-debater-fim-da-isencao-de-impostos-para-templos-religiosos>>. Acesso em: 09 abr. 2017.
- SENADO FEDERAL. *Fim da imunidade tributária para igrejas aguarda parecer na CDH*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/no>

ticias/materias/2016/11/03/fim-da-imunidade-tributaria-para-ig-rejas-aguarda-parecer-na-cdh>. Acesso em: 09 abr. 2017.

STF. *STF nega Habeas Corpus a editor de livros condenado por racismo contra judeus*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver-NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>>. Acesso em: 05 dez. 2017.



# Relações diplomáticas entre nações: estudo do impacto legislativo no caso da isenção de vistos entre Brasil e comunidade europeia (decreto nº 7.821/2012)

*Pedro Bolívar de Souza Andrade*

## Introdução

O presente texto tem por objetivo aplicar os conceitos da disciplina de Análise Econômica do Direito, sobre uma legislação ou proposta de legislação (lei, decreto, ato normativo, projeto de lei, etc.) existente; mais especificamente, pretendemos apresentar o resultado da aplicação das técnicas de Avaliação de Impacto Econômico ao Decreto nº 7.821/2012, que estabeleceu a Isenção de Vistos entre o Brasil e a Comunidade Europeia.

“DECRETO Nº 7.821, DE 5 DE OUTUBRO DE 2012. Promulga o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a União Europeia sobre Isenção de Vistos de Curta Duração para Portadores de Passaportes Comuns (...)” (BRASIL, 2012).

Apesar de a normativa em estudo já ter sido decretada em 2012, o presente texto buscará submeter a presente normativa a todo o processo

de avaliação de impacto legislativo, como se ainda não houvesse uma versão final aprovada e decretada. Ao final do texto, a conclusão trará uma reflexão quanto à alternativa escolhida pelo legislador ter sido, ou não, acertada aos olhos do Direito Econômico, quando comparada às demais alternativas propostas para o mesmo fim. Nesse sentido, a partir de agora vamos nos referir ao Decreto nº 7.821/2012 como “proposta normativa”, pois ainda estaria em fase de elaboração e aprovação.

Para alcançarmos o objetivo proposto, seguiremos as etapas sugeridas no documento *Impact Assessment Guidelines*, publicado pela Comissão Europeia. Em seguida, avaliaremos possíveis riscos ou efeitos colaterais que podem ser gerados pela nova norma (a “proposta normativa”). Por fim, apresentaremos as conclusões e referências bibliográficas.

Contudo, antes de partimos para a aplicação da metodologia ao caso real, se faz necessário fazer uma breve explanação conceitual sobre a “avaliação de impacto legislativo”.

## 1. Avaliação de impacto legislativo

Segundo Cooter & Ulen (2010) apud Meneguín (2018),

“a Economia disponibiliza uma teoria comportamental, baseada em como as pessoas respondem a incentivos, que permite prever a reação delas diante dos dispositivos da lei, superando a intuição e o senso comum, [e que] a avaliação de impacto legislativo pode ser justamente entendida como uma análise econômica da legislação” (COOTER & ULEN apud MENEGUÍN, 2018).

Ainda nas palavras de Meneguín (2018),

“a análise econômica social serve para examinar os efeitos diretos e indiretos que serão causados por determinado projeto, de forma a identificar se a economia como um todo está sendo favorecida ou prejudicada. Assim como a análise econômica social pretende clarear a escolha dos melhores projetos para a sociedade, a avaliação de impacto legislativo procura proporcionar aos legisladores uma forma de fazerem uma escolha eficiente economicamente” (MENEGUÍN, 2018).

O documento *Impact Assessment Guidelines*, publicado pela Comissão Europeia, apresenta os principais itens, em listagem não terminativa, que devem compor uma avaliação de impacto legislativo:

- Descrição do problema que se pretende resolver com a proposição;
- Enunciação formal do objetivo da proposição;
- Apresentação de alternativas para atingir o objetivo desejado;
- Análise de custo-benefício entre as alternativas apresentadas;
- Verificação de legislação prévia sobre o tema;
- Impactos distributivos da normativa;
- Custos administrativos para manter a normativa em vigor.

Uma vez que a elaboração da avaliação de impacto tenha sido adequadamente conduzida, o projeto legislativo estará apto para tramitar de forma transparente e imparcial, com maior chance de aprovação de medidas eventualmente impopulares, e de forma a tornar o sistema jurídico mais eficaz.

Importante ressaltar que uma má condução no processo de avaliação legislativa pode, ao invés de resolver uma falha de mercado, causar uma falha de governo. Tomemos uma normatização tributária como exemplo: atuar na tributação pode, de fato, ser uma forma de o governo buscar resolver falhas de mercado, melhor distribuir a renda e promover políticas públicas; por outro lado, se as leis tributárias forem construídas sem a correta avaliação de seus efeitos, a atuação do governo pode ser desastrosa (falha de governo), gerando desequilíbrios maiores que aquelas a que ele buscava resolver.

Salinas (2008, p.44) afirma que, ainda que a avaliação do impacto legislativo usualmente não seja utilizada para corrigir ou revisão a legislação, a aplicação da metodologia contribui para ajudar a solucionar problemas relativos à aplicação prática da legislação que se deseja criar ou já em vigor.

“É comum, no entanto, observar que os resultados provenientes da utilização da avaliação legislativa raramente serão conclusivos no sentido de se corrigir ou revisar a legislação. Isso não elimina, no entanto, a importância da avaliação legislativa. Sua maior

contribuição talvez não esteja centrada na correção das leis existentes, mas na solução dos problemas relacionados com a real prática de sua aplicação.” (SALINAS, 2008, p.44).

## 2. Relações Diplomáticas entre as Nações: estudo do impacto legislativo no caso do Decreto nº 7.821/2012 (Isenção de Vistos entre Brasil e Comunidade Europeia).

Para avaliar a elaboração do decreto “Isenção de Vistos” optamos pela sugestão do documento *Impact Assessment Guidelines*, publicado pela Comissão Europeia, conforme apresentado a seguir.

### 2.1. Descrição do problema que se pretende resolver com a proposição

O Brasil possui uma antiga relação cultural com o Continente Europeu. Para começar, o Brasil foi descoberto e colonizado por portugueses. Alguns anos depois, Portugal e Espanha estiveram sob a mesma coroa. Mais adiante, França e Holanda estiveram no Brasil buscando conquistar sua fatia da nova terra - o que não conseguiram - mas sua influência se percebe até hoje em algumas cidades nordestinas. A chegada da família real portuguesa em 1808 não apenas mudou a economia nacional como alterou a maneira de os cariocas pronunciarem o ‘x’ e o ‘s’. O mesmo ocorreu com a chegada dos italianos em terras paulistas, um século e meio mais tarde, alterando a entonação dos paulistanos. Adicionalmente, os primeiros brasileiros a irem para a universidade o faziam em Portugal ou na França e traziam a cultura de lá para o Brasil quando regressavam. No Sul do Brasil, alemães e italianos, dentre outros, colonizaram grande parte do miolo central daquela região e ensinam os idiomas de seus avós até hoje nas escolas de ensino fundamental. Ainda que indígenas, africanos e asiáticos também tenham grande influência na cultura nacional, grande parte dos brasileiros se espelha e se orgulha da sua parcela europeia quando descrevem a mesclada árvore genealógica das nossas famílias.

Nesse contexto, melhorar as relações culturais e turísticas entre Brasil e Europa é não apenas um desejo da população brasileira, como deve

ser uma responsabilidade permanente dos governantes, para que não nos afastemos da história de nossos antepassados, sem prejuízo de buscar melhorar as relações culturais com outros países que também fazem parte da nossa formação.

Além disso, conforme MDIC (2011, [1]), se avaliarmos as relações de Brasil e Europa em termos econômicos, as exportações brasileiras para os europeus totalizaram cerca de R\$ 40 bilhões em 2010, o que representou 21% das exportações nacionais naquele ano. Contudo, oito anos antes, as exportações brasileiras para a Europa representavam 26% do total exportado.

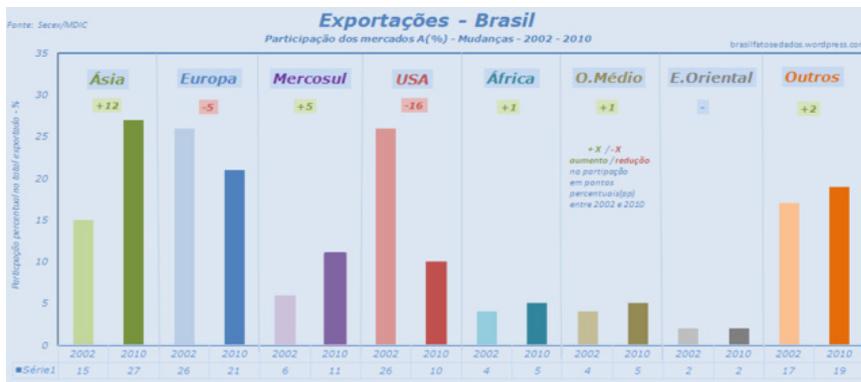


Figura 2.1: Exportações do Brasil para outros países ou continentes, 2002 e 2010. Fonte: MDIC, 2011 [1]. (Nota do autor: O Decreto nº 7.821/2012 foi assinado em 2012, razão pela qual os dados econômicos apresentados são de 2010, ao invés de dados econômicos mais recentes).

Ainda que o volume de exportações em 2010 tenha sido um recorde, conforme dados oficiais do Governo, apontados por MDIC (2011, [2]), a queda de 5% das exportações para a Europa entre 2002 e 2010 representaram uma perda de oportunidade anual na ordem de R\$ 10 bilhões por ano. No mesmo período, conforme Figura 2.1, as exportações brasileiras aumentaram para a grande maioria dos blocos comerciais apresentados, exceção feita aos EUA, cujas razões e soluções não serão motivo de estudo e propostas nesse momento.

Pelo exposto, é desnecessário afirmar que se faz importantíssimo para o Brasil aumentar suas relações culturais e comerciais com a Eu-

ropa, e que uma das formas de estimular essas relações é aproximando esses dois blocos de dimensões continentais. Assim, o objetivo da presente “proposta normativa” é eliminar a necessidade de visto para que brasileiros e europeus visitem uns aos outros em seus respectivos países.

O que inicialmente pode parecer um ato simbólico, na verdade, aumenta a autoestima dos brasileiros e nos aproxima em demasia de um dos principais *players* econômicos do mundo. Em contrapartida, a facilitação da entrada de europeus no Brasil em função da isenção dos vistos deve potencializar o turismo nacional e a geração de negócios.

## 2.2. Enunciação formal do objetivo da proposição

Em respeito ao princípio da reciprocidade e com o objetivo de garantir com rapidez viagens isentas de vistos, de facilitar os deslocamentos dos nacionais brasileiros em outros países, de aprofundar as relações de amizade e reforçar os laços estreitos entre as partes contratantes, e visando intensificar os negócios entre o Brasil e Comunidade Europeia, a presente “proposta normativa” reitera o acordo de intenções assinado anteriormente entre as partes, ao conceder isenção de visto para entrada e estada de curta duração aos cidadãos dos países pertencentes à Comunidade Europeia, sem prejuízo dos acordos bilaterais previamente estabelecidos entre o Brasil e alguns desses países, desde que haja reciprocidade das parte envolvidas.

## 2.3. Apresentação de alternativas para atingir o objetivo desejado

A seguir, apresentam-se alternativas à presente “proposta normativa”, visando a obtenção do mesmo resultado, a saber, a integração cultural entre Brasil e Europa, estreitamento de laços, aumento do turismo e das exportações e estímulo à geração de negócios e investimentos. Assim, apresentam-se as seguintes alternativas:

(a) parceria entre as Universidades brasileiras e europeias (nos moldes do programa ciências sem fronteiras), com foco em temas que pos-

sam estreitar os lações entre os países, tais como artes, cultura, ciências humanas, ciências exatas e negócios internacionais, dentre outros;

(b) acordo de não criminalização de cidadãos brasileiros cujo suposto crime seja tão somente o de ter entrado e se mantido em países europeus sem ter se submetido ao ritual processual estabelecido pelo país de destino, com a equivalente reciprocidade para europeus que estejam no Brasil sem a correta documentação de permanência;

(c) incentivos fiscais para europeus que queiram investir no Brasil, com a respectiva reciprocidade dos países europeus para com os investidores brasileiros;

(d) isenção da necessidade de vistos entre os países, para permanência até 90 dias.

## 2.4. Análise de custo-benefício entre as alternativas apresentadas

Na tabela 2.4, abaixo, apresenta-se uma avaliação comparativa do custo-benefício de cada uma das alternativas propostas mediante cinco aspectos relevantes para o poder executivo: dificuldade de aprovação política da norma, tempo necessário para implementação da norma após sua assinatura (ou promulgação), custo de implementação da norma, custo de manutenção da norma em vigência e impacto distributivo da norma para a sociedade.

A avaliação contida na tabela foi feita mediante critérios categorizados em baixo impacto, médio impacto e alto impacto, sendo que a cor verde representa a situação mais desejada, a cor amarela representa uma situação intermediária, e a cor vermelha representa a situação menos desejada. Um Comitê Especial foi formado para realizar as avaliações. Quanto mais avaliações “verdes”, maior a chance de essa alternativa ser escolhida como a melhor alternativa para a versão final da “proposta normativa”.

Tabela 2.4: Avaliação do custo-benefício de aspectos relevantes versus alternativas

ASPECTO ----- ALTERNATIVA	Dificul- dade de aprovação política	Tempo para Implemen- tação	Custo de Imple- mentação	Custo de Manu- tenção	Impacto Distribu- tivo da Norma
Parceria entre Universidades	Baixa	Médio	Alto	Alto	Baixo
Acordo de não criminalização	Alta	Alto	Baixo	Baixo	Baixo
Incentivos fiscais para investidores	Alta	Médio	Alto	Alto	Médio
Isenção da necessidade de vistos	Baixa	Baixo	Baixo	Baixo	Baixo

*Legenda:**Verde: classificação mais desejada**Amarelo: classificação intermediária**Vermelho: classificação menos desejada*

A Tabela 2.4 fornece a seguinte classificação final considerando as alternativas mais bem avaliadas até a alternativa menos bem avaliada:

- 1ª) Isenção da necessidade de vistos: 04 verdes, 01 vermelho;
- 2ª) Acordo de não criminalização: 02 verdes, 03 vermelhos;
- 3ª) Parcerias entre Universidades: 01 verde, 01 amarelo, 03 vermelhos;
- 4ª) Incentivos Fiscais para Investidores: 02 amarelos, 03 vermelhos.

Dessa forma, o Comitê Especial avaliador deliberou por seguir com a proposta de Isenção da Necessidade de Vistos nos passos seguintes da avaliação de impacto legislativo.

## 2.5. Verificação de legislação prévia sobre o tema

Dentre a legislação prévia sobre o tema selecionado (“Isenção de Vistos” entre o Brasil e outros países), duas se adequam ao objetivo do estudo pretendido, sendo uma delas já revogada:

- (i) Decreto nº 66.689 de 1970, que regulamentava o Decreto-lei nº 941 de 1969, que definia a situação jurídica do estrangeiro no Brasil (e já previa a reciprocidade), mas foi revogado pela Lei nº 6.815 de 1980, a qual também foi revogada, agora pela lei nº 13.445 de 2017, que institui a Lei de Migração (e também prevê a reciprocidade);
- (ii) Decreto nº 48 de 2000, abaixo reproduzido, o qual formaliza acordo entre os países do Mercosul para eliminação da necessidade de visto entre os países membros.

“MERCOSUL/CMC/DEC Nº 48/2000

ACORDO SOBRE ISENÇÃO DE VISTOS ENTRE OS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL

TENDO EM VISTA: O Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, as Decisões Nº 12/91 e 7/96 do Conselho do Mercado Comum e o Acordo Nº 25/00 da Reunião de Ministros do Interior do MERCOSUL.

CONSIDERANDO: [i] que é vontade dos Estados Partes do MERCOSUL acordar soluções jurídicas para o fortalecimento do processo de integração. [ii] A importância de contemplar tais soluções em instrumentos jurídicos de cooperação relativos ao livre trânsito e à permanência dos cidadãos dos países signatários do presente Acordo nos demais Estados Partes. [iii] Que a Reunião de Ministros do Interior alcançou um Acordo sobre Isenção de Vistos entre os Estados Partes do MERCOSUL.

O CONSELHO DO MERCADO COMUM

DECIDE: Art. 1 - Aprovar o ‘Acordo sobre Isenção de Vistos entre os Estados Partes do MERCOSUL’, nas versões em espanhol e português, que consta como Anexo e faz parte da presente Decisão.” (XIX CMC - Florianópolis, 14/XII/00).

Destaca-se, do conteúdo do Decreto nº 48/2000, a justificativa para sua assinatura, conforme se segue: “[considerando que] é vontade dos Estados Partes do MERCOSUL acordar soluções jurídicas para o fortalecimento do processo de integração [e considerando] a importância de contemplar tais soluções em instrumentos jurídicos de cooperação relativos ao livre trânsito e à permanência dos cidadãos dos países signatários do presente Acordo nos demais Estados Partes”.

Importante notar que a razão de assinatura do DEC nº 48/2000 muito se assemelha da razão da presente “proposta normativa” de isenção de vistos entre o Brasil e a Comunidade Europeia, uma vez que o objetivo final de ambas as legislações é fortalecer o processo de integração, facilitar o livre trânsito dos cidadãos, e fomentar um ambiente propício para a intensificação das relações comerciais entre as nações parte do acordo.

## 2.6. Impactos distributivos da normativa

Caso a alternativa escolhida tivesse sido “incentivos fiscais para os investidores” teríamos vasto campo para discutir os impactos distributivos da futura norma. Contudo, a opção escolhida foi “isenção de vistos”.

Sob a ótica da arrecadação estatal direta, a única mudança decorrente da assinatura da presente “proposta normativa” será a interrupção de cobrança da taxa de emissão de vistos para europeus, em paralelo com a desmobilização dos profissionais que se dedicavam à essa atividade (os quais podem ser realocados em outras funções ou desligados caso seja um trabalho terceirizado). Note-se que a taxa até então cobrada tinha por objeto remunerar um serviço efetivamente prestado pelo poder público de forma direta e individualizada, e que existe vinculação entre os valores arrecadados na forma de taxas e sua destinação. Ou seja, a arrecadação decorrente da emissão de vistos para europeus já não era objeto de políticas distributivas, de forma que a sua não-arrecadação não irá causar qualquer efeito distributivo para a sociedade.

## 2.7. Custos administrativos para manter a normativa em vigor

Custo Zero. De fato, toda a estrutura anteriormente existente para fornecer vistos para europeus poderia ser desmobilizada, tanto sob a ótica de pessoal como sob a ótica de infraestrutura.

Uma vez que o decreto seja assinado, automaticamente as autoridades de fronteira já poderão dispensar a exigência do visto, e os cidadãos de Brasil e Comunidade Europeia já começam a ser beneficiados pelo acordo. Nesse caso, é justamente a desburocratização e a inexistência de necessidade de atuação governamental que traz o benefício para a sociedade. Daí porque a afirmação de tratar-se de custo zero. Por fim, o resultado que se pretende obter com a presente “proposta normativa” não demandará a necessidade de inspeções ou auditorias que verifiquem sua efetividade uma vez que qualquer ineficiência no processo ou no resultado esperado será rapidamente percebida por todos os interessados (cidadãos e nações envolvidas).

## 3. Efeitos colaterais

O possível efeito colateral da assinatura da presente “proposta normativa” é um aumento da imigração ilegal de brasileiros para a Europa. Essa é uma preocupação antiga dos países desenvolvidos europeus sempre que a “isenção de vistos” é colocada em discussão entre os respectivos governos.

No mínimo desde 1970, a Grã-Bretanha e o Brasil possuem acordo de isenção de vistos (Art.14 do Decreto no 66.689/1970). Contudo, conforme Agência Estado (2008), em 2008 os ingleses publicaram uma lista de países que estariam “sob avaliação” por “abuso das condições acordadas”, ou em outras palavras, por estarem apresentando elevado índice de migrações ilegais para o Reino Unido. Interessante notar que ao cogitar a hipótese de suspender o acordo de isenção de vistos com o Brasil, os ingleses corroboraram a tese de relações diplomáticas baseadas no neorrealismo, apresentada por Mello (1997), que ao se referir à durabilidade dos arranjos cooperativos afirma que “dada sua ênfase nas incertezas e nos ganhos relativos, os Estados irão preferir arranjos menos duráveis, dos quais possam se retirar

caso as diferenças nos ganhos venham a favorecer seus parceiros” (MELLO, 1997, pag. 109-110). Felizmente, poucos meses depois o nome do Brasil foi retirado da lista inglesa e o acordo de isenção de vistos entre essas nações permaneceu vigente, conforme EFE (2009).

Segundo ALMEIDA e ZANLORENSSI (2018), “fontes do Itamaraty afirmam que atualmente o Brasil possui cerca de 3 milhões de cidadãos imigrantes, sendo cerca 48% nos EUA e cerca de 24% na Europa”, conforme figura abaixo.

### DISTRIBUIÇÃO DOS BRASILEIROS POR REGIÃO Segundo estimativas do Itamaraty

Dos 3.083.255 brasileiros que estima-se que vivam no exterior...

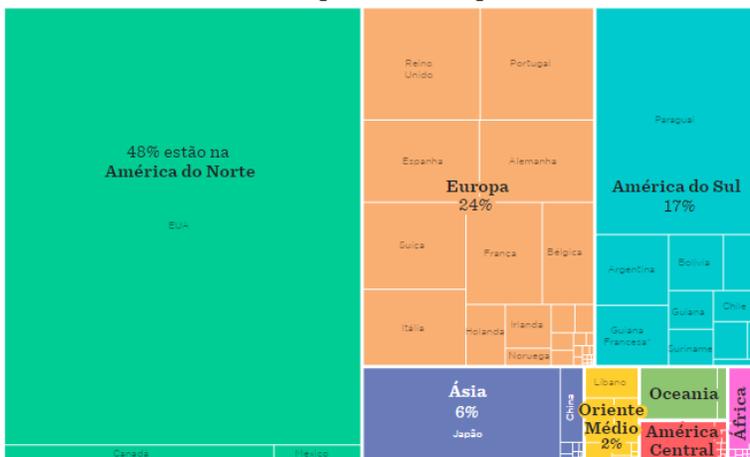


Figura 3: Distribuição dos brasileiros imigrantes por região. Fonte: Brasileiros no Mundo (Itamaraty) e dados de população do Banco Mundial e do Instituto Nacional da Estatística e Estudos Econômicos da França (para Guiana Francesa), 2018.

Com base nesses números, estima-se que são mais de 700 mil brasileiros vivendo na Europa atualmente, razão pela qual não seria injustificado apontar como um risco o fato de que a assinatura da presente “proposta normativa” pode vir a gerar um aumento das imigrações ilegais de cidadãos brasileiros para a Europa.

Para evitar o aumento do fluxo ilegal de brasileiros para a Europa após a assinatura do decreto que determina a isenção recíproca dos vistos, será necessário que Brasil e Comunidade Europeia se reúnam o quanto antes para estabelecer alguns critérios de controle a serem impostos aos viajan-

tes, tais como, em lista meramente sugestiva: endereço de estadia, telefone de contato e passagem de volta previamente comprada, dentre outros.

## Conclusão

O presente texto buscou aplicar os conhecimentos da disciplina Análise Econômica do Direito através da aplicação das técnicas de Avaliação de Impacto Econômico ao Decreto nº 7.821/2012, que estabeleceu a Isenção de Vistos entre o Brasil e a Comunidade Europeia. Para tanto, optamos por escrever o presente texto considerando que o decreto em estudo ainda não havia sido assinado, de forma que seria possível submeter seu conteúdo material e formal a todo o processo de avaliação do impacto legislativo antes de chegarmos à versão final (já devidamente assinada em 2012).

Ao longo do texto, foram analisados ou propostos, item a item, diversos aspectos da avaliação de impacto legislativo, dentre os quais: a descrição do problema que se pretendia resolver com a proposição, a enunciação formal do objetivo da proposição, a apresentação de alternativas para atingir o objetivo desejado com a normativa, uma análise de custo-benefício entre as alternativas apresentadas, verificação e estudo de legislação prévia sobre o tema, avaliação de impactos distributivos da norma propostas, avaliação de custos administrativos para manter a normativa em vigor e, finalmente, avaliação de possíveis efeitos colaterais, conforme fluxo orientativo descrito no documento *Impact Assessment Guidelines*, publicado pela Comissão Europeia.

A conclusão desse trabalho é que a assinatura da presente “proposta normativa” gera muito mais benefícios para a sociedade brasileira e europeia do que riscos a esses países. Os benefícios decorrentes do aumento da integração entre as nações, intercâmbio cultural, estímulo ao turismo e ao fomento de negócios em muito superam o risco do aumento de imigração ilegal de brasileiros para a Europa (ou mesmo de imigrantes europeus para o Brasil, ainda que significativamente improvável).

Por fim, a manutenção da vigência efetiva dessa normativa após sua assinatura não consome em nada os tributos brasileiros, e ainda atende à um antigo desejo de importante parcela da sociedade brasileira. Diante de todos o exposto, entendemos que a presente “proposta normativa”

cumpre os requisitos estabelecidos pela Avaliação de Impacto Legislativo, estando apta a ser assinada, e se tornar o Decreto nº 7.821/2012, apresentado a seguir.

“Presidência da República Casa Civil

DECRETO Nº 7.821, DE 5 DE OUTUBRO DE 2012

Promulga o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a União Europeia sobre Isenção de Vistos de Curta Duração para Portadores de Passaportes Comuns, firmado em Bruxelas, em 8 de novembro de 2010.

A **PRESIDENTA DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso IV, da Constituição, e considerando que a República Federativa do Brasil e a União Europeia firmaram, em Bruxelas, em 8 de novembro de 2010, o Acordo sobre Isenção de Vistos de Curta Duração para Portadores de Passaportes Comuns;

Considerando que o Congresso Nacional aprovou esse Acordo por meio do Decreto Legislativo no 245, de 28 de junho de 2012; e

Considerando que o Acordo entra em vigor para a República Federativa do Brasil, no plano jurídico externo, em 1o de outubro de 2012, nos termos do parágrafo 1 de seu Artigo 9o;

**DECRETA:**

Art. 1º Fica promulgado o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a União Europeia sobre Isenção de Vistos de Curta Duração para Portadores de Passaportes Comuns, firmado em Bruxelas, em 8 de novembro de 2010, anexo a este Decreto.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional atos que possam resultar em revisão do Acordo, e ajustes complementares que, nos termos do inciso I do caput do art. 49 da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 5 de outubro de 2012; (...).

DILMA ROUSSEFF  
Antonio de Aguiar Patriota”. (BRASIL, 2012).

## Referências bibliográficas

AGÊNCIA EFE. **Reino Unido desiste de exigir visto para que brasileiros entrem no país.** Londres: fev.2009. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL993920-5602,00-REINO+UNIDO+DESISTE+DE+EXIGIR+VISTO+PARA+QUE+BRASILEIROS+ENTREM+NO+PAIS.html> . Acessado em 30/09/2018.

AGÊNCIA ESTADO. **Reino Unido quer vigiar saída de brasileiros em Cumbica.** Brasília: ago.2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL724783-5598,00-REINO+UNIDO+QUER+VIGIAR+SAIDA+DE+BRASILEIROS+EM+CUMBICA.html> . Acessado em: 30/09/2018.

ALMEIDA, Rodolfo; ZANLORENSSI, Gabriel. **Em que países vivem os brasileiros no exterior, segundo o Itamaraty.** São Paulo: fev.2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/grafico/2018/02/16/Em-que-pa%C3%ADses-vivem-os-brasileiros-no-exterior-segundo-o-Itamaraty> . Acessado em: 30/09/2018.

BRASIL. **Decreto nº 7.821, de 05 de outubro de 2012.** Promulga o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a União Europeia sobre Isenção de Vistos de Curta Duração para Portadores de Passaportes Comuns, firmado em Bruxelas, em 8 de novembro de 2010. Brasília: 2012.

BRASIL. **Decreto nº 66.689, de 11 de junho de 1970.** Regulamenta o Decreto-lei nº 941, de 13 de outubro de 1969, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, e dá outras providências. Brasília: 1970.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia.** Porto Alegre: 2010. Bookman, 5a ed.

EUROPEAN COMISSION. **Impact Assessment Guidelines.** Bruxelas: jan.2009. Acessado em: 30/09/2018. Disponível em: [http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/commission\\_guidelines/docs/iag\\_2009\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_en.pdf) .

MERCOSUL. **Decreto CMC nº 48 de 2000**. Formaliza acordo entre os países do Mercosul para eliminação da necessidade de visto entre os países membros. Florianópolis: 2000.

MDIC. **Exportações – Brasil – Mercados principais A: Europa, Estados Unidos (EUA/USA), Ásia, Mercosul, África, Oriente Médio, Europa Oriental, e outros – Mudanças percentuais e de posição na participação total: 2002 – 2010**. Brasília: mar.2011. Website: Economia - Comércio Exterior . Disponível em: <https://brasilfatosedados.wordpress.com/page/2/> . Acessado em: 30/09/2018 [1].

MDIC. **Exportações brasileiras fecham 2010 com recorde histórico**. Brasília: jan.2011. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2011/01/exportacoes-brasileiras-fecham-2010-com-recorde-historico> . Acessado em: 30/09/2018 [2].

MELLO, Flávia C.; **Teoria dos Jogos e Relações Internacionais: um Balanço dos Debates**. Rio de Janeiro: 1997. BIB, n.44, p.105-119.

MENEGUIN, Fernando B.; SILVA, Rafael. S. (org.). **Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação**. Brasília: 2017. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/535244> . Acessado em 30/09/2018.

MENEGUIN, Fernando B.; **Unid. III \_ Legística e AIL**. Orlando: 2018. Ambra, material de aula da disciplina de mestrado *Law and Economics*. Disponível em: <http://www.ava.portalambra.com> . Acessado em 30/09/2018.

SALINAS, Natasha S.C. **Avaliação Legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor**. São Paulo: 2008, p.1-256. Faculdade de Direito/USP. Disponível em: [http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-31032009-153959/publico/Dissertacao\\_Natasha\\_VF\\_2.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-31032009-153959/publico/Dissertacao_Natasha_VF_2.pdf) . Acessado em 30/09/2018

# A segurança jurídica das decisões do conselho administrativo de defesa econômica perante a transição normativa de 1994 a 2011

*Rafael de Paiva Matias*

## Introdução

Este trabalho aborda a Lei antitruste, reformulada na Lei 12.529/2011, colocando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em atividade para o combate a toda e qualquer atividade de truste, ou seja, evita a utilização de meios que limitem o caráter competitivo de mercado. Composto pelo Conselho de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), ele tem com o objetivo de preservar o princípio da livre concorrência, consagrado pelo artigo 170, IV da Constituição Federal de 1988.

Em relação ao CADE, discute-se sobre a efetividade de suas decisões e seus reflexos no mundo jurídico e no mundo dos fatos, ou seja, as formas com as quais são cumpridas suas decisões. Nesse ponto é interessante destacar que as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica dividem-se em dois tipos, podendo ser discricionárias ou vinculadas. Essas categorias são importantes para compreender a autonomia desse órgão administrativo.

Respeitados os requisitos legais, o ato discricionário é aquele que permite uma maior liberdade de atuação do órgão administrativo, não estando sujeito ao controle judicial no que se refere à competência do agente, são “discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e de seu modo de realização” (MEIRELLES, 2000, p 158)

Os atos vinculados são submetidos ao controle judicial em sua integralidade, pois desde seu objeto até suas formalidades típicas estão previstas e determinadas em lei. Portanto, tem-se que a revisão judicial das decisões do CADE não reduz sua autonomia enquanto órgão administrativo, mas há que se observar quando essa intervenção é cabível de forma plena ou limitada pela natureza jurídica do ato praticado.

A partir disso, o presente trabalho trará uma reflexão sobre o que é o antitruste e buscará analisar a efetividade do CADE através de uma revisão de literatura, com base na metodologia sistemática. O estudo terá como base o caso Garoto e Nestlé Brasil e pretende responder o seguinte questionamento: a mudança na decisão do CADE no caso Nestlé e Garoto representa uma instabilidade ou insegurança jurídica nas decisões antitruste no Brasil?

Desta forma o desenvolvimento desta revisão teórica justifica-se pela necessidade de entender se os mecanismos regulatórios adotados na Lei 12.529 de 2011 estão sendo efetivos através das decisões do CADE, ou se este está sendo apenas como mais uma forma de burocracia para determinadas escolhas por parte das empresas privadas.

O presente trabalho é composto por duas partes, na qual a primeira remete-se a um breve relato histórico sobre a legislação antitruste, principalmente no que concerne à legislação brasileira, partindo do decreto Malaia e caminhando pelas constituições que passaram a considerar cada vez mais o antitruste até a atual Lei 12.529/2011, que regula o antitruste no Brasil. Na segunda parte do trabalho uma descrição detalhada do caso concreto, ora analisado, Nestlé e Garoto, com as principais informações disponibilizadas pelo CADE, cabendo ressaltar que esta é uma operação que se encontra em curso.

## 1. Leis de defesa da concorrência e a criação do CADE

A Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), foi criada, inicialmente pelo ministro do trabalho, Agamennon Magalhães, pela Lei Malaia<sup>125</sup>, com o objetivo de averiguar as práticas contrárias aos interesses da economia nacional<sup>126</sup>, porém a mesma foi revogada após Getúlio Vargas ter sido deposto.

Apesar desse aparente atraso na criação do referido órgão, observa-se que na constituição de 1946, em seu artigo 148, frisou-se a repressão ao abuso do poder econômico:

Art. 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. (BRASIL, 1946)

Contudo, o Projeto 122/1948, proposto pelo então Agamenon Magalhães em 1948, só foi sancionado, em 10 de setembro de 1962, quando foi finalmente criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, conforme estabelece a Lei 4.137/62:

Art. 8º E criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei. (BRASIL, 1962)

Porém não demorou para que este órgão fosse fortemente desacreditado, segundo Paula Forgioni (2016), Eduardo Gaban e Juliana Domin-

---

125. Art. 19. A fim de dar cumprimento ao disposto neste decreto-lei, fica criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (C.A.D.E.), órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao Presidente da República. (Lei 7.666/1945)

126. Estas seriam, a elevação dos preços de venda dos respectivos produtos, supressão da liberdade econômica ou a influência do mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio. (FORGIONI, 2016, p. 108).

gues (2016), tendo em vista que até 1974, o CADE só havia julgado 11 casos e em somente um houve a condenação. Nas palavras de Bandeira (1979, p. 136), naquele período: “(...) o CADE, em todos os seus anos de existência sempre se caracterizou pela inoperância, jamais tomando qualquer atitude para coibir os abusos do poder econômico, que lhe chegaram ao conhecimento”

Urge salientar que em 1991, o novo governo, sem revogar a Lei 4.137/62, promulgou a Lei 8.158/91, que instituiu a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) vinculada ao Ministério da Justiça e depois denominada de Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), passando a atuar conjuntamente com o CADE.

Ainda assim, promulgou-se em 1994 a Lei 8.884, que trouxe uma sistematização da matéria antitruste e transformou o CADE em uma autarquia federal, conforme pode-se verificar, pelo artigo 3º, desta Lei:

Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.

Posteriormente, com a promulgação da Lei 12.529/2011, manteve-se o sistema de defesa da livre concorrência, admitido pela Lei 8.884/94<sup>127</sup>, assim como o triplo foco de atuação, qual seja: (i) o controle de estruturas, (ii) o controle de condutas anticoncorrenciais e a (iii) a advocacia da concorrência. Por consequência disto, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), no sistema atual<sup>128</sup>, é composto

---

127. Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

128. Principais inovações: (i) Reestruturação do SBDC, ao passo que secretaria de acompanhamento econômico do Ministério da Fazenda, teve suas funções diminuídas, cabendo a ela promover a concorrência junto a própria administração, enquanto o CADE incorporou a SDE, e passou a ser composto por um Tribunal Administrativo e Superintendência-Geral. (ii) Imposição de dever de apresentação prévia dos atos de concentração, ou seja, sem a aprovação do CADE os atos de concentração não podem ser consumados (art. 88, §3º). (iii)

pelo CADE<sup>129</sup> e Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda (SEAE).

O objetivo do CADE é reprimir os abusos do poder econômico, no que tange aos prejuízos que venham a ser causados pelas empresas aos consumidores. As práticas consideradas lesivas aos consumidores recebem sanções que vão desde multas até a cisão de sociedade. Para respaldar e dar efetividade a suas decisões, o CADE conta com ampla soma de prerrogativas, sendo-lhe facultado solicitar informações às empresas quando desejar, examinar sua contabilidade e aplicar sanções no caso de não ser atendido.

Não obstante, pode solicitar a assistência e a colaboração das autoridades e serviços federais ou autárquicos, sujeitando-os à pena de suspensão ou demissão caso venham a dificultar ou retardar sua ação. Para instruir os processos, conta com o apoio da Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, e da Secretaria de Assuntos Econômicos (SEAE), do Ministério da Fazenda.

## 2. A lei 12.529 De 2011

A entrada em vigor da nova lei antitruste brasileira, reformulou o funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), definindo um novo esquema organizacional, sendo agora composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF).

O CADE passou a ser composto por três órgãos: Tribunal Administrativo, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos. O Tribunal Administrativo assumiu as atribuições do plenário do CADE, julgando os processos administrativos de infração à ordem eco-

---

Aumento do poder da Administração Pública, principalmente no que tange aos poderes que envolve o ato investigatório em relação ao disposto em lei anterior. (iv) Modificação da forma de cálculo das multas por infração à ordem econômica, desta forma passou a ser de 0,1% a 20% do valor de faturamento bruto do último faturamento anterior a instauração do processo administrativo (v) Aumento dos recursos materiais à disposição do CADE, com a criação de 200 cargos de “especialistas em políticas públicas e gestão governamental” para exercício no CADE. (FORGIONI, 2016, p. 127-128).

129. Composto por três órgãos: (i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. (ii) Superintendência-Geral. (iii) Departamento de Estudos Econômicos.

nômica e avaliando os atos de concentração. A Superintendência-Geral assumiu as atribuições da atual SEAE/MF, conduzindo as investigações e propondo as possibilidades de acordo ou restrições aos atos de concentrações. O Departamento de Estudos Econômicos tem uma função exclusivamente técnica, sendo dirigido por um economista-chefe e com a obrigação de elaborar estudos e pareceres econômicos. Com isso, a SEAE/MF adota o papel de advocacia da concorrência, opinando sobre os aspectos concorrenciais de normas e políticas em vigor

Ainda, dentre as principais mudanças da nova lei antitruste, salienta-se a necessidade da aprovação prévia do CADE nas operações de fusões e aquisições. Na lei anterior, a análise do CADE ocorria após o ato “concretizado”, porém essa sistemática foi alterada, conforme salientado anteriormente.

Também se alterou a forma de punir os atos anti-concorrenciais, através da cobrança de um percentual de faturamento do ramo de atividade da infração. Isso se mostra mais justo frente ao que antes ocorria, pois, o parâmetro utilizado recaio sobre o percentual do faturamento bruto da empresa, independente das atividades econômicas que a empresa tinha como objetivo social.

Outra exigência que perdeu o efeito foi o fim da necessidade de empresas que possuam mais de 20% do mercado relevante terem que notificar ao CADE sobre possíveis atos de concentrações. Com a nova legislação, isto só é exigido para empresas que tenham registrados no faturamento bruto, do último balanço ou volume de negócios, a quantia de 400 milhões e o outro grupo envolvido tenha registrado o valor de 30 milhões, dentro do País. Conforme verifica-se no artigo 88 da atual lei antitruste:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). (BRASIL, 2011)

Também se modificou o prazo que antes era de 120 dias, para a tomada de decisões pelo CADE, havendo a interrupção na contagem dos prazos sempre que novas informações eram solicitadas, o que atualmente não ocorre. O prazo em vigor é de 240 dias, podendo ser prorrogado até mais 90 dias, sem interrupção da contagem.

Nessas diversas mudanças, é possível observar que a Superintendência-Geral pode a qualquer momento inspecionar empresas, mesmo sem autorização judicial ou notificação prévia. O que não ocorria na antiga legislação onde devia-se notificar com 24 horas de antecedência.

Na Lei 8.884/94, não havia previsão de acordo de leniência para os casos de cartéis em licitação ou crime de formação de quadrilha - condutas que passam a ter previsão na nova legislação. A pena não é tão somente de multa, o que culmina na ausência de suspensão condicional do processo.

### 3. O caso Nestlé e Garoto

Em 15 de março de 2002, as empresas Nestlé Brasil LTDA (Nestlé Brasil) e Chocolates Garoto S.A. (Garoto) enviaram ao CADE a operação de compra realizada pela Nestlé em 22 de fevereiro de 2002. A operação foi submetida com base no artigo 54 da Lei nº 8.884/94<sup>130</sup>, “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011)”, desta forma qualquer ato que pudesse limitar ou prejudicar a livre concorrência, dever-se-ia ser remetido à apreciação do CADE.

O controle exercido pelo CADE tem o caráter preventivo e repressivo. No caso em comento, foi uma situação preventiva, uma vez que ambas as empresas submeteram ao CADE a análise de uma possível fusão entre as duas empresas. A avaliação do CADE passa a ser fundamental para garantir um equilíbrio econômico. Segundo essa visão, o parecer da secretária de direito econômico, atuante na referida autarquia, concluiu que:

Essa fusão geraria uma grande concentração no mercado relevante de chocolate de consumo imediato, de caixas de bombons,

---

130.Revogada pela Lei nº 12.529/2011.

de ovos de páscoa, bem como geraria um monopólio no mercado de cobertura de chocolate líquida, pois somente a Nestlé e a Garoto oferecem este produto no mercado, o que poderia ocasionar um aumento no preço desse e de outros produtos, não dando opção ao consumidor senão ao pagamento desse preço elevado. (BOUÉRES, 2013, [internet]).

Verifica-se a nítida preocupação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica com a manutenção do potencial concorrencial de mercado, tendo em vista o benefício para o consumidor final. É importante frisar que, apesar do ato de comunicação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica ter ocorrido após a aquisição de ações pela empresa Nestlé, para que se resguardasse ambas as empresas envolvidas de danos irreversíveis, foi feito um Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO)<sup>131</sup>, nos termos da resolução nº 28 do CADE.

Para analisar esta operação, é importante entender a definição de mercado relevante, pois este é o responsável por focar todos os estudos estatísticos, e verificar se determinado ato está ou não passível de impedimento. Neste sentido, Marina Moreira da Gama traz a seguinte definição: “o menor espaço econômico, em termos de produtos e geográfico, no qual o poder de mercado é possível de ser exercido por uma firma atuando de forma isolada ou grupo de empresas agindo de forma coordenada, durante um certo período de tempo”. (DA GAMA, 2005, p. 3). No caso em comento, a análise da SEAE, levou em consideração os seguintes mercados relevantes: (i) cobertura de chocolates; (ii) chocolates sob todas as formas; (iii) bombons; (iv) caixa de bombons; (v) tabletes; (vi) snacks; (vii) *candy bars*; (viii) ovos de páscoa; e (ix) formatos variados.

Em virtude disso, uma análise de mercado fora feita pela SEAE e pelo Conselheiro-Relator Thompson Andrade, da seguinte forma, segundo Felipe Charello de Souza Pinto e Daniel Francisco Nagao Menezes (2015, p. 136):

---

131. Esta foi a primeira APRO na história do CADE.

Tabela 1 - Estrutura de Oferta - Participação percentual com Base no faturamento 2001, por mercados relevantes SEAE

Mercado relevante	Nestlé (A)	Garoto (B)	(A+B)	Arcor	Lacta	Fer-rero	Ou-tros	Total
Cobertura de chocolate	22,10	66,40	88,50	11,40				100
Chocolate sob todas as formas	33,94	24,47	58,41	3,40	33,15	3,40	1,64	100
Bombons	8,05	26,13	34,18	8,11	49,48	5,89	2,34	100
Caixa de bombons	43,25	29,92	73,17	25,83	0,70	0,29		100
Tabletes	40,78	22,13	62,91	5,73	27,96	0,65		97
Snacks	7,63		7,63		88,16	4,20		100
Candy Bars	80,48	2,92	83,40		8,87		6,92	99
Ovos de Páscoa	28,01	26,77	54,78	5,70	37,81	0,02	1,68	100
Formatos Variados	28,01	26,77	54,78	0,13		33,90		89

O parecer final da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) foi de que haveria a possibilidade da nova empresa gerada a partir da fusão de ambas as empresas exercer poder sobre mercado, entretanto, compreendeu que a decisão deveria ser do plenário do CADE. Não obstante, entendeu também, que o referido mercado era homogêneo e, em virtude disso, deveria ser aprovada a fusão entre as referidas empresas, pois não haveria o estabelecimento de poder de mercado. Contudo,

a Secretaria de Direito Econômico (SDE) discordando da decisão prolatada pela SEAE propôs uma delimitação de mercado relevante diferente daquela tratada anteriormente, sendo esta: (i) cobertura de chocolate sólida; (ii) cobertura de chocolate líquida; (iii) chocolates de consumo imediato; (iv) tabletes entre 101g e 400g e *multipack*; (v) tabletes entre 401g e 500g; (vi) ovos de páscoa e (vii) caixas de bombons.

Nesse sentido, foi trabalhada a análise pelo Conselheiro-Relator Thompson Andrade e a SDE, culminando no seguinte estudo:

Tabela 2 - Participação Percentual da Nestlé nos mercados Relevantes SDE, antes e após a operação – 2001

Mercado Relevante	Participação da Nestlé (antes da operação)	Participação da Nestlé (depois da operação)
Cobertura de Chocolate Sólida	16,3	88,5
Cobertura de Chocolate Líquida	72	100
Chocolates de Consumo Imediato	34	63,1
Tabletes entre 101g e 400g e Multipack	36,9	52,9
Tabletes entre 401g e 500g	23,5	75,9
Ovos de Páscoa	17,6	34,2
Caixas de Bombons	37,3	66

O posicionamento da SDE demonstra que a aquisição da empresa Garoto pela Nestlé, traria a possibilidade desta última exercer poder sobre o mercado e que possivelmente, no curto prazo, esse poder não poderia ser inibido. Não obstante, trouxe um entendimento oposto ao da SEAE, ao afirmar que para os consumidores este não é um mercado homogêneo, pois

a marca teria importância fundamental na escolha dos consumidores. Por fim, adicionou que deveria ser observado com atenção o mercado de coberturas de chocolates líquidas, onde a nova empresa passaria a ter o monopólio de mercado. Por isso, a SDE, assim como a procuradoria do CADE, concluiu que somente seria possível a aprovação deste ato se fossem fixadas barreiras ao exercício do poder de mercado decorrente da fusão.

Após a apresentação deste relatório, bem como de impugnações de concorrentes, tais como Kraft Foods e Cadbury e a realização de duas audiências reservadas, o CADE concluiu pela desconstituição da operação, por maioria de votos, sob a alegação de que a eliminação da Garoto, um dos três principais *players*<sup>132</sup> do mercado de cobertura de chocolate e chocolates sob todas as formas iria reduzir excessivamente a rivalidade nesse mercado, podendo diminuir o bem-estar do consumidor. As partes requerentes solicitaram uma reconsideração da decisão do CADE, o que foi recusado em 03 de fevereiro de 2005 e por isso entraram com novo recurso, propondo alienação parcial da produção e marca. Tal proposta foi rejeitada em 27 de abril de 2005.

Desta forma, diante de sucessivas recusas do CADE, a empresa Nestlé ingressou com demanda judicial frente a 4º Vara da Justiça Federal de Brasília, alegando que os conselheiros do CADE não observaram o prazo de 60 (sessenta) dias para a análise e decisão a respeito da operação, com fulcro no artigo 54, parágrafos 6º e 7º, da Lei 8.884/94. Com base nesta argumentação, o magistrado Itagiba Catta Pret Neto decidiu pela anulação da votação do CADE e o restabelecimento da operação realizada entre as empresas.

Contudo, o CADE apelou da sentença no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que publicou acórdão com a decisão de que o CADE deveria proferir uma nova decisão. Houve, portanto, a anulação da primeira sentença porque o voto do Relator Thompson Almeida Andrade, no pedido de reconsideração analisado, não fora confirmado por novo Relator, motivo pelo qual deveria ser nulo. Ressalta-se que o processo que corre sob o nº 0015018-08.2005.4.01.3400 e estava pendente o julgamento de embargos infringentes, interposto pela Nestlé até 2016, quando esta entrou com um pedido de reanálise do ato de concentração, uma vez que

---

132. Jogadores, tradução do autor.

ocorreram mudanças no mercado, o que poderia possibilitar um novo parecer, tendo em vista que desde 2010 não houve julgamento da demanda.

Nesse sentido, ressalta-se que o CADE, ao reanalisar o caso, condicionou a aprovação ao cumprimento de exigências, que seguem em caráter de sigilo, sem prazo mínimo ou máximo divulgado. Até o presente momento, não existem informações conclusivas, em virtude do sigilo. Portanto, o desfecho deste caso, que já dura mais de 15 anos, está pendente.

#### 4. A segurança jurídica do caso Nestlé e Garoto

O princípio da segurança jurídica<sup>133</sup>, é um dos subprincípios básicos do Estado de Direito, fazendo parte do sistema constitucional como um todo e, portanto, trata-se de um dos mais importantes princípios gerais do Direito. Objetiva assegurar a estabilidade das relações já consolidadas, frente à inevitável evolução do Direito, tanto em nível legislativo quanto jurisprudencial. Visa diversas aplicações, como a proteção ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O princípio da segurança jurídica possui previsão no art. 2º, caput, da Lei 9.784/99, “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” (BRASIL, 1999).

Não obstante, ressalta-se que no caso Nestlé e Garoto, parte do processo ocorreu sob vigência da Lei 8.884/94 e outra parte sob a Lei 12.529/2011. Contudo, pode-se observar que a Nestlé recorreu da decisão tomada pelo CADE através da via judiciária, depois de reiteradas negativas do Conselho. Ocorre que diante da morosidade do judiciário, o mercado econômico dos produtos oferecidos pela Nestlé e Garoto, houve diversas modificações, o que possibilitou o pedido de reanálise.

Com isso, pode-se observar que apesar da mudança de decisão do CADE, isto somente foi possível devido a mudança do mercado relevante, o que não é motivo para uma insegurança jurídica, ao considerar as duas decisões que aparentemente poderiam parecer controversas.

---

133. Também denominado princípio como princípio da confiança legítima (proteção da confiança).

## Considerações finais

Após uma análise sobre o desenvolvimento do Direito Antitruste aplicado no direito brasileiro, é possível perceber que existe a busca por evitar o prejuízo aos consumidores em decorrência de atos anticoncorrenciais de mercado. Para tanto, o CADE presta quase que uma jurisdição para atividades anticompetitivas e atos de concentração, com o objetivo de as evitar. No entanto, foi possível observar que no caso concreto estudado há um lapso de quinze anos desde o requerimento da Nestlé, até o ano de 2017, sem que uma decisão definitiva fosse emanada pela justiça ou pelo próprio CADE. Ainda, deve-se considerar que a Nestlé neste *inter* recorreu ao judiciário, no qual a morosidade foi demasiadamente alta, uma vez que em 12 anos não alcançou um julgamento definitivo.

Após essas considerações, ficou nítido que o CADE não detinha a estrutura que a Lei anterior exigia e com isso uma atualização legislativa fez-se necessária. Dessa forma, ao julgar um caso que já havia sido de certa forma “consolidado”, o referido órgão, que deveria agir de forma preventiva, estaria se tornando um convalidador de atos de concentração, por isso a Lei 12.529 de 2011 corrigiu as ineficiências demonstradas nesse caso concreto ao trazer mais tecnicidade e rigor à atuação do órgão administrativo.

Nesse sentido, ficou nítido para o caso concreto que uma análise após a concretização do ato, não estava sendo eficiente e com a mudança, é com o controle prévio que existe uma melhor forma de manter a segurança jurídica nas decisões do CADE.

Após o exposto, pode-se concluir que não há insegurança jurídica, apesar do grande lapso temporal desde o início da análise deste ato de concentração (Nestlé e Garoto) e mesmo com a mudança da decisão do CADE, uma vez que parte dos trâmites ocorreram sobre a égide da Lei 8.884/94 e outra parte sob a Lei 12.529/2011. Ficou nítido no caso que a reanálise do CADE só foi possível, devido a mudança no mercado relevante, pois dessa forma, utilizando-se da Lei mais recente o CADE conseguiu chegar a um termo e propor um acordo entre as partes, que segue na espera de ser seguido. Contudo, ainda é necessário o acompanhamento do referido caso, que está em vias de ser concluído após o cumprimento das exigências do CADE.

## Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista Diálogo Jurídico, n 14, jun/ago. 2012. Disponível em: <[http://www.dirietopublico.com.br/pdf\\_14/DIALOGO-JURIDICO-14\\_JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf](http://www.dirietopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14_JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf)>. Acesso em: 01/01/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.html)>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. **Secretaria de Direito Econômico (SDE) conclui análise da operação de aquisição da Garoto pela Nestlé**. Brasília: SDE, 2002.

BOUÉRES, Valéria. **O papel do CADE e sua intervenção diante da fusão Nestlé/Garoto**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1110. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/dout-rina/texto.asp?id=2813>> Acesso em: 12/11/ 2017.

CADE. **Tribunal do CADE aprova solução para o caso Nestlé/Garoto**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/tribunal-do-cade-aprova-solucao-para-o-caso-nestle-garoto>>. Acesso em 19/12/2017.

**CARTILHA DO CADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>. Acessado em 11/10/2017.

FIESP, Departamento Jurídico da Federação das Indústrias de São Paulo. **Direito concorrencial: Manual de Práticas Concorrenciais**. Disponível em: <[http://www.fiesp.com.br/sindical-juridica/pdf/cartilha\\_direito\\_concorrencial.pdf](http://www.fiesp.com.br/sindical-juridica/pdf/cartilha_direito_concorrencial.pdf)>. Acessado em 11/10/2017.

CARRIL, Rodrigo Coutinho. **Controle judicial das decisões do conselho administrativo de defesa econômica- CADE**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010\\_2/rodrigo\\_carril.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/rodrigo_carril.pdf)>. Acessado em: 21/12/2017.

COELHO, Fábio Ulhoa, **Manual de Direito Comercial – Direito de Empresa**. 26ª edição. SP: Saraiva, 2014.

DA GAMA, Marina Moreira. RUIZ, Ricardo Machado. **A práxis anti-truste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004**. Anais do XXXIII Encontro Nacional de Economia. N. 109. ANPEC – Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, 2005. Disponível em: < <https://ideas.repec.org/p/anp/en2005/109.html>>. Aceso em 19/12/2017.

DE PLÁCIDO E SILVA, **Vocabulário Jurídico**, 27ª edição, 4ª tiragem, RJ: Forense, 2008.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9ed ver., atualiz. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016.

FURTADO, Rogério Dourado. **Mercado relevante no Direito da Concorrência**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10345&revista\\_caderno=8](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10345&revista_caderno=8)>. Acessado em 11/10/2017.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo: saraiva, 2016.

GABAN, Eduardo Molan. Regulação econômica e assimetria de informação. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 9, n. 5, p. 97-167. 2002.

MARINS, Vinicius. **Direito concorrencial e concentração empresarial: aspectos atuais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 161, 14 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4566>>. Acessado em 11/10/2017.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P 158.
- MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2016, p. 267.
- NUSDEO, Fábio. **O Direito econômico na atualidade**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2015.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – introdução ao direito econômico*. 7 ed. Ver e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresa*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- PANIZZA, Nathalia Brito. **Considerações sobre a lei 12.529 de 2011**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/nova-lei-do-sistema-brasileiro-de-defesa-da-concorr%C3%AAncia-principais-altera%C3%A7%C3%B5es-concernentes>>. Acessado em 25/12/2017.
- PEREIRA, José Matias. **Manual de Defesa da Concorrência: política, sistema e legislação**. São Paulo: Atlas, 2014.
- PINTO, Felipe Chiarello de Souza. MENEZES, Daniel Francisco Nagao, organizadores. **O CADE e a efetividade de suas decisões**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Os fundamentos contra o antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- RIZZO, Guilherme Franzen. **A nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira - Lei nº 12.529/11**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3094, 21 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20688>>. Acessado em 11/10/2017.

# Alternative ways of conflict in the business world and its applicability in the light of defense of competition

*Rafael de Paiva Matias*

## Introduction

Law 12.529/2011 (also known as the Antitrust Law) promoted the restructuring of the Brazilian System for the Defense of Competition, Composed of the Economic Defense Council (CADE), a federal agency linked to the Ministry of Justice and the Secretariat for Economic Monitoring (SEAE) whose aim is preserving the principle of free competition, enshrined in article 170, IV of the Federal Constitution of 1988, to combat any activity of trust, that is, it avoids the use of means that limit the competitive character of marketplace.

It is worth noting that business activity requires speed in its operations, which makes alternative dispute resolution mechanisms ideal for a number of issues that need a quicker and even more effective solution than the State's perpetuated judicial activity .

In this sense, we have business mediation and arbitration as the alternative means of application used at business world, but is not strange that controversys subjected arbitration or mediation can cross Antitrust

Laws competence, and cases like that have questioning, such as: Is it possible a company of mediation or arbitration in matters of Defense of the Competition? If there is an ongoing arbitration or business mediation that get in a competence of the Law, will be effective the decisions taken?

In this way, the present work approaches characteristics of the competitive law, and if this can be a process of formulation of controversy alternative policies, focusing on the arbitration.

The main purpose of this paper is to analyze and explain whether arbitration is a means suitable for to end competitive management conflict, governed by Law 12299/2011.

As especificals objectives it will have a listing about some important forms of controversy involving competitive matter with intent to see the aplicability of mecanisms to controversial forms listed and if there is any subjection from it to Administrative Concil of Economic Defense after solved by respective organs.

Based on the analysis of systematic interpretation about System of Defense of Competition texts, business mediation and arbitration obtained from national and foreign doctrine. It is invited to use the methodology of bibliographical survey, whereas this method to have the perspective of being applicable to the proposed study, to understand the current scenario and, from that, elevate the compreention of the application of business and arbitration mediation in reference to the area of defense of Competition.

The research methods should be understood as tools, which searcher will use according his necessity to understand better or explain a specific phenomenon (LÉTOURNEAU, 2011). Among the research methods, which are unumerous, can be cited the bibliographic, experimental, descriptive non-experimental, exploratory, qualitative and case study.

Each of these tools can be used by the researcher in the search to better understand or explain a particular phenomenon, considering that these are directly related to the objectives to be achieved. It is therefore essential for the researcher to know which method best fits his research object, and that is why, this work will focus on the case study.

Nevertheless, more than one tool/method can be used for the research, which is even advised by some researchers (MARTINS;

THEÓPHILO, 2016), in order to generate a greater reliability in the research, for having more than one mechanism being used to extract data and base the researcher's theses.

## 1. The antitrust in Brazil

The constitution of 1934, in its article 115, elevated to a constitutional level the defense of economic freedom, in verbis: "The economic order must be organized according to the principles of Justice and the necessities of the national life so that makes the worthy existence possible for everyone. Within these limits economic freedom is guaranteed". However, according to Eduardo Gaban and Juliana Domingues, "during this period there was no specific law to regulate competition in the market, except for the Intellectual Property Code" (2016, p.83)

This defense becomes more expressive with the constitution of 1937, as can be seen in its articles 135 and 141:

Article 135 - In the individual initiative, in the power of creation, of organization and of invention of the individual, exercised within the limits of the public patrimony, is founded wealth and national prosperity. The intervention of the State in the economic domain is only legitimized to fill the deficiencies of individual initiative and to coordinate the factors of production in order to avoid or resolve their conflicts and to introduce in the game of individual competitions the thought of the interests of the Nation. Represented by the State. The intervention in the economic domain can be mediate and immediate, coating the form of control, of stimulus or direct management. (...) (Free translate)

Art. 141 - The law shall promote the people's economy by securing special guarantees. Crimes against the popular economy are equated with crimes against the state, and the law should combined it with serious penalties and to proscribed processes and judgments appropriate to its prompt and safe punishment. (Free translate)

It should be noted that it is through Decree-Law 869/1938 that occurs an initial antitrust demarcate in Brazil, in its constitutional form,

since it provides in the constitutional text the prediction of punishment for activities that are anticompetitive, as follows:

Art. 1 The crimes against the popular economy, their guard and their employment will be punished in the form of this law.  
(Free translate)

Art. 2 These are crimes of this nature:

[...]

III - to promote or participate in a consortium, agreement, adjustment, alliance or merger of capital, with a view to preventing or hindering, for purpose of arbitrarily increasing profits, matter competition in production, transport or trade;

IV - To retain or take over raw materials, means of production or products necessary for the consumption of the people, in order to dominate the market in any part of the country and to cause prices to rise;

V - Sell goods below cost price in order to hinder competition;  
(emphasis added)

(Free translate)

These devices are born not from the link between economic liberalism and competitive activity, but from the point of view of protecting consumers from abusive market practices.

It should be noted that the entry into force of the new Brazilian antitrust law, reformulated the operation of the Brazilian System for the Defense of Competition (SBDC), defining a new organizational scheme, and is now composed of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) and the Economic Secretary Monitoring of the Ministry of Finance (SEAE / MF).

CADE was composed of three bodies: the Administrative Tribunal, the General Superintendency and the Department of Economic Studies. The Administrative Tribunal assumed the duties of the plenary of CADE, judging the administrative processes of infraction to the economic order and evaluating the acts of concentration. The Superintendency-General assumed the responsibilities of the current SEAE / MF, conducting the investigations and proposing the possibilities of agreement or restrictions

to the acts of concentrations. The Department of Economic Studies has an exclusively technical function, being directed by a chief economist and with the obligation to elaborate studies and economic opinions. With this, SEAE / MF adopts the role of competition advocacy, expressing its opinion on the competitive aspects of current norms and policies

Among the main changes in the new antitrust law is the need for CADE's prior approval in mergers and acquisitions, which was not predictable in the previous Law, given that CADE's analysis occurred after the act "materialized".

It also changed the way of punishing the anti-competitive acts, which began to take effect through the collection of a percentage of billing in the branch of activity of the infraction. This is more fair compared to what used to happen, since the parameter used was based on the percentage of gross revenues of the company, regardless of the economic activities that the company had as a social objective.

Another requirement that has lost its effect was the end of the need for companies with more than 20% of the relevant market to notify CADE of possible acts of economic concentration. With the new legislation, this is only required for companies that have registered gross sales, last balance sheet or turnover, the amount of 400 million and the other group involved has registered the value of 30 million, within the Country. 88 of the current antitrust law, provides that:

Art. 88. The parties involved in the operation shall submit to the Cade the acts of economic concentration in which, cumulatively:

I - at least one of the groups involved in the operation have recorded, in the last balance sheet, annual gross turnover or total volume of business in the Country, in the year prior to the operation, equivalent to or greater than R \$ 400,000,000.00 (four hundred million reais ); and

II - at least one other group involved in the operation has recorded, in the last balance, annual gross turnover or total volume of business in the country, in the year prior to the operation, equivalent to or greater than R \$ 30,000,000.00 (thirty million reais ). (BRAZIL, 2011)

The CADE decision-making deadline was, in the past, 120 days, with the deadline being interrupted whenever new information was requested, it can be seen that the deadline was somewhat limited for so many analyzes, as a rule are necessary, and therefore the validity term now is of 240 days, being able to be extended until another 90 days, without interruption of the count.

In these various changes, it is possible to observe that the Superintendent-General can at any moment inspect companies, even without judicial authorization or prior notification. This was not the case in the old legislation where it was necessary to notify 24 hours in advance.

In Law 8.884 / 94, there was no provision for a leniency agreement for cases of cartels in the bidding process or gang-forming crime - actions that are now forecast in the new legislation.

## 2. Alternative forms of controversy management

The judiciary faces major challenges, among them the significant increase in demands and their complexities, financial problems, distancing of social aspirations, excessive bureaucracy and the culture of judicialization<sup>134</sup> that is part of our society.

The consequences of these challenges are notorious, lack of effectiveness, lengthy procedures, high procedural costs, quality of judicial performance, dissatisfaction of the parties, as well as the characteristics of the judicial process, which is generally competitive, discourages dialogue and wear away relationships.

Faced with these problems involving state action in the face of conflicts and social demands, it became necessary to analyze the use of appropriate methods of conflict resolution to manage controversies more efficiently, quickly and informally.

---

134. Judicialization means that some matters of broad political or social repercussion are being decided by a body of the judiciary, not by the traditional political bodies: the National Congress and the Executive Branch - in which are the President of the Republic, its ministries and the administration public in general. As intuitive, judicialization involves a transfer of power to judges and courts, with significant changes in the language, argumentation and mode of participation of society. The phenomenon has multiple causes. Some of them express a worldwide trend; others are directly related to the Brazilian institutional model. (BARROSO, [between 2000 and 2017] p.3).

Alternative means of resolving conflicts, such as conciliation<sup>135</sup>, mediation<sup>136</sup> and arbitration<sup>137</sup>, are part of the public policy for the proper treatment of legal disputes, in accordance with Resolution N°. 125/2012 of the National Justice Council (CNJ).

In this sense, negotiation occurs when the parties themselves, or persons hired by it, “negotiate” directly, without the interference of a third party.

Thus, in business practice, negotiating is creating, modifying, regulating or extinguishing business objects in the context of a communication. It can also be emphasized that it is an instrument that aims at a certain purpose, that of conquering something.

Besides that, the conciliation method is a procedure that aims to create practical solutions to the differences through negotiation, as well as to find social peace in the business sphere.

On the other hand, business activities are constantly changing and evolving, and law is not always leading to the expected dynamism. In this sequence, it is known that business relations become increasingly complicated and comprehensive, with the internalization of numerous interests, such as the accelerated multiplication of economic transactions, as well as the increase in corporate volume and quantity, which adopt ever more contemporary and creative in their structures.

Nonetheless, the obstacles encountered by the entire population in the lengthy and costly pursuit of judicial processes have legitimated the discussion of an alternative, faster and possibly more efficient method for resolving conflicts.

---

135. It is defined a conciliation as a technical process (not intuitive), developed by the consensual method, in the self-compositional form, in what a third individual is impartial, after hearing the parts, orienting them, auxiliated with asks, proposals and suggestions to find solutions (from the litigation) that can meet their interests and materializes them in an agreement that leads to the extinction of the judicial process. (BACELAR, 2012)

136. Consider mediation a technical activity performed by an impartial individual without decision-making power, selected or accepted by the parties, as an aid and stimulator of a venture or consensus for a controversy. (BRAZIL, 2015).

137. Arbitration can thus be defined as a private means of resolving disputes arising out of patrimonial rights and available through the arbitrator, usually a specialist in the controversial matter, who will present an arbitral award that constitutes a judicial enforceable title. (DIDIER JR., 2015).

The arbitration method has precisely met these expectations, that is, in international contracts, it is normal to find clauses that explicitly provide that unforeseeable litigation will be submitted to the arbitration method, because there is a priority of a referral, an immediate and swift decision.

Arbitration is not a new method, and it is ostensible as a dispositive in almost all existing legal systems, and as a modality of dispute resolution with national and international level enlargement.

In this way, arbitration is a highly effective method for resolving disputes within the business sphere, especially for disputes concerning trade and contractual matters.

### 3. The arbitration and the administrative council for economic defense

One of the most widely used forms when the subject is an alternative means of dispute resolution, we have in arbitration a dynamic, fast and more specialized method to treat each topic with its specificity., Among the controversies elucidated by the same, competition law issues.

Accordingly, it can be mentioned concentration acts among business, (mergers, acquisitions, incorporations among others), once that their in requirements comply with the requirements of article 88 of Law 12,529 / 2011, there must be prior notification to CADE.

As such, being the competence of CADE, it is permitted that the parties involved in a particular transaction and CADE itself enter into a Concentration Control Agreement (ACC), whose purpose is to solve the problems that that operation would lead to free competition and that could render unfeasible its approve in addition to providing for ways of resolving conflicts between individuals involved.

In 2014, the first agreement had been concluded, providing for the use of arbitration to resolve the private conflict resolution among the participants in the transaction.

Among the advantages of using institutional arbitration in complex business issues, such as those related to competition law, are the time to final decision, cost, predictability of the proceedings and the specialty of the judge.

It is worth mentioning the importance of arbitration in this type of situation, since cases are judged by experts in the field, who have time for a detailed analysis of facts and documents, often of a strictly technical nature.

Thus, it is elucidated that there is no quest to replace or suppress CADE's competence, but since the effects of competitive decisions affect private parties, which would need the Judiciary to solve them, arbitration appears as an effective, serious and economically viable, to bring to the affected parties, and ultimately to the market itself, the legal security for all.

## Conclusion

The current work is aimed at analyzing the application of alternative forms of conflict within the defense of competition, since the competence is of the Administrative Council of Defense of Competition.

Nevertheless, it is observed from what has been exposed up to the present moment that the council itself has already expressed itself in favor of the use of arbitration for a concrete case in 2014, which will be better analyzed in the course of this work.

In this sense, arbitration may constitute a suitable and appropriate means to resolve competitive conflicts, in view of its speed and guarantee of a more specialized decision.

## References

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista Diálogo Jurídico, n 14, jun/ago. 2012. Disponível em: <[http://www.dirietopublico.com.br/pdf\\_14/DIALOGO-JURIDICO-14\\_JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf](http://www.dirietopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14_JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf)>. Acesso em: 01/01/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.html)>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. **Secretaria de Direito Econômico (SDE) conclui análise da operação de aquisição da Garoto pela Nestlé.** Brasília: SDE, 2002.

BOUÉRES, Valéria. **O papel do CADE e sua intervenção diante da fusão Nestlé/Garoto.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1110. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutorina/texto.asp?id=2813>> Acesso em: 12/11/ 2017.

CADE. **Tribunal do CADE aprova solução para o caso Nestlé/Garoto.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/tribunal-do-cade-aprova-solucao-para-o-caso-nestle-garoto>>. Acesso em 19/12/2017.

**CARTILHA DO CADE.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>. Acessado em 11/10/2017.

FIESP, Departamento Jurídico da Federação das Indústrias de São Paulo. **Direito concorrencial: Manual de Práticas Concorrenciais.** Disponível em: <[http://www.fiesp.com.br/sindical-juridica/pdf/cartilha\\_direito\\_concorrencial.pdf](http://www.fiesp.com.br/sindical-juridica/pdf/cartilha_direito_concorrencial.pdf)>. Acessado em 11/10/2017.

CARRIL, Rodrigo Coutinho. **Controle judicial das decisões do conselho administrativo de defesa econômica- CADE.** Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010\\_2/rodrigo\\_carril.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/rodrigo_carril.pdf)>. Acessado em: 21/12/2017.

COELHO, Fábio Ulhoa, **Manual de Direito Comercial – Direito de Empresa.** 26ª edição. SP: Saraiva, 2014.

DA GAMA, Marina Moreira. RUIZ, Ricardo Machado. **A práxis anti-truste no Brasil: uma análise do CADE no período 1994-2004.** Anais do XXXIII Encontro Nacional de Economia. N. 109. ANPEC – Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, 2005. Disponível em: < <https://ideas.repec.org/p/anp/en2005/109.html>>. Aceso em 19/12/2017.

- DE PLÁCIDO E SILVA, **Vocabulário Jurídico**, 27ª edição, 4ª tiragem, RJ: Forense, 2008.
- FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9ed ver., atualiz. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2016.
- FURTADO, Rogério Dourado. **Mercado relevante no Direito da Concorrência**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10345&revista\\_caderno=8](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10345&revista_caderno=8)>. Acessado em 11/10/2017.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo: saraiva, 2016.
- GABAN, Eduardo Molan. Regulação econômica e assimetria de informação. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 9, n. 5, p. 97-167. 2002.
- MARINS, Vinicius. **Direito concorrencial e concentração empresarial: aspectos atuais**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 161, 14 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4566>>. Acessado em 11/10/2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P 158.
- MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2016, p. 267.
- NUSDEO, Fábio. **O Direito econômico na atualidade**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2015.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – introdução ao direito econômico*. 7 ed. Ver e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresa*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- PANIZZA, Nathalia Brito. **Considerações sobre a lei 12.529 de 2011**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/no>

va-lei-do-sistema-brasileiro-de-defesa-da-concorr%C3%AAn-  
cia-principais-altera%C3%A7%C3%B5es-concernentes>. Acessado  
em 25/12/2017.

PEREIRA, José Matias. **Manual de Defesa da Concorrência: política,  
sistema e legislação**. São Paulo: Atlas, 2014.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza. MENEZES, Daniel Francisco Nagao,  
organizadores. **O CADE e a efetividade de suas decisões**. Belo  
Horizonte: Arraes Editores, 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste.  
Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIZZO, Guilherme Franzen. **A nova Lei de Defesa da Concorrência  
brasileira - Lei nº 12.529/11**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16,  
n. 3094, 21 dez. 2011. Disponível em: <[http://jus.com.br/revista/  
texto/20688](http://jus.com.br/revista/texto/20688)>. Acessado em 11/10/2017.

# O intervencionismo estatal por intermédio da política fiscal à luz da constituição federal de 1988

*Thaís Cíntia Cárnio*

## Introdução

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a possibilidade de o Estado intervir no cotidiano econômico do País com vistas a implementar o interesse coletivo. Essa possibilidade está juridicamente respaldada pelas disposições constantes do artigo 174 da Constituição Federativa do Brasil.

Dentre os meios pelos quais essa intervenção poderá ser materializada no cotidiano social e econômico do país, pode-se destacar a adoção de políticas fiscais, de acordo com as quais o Estado pode conceder benefícios ou onerar ainda mais o contribuinte com o objetivo de incentivar ou desmotivar determinadas condutas, conforme as julgue desejáveis ou não para a consecução do bem comum.

O fenômeno que se verifica em determinados tributos e que permite que sejam utilizados como direcionadores de comportamento, além de seu objetivo original, qual seja, a arrecadação de recursos, denomina-se “extrafiscalidade”.

O presente estudo analisará o conceito e as nuances da extrafiscalidade, além de explorar tributos que podem ser utilizados conforme pre-

visto pelos artigos 170 e 174 da Carta Magna, discorrendo a respeito de sua regra matriz de incidência e efeitos dos benefícios fiscais sobre ela.

Ao longo deste trabalho, será possível evidenciar como essa importante disposição constitucional resulta em medidas fiscais que alcançam objetivos nobres, como a preservação do meio ambiente e redução das desigualdades regionais. Nesse sentido, será dado enfoque especial ao IPTU – Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana.

## 1. Ordem econômica e intervenção estatal

A intervenção estatal no cotidiano econômico e social é exteriorizada por meio de normas emanadas pelo Estado.

Rachel Sztajn (2005) ensina que essa inter-relação entre Direito e Economia implica na aplicação de normas jurídicas e considera que a previsão legal de incentivos e punições está associada tanto às instituições estatais, quanto ao raciocínio econômico coletivo. Justamente por esse motivo, devem ser considerados elementos formadores do substrato normativo.

Já Eros Grau (1978) enfatiza que o Direito desempenha função de profunda importância enquanto instrumento de ordenação jurídica, exteriorizada pelo intervencionismo Estatal.

Constitucionalmente, a intervenção do Estado lastreia-se nas disposições gerais constantes do artigo 174, da Constituição Federal.<sup>138</sup> Em linha com essa previsão, o Estado poderá exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica. Procedendo à análise sistêmica desse artigo com o artigo 170 da mesma Carta Magna<sup>139</sup>,

---

138. “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

139. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;

essas ações estatais devem se nortear por princípios de função social da propriedade, proteção ao meio ambiente e redução das desigualdades, dentre tantos outros igualmente relevantes.

Um dos instrumentos que podem ser utilizados para intervir respeitando esses princípios é o tributo. Mediante a adoção de tratamento fiscal diferenciado, torna-se possível influir no cotidiano social e econômico, conforme será abordado no próximo item.

## 2 Política fiscal e extrafiscalidade

Extrafiscalidade é um fenômeno de natureza fiscal de acordo com o qual há a utilização dos tributos para fins que transcendem objetivos estritamente arrecadatários e buscam atingir outros objetivos, influenciando a conduta dos contribuintes.

Geraldo Ataliba (1990) ensina que é lícito recorrer aos tributos com o escopo de atuar diretamente sobre os comportamentos sociais e econômicos dos contribuintes valendo-se dos chamados tributos extrafiscais, que podem tanto resultar em agravamento ou em benefícios fiscais, buscando fomentar ou inibir determinadas condutas como técnicas de conformação social.

Nesse mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles conceitua extrafiscalidade como “a utilização do tributo como meio de fomento ou de desestímulo a atividades reputadas convenientes à comunidade (...) para o atingimento de fins sociais através da maior ou menor imposição tributária.”

Decidir utilizar o tributo com finalidade que não seja estritamente arrecadatória não somente encontra fundamentação constitucional, como também eleva-o ao patamar de instrumento de política fiscal.

Cabe salientar que a extrafiscalidade é comumente associada a benefícios fiscais, com a correspondente redução do impacto tributário, contudo, nem sempre haverá essa diminuição, inclusive havendo a possibilidade de majoração do tributo, pois esse fenômeno se exterioriza de diversas formas.

---

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

(...)”

Considerando o escopo deste trabalho, serão abordadas a seguir apenas duas dessas formas: a isenção e a alteração do critério quantitativo da regra matriz de incidência.

A isenção tributária decorre de uma norma emanada pelo mesmo ente que tem competência para estabelecer e exigir o tributo. Essa norma de natureza isentante produzirá seus efeitos justamente para que a norma tributária não venha a incidir sobre aquele determinado critério material.

Alfredo Augusto Becker (1972) enriquece essa conceituação, acrescentando que o normativo que prevê a isenção consiste na formulação negativa da regra jurídica que estabelece a tributação.

De outra feita, a extrafiscalidade também poderá consubstanciar seus efeitos com a alteração do critério quantitativo da regra matriz de incidência, alterando a alíquota do tributo, seja majorando-a ou diminuindo-a.

Retrata um benefício fiscal, o que enseja a diminuição dos resultados originalmente alcançados pelo critério material e a correspondente redução do impacto arrecadatório do tributo em questão.<sup>140</sup>

Embora, aparentemente, haja um grupo específico de tributos que apresentem essa característica, na realidade todos eles podem ser empregados para influenciar condutas e afetar o resultado das decisões dos contribuintes. Luis Eduardo Schoueri (2013) corrobora esse entendimento, esclarecendo que não há de se falar em tributos neutros em relação ao comportamento dos agentes econômicos. Seja em maior ou menor grau, as medidas adotadas pelo legislador resultarão por induzir a conduta dos contribuintes.

Bem verdade que alguns tributos, dados os elementos que compõem sua regra matriz de incidência, prestam-se à essa finalidade com maior naturalidade e eficácia. Um deles é o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, cuja análise passa-se a desenvolver.

---

140. Conforme lições de Roque Antonio Carrazza (2013): “a extrafiscalidade também se manifesta por meio de desestímulos fiscais, que induzem os contribuintes a não assumirem condutas que, embora lícitas, são havidas por impróprias, sob o aspecto político, econômico ou social. Este é o objetivo alcançado por meio da exacerbação da carga tributária (...). Exemplificando, a fixação de alíquotas altíssimas para o imposto de importação quando incide sobre produtos voluptuários (e.g. perfumes), mas do que aumentar a receita tributária, visa inibir a aquisição de produtos e, não raro, proteger a indústria nacional.

## 2.1 A extrafiscalidade do IPTU

A competência para criação do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU está prevista na Constituição Federal de 1988, na Seção V, art. 156. Nesse mesmo artigo, pode-se verificar o caráter extrafiscal desse tributo:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana; (...)

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

**I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e**

**II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.** (grifos da autora)

Corroborando essa característica, o texto constitucional prevê a possibilidade de o Poder Público valer-se do IPTU para ordenar as funções sociais da cidade e primar pelo bem-estar de seus habitantes.<sup>141</sup>

Suportada por essas previsões, a Municipalidade poderá avaliar as melhores alternativas para desenvolvimento urbanístico e aprimoramento da qualidade de vida dos moradores que vivem na cidade, implementando políticas de expansão à função social da propriedade.

Para alcançar essa finalidade, o Poder Público poderá valer-se do IPTU como instrumento de materialização dessas políticas.

---

141. A Constituição Federal dispõe, em seu artigo 182: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...)”

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

**II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;** (...) (grifos da autora)

## 2.2 Regra matriz do IPTU

Conforme preconizado por Paulo de Barros Carvalho (2005) em suas lições sobre Direito Tributário, as normas são postulados destinados a reger a atividade impositiva do Estado e as regras tributárias que envolvem a instituição desse gravame.

Enfatiza que são poucas as normas efetivamente definidoras da existência do tributo, descrevendo os fatos e sujeitos da relação, bem como os termos determinativos da dívida. Esse último e importante grupo são as chamadas normas-padrão de incidência ou regra matriz de incidência tributária (CARVALHO, 2005).

A regra matriz de incidência é composta da hipótese tributária e do conseqüente tributário. A hipótese é formada pelo critério material (elemento nuclear do tributo), critério espacial e temporal, que especificam, respectivamente, o local e o momento no qual o critério material se perfaz.

De outra feita, o conseqüente tributário compreende o critério pessoal, identificando quem é o poder tributante e o contribuinte, e o critério quantitativo, especificando a base de cálculo e a alíquota do tributo.

Conforme explanado anteriormente, o critério material refere-se ao comportamento das pessoas físicas ou jurídicas que ensejará a incidência tributária, “é o núcleo da hipótese de incidência, composto por verbo e complemento, que descrevem abstratamente uma atuação estatal ou um fato do particular” (CARVALHO, 2009, p. 618).

O critério material do IPTU é ser proprietário pleno, co-proprietário<sup>142</sup>, fiduciário que exerça a propriedade, enfiteuta, usufrutuário, compromissário-comprador com posse, usuário com posse ou titular do direito real de habitação, possuidor com ânimo de ser proprietário, de imóvel localizado na zona urbana do Município (BRASIL, 1966).

Outro elemento importante para a formação da regra matriz é o critério espacial. Conforme dispõe o artigo 32 do Código Tributário Nacional - CTN<sup>143</sup> (BRASIL, 1966), o que enseja a incidência tributária é propriedade ou domínio útil de imóvel localizado na zona urbana do Município.

---

142. Essa hipótese refere-se aos casos de condomínio.

143. Assim designada a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Essa delimitação da incidência do IPTU permite distinguir entre o alcance desse imposto e do Imposto Territorial Rural - ITR. Essa diferenciação é especialmente importante ao se considerar dois tributos de esferas de competência diversas, pois cabe à Municipalidade a criação do IPTU, enquanto o ITR é um imposto federal.

Complementando essa previsão, as disposições constantes do CTN, em seu artigo 32, §1º, distingue a zona urbana da zona rural, considerando como áreas urbanas aquelas assim definidas em lei municipal, desde que apresentem ao menos duas das seguintes melhorias, construídas e mantidas pelo Poder Público: meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; abastecimento de água; sistema de esgotos sanitários; rede de iluminação pública; escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel em questão (BRASIL, 1966).

Ainda parte da regra matriz, o critério temporal é marco temporal contido na hipótese tributária para a configuração de sua ideia abstrata. No caso do IPTU, o imposto é lançado anualmente, cabendo a cada Município delimitar a data de que terá ocorrido o fato jurídico tributário, ou seja, na data delimitada será considerada a existência ou não de imóvel e suas edificações, identificando seu proprietário.

Uma vez presentes esses elementos formadores da hipótese tributária, passa-se à análise da segunda parte da estrutura da regra matriz: o consequente tributário, formado pelos critérios pessoal e quantitativo.

O critério pessoal divide-se em sujeito ativo e o sujeito passivo. O sujeito ativo é a pessoa política de direito constitucional competente para criar o tributo e legislar sobre a matéria tributária, respeitando as normas gerais de Direito Tributário e as limitações a esse poder trazidas pela Carta Magna. Como regra geral, no caso do IPTU, o sujeito ativo é o Município da situação do imóvel, conforme artigo 156 da Constituição Federal.

Já o sujeito passivo será o devedor da obrigação tributária. Nessa categoria, está inserida qualquer pessoa, física ou jurídica, proprietária plena do bem predial ou territorial, ou, quem tenha o domínio útil ou qualquer tipo de posse com ânimo, exercício ou exteriorização de se tornar pleno proprietário. Essa conceituação abarca o fiduciário que tem a propriedade; o enfiteuta (titular do domínio útil); o usufrutuário; o possuidor com *animus domini*.<sup>144</sup>

---

144. Aquele que já tem a propriedade ou pode tornar-se proprietário da coisa.

Por fim, completando a regra matriz de incidência, há o critério quantitativo, composto por dois elementos: a base de cálculo e a alíquota.

A base de cálculo traduz a amplitude que o comando nuclear da hipótese tributária alcançará. Uma vez definida, será potencializada por outro componente, a alíquota, resultando no valor do débito tributário.

Considerando que essa variável exprime os valores a serem pagos pelo contribuinte, Amílcar Falcão esclarece que a base de cálculo é a verdadeira e autêntica expressão econômica da hipótese de incidência (FALCÃO, 1994, p. 138).

Uma vez estabelecida a fórmula da regra matriz de incidência do imposto em análise, serão expostos casos nos quais o IPTU foi empregado para fins extrafiscais.

### 3. Exemplos da efetividade extrafiscal do IPTU

Um dos exemplos de como o IPTU pode ser utilizado de maneira proveitosa para o interesse coletivo é a Lei Complementar nº 640/2008, aprovada pela Cidade de Santos, no Estado de São Paulo (SANTOS, 2008).

Esse normativo estabelece isenções para a recuperação de edifícios de interesse histórico e arquitetônico. Além disso, busca incentivar o uso habitacional na área de proteção cultural e na periferia dela; bem como promover acessibilidade às edificações e equipamentos urbanos às pessoas portadoras de deficiência ou de mobilidade reduzida, dentre outras ações.

Como se pode observar, não somente há o claro intuito de restauração do patrimônio histórico, como também o olhar humano sobre essa questão, abarcando incentivo à moradia nessas áreas e fomentando a acessibilidade para melhor trânsito de pessoas.

Também a Prefeitura de Porto Alegre, capital do Rio Grande do Sul, atentou para as desigualdades econômicas. A Lei Complementar nº 7, de 07 de dezembro de 1973, atualizada pela Lei Complementar nº 786, de 24 de dezembro de 2015, estabeleceu três grupos de beneficiários que podem solicitar a isenção do IPTU: o primeiro é composto por deficientes físicos, deficientes mentais, ou seus responsáveis legais, reconhecidamente pobres; o segundo é integrado por viúvas ou órfãos menores não emancipados, reconhecidamente pobres; e o terceiro, por

aposentados, inativos ou pensionistas de previdência oficial em caráter permanente, que recebam até (3) três salários mínimos e sejam proprietários de único imóvel no município, cujo preço de venda não exceda 60.000 (sessenta mil) Unidades Fiscais do Município - UFMs (cerca de R\$ 219.006,00), ou por beneficiários de pensão que tenham herdado imóvel nestas condições (PORTO ALEGRE, 2015).

Ademais, estando a Municipalidade ciente da queda da capacidade econômica dos cidadãos que se aposentam, criou um benefício fiscal exclusivo para aqueles cujos imóveis apresentem valor venal superior às 60.000 UFMs. De acordo com a legislação, será considerada como base de cálculo para o lançamento de IPTU apenas o montante que venha a exceder esse teto, diminuindo, portanto, o valor final da obrigação tributária.

Mais um exemplo enriquecedor da aplicação do IPTU como forma de reduzir as desigualdades regionais foi o benefício fiscal concedido para a implementação da Zona Franca de Manaus, que resultou na expansão econômica e desenvolvimento da Amazônia Ocidental, propiciando maior integração produtiva e social dessa região distante dos principais centros produtivos do país (SUFRAMA, 2013).

Outro objetivo refere-se à segurança nacional, pois o desenvolvimento dessa região também auxilia na proteção das fronteiras internacionais brasileiras.

A isenção de IPTU pelo município de Manaus foi concedida às empresas industriais que se instalassem ou expandissem seu parque industrial na área da Zona Franca de Manaus, conforme disposto na Lei nº 427, de 8 de janeiro de 1998 (SUFRAMA, 2014).

Como resultado, a área industrial da Zona Franca de Manaus desenvolveu-se a ponto de somar aproximadamente seiscentas indústrias instaladas naquela região, criando empregos diretos e outras oportunidades indiretas de trabalho para seus habitantes.

A utilização do caráter extrafiscal do IPTU transcende fronteiras, sendo também empregado em outros países. O exemplo internacional mais próximo pode ser verificado na Argentina, país vizinho.

Em 2013, foi publicada pela Cidade de Buenos Ayres, capital da Argentina, a Lei nº 4.428, conhecida como lei dos telhados e terraços verdes, (Buenos Aires, 2016). Esse normativo prevê a redução do IPTU

em até 20% (vinte por cento) para os proprietários de imóveis com telhado ou terraços verdes, assim denominada cobertura de uma edificação para permitir a instalação de um pequeno jardim sobre ela. Em última análise, envolve a colocação de uma camada de solo, irrigação e outros elementos de proteção física das partes superior das construções com vistas a permitir o cultivo de plantas.

A cidade portenha buscou implementar mecanismos para a diminuição da aridez e da temperatura interna das edificações dos centros urbanos, proporcionando a seus cidadãos mais conforto com o meio ambiente em que vivem.

Ademais, a queda de temperatura permite a redução do consumo de energia elétrica destinada a equipamentos de refrigeração, como condicionadores de ar e ventiladores, aliando a questão econômica ao desenvolvimento sustentável das cidades populosas.

## Conclusão

A Constituição Federal permite claramente a intervenção do Estado no cotidiano social e econômico do país. Para tanto, essa intervenção devem ser parametrizadas por certos objetivos, como a valorização do trabalho e da livre iniciativa; a função social da propriedade; a defesa do meio ambiente mediante; a redução das desigualdades regionais e sociais; e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte e o pleno emprego, dentre outros.

Uma das maneiras de materializar como o Estado poderá intervir é por intermédio da política fiscal. Dentre os tributos constantes da Carta Magna, o Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana – IPTU exerce um importante papel para tal finalidade.

Foram demonstrados exemplos patrocinados pela Cidade de Santos, Porto Alegre e Manaus, revelando a utilização do fenômeno extrafiscal desse imposto municipal para a redução de desigualdades, preservação de patrimônio histórico, aumento da oferta de empregos e desenvolvimento econômico e social.

Com isso, enaltece-se a relevância da previsão constitucional, que possibilitou importantes intervenções no cotidiano da sociedade, trazendo melhoras para o bem coletivo.

## Referências bibliográficas

ATALIBA, Geraldo. **IPTU: progressividade**. São Paulo: Revista de Direito Público, v. 23, n. 93, jan./mar., 1990.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BRASIL, República Federativa do. **Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm). , último acesso em 01 Out 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_18.02.2016/art\\_173\\_.asp](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_18.02.2016/art_173_.asp) , último acesso em 01 Out 2018.

BUENOS AIRES Ciudad de. **Ley nº 4.428**. Disponível em <http://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/documentos/boletines/2013/01/20130121.pdf>, último acesso em 29 Set 2018.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 3ª edição. São Paulo: Noeses, 2009.

FALCÃO, Amílcar. **Fato gerador da obrigação tributária**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Finanças Municipais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

PORTO ALEGRE, Município de. **Lei Complementar nº 7, de 07 de dezembro de 1973, e alterações posteriores.** Disponível em [http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/smf/usu\\_doc/lc0773consolidada\\_e\\_atualizada\\_ate\\_a\\_lc\\_786-15.pdf](http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/smf/usu_doc/lc0773consolidada_e_atualizada_ate_a_lc_786-15.pdf), último acesso em 29 Set 2018.

SANTOS, Município de. **Lei Complementar nº 640/2008.** Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/santos/lei-complementar/2008/64/640/lei-complementar-n-640-2008-altera-dispositivos-da-lei-complementar-n-470-de-05-de-fevereiro-de-2003-da-lei-n-634-de-28-de-setembro-de-1989-e-da-outras-providencias>, último acesso em 29 Set 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário.** 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SUFRAMA – Superintendência da Zona Franca de Manaus. **Lei nº 1.427.** Disponível em: [http://www.suframa.gov.br/download/legislacao/municipal/legi\\_l\\_427.pdf](http://www.suframa.gov.br/download/legislacao/municipal/legi_l_427.pdf), último acesso em 29 Set 2018.

\_\_\_\_\_. **ZFM: o que é o projeto da ZFM?** Disponível em: [http://www.suframa.gov.br/zfm\\_o\\_que\\_e\\_o\\_projeto\\_zfm.cfm](http://www.suframa.gov.br/zfm_o_que_e_o_projeto_zfm.cfm), último acesso em 29 Set 2018.

SZTAJN, Rachel. **Law and Economics. In: Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações.** Zylbesztajn, Décio e Sztajn, Rachel (Org.). 4.reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

# O ilícito no Direito Tributário

*Wallace de Matos Pereira*

## Introdução

O trabalho tem como proposta apresentar o ilícito tributário, com foco no conceito e nas espécies, bem como, entender o motivo da ilicitude. Como premissa, afirmamos desde já que o sistema jurídico é um conjunto totalizante, repartindo-se em dois subconjuntos: um, é o da licitude, o outro é o da ilicitude. É a esse que se denomina a parte de antijuridicidade. Destarte, o conjunto total compõe-se, de juridicidade e antijuridicidade. Uma parte não é maior, nem menor que a outra, ambas se opõem em complementariedade, e a normatividade cobre as duas.

Conforme ensinamentos de Lourival Vilanova que diz:

“Os conceitos de licitude, ilicitude, validade, invalidade, juridicidade, antijuridicidade, legitimidade, ilegitimidade são construídos a partir de valoração interna ao sistema jurídico. O que se coloca fora do sistema é valor ativamente neutro, indiferente. (LOURIVAL VILANOVA. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2000. p. 301, 303-304)”.

Vale ressaltar, que descabe qualificar como antijurídico o raio que atinge o animal, tranquilamente pastando, e o mata. Como fato, não é jurídico. Só tem efeito jurídico, atingindo relação jurídica de propriedade, se há norma no sistema que sobre ele incidu, qualificando-o. Assim, o

não-jurídico nem se inclui na licitude, nem na ilicitude. Já o antijurídico o é em referência à norma. O *anti*, o *contra* aí, é influência de elemento pertencente ao sistema de normas, que demarca o conjunto total. A antijuridicidade é opoente contrário à juridicidade como licitude.

No campo tributário, a visão de Paulo de Barros Carvalho que afirma:

“O ordenamento jurídico, como forma de tornar possível a coexistência do homem em comunidade, garante efetivamente o cumprimento das suas ordens, ainda que, para tanto, seja necessária a adoção de medidas punitivas que afetem a propriedade ou a própria liberdade das pessoas. Daí por que, ao criar uma prestação jurídica, concomitantemente o legislador enlaça uma providência sancionatória ao não cumprimento do referido dever”. (CARVALHO. 2011, 23ª ed).

Fala-se no direito tributário, na existência de uma *norma primária dispositiva*, que estatui em sua hipótese, que dado à ocorrência de um fato que a lei designa gerador, por força da incidência, ocorre em seu consequente, o nascimento do dever tributário. A garantia do cumprimento deste dever está, alicerçado na existência de outra *norma primária* que é chamada de *sancionadora*, que dispõe em sua hipótese que dado o descumprimento do dever previsto no consequente da norma primária dispositiva, implica em seu consequente, a transformação da não-prestação em uma conduta antijurídica, (por transgressão ao mandamento previsto no consequente da norma primária dispositiva), que recebe o nome de ilícito tributário ou infração tributária.

## Desenvolvimento

### 1. Ilicitude tributária: conceito

A concepção de infração ou ilícito consiste do não cumprimento de determinadas prestações. No caso, de infração tributária ou ilícito tributário, entende-se todo e qualquer comportamento, omissivo ou comissivo, que represente desatendimento de deveres jurídicos previstos em normas que cuidem da tributação.

O ilícito contra a ordem tributária ganhou expressão com a lei nº 8.137/90, que evidenciou o tipo normativo e as respectivas regras de conduta na dimensão de ampliar o modo de repressão e cercear o comportamento nocivo ao fisco. Assim, a finalidade ou sua exclusividade de sanção penal pode ser traduzida no interesse do Estado de receber o tributo, independente de formalidades, haja vista o cenário de gastos e despesas diante do orçamento.

Nesta medida, a norma penal tributária surge na condição ímpar de revelar a disciplina sobre a conduta do contribuinte e ao mesmo momento verificar a existência do tributo para permitir procedimento na esfera civil.

Simultaneamente, não se pode esquecer, que o ilícito tributário envolve uma série de predicados, e discussões que demandam tempo e os aspectos da certeza e segurança, na dicção da incidência do imposto.

O ilícito tributário conjuga com a relação ao contribuinte causar forte impacto na descapitalização do Estado, na medida em quem tem previsão de recebimento frustrada pela atitude daquele que nega o recolhimento.

Vale ressaltar, portanto que o ilícito tributário exerce importante reflexo no sentido de impor conduta de não pagamento do tributo, não apenas pelo teto de 40% sobre o produto interno bruto, mas de uma destinação em qualquer economicidade para a sociedade como um todo.

Analisando os países desenvolvidos, o crime tributário é relevante e desempenha um papel singular, com a pena privativa de liberdade aplicada ao caso, ao contrário do que acontece no Brasil, sendo possível, efetuando-se o pagamento, extinguir a ação penal.

O conjunto releva de um lado o ângulo administrativo formal do tributo e de outro o caminho do enquadramento, para efeito de se cogitar da sanção penal.

Não existindo o código de defesa do contribuinte, as regalias e benefícios concedidos ao Fisco sobrepõem-se, com facilidade às dificuldades na compreensão da aplicação da norma e na prática. Consequentemente, a norma penal tributária divisa sujeição à incidência sob o prisma de visão do fisco, uma vez que sem o encerramento da fase administrativa é vedado o encaminhamento da ação penal.

Ao mesmo tempo em que a legislação exasperou no sentido de definir o crime e tratar a pena correspondente, de igual procurou suavizar

e temperar a alma com abrandamento de parcelamento, nos Refis um e dois. No Paes, reconheceu que o pagamento integral comprovado na ação penal em andamento provocaria seu término.

A infração tributária tem natureza material e persegue a finalidade indireta de confundir a fiscalização e direta de não recolher o tributo devido naquela situação específica. No entanto, é necessário estudar a proporcionalidade e razoabilidade na condição de princípios formadores do tipo penal.

Na realidade, não tem sentido tomar todo o aparato da máquina judiciária, quando o resultado do ilícito tributário for menos importante, sob o ponto de vista pecuniário, cuja circunstância exige uma diferenciação no trato sistemático do assunto.

Assim, a norma penal tributária valora cada caso concreto, deixa ao entendimento do intérprete a verdadeira importância, priorizando com isso uma mobilidade, na flexibilização da sua aplicação.

Por fim, elaborado o entendimento e visão a respeito da legislação que norteia a incidência para cada tipo específico de tributação no campo concentrado, é fundamental desenvolver o tema e apresentar o respectivo encontro de soluções que definam melhor a capacidade do contribuinte e os comportamentos sobrepujantes ilícitos.

## 2. Ilícito tributário: espécies

Os procedimentos que não são observados pelos deveres jurídicos tributários podem ser examinados à luz de variadas classificações. Entre elas, das mais usadas por seu sentido prático, está a divisão que cogita das infrações a obrigação tributária e daquelas que violam simples deveres instrumentais ou formais.

### 2.1. Sonegação fiscal

A sonegação consiste da delimitação do âmbito de participação do sujeito passivo em relação ao fisco, medida em que desenha o comportamento evidenciado na intenção de não recolher o tributo devido, ou importância menor, tendo por escopo o resultado consubstanciado no procedimento.

A sonegação é considerada primeiramente uma forma delituosa que tem como escopo fraudar o recolhimento da obrigação tributária e conseqüentemente marejar a fiscalização, porquanto o contribuinte, terceiro ou sucessor, por qualquer meio, procede com dolo específico caracterizando o ilícito tributário.

Na realidade, a definição primeira em torno do ilícito se formou nos moldes da Lei nº 4.729/65, cuja previsão continha linha substancial passando sua regulamentação para o terreno do Diploma nº 8.137/90, disciplinando inteiramente a conduta.

Delito material propriamente dito, a sonegação envolve a conduta do agente com o resultado potencialmente lesivo, qual seja o de impor ao Fisco um prejuízo, haja vista a responsabilidade tributária destoante do seu conceito fundamental.

Importante ressaltar, que a Lei nº 8.137/90, ao contrário daquele outro apontado, traça inúmeros conceitos característicos da conduta que informa o tipo legal, dentre outros aspectos colacionados, omitir, fraudar, falsificar, elaborar, negar, no propósito de reduzir ou suprimir o tributo, a contribuição social ou obrigação acessória integral de incidência tributária.

Relevante observar que o delito sonegação fiscal, pela gravidade que gera, se torna capaz de absorver outros, de menor potencial ofensivo, a exemplo do falso documental, ideológico, supressão de documentos, isto porque haveria o elemento meio, para a função do pressuposto fim, que estaria revestido da própria infração penal tributária.

Ou seja, o delito de sonegação fiscal tem o condão de absorver a falsidade e o uso de documento falso, sinalizando identidade própria e característica específica inconfundível, se incidente a regra do artigo 71 do Código Penal, estaremos diante do crime continuado com a expressão da pena, pontuando a mesma modalidade tributária.

A conduta do sujeito passivo deve proporcionar um resultado lesivo ao Estado, na condição de titular do crédito tributário, assim, se o agente resolver aderir ao Refis e confessar o seu débito, tal pressuposto, por si só, impede que a denúncia seja oferecida; se estiver em curso, permanecerá sobrestada até o final na perspectiva de ser realizado o pagamento.

A configuração do tipo legal pode nascer de uma atitude comissiva ou omissiva, tanto o agente que toma a iniciativa de eliminar dados, pro-

grama eletrônico, ou nota fiscal, com o escopo, de pagar menos tributo ainda, como o sujeito passivo que tendo um desconto incompatível entre as despesas com o cartão de crédito e aquilo que declara simplesmente se omite no propósito de não pagar o respectivo imposto de renda.

De forma resumida, os profissionais liberais que não dispõem de empresas encarregadas de proceder ao ingresso e saída de recursos, invariavelmente não fornecem os recibos, e com tudo isso fica impedido o contribuinte de poder declarar a consulta, tratamento ou intervenção.

Na operação de importação, o circuito interno é muito elucidativo, quando se declara valor de entrada no País inferior à realidade, possibilitando revenda e um menor degrau de lucro, a fim de não influenciar no recolhimento do contribuinte.

Esclarece-se ao longo de toda a tipicidade, múltiplas perspectivas que endereçam a formação do delito de sonegação fiscal, cuja autonomia cerca comportamento peculiar, refletindo o dolo específico, em detrimento do Estado, sempre na consecução de vantagem indevida, escrituração irregular, documentação incompleta, tudo enfim que contribua direta ou indiretamente para a participação do agente no delito.

Os delitos meios também ambicionam o crime de sonegação fiscal, assim, a escrituração incompleta, rasurada, ou não elaborada, a qual tipifica o intuito de lesar ao fisco e comprometer a arrecadação, sublinhando o cruzamento de dados e informes.

## 2.2. Apropriação indébita

A apropriação indébita surge nos tributos existentes que permitem ao agente reter a importância descontada na prestação de serviço, no vínculo empregatício, ou qualquer outra correlacionada à fonte primária da obrigação, de tal sorte que é comum no mecanismo do recolhimento da seguridade social não haver o repasse à previdência, no caso do depósito fundiário, ou identicamente a empresa que desconta na fonte e não cuida destinar o valor aos cofres públicos.

Elabora o artigo 2º da Lei nº 8.137/90, em seu inciso II, o seguinte: “ deixar de recolher no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição

social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”.

Assim, há um prazo legal necessário ao recolhimento devido, no entanto o empregador se locupleta à custa do erário público e mantém consigo o valor que não mais lhe pertence, configurando o delito de apropriação indébita.

Sobre isso delito implica na presença de duplo elemento: o desconto realizado e a falta de recolhimento aos cofres públicos dentro do prazo legal previsto na legislação.

Na hipótese de ICMS declarado e não pago discutiu-se se os contribuintes estariam enquadrados na categoria específica da apropriação indébita, porquanto o valor da obrigação tributária estava inserido no preço final da mercadoria.

A *priori*, o entendimento sufragado continha determinante proclamando a forma delituosa do agente, porém sobreveio um tempero por força de se compreender a necessidade do elemento doloso na consideração de focar imprescindivelmente o tipo legal.

Ou seja, a simples omissão não teria o condão de tipificar o dolo específico, pois, o agente apenas não recolheu a tempo o desconto praticado no preço final da operação empresarial, mas a apropriação intencionada estaria enquadrada conforme o regime de recolhimento do empresário.

A disponibilidade ou não do recurso em caixa para efeito de recolhimento, de forma alguma descaracteriza a ilicitude penal tributária, na medida em que o sujeito passivo da obrigação reteve o valor e em desacordo com o prazo previsto.

Por assim dizer, o delito de apropriação indébita também admite sua sujeição ao procedimento de confissão pela adesão ao Refis, no entanto insta que o comportamento preceda a denúncia criminal, tendo por mira afastar o elemento do tipo.

Não se pode deslocar a competência ou responsabilidade pelo cometimento do ilícito a terceiro se no seio da empresa o contador ou preposto deixa de recolher a mando do administrador/controlador o valor tempestivamente aos cofres da Fazenda Pública.

Indiscutivelmente, captar os elementos da transição e integração entre o agente que comete o ilícito e aquele que o executa se afigura um

liame de compreensão do modo de agir. Mas a perspectiva do quadro imputa adequação no resultado, mesmo no nível omissão.

O âmbito patrimonial se tutela no crime fiscal, e apenas paralelamente o aspecto da função tributária, tendo predicado que procura separar os delitos de resultado daqueles de simples perigo, donde a sinalização em direção ao campo de responsabilidade penal específica.

Apropriação indébita em seu conceito consiste da condição de ilícito geral fazer parte da definição do Código Penal, porém no aspecto tributário surge definido na Lei n° 8.137/90, a qual produz eficácia em atenção à conduta do responsável e o valor retido.

Portanto, apropriação do indébito tributário repercute na lesão praticada contra o Estado, ao deixar o sujeito de proceder ao repasse no prazo previsto e legalmente determinado, de tal maneira que mantê-lo sem qualquer justificativa agregado ao próprio capital.

Substrato desse perfil normativo, a conduta do agente (sujeito passivo) é de molde configurar o tipo legal na Lei n° 8.137/90, causando o delito lesivo ao Estado, erário público, comportando analisar a concretude na forma de pagar no sentido de configurar a infração penal tributária.

Por fim, divisa a apropriação a retenção de dinheiro pertencente ao agente federal, estadual ou municipal, superado o limite temporal de recolhimento, receita que não diz respeito ao sujeito passivo, mas que apenas a detém provisória e temporariamente, até que se implemente o respectivo repasse.

### 2.3. Evasão fiscal

O delito de evasão fiscal pode ter a natureza omissiva ou comissiva, no sentido de produzir um resultado, na esfera material, consiste na redução, ou impondo o retardamento do cumprimento da obrigação tributária.

Efetivamente, a evasão fiscal traz como circunstância a obrigação fiscal, cuja hipótese propugna enquadramento na Lei n° 8.137/90, podendo tanto ser praticado pela pessoa jurídica como pela física, abrangendo obrigação principal ou acessória.

Com efeito, na doutrina de Antônio Roberto Sampaio Dória:

A evasão sempre foi inerente ao sistema tributário, irmã gêmea ou bastarda do tributo, cujas espécies, como fenômeno complexo apresenta modalidade de acordo com a intenção do agente, sendo destituídas de maior gravidade, e também pouca periculosidade notadamente na omissão, exceto quando há sonegação. (BUSHATUSKY, José. Elisão e evasão Fiscal.).

Dessa forma, a evasão pode ocorrer por omissão, ou intenção, sendo própria e imprópria, no alto comissivo haverá ato ilícito correspondendo à fraude, simulação ou conluio, enquanto que na omissão, a figura pode representar sonegação, atraso no recolhimento ou simbolizar a ignorância, traduzindo erro de modo não intencional do contribuinte.

Comporta destacar a evasão ilícita da lícita. A primeira representa forma de reduzir, retardar ou burlar a fiscalização e o próprio recolhimento do tributo, enquanto que a lícita se trata de procedimento preventivo, mas que não afeta a obrigação, eis porque o fato gerador terá sua ocorrência determinada, permitindo o pagamento pelo contribuinte.

A Lei n° 8.137/90, na consecução de sua tipologia, anota a matéria de evasão fiscal, no seu artigo 1°, quando destaca omissão, fraude, ou falsificação, e também no artigo 2°, ao mencionar omissão em relação aos informes prestados à autoridade fazendária, detecta o elemento do tipo adstrito ao dolo do agente.

Nesta direção ainda que apresente o componente de busca burlar a presença do fisco, não se pode identificar a elisão propriamente o aspecto de fraude, enquanto numa há o inadimplemento culposos, a elisão constitui fato impeditivo para que surja a hipótese tributária legal.

Vale ressaltar, que o critério para distinção da elisão de fraude é meramente temporal, se o fato ocorreu antes da hipótese de incidência haverá evasão, se, posteriormente, teremos a fraude fiscal.

Muitos aspectos de conduta concentram a figura do tipo legal, dando espaço à configuração da evasão como pressuposto que tenta alcançar a viabilidade de conduta tornando ilícito o resultado, nos moldes da prática correspondente à consecução do não recolhimento do tributo.

Divide-se a tônica correlacionada no artigo 1° da Lei n° 8.137/90, ao preconizar a natureza material dos delitos, eis porque somente estariam consumados a partir do lançamento definitivo. Explica-se que na pen-

dência de recurso administrativo, mesmo que o Ministério Público ofereça denúncia, não estará configurado o crime, exigindo-se o tributo, no pressuposto de elemento normativo do tipo.

Referida posição tem relevância singular e destaque ímpar, ao detalhar o lapso prescricional, porquanto seu início somente estará configurado, a partir do reconhecimento da exigibilidade da obrigação tributária.

O espírito do legislador ao disciplinar a evasão fiscal importou em comportamento típico, o qual simboliza na esfera administrativa a sua própria descaracterização, quando se notar o reflexo de ato praticado com mero escopo de prejudicar a fiscalização ou a respectiva arrecadação.

Bastante comum à subordinação na evasão ao negócio tributário indireto, provocando o retardamento da ocorrência do fato gerador, a redução de sua base cálculo, ou simplesmente a exclusão, migrando assim o modelo prático para a esfera do ilícito penal.

O diagnóstico da ocorrência de evasão fiscal sucede concretamente na delimitação do âmbito da atividade do contribuinte, pessoa física ou jurídica, conforme os meios praticados, e na perspectiva de causar alguma lesão ao fisco.

Não há de se confundir o instituto evasão, com outro que fomenta a legalidade, expressando meramente a elisão, correspondendo ao mecanismo utilizado para eventual planejamento dentro do âmbito da normalidade, sem desgarrar da existência de regras normativas, apresentando apenas alguma eficácia econômica, mesmo que haja discussão sobre a legitimidade da elisão.

O elemento comprobatório da conduta própria da evasão fiscal é criminoso, mediante livre vontade do agente em querer se desviar da obrigação tributária, retardando o seu recolhimento, ou implicando na dissimulação praticada em prejuízo do erário público.

## 2.4. Supressão de escrituras e livros

A supressão de livros e documentos contábeis significa eliminação de informes relativos a fiscalização, com propósito exclusivo de impedir o levantamento e conseqüentemente imposição do tributo, podendo envolver a obrigação principal ou acessória.

Na lição de Ives Gandra da Silva Martins:

A descrição do tipo legal se refere tanto ao tributo como à contribuição, assim, duplamente o legislador cuidou de disciplinar o ato ilícito tributário, consubstanciando prática danosa ao fisco, consistente na supressão de documentos, tantos mecânicos, manuais, ou escrituras, impedindo destarte conhecimento pleno de realidade. (MARTINS, Ives Gandra. Sistema Tributário na Constituição de 1988).

A expressão traduz uma descrição abrangente e sinaliza modelo próprio que contorna ou elimina totalmente o tributo, diferenciando-se da redução, a qual tende apenas alterar o valor do recolhimento.

Nesta situação a conduta típica do agente estaria retratada na supressão e simples de elementos que exteriorizam relevância fiscal, permeando o comportamento de causar prejuízo, alterando a essência do tributo e acarretando danos ao Estado.

O comportamento típico e detalhado do agente pode agregar estabelecimento principal, filiais, sucursais, reportando-se à contabilidade inerente ao exercício da atividade empresarial, na dinâmica de sua escrituração, ou na presença de livros considerados obrigatórios.

As empresas de pequeno porte e as consideradas microempresas usufruem de um sistema tributário simplificado, o qual lhes possibilita número menor de livros e processo eletrônico visando menor burocracia, maior rentabilidade, conduzindo ao custo benefício correspondente.

Entretanto ao suprimir de sua escrituração dados fiscais relativos a atividade empresarial, no fundo busca prejudicar o trabalho de fiscalização e acenar uma realidade que não corresponde, efetivamente, ao perfil da sociedade comercial.

Explica-se na dicção de notas fiscais extraídas e retiradas com intuito, direito de informar o valor irreal no faturamento da empresa, repercutindo no recolhimento do imposto estadual (ICMS) e na esfera federal, sobre o lucro, a título de imposto de renda.

Decisivamente, pois, a empresa elimina notas, recibos e quaisquer documentos considerados relevantes, minuciando falta grave e impedin-

do que a fiscalização possa rastrear toda a operação e dela extrair o valor da obrigação tributária.

O ato comportamental também pode se deslocar para relação de livros fiscais obrigatórios, quando o agente, procura subtraí-los total ou integralmente, não fazendo a respectiva escrituração, eliminando páginas ou faltando com a verdade na descrição real da operação.

A conduta está prevista nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, ao definir o sujeito ativo do crime e emprestar condições suficientes à apuração do resultado, sob o prisma de visão do dano material e da lesão praticada.

Dentro deste contorno, pois o ilícito poderá representar simples apuração na esfera administrativa, elucidando os pontos essenciais, ou decorrer da manifesta posição do Ministério Público, cabendo saber se o delito mais gravoso trará a respectiva absorção em relação ao de menor gravidade.

Com efeito, tem-se que o ato praticado se não estiver englobado em outro delito autônomo, independente, e livremente considerado, por si só, representa conduta caracterizada de supressão de livros e documentos com propósito destinado ao não recolhimento da obrigação, ou por indicação de valor contrário à circunstância concreta.

Entretanto, se a sonegação, a fraude, a evasão, a apropriação, ou qualquer outro delito tributário de maior gravidade se constituir na conduta apurada do agente, entre delito meio e delito fim, provavelmente estará se absorvendo a supressão praticada, para configurar exclusivamente o crime independente.

Disposta a modalidade de maneira concreta, do seu pressuposto objetivo, configura-se o fato típico descansado na eliminação de meios criteriosos, ao tomar a dianteira, o próprio Ministério Público, principalmente o federal participa de busca e apreensão para que não seja tomado de surpresa em relação à materialidade delituosa, quando indiscutível a autoria.

## 2.5. Crimes tributários eletrônicos

O desenvolvimento da atividade empresarial permeado pela técnica informatizada impôs que o fisco desenvolvesse um sistema de controle das operações, introduzindo mecanismo seguro de verificação das circunstâncias inerentes ao fato gerador da obrigação.

Desta forma, distribuidora e produtoras apresentam instrumentos de controle diretamente direcionados à fiscalização, exemplificativamente as empresas de cerveja possuem um elemento de aferição, para verificação do número de quantidade daquela planta industrial, enquanto o fisco monitora para efeito de arrecadação compatível com a distribuição.

Sinaliza-se também, em vários setores, o ajuste do cupom fiscal eletrônico fazendo com que as notas passem a ser coisa do passado, sedimentado comportamento informatizado no atacado e no varejo, notadamente em relação ao consumo de combustível.

Caracteriza-se o ilícito tributário eletrônico na condição de subespécie do delito propriamente dito, quando mediante operação utilizada pretende o contribuinte causar relação distinta daquela de sua obrigação.

Quando se utiliza o programa eletrônico inadaptável a sua condição, objetivando informes da obrigação principal, ou acessória, o contribuinte produz resultado lesivo, trazendo subsídio contrário à sua atividade desempenhada.

Portanto, as informações podem ser colhidas e rastreadas entre aquilo gasto no cartão de crédito e o declarado nos informes perante a Receita Federal, para que se compatibilize o retrato da tipicidade, nos moldes da Lei n° 8.137/1990.

Assim, quando o agente produz informação incorreta, ou deixa de prestar subsídio inerente à sua obrigação, procurando fraudar a fiscalização, ou elidindo sua responsabilidade, a qual poderá se apurar, em primeiro grau, na esfera administrativa, ou mais precisamente, no bojo da ação penal proposta.

De fato, confere o artigo 2°, V, da mencionada legislação, o parâmetro disciplinado no artigo 2° constitui crime da mesma natureza: “Utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita o sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquele que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública”.

Vale ressaltar, que o ilícito tributário, também apreciada a espécie concreta, o ilícito tributário também pode repousar no uso de programa que tem informação que não corresponda à verdade; assim, ao transmitir as informações, o sujeito passivo busca elidir a sua responsabilidade e prejudicar o erário público.

Nesse lineamento da tipicidade do delito tributário cometido por intermédio de via eletrônica possui informes suficientes capazes de detectar todo o instrumental suficiente ao conhecimento dos impostos recolhidos; se a documentação não expressa idêntico pensamento, a variação traduzirá componente específico configurando lesão ao fisco.

Efetivamente, pois, conquanto a Lei nº 8.137/1990 dispusesse genericamente sobre o tema, a modernidade dos meios eletrônicos efetivou-se na última década de forma impressionante, implementando uma verdadeira perspectiva de rastreamento pela Receita de todos os informes.

Neste divisar, o contribuinte que utiliza o informe eletrônico permite que o fisco tenha em mãos todos os dados disponibilizados, facilitando-se o rastreamento e o cruzamento das operações, abrindo-se espaço ao verdadeiro monitoramento para efeito de contribuição à redução das fraudes fiscais.

Sucedo, no entanto, que o desempenho das empresas não pode ser realizado sem o acompanhamento diuturno implementado pela via eletrônica, daí por que sustenta um encaminhamento propício à formação do tipo legal; em outras palavras, a conduta obedecida estará sujeita à imposição de sanção toda vez que resvalar na previsão legal.

Evidentemente, o crime eletrônico deve traduzir um comportamento próprio representando culpa consciente, ou dolo específico, vivenciando supressão, redução ou eliminação da incidência, intencionando assim confundir a fiscalização, provocar um novo retrato incompatível com o modelo empresarial, desembocando nos dados que não sinalizam compatibilidade aferida pelo agente público.

Não é sem razão que o Ministério Público tem investido para o aperfeiçoamento e aprimoramento da técnica, coadunando procedimento com resultado, isto é, a busca de medidas preventivas que delimitem a relação da responsabilidade e ao mesmo tempo permitam a configuração do ilícito penal tributário.

Adstrito ao trabalho informativo da administração pública, o Ministério Público muitas vezes recebe o subsídio de terceiros, ou da própria autoridade policial, requerendo ao juízo providências catalogadas na apreensão dos dados eletrônicos, para que não sejam apagados, eis que uma vez deletados prejudicam qualquer recuperação do ilícito perpetrado.

Nesta direção, pois, a inteligência busca integração entre a conduta e o tipo legal, portanto delito eletrônico espelha mais do que a simples conduta praticada, sobretudo o modo de agir e o prejuízo que dessa ação decorre em relação à fiscalização, independentemente de parcelamento ou posterior pagamento.

Interessante considerar no universo do delito tributário eletrônico o acesso às informações, seu processamento, e de quem parte, a princípio, a ideologia do plano; buscando lesar o fisco, não significa que o espaço físico apresente relevo, eis que a alimentação do sistema poderá ser cogitada fora do ambiente profissional, com simples acesso de senha e atualização do banco de dados pelo sujeito interessado.

Dito isto, pois, independente do tributo, da contribuição, ou de qualquer outra espécie tributaria, acompanhando em tempo real a atividade empresarial, consegue o fisco detectar anomalias, irregularidades, e principalmente o ilícito penal tributário, podendo descaracterizar o ato, por si só, ou valorizar sua relevância dentro do âmbito da continuidade delitiva.

Relevante ainda perceber que na cadeia produtiva ou de distribuição, a constatação do informe eletrônico, sob seu ponto principal, demonstra o monitoramento de todos os envolvidos naquela operação, sinalizando coautoria e a implementação de plano visando burlar a fiscalização, com o escopo de não recolher o tributo.

O cruzamento dos informes, monitoramento e respectivo rastreamento dos dados eletrônicos permitem a configuração do crime tributário, e mais do que isso afere, uma a uma das condutas, apontando a autoria, a materialidade, a participação dos agentes, a continuidade, o concurso e todos os aspectos envoltos na ilicitude fiscal.

Cogita-se no desenvolver do pensamento ser o delito penal tributário elemento componente da atividade empresarial e perceptível pelos registros eletrônicos da empresa, ou ainda da firma individual, resvalando quer na grande entidade, ou naquela de pequeno porte.

De fato, para querer burlar a fiscalização, o interessado pode apresentar informação via eletrônica incorreta, passando a fazer parte do Simples, no entanto a fiscalização detecta esta incompatibilidade, reproduzindo em seu programa o erro cometido, notando o interesse de fraude, por se tratar de empresa de grande porte sem qualquer adequação à microem-

presa, além da infração administrativa, codifica-se outra de natureza penal, atinente ao recolhimento menor do tributo e o prejuízo provocado.

Nada impede também que o empresário adultere as notas emitidas eletronicamente, alterando seu conteúdo, praticando valores distintos, com o único escopo de ficar isento de recolhimento, ou pagamento parcial do valor, de forma lesiva.

O encaminhamento descortina, pois, dupla conduta, a primeira omissiva na qual deixa de informar dados reputados essenciais pela fiscalização e a outra comissiva, quando insere elemento contrário à realidade, prejudicial ao tributo.

Exemplificativamente, pois, o titular de veículo cadastrado perante a repartição de trânsito, buscando reduzir o valor do IPVA, inadvertidamente, coloca declaração de ser o automotor movido à gasolina, quando na realidade é a diesel, e com isso obtém imposto menor do que o outro. Quando a fiscalização descobre impõe sanção administrativa, encaminhando representação ao Ministério Público, para apuração da fraude e da lesividade praticada no documento de informação eletrônica preenchido pelo contribuinte.

Na atualidade, a via eletrônica representa aparente segurança, porém permite que se desvende o mistério em torno de cada contribuinte, haja vista a penetração cada vez mais constante da fiscalização, reduzindo a autonomia do interessado em prestar sua manifestação de vontade, irradiando propriamente um permanente estado de desconfiança.

Radiografando esta percepção, com a redução da escrituração comum, e aquela terceirizada, passou-se ao mecanismo eletrônico para assegurar maior agilidade e menor custo, entretanto submete-se o contribuinte à fiscalização pontual, no enquadramento do tipo legal abrangente, tipificado na Lei nº 8.137/1990.

## Conclusão

O conhecimento por via da identificação e descobrimento do ilícito tributário no panorama conceitual e específico explanou-se sobre a palavra “ilícito” bem como sua adaptação ao mundo jurídico, e, por conseguinte sua utilização direta no direito tributário, originando-se o passo a passo do tema exposto.

Aplicou-se singelamente, específicos meios ou canais para a obtenção dos resultados presumidos, como: pesquisa exploratória no sistema normativo brasileiro e na mais variada doutrina estudiosa da problemática em comento. As etapas podem, contudo, ser prescritas como na seguinte sequência: exploratória, descritiva e, por fim, explicativa.

O referido tema exposto contribui com intensidade para enriquecimento jurídico e cultural pelo fundamento no qual se é errado, logo, foram expostos doutrinadores de elevada competência nacional e alienígena, e pela acessibilidade linguística de clara compreensão.

## Referências

- ABRÃO, Carlos Henrique. Crime Tributário 3º ed. São Paulo: IOB 2009.
- BUSHATUSKY, José. Elisão e Evasão Fiscal. São Paulo: ed. IBET, 1977.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14ª ed. op. cit. p. 498-499.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 23ª ed. Saraiva 2011.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da; DENARI, Zelmo. Infrações Tributárias e Delitos Fiscais. 2º ed. São Paulo: Saraiva 1996.
- MARTINS, Ives Gandra. Sistema Tributário na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva 1990.
- NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Notas sobre o ilícito tributário na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Lançamento Tributário. 2ª ed. São Paulo Max Limonad. 1999. p. 43-44.
- SOUZA, Rubens Gomes de. Compêndio de Legislação Tributária. 3º ed. Rio de Janeiro, 1960.
- VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 4ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2000. p. 301, 303-304.



# **POLÍTICA E DIREITO**



# Cláusula de barreira no Brasil: o início da reforma política ou apenas o não atendimento ao princípio do pluralismo político?

*Caio Silva de Sousa*

## Introdução

A cláusula de barreira, conhecida também como cláusula de desempenho, é a norma que exige do partido político determinado desempenho nas eleições para que possa ter acesso a benefícios que são garantidos aos demais partidos, como por exemplo recursos do fundo partidário, horário eleitoral gratuito e até mesmo a legitimação ativa para a proposição de ação direta de inconstitucionalidade, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 somente permite ao partido que tenha representação no congresso nacional.

O tema apresenta grande relevância na atualidade devido aos crescentes gastos do Estado com o Fundo Partidário. A título de esclarecimento, segundo o sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) nos últimos dez anos foram destinados aos partidos políticos cerca de 4,445 bilhões de reais, sendo que o valor pago em 2015/2016 de aproximadamente 800 milhões de reais por ano.

Outro dado que chama a atenção, em relação à temática, gira em torno do quantitativo de partidos aguardando deferimento no Tribunal Superior Eleitoral. Segundo o TSE existem atualmente 55 (cinquenta e cinco) partidos em processo de criação. Somados aos 35 (trinta e cinco) existentes, provavelmente, dentro de pouco tempo, teremos no Brasil cerca de 90 (noventa) partidos, o que conseqüentemente vai aumentar o gasto com o fundo partidário.

Outra justificativa para o estudo da problemática é a ocorrência dos denominados “partidos de aluguel”, instituições políticas utilizadas com um objetivo específico de vender ou trocar o seu apoio nas eleições para majorar o seu tempo de televisão, compor coligações, ampliar o quociente eleitoral, dentre outros, por benefícios.

Essa sistemática criação de partidos no Brasil, fez surgir a seguinte problemática: a cláusula de barreira representa o início da reforma política no país ou apenas o não atendimento ao princípio do pluralismo político?

O presente estudo tem como objetivo geral demonstrar a importância da cláusula de barreira, que se caracteriza por condicionar a extensão das prerrogativas dos partidos políticos ao seu desempenho eleitoral, e como objetivos específicos contribuir para a produção de conhecimentos relativos ao funcionamento parlamentar, ao rateio dos recursos do fundo partidário e ao acesso gratuito ao rádio e à televisão, além de verificar a aplicabilidade da Lei Federal nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, Lei dos Partidos Políticos.

A partir dessas questões, procedeu-se uma pesquisa documental e jurisprudencial que teve como foco o instituto previsto na Lei dos Partidos Políticos, os princípios e fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como as decisões proferidas nas ADI nº 1351-3 e ADI nº 1354-8. Procedeu-se também uma pesquisa bibliográfica com relação aos termos utilizados nas decisões estudadas.

## 1. Breves considerações e histórico sobre cláusula de barreira

Há de se frisar que a soberania popular, conforme previsão do artigo 14 da Carta Magna, será exercida pelo voto direto e secreto, com valor

igual para todos nos termos da lei. A Carta Magna também regulamenta os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para a preservação do Estado Democrático de Direito, dispondo sobre a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção dos mesmos, resguardados o pluripartidarismo, dentre outros direitos.

Partido político, portanto, nada mais é do que um grupo social que se propõe a organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo. São associações de pessoas com uma ideologia ou interesses comuns, mirando exercer influência sobre a determinação da orientação política do país.

O surgimento da cláusula de barreira se dá no ordenamento jurídico Alemão pós Segunda Guerra Mundial, em 1949, com o objetivo de evitar a fragmentação dos partidos, impedindo dessa forma a proliferação partidária desenfreada no parlamento alemão, bem como para obstar a ascensão de ideologias extremas e fortalecer a governabilidade e a estabilidade do sistema político.

No Brasil, a matéria passa a ser tratada de maneira mais incisiva a partir da Constituição de 1967, que estabelecia a organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos que não atingissem dez por cento do eleitorado que votou na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos em dois terços dos Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles, bem assim dez por cento de Deputados, em, pelo menos, um terço dos Estados, e dez por cento de Senadores.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por sua vez, não estabeleceu qualquer percentual referente a uma cláusula de desempenho. Durante a Revisão Constitucional realizada em 1993, houve uma tentativa de reintroduzir a matéria, sem êxito.

No mesmo ano, fora editada a Lei Federal nº 8713/93, que restringia a apresentação de candidatura para a próxima eleição, com base no desempenho da eleição anterior. Os dispositivos da lei foram alvos de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 958-3 e 966-4) julgadas procedentes.

A edição da Lei Federal nº 9096/95, conhecida como a Lei dos Partidos Políticos, regulamentou o disposto no artigo 17 da Carta Magna, que reservava à lei a questão do funcionamento parlamentar. Poste-

riormente, foram propostas duas ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que serão estudadas no próximo capítulo, visando à impugnação do seu artigo 13 e os demais dispositivos que fizessem menção a ele.

Assim, a cláusula de barreira foi alvo de controle de constitucionalidade, que é a verificação da compatibilidade entre um ato normativo primário e a norma constitucional que lhe serve de fundamento. No controle de constitucionalidade, a norma objeto é o ato normativo de natureza primária, aquele que deriva diretamente da Constituição e a norma paradigma é a Constituição.

O sistema de controle de constitucionalidade necessita de dois pressupostos: aceitação do princípio da supremacia da Constituição, de que há uma hierarquia entre o ato constitucional e o ato normativo que é objeto de controle, e um órgão com atribuição para declarar a inconstitucionalidade.

Então, qual é o fundamento desse pressuposto principal que é a aceitação do princípio da supremacia da Constituição? É justamente a teoria da hierarquia entre os atos normativos, formulada por Hans Kelsen, que chega à conclusão de que as normas não se estabelecem no mesmo plano (existem normas que são superiores a outras normas) e a norma inferior encontra o seu fundamento de validade na norma imediatamente superior.

Diante do quadro exposto, há de se passar a análise dos pedidos e do mérito das ações diretas de inconstitucionalidade nº 1351-3 e 1354-8.

## 2. Julgamento do mérito das ADI nº 1351-3 E ADI nº 1354-8

Quase onze anos após o julgamento da liminar da ADI nº 1354-8, que havia sido indeferida, precisamente em 07.12.2006, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a referida ação, em conjunto com a ADI 1351-3. Àquela altura, oito ministros haviam sido empossados desde o julgamento da medida liminar, mudando quase completamente a composição do Tribunal. Remanesciam apenas os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

A longínqua data do julgamento se deu não unicamente por conta de sobrecarga ou morosidade do Supremo, mas principalmente porque as condições contidas no artigo 13, a cláusula de barreira em si, de onde ema-

nam todas as consequências previstas no próprio e em outros dispositivos impugnados, estavam submetidas ao comando do artigo 57 da mesma lei, uma espécie de disposição transitória que determinava que a cláusula impugnada somente passaria a vigorar após o resultado das eleições de 2006, que há pouco havia ocorrido. A questão, portanto, urgia na ocasião.

Teve início o julgamento, portanto, com a exposição do voto do relator, ministro Marco Aurélio. Aproveitando-se do fato de as eleições terem ocorrido dois meses antes, colheu diversos dados de seu resultado de modo a expor o panorama que se ensaiava já para os meses seguintes caso a cláusula se mantivesse válida. Constatou, assim, que apenas sete dos vinte e nove partidos com registro no TSE teriam atingido o desempenho previsto no artigo 13 para o funcionamento parlamentar, bem como para a destinação da verba do fundo partidário e a distribuição do tempo de propaganda gratuita em redes de televisão. São eles PT, PMDB, PSDB, PFL, PP, PSB e PDT.

Ressaltou o ministro, com o objetivo de demonstrar a desproporcionalidade dos termos da lei, que partidos que haviam atingido significativo percentual de votos, demonstrando considerável representatividade nacional, a exemplo do Partido Trabalhista Brasileiro (que elegeu 22 deputados e obteve mais de quatro milhões de votos), teriam a verba a receber do fundo partidária diminuída em até 99%. O próprio PTB, utilizado como exemplo, passaria de mais de seis milhões de reais arrecadados em 2006 para pouco mais de quarenta mil reais.

Apresentou, ainda, histórico das chamadas cláusulas de barreira, acima descrito, salientando que em todas elas a matéria possuía previsão constitucional, ao passo que a Carta Magna de 1988, de forma proposital, assim não o fez, uma vez que continha em si valores como o pluripartidarismo (artigo 17), a proteção às minorias e o pluralismo político (artigo 1º, V), que não permitiram uma distinção tamanha entre partidos, colocando-os em patamar amplamente desproporcional.

Ainda no que toca à necessidade do tratamento do tema pela via constitucional, o relator relembrou que durante os trabalhos de revisão da Constituição Federal, em 1993, chegou a ser proposta a inclusão de cláusula semelhante no texto constitucional, não obtendo a votação necessária para sua aprovação, o que teria ocorrido indevidamente dois anos depois por meio de lei ordinária.

Outro ponto destacado foi a necessidade de se conferir proteção às minorias, que restariam demasiadamente prejudicadas com as consequências do não preenchimento do desempenho contido no artigo 13. Partidos políticos que representam minorias, dotados de forte ideologia e que reconhecidamente não são conhecidos como “de aluguel” não poderiam representar adequadamente os eleitores que os elegeram, e aqueles recém-criados nem mesmo teriam a chance de vir a ter visibilidade mínima e adequada que lhes permitisse entrar no prélio em pé de igualdade com os demais, notadamente os maiores. Estar-se-ia, pois, instituindo uma verdadeira ditadura da maioria, o que não seria condizente com o Estado Democrático de Direito.

A questão da proteção às minorias também é tratada pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto. Ao contrário do relator, porém, consignou o ministro, de forma expressa, que não havia impedimentos para a existência de cláusulas de barreira no sistema eleitoral, inclusive instituídas através de lei ordinária, dispensando a previsão constitucional. Classifica como inadmissível, no entanto, a forma disposta na Lei Federal nº 9.096/95.

Através do direito comparado, buscando inspiração notadamente na experiência alemã, Gilmar Mendes aponta que naquele país a cláusula de barreira exerce influência na própria eleição do candidato, e não no chamado funcionamento parlamentar, como disposto na lei brasileira. Além disso, dedica-se, com base em doutrina, a erigir o princípio da igualdade de chances ao status de constitucional, e que a divisão das verbas do fundo partidário e do tempo de televisão o violariam escancaradamente, dada a desproporcionalidade entre as cotas de cada sigla.

A cláusula, portanto, não possibilitaria a participação de todos os partidos com igualdades de chances, o que a inquinaria de inconstitucional. Como *obiter dictum*, ainda fez diversas considerações sobre temas como fidelidade partidária e reforma política, ressaltando que a cláusula de barreira seria parte deste processo, mas não da forma como instituída na legislação atacada.

A reforma política também foi objeto do voto do ministro Ricardo Lewandowski, que ainda apontou temas como o pluralismo político e a necessidade de não se sacrificar as minorias com cláusulas de desempenho como esta para defender a inconstitucionalidade dos dispositi-

vos legais impugnados, que estariam em descompasso com os valores constitucionais protegidos.

Os mesmos temas são mencionados no voto da ministra Carmen Lúcia, que atenta também para a proporcionalidade e igualdade de voto do eleitor, que estaria sendo desrespeitada na medida em que determinados parlamentares eleitos, embora estivessem no exercício de seus mandatos, não teriam direito à representação parlamentar, ao contrário daqueles que pertencessem a partidos que obtivessem o necessário desempenho legalmente previsto. Restaria afrontado o artigo 14 da Carta Maior.

Esta mesma questão é tratada pelos ministros Eros Grau e Carlos Brito, que também embasam seus votos na liberdade de associação, sendo que este último indica que a norma contida no artigo 17, IV, da Carta Magna de 1988 não deve ser entendida como de eficácia limitada, de modo que a legislação infraconstitucional não poderia vedar o funcionamento parlamentar aos partidos, direito que seria a todos eles reservado indistintamente.

O ministro Sepúlveda Pertence também faz menção à impossibilidade de se entender este dispositivo constitucional como sendo uma norma de eficácia limitada, invocando, ademais, questões como o pluralismo partidário e a liberdade dos partidos políticos, o que ao lado da isonomia constitui a base do voto do ministro Cezar Peluso.

Presidente da Corte à época, em brevíssimo voto a ministra Ellen Gracie pontua que as condições são excessivamente draconianas, apontando para inconstitucionalidade da cláusula, tal como todos os ministros votantes.

### 3. Resultado final e desdobramentos

O cerne de grande parte dos debates disse respeito, efetivamente, não à inconstitucionalidade em si, nem tampouco de suas razões, mas sim na forma como a declaração de inconstitucionalidade dos artigos impugnados repercutiria em situações passadas e como se projetaria no futuro.

Isso porque a declaração de inconstitucionalidade de todos os dispositivos impugnados levaria, em tal momento, a uma situação de “vácuo legislativo”, notadamente no que diz respeito ao artigo 57, que previa espécie de norma transitória, que vigoraria até a proclamação

de resultados das eleições daquele ano e que vinha regularmente produzindo seus efeitos até então.

O ministro Gilmar Mendes, atento à questão, propôs o que denominou uma interpretação com efeitos aditivos desta disposição transitória, atuando de forma mais ativa e antevedendo que, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal acabará “*por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo*”, tendência que observava à época.

Descartando a utilização da “interpretação conforme” e simples declaração de inconstitucionalidade total, buscando esteio no direito italiano, entendeu que a solução a ser adotada no momento seria a interpretação do artigo 57 “*no sentido de que as normas transitórias nele contidas continuem em vigor até que o legislador discipline novamente a matéria, dentro dos limites esclarecidos neste julgamento*”.

E assim ocorreu, sendo acolhida sua sugestão pela unanimidade dos componentes da Corte e passando a norma transitória do artigo 57 até a edição de nova regulação sobre o tema, o que veio a ocorrer somente em 2015, através da Lei Federal nº 13.165/15.

Como se pôde perceber, apesar de a decisão pela inconstitucionalidade da cláusula de barreira ter se dado de forma unânime, inclusive quanto à interpretação das normas transitórias no sentido de sua permanência até que sobreviesse a manifestação do legislativo a respeito, não houve um núcleo essencial na fundamentação da decisão que pudesse levar a uma segura noção de qual fora a sua *ratio decidendi*.

Não se pode afirmar, ao fim da leitura do acórdão que questões como o pluralismo político, o pluripartidarismo, a proteção às minorias, a proporcionalidade ou a igualdade de chances, temas dos mais tratados nos votos dos ministros, constituam o fundamento base das ações diretas de inconstitucionalidade tratadas, de modo a servirem como precedentes para casos futuros. Ainda que muito bem embasados e demonstrando toda a erudição de seus prolores, os votos não caminham para um consenso necessário acerca das razões que levam à inconstitucionalidade do dispositivo, convergindo apenas no que diz respeito ao resultado final da demanda.

Não se conclui, por exemplo, se os ministros entendem pela possibilidade da instituição da cláusula de barreira de alguma forma, sobre seus

parâmetros, sobre a necessidade ou não do trato constitucional da matéria, entre outros aspectos relevantes e que norteariam o próprio legislador quando da elaboração do regramento acerca do tema, que conforme disposto no próprio voto do ministro Gilmar Mendes, deveria ocorrer “dentro dos limites esclarecidos pelo Tribunal neste julgamento”.

Exemplo relevante da ausência da mencionada *ratio decidendi* se deu com a apresentação, pouco após o julgamento das ADIs em questão, da Proposta de Emenda Constitucional 02/07, elaborada pelo senador Marco Maciel, e que acrescentava o §5º ao artigo 17 da Carta Magna de 1988, com teor praticamente idêntico à cláusula de barreira que poucos meses antes havia sido julgada inconstitucional pelo Supremo.

A razão para a proposta, segundo o autor da PEC, se dava por conta da inconstitucionalidade da cláusula de barreira apontada no julgamento das ADIs nº 1351 e nº 1354 ter origem apenas na impossibilidade de tratamento da matéria por via infraconstitucional, como se esta houvesse configurado a razão de decidir da Corte na ocasião.

Desta forma, eliminado este óbice, seu conteúdo, ainda que bastante similar àquele recentemente extirpado do ordenamento jurídico, estaria revestido da necessária constitucionalidade. Não foi, ao fim do trâmite da mencionada PEC, o que efetivamente ocorreu, tendo a proposta restado arquivada pelo Senado Federal.

De toda sorte, a questão foi discutida e aprovada pelo Congresso Nacional instituindo novamente uma cláusula de barreira, ainda que em termos distintos e em alguns pontos mais brandos que a anterior. O cenário político atual e os reclamos de diversos setores da sociedade por uma reforma política levaram o debate a outro patamar.

Importante destacar que somente terão funcionamento parlamentar os partidos que, a partir das eleições de 2018, obtenham um mínimo de dois por cento (2%) dos votos válidos apurados nacionalmente e a partir das eleições de 2022, um mínimo de três por cento (3%) desses votos, distribuídos em, pelo menos, quatorze unidades da Federação, com um mínimo de dois por cento (2%) dos votos válidos em cada uma delas.

Prevê ainda que apenas os partidos que obtiverem o desempenho eleitoral exigido terão assegurado o direito à proposição de ações de controle de constitucionalidade, estrutura própria e funcional das casas

legislativas, participação nos recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à TV.

## Conclusão

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais diversos dispositivos que buscavam condicionar o funcionamento parlamentar dos partidos ao desempenho eleitoral, garantindo assim participações diferentes no fundo partidário e do tempo disponível para a propaganda partidária, segundo os critérios de desempenho definidos para o funcionamento do partido.

Entende-se que os dispositivos impugnados violariam diversos dispositivos constitucionais, a começar por um dos fundamentos da Carta Magna, o pluralismo político (artigo 1º, V), além do pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana (artigo 17).

No Estado Democrático de Direito, cabe destacar, a nenhuma maioria é dada a competência de tirar ou restringir os direitos e liberdades fundamentais da minoria, tais como liberdade de se expressar, se organizar e se fazer representar nas decisões que influem nos destinos da sociedade como um todo. Ou seja, participação plena na vida pública.

De toda sorte, por mais que a cláusula de barreira tenha sido declarada inconstitucional no ano de 2006, o amadurecimento do debate entre variados setores da sociedade, políticos ou não, em cotejo com a realidade vivenciada nos últimos dez anos, faz caminhar para a conclusão acerca da necessidade, em nome da tão propagada reforma política, da instituição de previsões neste sentido, o que está se dando, como exposto, através de proposta de emenda constitucional aprovada no Congresso Nacional.

No entanto, a iminência da aprovação da cláusula de desempenho na atual conjuntura, dez anos após a estudada decisão do Supremo Tribunal Federal, não é suficiente para concluir ter se tratado de equívoco da Corte na época, uma vez que, como restou delimitado no acórdão, os termos impostos se revelavam sobremaneira desproporcionais e contrários à razoabilidade, violando princípios constitucionais caros à democracia e ao próprio Estado Democrático de Direito.

## Referências bibliográficas

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9096.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2016.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19ª Ed. rev., atual. E a, PL. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2005.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 2. ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ZILIO, Rodrigo. **Direito Eleitoral**. 1ª Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.



# Participação popular e diálogo na esfera pública

*Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira*

*João Antônio Johas Marques da Silveira Leão*

## 1. A constituição e a participação popular

Aos trinta anos da Constituição, gostaríamos de propor uma reflexão sobre o modo de se relacionar com o texto constitucional e as consequências que essa relação tem no que diz respeito à necessidade de compreender melhor o papel do diálogo e da argumentação nos mecanismos que permitem uma eficaz participação popular nas discussões públicas.

O importante autor Chaim Perelman em sua obra *Ética e Direito* propõe uma distinção entre incontestável e incontestado que permite uma aproximação mais realista às normas que regem o nosso viver em sociedade.

Insisto na distinção entre o incontestável e o incontestado, o contestável e o contestado, pois o seu desconhecimento dá origem a confusões que fazem a filosofia oscilar do absolutismo ao cepticismo, duas posições que me parecem por seu exagero, igualmente contrárias aos procedimentos efetivos de nosso pensamento, que se situa normalmente no meio-termo. (PERELMAN, 1996, p. 393).

Essa distinção leva a uma relação com os textos normativos que, por um lado, os admite como fundamento suficiente para solucionar diversas

questões do nosso contexto atual. Por outro lado, reconhece que todas essas normas não são fundamento absoluto da realidade, podendo ser alvo de contestação. Aqui tocamos questões relativas às fontes do direito e, mais especificamente, reconhece-se a redução dessa fonte que o positivismo jurídico realizou quando “negou a existência de um direito que não fosse a expressão da vontade do soberano” (PERELMAN, 1996, p. 395).

Nesse sentido, é importante notar quais são os mecanismos propostos pela mesma constituição para a participação popular. O referendo, o plebiscito, a iniciativa popular, a comissão de direitos humanos e legislação participativa, o senado jovem e o portal e-cidadania se mostram como locais específicos nos quais, cada um de uma maneira específica, a população pode participar ativamente da vida pública.

Mas em qualquer que seja o mecanismo, certamente será central o papel do diálogo e da argumentação na realização do mesmo. Por isso, mais que analisar mecanismos que podem diferir de acordo com as constituições e normas, parece mais interessante centrar a reflexão no modo de compreender o diálogo e seus alcances para a participação na vida pública da sociedade.

## 2. O exercício da cidadania pelo diálogo e argumentação

O diálogo tem atualmente uma crescente importância na mentalidade contemporânea. Ao menos teoricamente ele é um meio para a abertura ao outro, para a escuta e para uma comunhão mais verdadeira entre as pessoas. A nossa proposta é mostrar que, para além disso, um diálogo verdadeiro é condição de possibilidade do exercício da cidadania. A princípio não parece uma premissa muito difícil de ser aceita, mas se olhamos para a realidade, com toda a violência e desentendimento que nela estão presentes, poderíamos nos perguntar se é tão fácil assim dialogar de verdade.

Por outro lado, a cidadania supõe a pertença a um grupo, a uma sociedade estruturada. Desde os gregos, o exercício da cidadania se dava de maneira mais perfeita na vida pública da cidade, na elaboração e aplicação das leis que regeriam a Pólis. Como podemos ver na *Política* de Aristóteles: “Portanto, o que constitui propriamente o cidadão,

sua qualidade verdadeiramente característica, é o direito de voto nas Assembleias e de participação no exercício do poder público em sua pátria” (ARISTÓTELES, 2006, p. 42).

Na pólis grega, o papel dos grandes oradores era fundamental para a defesa de algum direito, para a aplicação de alguma lei ou para a se persuadir um auditório de uma ideia que se tinha como importante naquele determinado contexto. Ao longo da história, a retórica viu sua importância aumentar e diminuir algumas vezes. Muitas vezes deixada de lado como uma simples tentativa de dissuadir o interlocutor com falsidades, até hoje ela é estigmatizada em como uma argumentação de segunda categoria, própria de quem quer enganar.

Nesse sentido, é de extrema importância a reflexão trazida por Chaim Perelman em seu *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. Essa obra, proporciona uma visão renovada da estrutura da argumentação e a sua diferença com as demonstrações apodíticas, de caráter coercitivo por um lado e os sofismas, ou falsas argumentações, de outro. O diálogo argumentativo estaria entre essa objetividade absoluta e a pura mentira que não se importa com nenhuma regra ou busca pela verdade. A retórica volta a ganhar, neste cenário, uma importância fundamental como parte de uma razão prática, voltada para fazer razoável a vida em uma comunidade que se mostra cada vez mais multicultural.

Um exemplo de exercício da cidadania por meio da razoabilidade encontramos na adesão a declaração universal dos direitos do homem por entidades que possuem ideologias muito diferentes entre si como vemos Perelman citar a Maritain:

Assim é que a adoção da declaração universal dos direitos do homem por partidários de ideologias muito diferentes permitiu, como o diz J. Maritain, chegar a normas práticas que, “diversamente justificadas por cada qual, são para uns e outros princípios de ação analogicamente comuns”. Apenas o uso de noções confusas, compreendidas e interpretadas por cada qual segundo seus próprios valores, permitiu esse acordo, cujo principal mérito é favorecer um diálogo posterior. (PERELMAN, 2017, p. 152)

Se se aceita a limitação da razão humana para chegar a verdades absolutas, algo típico da contemporaneidade, a saída para uma possível

vida em comunidade está na razoabilidade da argumentação com suas técnicas e regras. O conhecimento de como se estrutura a argumentação é, então, fundamental para o exercício da cidadania.

Na introdução da sua influente obra, Perelman coloca a argumentação no campo “do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa das certezas do cálculo” (PERELMAN, 2017, p. 1). Esse é um campo certamente mais difícil de se transitar do que o da verdade absoluta e o da mentira. Na verdade absoluta não é necessário senão a aceitação por parte do interlocutor a uma verdade evidente, sempre trazida à luz pelo orador iluminado de uma sabedoria diferenciada. Nesse caso, o interlocutor é passivo, receptor. Não lhe é exigido um engajamento ativo no processo de deliberação. O âmbito da mentira possui um dinamismo parecido, já que ninguém se convence de algo que é apresentado abertamente como mentira.

Na argumentação, no entanto, acontece um reconhecimento do outro enquanto razoável. Nesse caso, tanto o orador como o interlocutor são ativos e por isso podemos falar de um verdadeiro diálogo. O orador precisa levar em consideração quem é aquele auditório ao qual se dirige, com suas características próprias. Falar a um auditório sem levar isso em consideração vai impedir que o diálogo se dê de verdade. Por sua vez, do auditório é exigido o consentimento. Como se sabe que o que está sendo exposto não é uma demonstração apodítica, o interlocutor fica responsável por dar a sua adesão (ou não) ao discurso, reconhecendo-o como razoável.

Em tudo isso, podemos entender melhor o que Perelman disse: “É a ideia de evidência, como característica da razão que cumpre criticar, se quisermos deixar espaço para uma teoria da argumentação que admita o uso da razão para dirigir nossa ação e para influenciar a dos outros” (PERELMAN, 2017, p. 4). Essa tensão entre a evidência absoluta e o que poderíamos chamar de o escurecimento absoluto das ideias é o espaço no qual é possível o diálogo verdadeiro. É nesse espaço também que se percebe a possibilidade do exercício da cidadania.

O reconhecimento desse espaço é o reconhecimento da nossa falibilidade e, ao mesmo tempo, da possibilidade do empreendimento razoável de uma vida em sociedade. Para Perelman, o direito se mostra como uma instituição que reconhece, ao menos implicitamente, esse local.

A ciência humana não será um conjunto de hipóteses e de métodos pelos quais os homens suprem a falta de onisciência? O direito não seria, da mesma forma, um conjunto de técnicas comprovadas, graças às quais os homens, pelo fato de viverem numa sociedade terrestre, e não no paraíso, buscam suprir sua falta de santidade? (PERELMAN, 1996, p. 362)

Em um mundo ideal, como o da *República* de Platão ou o da *Utopia* de Thomas Morus, as leis estariam inscritas no coração das pessoas e elas seriam seguidas livremente, não havendo a necessidade de grandes números de advogados ou juízes para aplicar as sanções necessárias aos que se desviarem. As leis são claras, simples e sempre bem aplicadas em cada caso particular. No mundo real, no entanto, essa clareza e simplicidade não estão presentes. As constituições e as leis estão sempre mudando e sendo interpretadas de maneiras diferentes.

As instituições jurídicas impediriam, segundo Perelman, dois extremos. O primeiro deles é o de uma fidelidade exclusiva a letra da lei que impediria qualquer decisão deliberada sobre casos que escapassem da mesma. O juiz como boca da lei é facilmente substituível por uma máquina que pode fazer os cálculos necessários de forma mais rápida e mais precisa. O segundo extremo é o da total discricionariedade do juiz, uma exaltação do espírito sobre a lei, que implicaria uma insegurança jurídica extrema, já que tudo dependeria da boa vontade de quem emite a sentença.

O estudo do direito nos ensina, pois, o que se torna, na prática, um poder de decisão sem regras prévias e o que é pressuposto pela elaboração de regras que permitiriam evitar todo poder de decisão: num caso teríamos uma justiça sem legislação, no outro, uma legislação sem juízes (PERELMAN, 1996, p. 371).

### 3. Esfera Pública, o *locus* do debate

A *Constituição Cidadã* prevê modos de participação popular pelo voto direto, pelo referendo, pela iniciativa popular, mas nada disso prescinde da formação da opinião pública, ao contrário, são estes mesmos modos de participação que exigem um constante debate, o qual permite

a formação da opinião pública. Por isso mesmo, a proposta de consenso que brota da teoria da argumentação de Perelman pode ser aperfeiçoada por outras perspectivas que fundam no diálogo e na argumentação as bases da vida democrática. De modo especial, merece menção, o filósofo alemão Jürgen Habermas. Sua obra fundamental, *Teoria do Agir Comunicativo*, marcou época no que se refere à reinterpretação da razão prática nos moldes do agir comunicativo. Aqui já se vê o papel da argumentação, minuciosamente explorado, em vista do consenso público.

Em *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*, Habermas, ao dar um passo adiante em sua teoria do agir comunicativo, defende o papel mediador do Direito. Entendemos esta mediação como meio de validação das exigências sociais que tornam obsoletas as realidades jurídicas estabelecidas pelas legislações vigentes.

Habermas defende um novo paradigma para o direito, baseado na participação popular consciente, por meio dos elementos que se seguem: razão prática que se traduz no agir comunicativo; a autonomia privada dos cidadãos com direitos iguais, transformada em autonomia cívica por meio da participação na esfera pública, na qual o *mundo da vida* se apresenta como fonte de direito.

O primado da intersubjetividade sobre a subjetividade é uma característica do pensamento de Habermas. O meio em que se estabelece a relação com o outro é a linguagem: “Do modo de *Alter* conectar seus planos e ações aos planos e ações do *Ego* resultam diferentes tipos de interações mediadas linguisticamente” (HABERMAS, 1990, p. 71).

O primado da intersubjetividade não é somente uma exigência mas é também uma consequência da linguagem, que é anterior ao sujeito, e se entrelaça com o conhecimento do mundo:

O conhecimento que temos do mundo e o conhecimento que temos da linguagem dependem de uma cadeia de razões na qual se apoia o conhecimento da linguagem. O fato de ambos não poderem ser isolados com nitidez um do outro vem confirmar a ideia básica que tomamos como ponto de partida: compreender uma expressão significa saber de que modo podemos nos servir dela, a fim de chegarmos a um entendimento com alguém sobre algo (HABERMAS, 1990, p. 82) .

Nesta breve passagem não somente fica clara a necessidade de um reconhecimento intersubjetivo por meio da linguagem, mas também a presença de uma outra fonte de sentido, imbrincada linguagem: o mundo. Contudo, trata-se de repensar o que se quer dizer com o termo mundo. Não se trata aqui de um conceito abstraído das experiências ou elaborado cientificamente, mas sim do *mundo da vida*:

O pano-de-fundo do mundo da vida: – O agir comunicativo pode ser compreendido como um processo circular no qual o ator é as duas coisas ao mesmo tempo: ele é o iniciador, que domina as situações por meio de ações imputáveis; ao mesmo tempo, ele é também o produto das tradições nas quais se encontra, dos grupos solidários aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria (HABERMAS, 2003, p. 166).

O *mundo da vida*<sup>145</sup> recupera o projeto inicial de cidadania, tudo isso conduzido pela linguagem. O mundo da vida que, como se sabe, tem origem na fenomenologia, ganha contornos sociais no pensamento do filósofo alemão:

O primeiro passo reconstrutivo das condições de integração social nos leva ao conceito de mundo da vida. O ponto de referência é dado pelo problema: como é possível surgir ordem social a partir de processos de formação do consenso que se encontram ameaçados por uma tensão explosiva entre facticidade e validade? (HABERMAS, 1997, p. 40).

---

145. *Lebenswelt*: este conceito criado por Husserl em *A crise das ciências europeias e a fenomenologia transcendental*, 1936, tornou-se um dos elementos mais importantes da Fenomenologia. Merleau-Ponty o pôs na base de sua *Fenomenologia da Percepção*, 1945, que ele traduz por “monde vécu”, *mundo vivido*: “Todo o universo da ciência é construído sobre o mundo vivido, e se queremos pensar a própria ciência com rigor, apreciar exatamente seu sentido e seu alcance, precisamos primeiramente despertar essa experiência do mundo da qual ela é a expressão segunda. (...) Retornar às coisas mesmas é retornar a este mundo anterior ao conhecimento do qual o conhecimento sempre fala, e em relação ao qual toda determinação científica é abstrata, significativa e dependente, como a geografia em relação à paisagem – primeiramente nós aprendemos o que é uma floresta, um prado ou um riacho” (MERLEAU-PONTY, 1999, p. 3-4).

Habermas apresenta-nos, neste parágrafo, o importante tema da tensão entre facticidade e validade que marca a obra *Direito e democracia: Entre Facticidade e Validade*. A apropriação habermasiana do mundo da vida <sup>146</sup> se opõe assim à ideia de sistema na mesma proporção que a razão comunicativa se opõe à razão instrumental. O sistema estabelece as regras e põe a razão a seu serviço; ao contrário, o mundo da vida liberta e faz da linguagem o meio da ação. A participação popular e a responsabilidade do cidadão pelas normas que ele mesmo ajuda a elaborar dão legitimidade ao Estado e validade às próprias leis:

*L'État, pourtant, ne peut se référer à une légitimité, pour disposer du droit ou pour une programmation politique de droit, que selon des prémisses très précises: l'État de droit ne peut être légitime que lorsque les destinataires des lois et des droits peuvent, en même temps, se considérer dans leur ensemble comme les auteurs rationnels des normes qui les concernent.* (MELKEVIC, 2004, p. 136).

Ora, a tensão entre facticidade e validade evidenciada neste processo de participação pública por Habermas é um processo dialético que se retroalimenta, no sentido de que o direito se torna objeto de crítica logo que ele se torna vigente, de modo que tenha de ser novamente debatido na esfera pública para que possa sempre mais atingir o que seus autores pretendem em termos de justiça social.

#### 4. Educação para a cidadania e opinião pública

Se é verdade que a capacidade de dialogar aparece como central nos mecanismos de participação popular, também é verdade que se dá por descontado que todos sabem como dialogar. Não era assim na Idade An-

---

146. *Le concept de monde vécu renvoie chez Habermas à la pluralité des mondes qui sont et qui peuvent être vécus par des individus. Comme tel, le concept renvoie à aucune définition substantielle de ce vécu, mais plutôt à la différenciation structurelle que chaque individu fait ou peut faire de la culture, de la société ou de la personnalité. Le monde vécu est ainsi un arrière-plan de compréhension linguistiquement organisé e culturellement donné. Le monde vécu étant partagé et structuré intersubjectivement par la communication, il constitue un réservoir de sens pour les individus qui s'y réfèrent constamment* (MELKEVIC, 2004, p. 111).

tiga ou mesmo na época medieval, na qual a retórica era parte importante na formação da pessoa, incluindo-se no *Trivium*, junto com a gramática e a lógica, nas disciplinas que permitiriam um melhor uso dos modos de expressão e argumentação, fundamentais para o diálogo.

A crescente importância do diálogo torna necessária a reflexão sobre uma educação que prepare as pessoas para o mesmo. Uma educação para o diálogo se mostra, então, como uma educação para a cidadania, na medida em que permitiria uma razoável participação popular na administração pública.

Isso fica mais evidente considerando que constituição cidadã foi marcada, desde sua concepção, pela promoção da participação popular. A partir dela, como bem se sabe, se consolidaram mecanismos de participação popular como o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular, a comissão de direitos humanos e legislação participativa, o senado jovem e o portal e-cidadania. Esses mecanismos podem não funcionar como meios de diálogo se a população não sabe bem o que isso significa.

Cair no extremo de pensar a própria opinião como incontestável é acabar com qualquer possibilidade de diálogo logo de partida, já que o que é evidente não precisa ser demonstrado, muito menos aceito por quem parece não ver o evidente. Da mesma forma, acreditar que as opiniões não possuem qualquer fundamento, também elimina a possibilidade de diálogo porque não se consegue fixar nenhuma premissa forte o suficiente para resolver as questões que se propõem.

A dificuldade reside, então, em educar as pessoas para o que, em última instância, significa a opinião pública nos termos habermasianos. Já vimos o conceito de mundo da vida como fonte do direito. Essa fonte é inesgotável já que procede da reunião da reflexão a partir das experiências múltiplas de vida de cada pessoa. É claro que em uma cultura determinada, esses distintos mundos da vida possuem características parecidas, mas eles não se identificam. A identificação dessa realidade é importante para a difícil arte de não cair no ceticismo e no absolutismo.

Se voltarmos ao Perelman, levando em consideração o avanço feito por Habermas, podemos compreender melhor o alcance dessa educação para a razoabilidade que seria, por fim, uma educação para a cidadania e para o reconhecimento do lugar da opinião pública.

Enquanto critério da conduta e das normas práticas, o razoável é, pelo próprio fato, valorizado. Mas o razoável se elabora mercê do concurso de todos os seres humanos suscetíveis de se integrarem no auditório universal e necessita do confronto de suas ideias, do conhecimento de suas reações efetivas. (PERELMAN, 1996, p. 399)

De fato, as opiniões diferentes, que se expressam por um multiculturalismo cada vez mais importante na sociedade, são um desafio para a constituição cidadã. A educação para a cidadania precisa levar em consideração a presença cada vez mais forte dessa realidade na sociedade. O desafio central parece ser exatamente esse de regulamentar a vida em sociedade de indivíduos que são diferentes. Entra em jogo a possibilidade mesma da fundamentação dos direitos humanos, já que cada termo dessa expressão pode ser entendido de forma diferente como já vimos no exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Perelman acredita que o recurso ao razoável é central até para uma satisfatória fundamentação desses direitos fundamentais. Ele diz:

O recurso ao razoável para fundamentar os direitos humanos, permitindo precisar e hierarquizar esses direitos consoante a contribuição deles para o progresso de uma racionalidade concreta, fornece uma ilustração da minha tese geral. Pois ele mostra que apenas aqueles que conferem algum valor ao progresso do pensamento teórico, em especial da filosofia, que concebem esse progresso sob forma da elaboração, na história, de concepções cada vez mais razoáveis, poderiam vincular-lhe uma teoria dos direitos humanos, associada a uma dialética do razoável. (PERELMAN, 1996, p. 399-400)

E mesmo esse tipo de fundamentação saberia se reconhecera não absoluto e passível de contínua reformulação. É um empreendimento que escapa tanto do absolutismo quanto do ceticismo, preocupação fundamental para Perelman e, de certo modo, também para Habermas.

Com o exemplo da possibilidade de fundamentação dos direitos humanos, podemos entender melhor a importância de uma educação para o razoável como a maneira de fazer com que os mecanismos de partici-

pação popular previstos pela constituição cidadã saibam melhor o seu lugar e a sua importância: A busca do consenso, por meio do uso da linguagem, que não é um fundamento absoluto mas sim suficiente, que permite a vida em uma sociedade democrática.

## Conclusão

As teorias de Perelman e de Habermas serviram-nos de guia para a nossa avaliação, embora restrita, do conceito de participação popular na vida pública promovida pela Constituição Brasileira de 1988, a *Constituição Cidadã*. Efetivamente, embora muitos elementos se distanciam nas filosofias desses dois pensadores, eles pertencem de modo paradigmático ao pensamento contemporâneo que trata da participação popular na vida democrática.

A *Teoria da Argumentação* de Perelman apresenta-nos o percurso pelo qual se deve exercer o diálogo: a argumentação, entendida como uma revisão da proposta clássica da retórica como meio de persuasão na vida política. Trata-se de uma proposta em que os interesses e os argumentos de esferas privadas perdem seu valor enquanto individuais e ganham expressão pública.

Nesse contexto de esfera pública, pudemos situar também o pensamento de Habermas. Sua *Teoria do Agir Comunicativo* oferece ao pensamento político todos os elementos para o exercício e a formação da opinião pública, como resultado do consenso na esfera pública.

Defendemos que o ponto de interseção entre os dois filósofos está justamente aqui: a busca do consenso por meio do uso da linguagem como característica fundamental das sociedades democráticas.

Foi a partir dessa dupla caracterização que pudemos ver a relevância dos instrumentos constitucionais de participação pública: não somente as figuras formais como o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, o voto em geral, mas, sobretudo, a liberdade de associação e de formação da opinião pública.

Por fim, todo este procedimento de vida democrática ficaria inválida se o processo educativo não progredisse com ele e não lançasse as

bases de diálogo e de democracia para as futuras gerações. Esta também é marca de nossa Constituição, na qual a educação toma a relevância que deve ter nas democracias modernas.

## Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad.: Roberto Leal Ferreira. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **Pensamento pós-metafísico**. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

\_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad.: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MELKEVIC, Bjarne. **Horizons de la Philosophie du Droit**. Québec: Presses de l'Université de Laval, 2004.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. Trad.: Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

PERELMAN, C. **ÉTICA e Direito**. Trad.: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, C; TYTECA, L. **Tratado da argumentação: A nova retórica**. Trad.: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

# O *iter* da institucionalização do colégio de líderes: uma alternativa de herança autoritária à hipótese de paralisação do legislativo brasileiro em tempos da constituição de 1988

*Gabriel Lima Marques*

## Introdução

Passados 30 anos desde a promulgação da constituição e partindo do pressuposto de que a falta de estudos sobre os *habiti* parlamentares trata-se de uma das causas do déficit de institucionalidade ou de maior republicanismo no macro-processo decisório da política do Brasil (SAM-PAIO, 2017, p. 533). O atual estudo pretende se concentrar no Colégio de Líderes da Câmara dos Deputados para entender como se deu a evolução institucional da qual se constitui herdeiro, contribuindo nesse ponto em específico para desmistificá-lo enquanto um órgão à merecer apenas críticas, posto que trata-se de um relevante instrumento para resolver o problema da paralisia parlamentar, muito comum em congressos que são fragmentados, e uma das razões para o golpe militar de 1964.

Para tanto, vale deixar registrado que este *paper* se divide em 4 partes. Na primeira, a intenção é demonstrar como a pretensão reformista dos militares, após a deposição do presidente João Goulart em 1964, culminou na outorga de um texto constitucional, que posteriormente reformado, o foi para recrudescer o instituto da fidelidade/disciplina partidária de modo a atender o regime no sentido de se obter o controle do partido que lhe dava apoio no Congresso, a ARENA.

Já em um segundo momento, a ideia é explicar que em associação ao que fora feito pela Emenda Constitucional de nº 1, como visto no ponto anterior, o voto de confiança trata-se de outra ferramenta criada para facilitar a aprovação das matérias de interesse da ditadura, num cenário de esvaziamento – o que em certo sentido, aprofundou. Até que a discussão sobre sua constitucionalidade se fez alcançar o Supremo Tribunal Federal que embora não tenha julgado o mérito, colaborou com o pouco que se produziu no âmbito do processo, com a derrocada do instrumento. Substituído, guardas as devidas proporções, por seu congênere, o Colégio de Líderes.

A partir daí, na terceira e quarta etapa, o que se pretende discutir é que o Colégio de Líderes é produto de uma necessidade, à época da constituinte, de fazer andar os trabalhos. Sendo inicialmente um órgão informal, e depois aposto no Regimento Interno com atribuições que lhe permitindo o controle da agenda legislativa, restringiram a capacidade do agir individualizado dos congressistas. Fato que sendo um incentivo às coalizões, dele o Executivo se apropriou para a aprovação de suas demandas, impedindo-se assim a paralisia legislativa.

## 1. A fidelidade à “revolução”: contornos do nascimento de um cabresto parlamentar

Em um importante estudo sobre o porquê de regimes militares latino-americanos do século passado se preocuparam em despender trabalho para confeccionar novos textos constitucionais. Gabriel Negretto (2014, pp. 83, 90) vai afirmar que na oportunidade de uma intervenção dessa natureza possuir objetivos limitados. Para aqueles que estão na frente do movimento, suspender a constituição vigente e governar por atos executivos provisionais, costuma ser o suficiente. Contudo, para to-

das as demais situações nas quais o objetivo dos próceres do movimento, mais do que pontual, trata-se da busca de legitimidade para implementar mudanças fundamentais no campo social e político. Então nestes casos uma constituição própria será preferível.

Fato que, porém, no Brasil pós-64 demorou-se para perceber. Afinal, não é difícil visualizar a hesitação dos militares entre a categoria schmittiana de ditadura comissária e a de ditadura soberana,<sup>147</sup> presente à brasileira na indecisão entre a restauração da ordem e a existência de um poder constituinte imanente (BARBOSA, 2012, pp. 60-61). Bastando para confirmar isso, mencionar o Ato Institucional de 9 de abril, que a despeito de afirmar ser obra de um poder revolucionário que se legitima por si só. O que se segue a ele, sob o aspecto da organização e exercício do poder, é uma série de providências reformistas – postura copiada quando da edição do Ato de nº 2, e seguintes

Mas que tão logo reconhecido que os objetivos – no caso, reconstrução política, moral, e econômica do Brasil – de uma “revolução” – como assim chamavam os adeptos ao golpe perpetrado pelos militares – não são eles alcançados no curso do processo, mas a partir do desenvolvimento da ordem jurídico-política que o mesmo se limita a inaugurar (BARBOSA, 2012, pp. 58, 97). O regime então convoca o Congresso para a elaboração de um novo marco constitucional, e coloca-o numa encruzilhada, onde

“[...] se por um lado, se recusasse participação no processo constituinte, possivelmente teria que conviver com a outorga de uma constituição cujos excessos a maioria dos parlamentares julgava necessário abrandar. Por outro, participando do processo não deixava de conferir-lhe foros de legitimidade, ao menos para os propósitos do discurso oficial [...]” (BARBOSA, 2012, p. 118).

Situação que resolvida pela opção da segunda orientação, resulta na constituição de 1967. A qual mesmo tida por autoritária na sua feitura, e em suas opções institucionais. Para o governo que se seguiu

---

147. Segundo Bercovici (2008, p. 25), a ditadura comissária é aquela em que se suspende a Constituição para protegê-la em sua existência concreta. Já, por outro lado, a ditadura soberana, trata-se do regime que busca criar uma situação que torne possível uma nova Constituição.

ao início de sua vigência, o do Marechal do Exército, Artur da Costa e Silva, o texto era liberal até demais. Merecendo, portanto, ser substituído por um novo, que de sua parte, porém, deveria incorporar as disposições de exceção, presentes no Ato Institucional de nº 5 – responsável por garantir ao presidente o poder de fechar o Congresso e de institucionalizar a repressão (BARBOSA, 2012, p. 131).

Alternativa essa que começa a ser discutida por um grupo que se resolveu chamar de Comissão de Alto Nível,<sup>148</sup> e que após a isquemia cerebral sofrida pelo presidente, e sua substituição por uma junta militar composta pelos ministros das três Armas, se materializa na Emenda Constitucional nº 1 de 1969. Que dentre outras coisas, pelo motivo de haver por parte dos militares o reconhecimento de que mesmo controlando o Diretório Nacional do partido, isso não era o suficiente para dirigir a bancada federal arenista em direção ao voto favorável às propostas de “interesse nacional” externadas pelo Executivo – posto que os parlamentares que a formavam, tinham cada qual também, seus interesses políticos próprios (GRINBERG, 2015, pp. 215, 226).

Endureceu o instituto da fidelidade/disciplina partidária (BARBOSA, 2012, pp. 134, 138),<sup>149</sup> com o objetivo de tão-somente manter no Congresso Nacional a unidade da bancada do partido de apoio aos militares, a ARENA (PIMENTA, 2008, p. 41), sem o custo tanto de se usarem medidas autoritárias estranhas ao funcionamento das instituições quanto de fechar o Congresso – como já havia acontecido (GRINBERG, 2015, p. 211). Ato por sua vez, pouco tempo depois, reforçado pela criação do voto de liderança, através do qual o Legislativo, se transformou materialmente num órgão carimbador das decisões do poder Executivo (ROLLEMBERG, 2006, p. 150).

---

148. Integrada por Costa e Silva e “[...] o vicepresidente, Pedro Aleixo; o ministro da Justiça, Gama e Silva; o ministro do Planejamento, Hélio Beltrão; o ministro do STF, Themistocles Cavalcanti; o chefe da Casa Civil, Rondon Pacheco; e os juristas Miguel Reale e Carlos Medeiros [...]” (BARBOSA, 2012, p. 135).

149. Enquanto a fidelidade consiste na adesão intelectual do membro do partido à filosofia deste. A disciplina diz respeito a exigência dos membros do partido se pautarem em suas ações, de modo consentâneo com o programa do partido. O que foi regulamentado pela constituição de 1967, e endurecido pela emenda de nº 1, em 1969, na medida em que seus dispositivos “[...] cominavam penas crescentes, que podiam chegar, ao menos em tese, à perda do mandato parlamentar dos seus violadores [...]” (FARHAT, 1996, p. 423).

### 3. Morte e vida do voto de confiança: a narrativa do tributo ao comodismo

Nos primeiros anos da ditadura militar por obra do economista Roberto Campos, uma vez que a definição das políticas públicas se concentrou no Executivo federal através do decreto nº 200, da reforma administrativa, e daqueles que por sua vez regulamentavam os ditos planos nacionais de desenvolvimento. Por necessidade, se procedeu ao mesmo tempo com um acúmulo da competência tributária, já que nada mais ilógico para aquele fim, do que tornar lícito a que estados e municípios, nas pessoas dos seus governadores e prefeitos, tivessem em suas mãos uma soma de dinheiro que lhes permitisse a tomada de decisões fora do projeto de investimentos que se tinha elaborado para o conjunto do país (JOBIM, 1994, p. 46).

Em tal contexto, porque emergiu a percepção de que os parlamentares deveriam, portanto, serem eleitos a partir de sua capacidade de organizar a transferência de recursos da União para a região da qual provinha em sufrágio seu mandato.<sup>150</sup> O trabalho legislativo fez a ponte do plenário do Congresso para o gabinete do ministro da fazenda. E por sua vez, o voto de liderança se colocou como uma alternativa lógica a um ambiente esvaziado. Afinal, ao líder, com esse expediente, se permitiria uma manifestação proporcional ao tamanho da sua bancada, mesmo que esta não estivesse presente (JOBIM, 1994, p. 46), conforme passou a se dispor no art. 176 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, com a versão dada pela Resolução nº 30 de 31 de outubro de 1972, *in verbis*:

Art. 176. Pelo processo simbólico, o Presidente, ao anunciar a votação de qualquer matéria, convidará os Deputados a favor a permanecerem sentados e proclamará o resultado manifesto dos votos. A manifestação dos líderes representará o voto de seus liderados, permitida a declaração de votos.

---

150. Como afirma Lourdes Sola (1998, p. 419) como medida compensatória a essa concentração da definição das políticas públicas no Executivo, transferiu-se “[...] aos parlamentares algum tipo de tutela na alocação de investimentos marginais – garantindo-se assim ao Congresso uma parcela do *spending power* tradicionalmente exercido pelo Executivo. Apesar de ser também onerosa do ponto de vista macroeconômico, essa iniciativa era politicamente racional no sentido de promover a cooperação dos parlamentares, e de modo especial, das oligarquias regionais [...]”.

No entanto, se é verdade que o voto de liderança, no longo termo, se mostrou eficaz em relação ao absentismo parlamentar. Muito mais ainda é também, que o seu uso estimulou a ausência da deputação. Isso porque o raciocínio feito era bem simples: minha presença ou a minha ausência, quanto a decisão das matérias, é rigorosamente irrelevante. Em especial, porque primeiro, a manifestação divergente de um deputado em relação ao líder para ser tida por significativa, não bastava sozinha, mas dependia do mesmo lograr o endosso de outros colegas a uma moção de verificação de quórum. E em segundo lugar, em razão de não serem raras as vezes que os líderes com medo do comportamento de seus liderados frente ao acordo por eles entabulado com o Governo, se valiam da desprezível tática de requerer verificação de quórum em votação de matéria irrelevante, para barrar, segundo previsão regimental, um novo pedido dessa natureza, quando se votaria o que interessava (TEIXEIRA & JOBIM, 1991, p. 03).

Realidade que por sua vez se manteve inerte convenientemente por um tempo, ao custo de omissos descontentes que julgavam ser mais fácil discordar de longe, daquilo que não fizeram, do que se esforçar por modificar a engrenagem defeituosa (RIBEIRO, 1988). Até que ao tentarem jungir a consciência do então deputado Norton Correia (PDS-PR), o resultado foi a impetração do Mandado de Segurança nº 20.499/DF, em 1985, no qual o parlamentar pleiteava lhe fosse assegurado o direito de ser computado seu voto em separado, em todas as ocasiões nas quais estivesse presente. E onde apesar do à época Procurador-Geral da República, Sepúlveda Pertence, e do então ministro relator, Aldir Passarinho, opinarem respectivamente pela inconstitucionalidade do voto de liderança e pela licitude da contagem de voto discordante. O processo acabou extinto sem a resolução do mérito, devido ao término do mandato do impetrante. Sendo a morte do respectivo expediente decretada logo a seguir, em 1989, quando a Câmara dos Deputados decidiu por adequar sua regra interna ao novo regime que se instaurava (CANAVEZ & GARCIA, 2013, p. 107) – mesmo a despeito de vozes dissonantes, como a de Alcino Pinto Falcão.<sup>151</sup> O que, porém, quase que de imediato

---

151. Desembargador do TJ-RJ, que em publicação em periódico especializado, asseverou não ser o voto de liderança tão absurdo assim como injustamente o pintavam. Já que quando ele não existe expresso como no caso singular brasileiro, seria possível alcançar

se substituiu, *mutati mutantis*, por seu sucedâneo, o colégio de Líderes (SAMPAIO, 2017, p. 548; FIGUEIREDO & LIMONGI, 2001, p. 48).

#### 4. A formação do colégio de líderes: uma herança da constituinte de 87/88

Posto que o objetivo norteador era o de se permitir que todos os parlamentares pudessem participar do processo constituinte. Sob a égide do primeiro regimento interno – aquele aprovado pela Resolução nº 2 de 25 de março de 1987 – afastando-se dos demais paradigmas anteriores, notadamente, com a feitura dos textos magnos de 1891, de 1934 e de 1946 – ocasiões em que ou o Executivo enviou um anteprojeto de constituição, pronto para a apreciação em plenário, ou se estabeleceu uma comissão constitucional formada por alguns parlamentares que então ofereceriam um anteprojeto. A organização, portanto, dos trabalhos, dispunha-se no texto, seria processada de modo descentralizado (GOMES, 2006, pp. 196, 218-219; JOBIM, 1994, p. 39).

Ocorre que ao se estabelecer a formação de oito comissões temáticas nas quais constaria a presença de 63 congressistas. E ainda, de se decidir por dividir as mesmas em outras 3 subcomissões cada qual, formando-se assim o contingente de 24 grupos que iriam deliberar as sugestões enviadas tanto pelos representantes quanto pela sociedade civil – o que somente depois pela atividade de outra comissão dita de sistematização, constariam de um rascunho de lei maior remetido à mesa diretora do concílio. A primeira proposta, ou Projeto A, com 496 artigos, terminou tida tanto pelos membros do próprio legislativo, quanto pelo Executivo e opinião pública, como um documento incoerente, simplesmente terrível, o verdadeiro Frankenstein como ficou conhecido (GOMES, 2006, pp. 197-198; JOBIM, 1994, pp. 39-40).

Situação tal que embora tenha motivado a substituição do relator da comissão de sistematização, deputado Almir Gabriel (PMDB-PA), pelo deputado Bernardo Cabral (PMDB-AM). Que com todo esforço para

---

facilmente o mesmo resultado por outros meios, tal qual se dá com a famosa figura dos *whips*, na prática parlamentar inglesa, *locus* onde a recusa de votar com o líder ou de se escolher pela abstenção, custa a indicação para reeleição (FALCÃO, 1988, p. 253).

sugerir um novo desenho que recebesse o apoio da maioria das forças políticas presentes à época da Assembleia, ofereceu um substitutivo conhecido como Cabral I que reduziu o Projeto A em mais ou menos 200 artigos; e outro, nomeado de Cabral II que continha por seu turno 264 (MARTÍNEZ-LARA, 1996, p. 111). Isso não foi o suficiente para inibir a comissão de sistematização de ao fim e ao cabo aprovar o seu próprio esboço. O que não agradando muito alguns setores que críticos ao fato do regimento em vigor impor custos mais elevados para a modificação do projeto do que a manutenção da proposta no plenário, se colocaram em marcha para articular sua alteração (GOMES, 2006, pp. 198, 200, 209).<sup>152</sup>

O que se dá em 5 de janeiro de 1988. Momento no qual devido a constituinte ter praticamente recomeçado do zero, os atores envolvidos passaram a cada vez mais estar sob pressão. E por isso, ao pensar numa estratégia para centralizar as negociações nas figuras dos líderes partidários, de modo a se conseguir maior celeridade no ritmo do andamento do processo. Em resposta a sociedade que os acompanhava (GOMES, 2006, p. 210) materializaram o Colégio de Líderes. Órgão que até então atuava informalmente (SOARES, 1993, p. 346), mas que com a promulgação do texto constitucional se tornou tão poderoso que faltando espaço para destruí-lo (JOBIM, 1994, p. 45), e à contragosto da presidência da casa, que parecia relutar à possível concorrência em termos de poder – já que preferia dirigir reuniões eventuais à sua discricção (SOARES, 1993, p. 346) – foi institucionalizado pela deputação quando da edição do novo Regimento Interno, em 1989.

Data esta que relativamente afastada dos dias atuais permite com margem maior de segurança, afirmar a existência de uma controvérsia sobre sua manutenção. Haja vista que mesmo tomada por parte dos estudiosos da matéria como uma importante estrutura de organização e agilização do labor legislativo. Para outro grupo, que aqui nos interessa,

---

152. De acordo com Nelson Jobim (1994, p. 43), a celeuma se instaurou devido a esquerda dominar a comissão de sistematização, enquanto suas bandeiras não representavam maioria no plenário. Sendo que ao tempo que o plenário precisava de 252 votos para alterar os textos produzidos na comissão de sistematização, por lá, em sentido oposto bastavam apenas 41 parlamentares para se aprovar qualquer matéria. Assim, foi daí em diante que surgiu a chamada revolução do “centrão”, ou de um conjunto de parlamentaristas de espectro político dito conservador cujo objetivo era modificar o regimento interno.

trata-se, contudo, de uma criação a merecer crítica, já que no semelhante curso de tempo em que restringe a atuação isolada da maior parte da casa baixa, noutra giro, o colégio de líderes, ao seu modo de colaborar com a organização de coalizões, se vê apropriado pelo querer presidencial (FIGUEIREDO, 2012, p. 15).<sup>153</sup>

## 5. A manutenção do colégio de líderes: entre coalizões e apropriação da agenda legislativa

Formado segundo o Regimento Interno, conforme seu artigo 20, pelos líderes da maioria, minoria, dos partidos, dos blocos parlamentares e do governo, para decidir em sendo possível mediante consenso, ou quando não por maioria absoluta – ponderado neste processo, a manifestação dos votantes em função da expressão numérica de cada bancada (art. 20, § 2º). Ao Colégio de Líderes, após a oportunidade constituinte, porque se atribuiu o status de órgão auxiliar da mesa diretora, empurrando-o ao exercício de uma influência decisiva na determinação da agenda decisória da Câmara, através do instituto da urgência (art. 154, II) – que na prática, implica na retirada da matéria da comissão onde quer que se ache, para ser incluída na ordem do dia da sessão plenária seguinte (FIGUEIREDO & LIMONGI, 2001, pp. 47-48).

No longo termo, segundo os autores Limongi e Figueiredo (2004, p. 50), isso fez subverter a lógica constitucional de descentralização do processo legislativo.<sup>154</sup> Já que no fim das contas,

---

153. Esclarecendo em complementação essa dicotomia, escreve oportunamente José Adércio Sampaio (2017, p. 549), “[...] apontado por alguns como elemento autoritário de decisões legislativas, pois retiraria dos parlamentares isoladamente o poder de decisão e por abreviar as discussões em plenário, além de permitir uma cooptação mais fácil pelo presidente da República e contrariar a competência constitucional da Mesa Diretora, ele é visto pela grande maioria dos estudiosos como um instrumento de racionalização e eficiência dos trabalhos nas Casas Legislativas, de disciplina partidária e estabilidade de acordos firmados com o Executivo, evitando que interesses locais venham a prevalecer nas deliberações nacionais e garantindo a independência de uma agenda mais ampla do que se poderia esperar das relações de dependência entre o presidente da República e os governadores estaduais, mediadas pelos parlamentares [...]”.

154. “[...] A organização descentralizada do Poder Legislativo pressupõe o funcionamento efetivo de um sistema de comissões permanentes em dois sentidos: primeiro,

“[...] o plenário referenda o que é decidido pelos líderes. A decisão crucial diz respeito à escolha dos projetos que serão objeto de um requerimento de urgência. Neste momento decide-se que matérias passarão a integrar a pauta dos trabalhos e quais, portanto, têm chances de serem aprovadas. Matérias que não recebem tratamento diferenciado dos líderes têm chances escassas de se tornar lei. Em uma palavra: a deliberação, em sentido forte, se dá no interior destas instâncias decisórias [...]” (LIMONGI & FIGUEIREDO, 2004, p. 51).

O que por resultado, trouxe consigo uma realidade deletéria na qual existe uma significativa limitação da capacidade dos membros da Câmara de influenciar a legislação (CHEIBUB, FIGUEIREDO & LIMONGI, 2009, p. 291).<sup>155</sup> Restando para tanto, somente a alternativa da disciplina partidária. Moeda de escambo a ser oferecida pelos líderes ao governo, com vistas a formação de um cartel majoritário (INÁCIO, 2007, p. 211).

Afinal, como é óbvio que as chances de conflito entre o Legislativo e Executivo, num sistema presidencial, dependem da distribuição de assentos no interior do parlamento entre os diferentes partidos. Sendo a melhor hipótese para o presidente, no caso de querer implementar o seu programa, aquela em que ele controla uma agremiação ordenada que detêm a maior parte das cadeiras. Caso raro (LIMONGI & FIGUEIREDO, 1998, pp. 85, 89).

Na situação outra de se estar defronte de um eleitorado diverso e desigual, em votação proporcional, lista aberta e com os estados funcionando como distritos eleitorais únicos – o que tende a eleger um Congresso fragmentado e heterogêneo. As coalizões, ou o acordo pelo qual os partidos se dispõem a apoiar projetos do Executivo, sob condições a serem negociadas no momento da discussão e votação de cada um, tornam-se aqui não só necessárias, mas imperiosas (ABRANCHES, 2018).

E neste particular, porque na Câmara dos Deputados, se montou um cenário no qual para o desempenho de suas funções, ao desenvol-

---

de forma que estas possam ser o *locus* de decisões especializadas de forma a garantir ganhos na qualidade do trabalho legislativo; segundo, que as comissões sejam rota obrigatória das proposições legislativas que vão ser objeto de apreciação em plenário [...]” (FIGUEIREDO & LIMONGI, 2001, pp. 47-48).

155. Em igual perspectiva, afirma Messenberg (2002, p. 37), não restar dúvidas de que o papel preponderante das lideranças no processo legislativo resulta em um esvaziamento do comportamento mais atuantes dos parlamentares individualmente.

ver padrões de organização, seus membros preferiram distribuir desigualmente tanto recursos quanto direitos, à figura do líder.<sup>156</sup> É a ele, por conseguinte, que vendendo a redução do risco das incertezas do pleno, em competição com os seus equivalentes no espaço do Colégio das Lideranças, que cabe a função de negociar com o Executivo o acesso as benesses relacionadas com o exercício do poder, pelo grupo que o mesmo representa numericamente, no intuito de maximizar a preferência aos projetos que são convenientes ao Governo (LIMONGI & FIGUEIREDO, 1998, pp. 91, 99; MIRANDA, 2010).<sup>157</sup>

Que conquanto não represente a pauta efetiva do Presidente – pois basta pensar que antevendo dificuldades já no encontro com as lideranças, nem tudo o que o Executivo gostaria de ver aprovado será por ele enviado ou se forçará a sua votação. Também não é o caso de enfrentarem um obstáculo intransponível (FIGUEIREDO & LIMONGI, 2001, p. 107; LIMONGI & FIGUEIREDO, 1998, p. 103). Afinal, porque estudos demonstram que o Legislativo brasileiro é reativo. O que se observa de Amorim Neto e Santos (2010), pesquisadores que em um levantamento demonstraram que entre 1985 e 1999, das mais de duas mil leis aprovadas, apenas 336 tiveram a iniciativa parlamentar.<sup>158</sup>

Neste sentido, é possível então observar que se a apropriação da agenda através dos instrumentos da fidelidade partidária e do voto de liderança, durante o período militar, tinham por objetivo atender os anseios do Presidente, líder circunstancial da “Revolução”. Após a constituição de 1988, embora ao fim e ao cabo, possa se enxergar no Colégio de Líderes

---

156. “[...] A dissimilaridade de poder é, conseqüentemente, o que distingue líderes e liderados, onde os primeiros, alçados ao campo institucional da política, formam força majoritária política enquanto representam a maioria numérica social [...]” (CENTENO, 2018, p. 18).

157. No mesmo sentido: “[...] os deputados agem em conformidade com as posições das suas lideranças partidárias como uma forma de ter acesso aos benefícios políticos e financeiros controlados pelos líderes e centralizados no Executivo [...]” (PEREIRA & RENNÓ, 2001).

158. “[...] As leis introduzidas pelo Legislativo, geralmente por parlamentares individuais, demoram três vezes mais tempo para serem aprovadas do que as do Executivo: há problemas de seleção e apreciação devido à quantidade e ao tempo – a organização legislativa não foi otimizada para tratar as demandas dos parlamentares individualmente [...]” (SANTOS, 2007, p. 232).

uma herança daqueles entulhos autoritários, que de certo modo também colabora com as pretensões do Governo. Deve-se reconhecer que há uma justificativa racional para a sua preservação e que ela se acha na deficiência histórica do Congresso Nacional de vencer a pulverização que lhe confere causa. Fato que na vigência da lei maior de 1946 culminou numa paralisia que precedeu o golpe militar (MIRANDA, 2012, p. 10).

## Conclusão

O presente trabalho teve por objetivo apresentar uma reflexão sobre em que medida o Colégio de Líderes é um instituto que longe de ser só o herdeiro de escombros autoritários do passado recente do Brasil, trata-se outrossim de uma relevante ferramenta de combate ao mal da paralisia legislativa, provocada pela pulverização da representação multipartidária.

Neste âmbito, o que se verificou do desenvolvimento do texto é que tanto a fidelidade/disciplina partidária quanto o voto de liderança se eram instrumentos utilizados para tornar o Legislativo mero homologador de decisões do Executivo. O Colégio de Líderes, herdeiro de ambos, no entanto, ainda que colabore para a apropriação da agenda legislativa pelo Executivo. Noutra monta, não tem o condão de excluir, como no passado, o Legislativo do debate. Pelo contrário, o que se tem através dele é a valorização da cooperação, na medida em que o Executivo buscando aprovar suas pautas – que dada a natureza do cargo são de interesse nacional – é nesse ambiente que se fará presente para oferecer vantagens em troca de uma coalizão. E caso isso não se mostre possível, ou a alternativa é mais barganha ou é desistência, já que a derrota em plenário, é praticamente certa, uma vez que os liderados não seguem o Governo, mas sim suas lideranças.

## Referências bibliográficas

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão. Raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

- AMORIM NETO, Octavio; & SANTOS, Fabiano. A produção legislativa do Congresso: entre a paróquia e a nação. In: WERNECK VIANNA, Luiz. A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de. História constitucional brasileira. Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.
- BERCOVICI, Gilberto. Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- CANAVEZ, Luciana Lopes; & GARCIA, José Ailton. Mecanismos do processo legislativo e heranças do estado de exceção. In: PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer; ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes; & CAPANO, Evandro Fabiani. Memória, verdade e justiça de transição. Florianópolis: Funjab, 2013.
- CENTENO, Alison Ribeiro. Os maestros da elite: carreiras e trajetórias dos líderes no Senado Federal entre 1999 e 2006. Dissertação de mestrado em Ciências Sociais. Porto Alegre: PUC-RS, 2018.
- CHEIBUB, José Antônio; FIGUEIREDO, Argelina; & LIMONGI, Fernando. Partidos políticos e governadores como determinantes do comportamento legislativo na Câmara dos deputados, 1988-2006. In: Dados – Revista de Ciências Sociais. V. 52, N. 2, 2009.
- FALCÃO, Alcino Pinto. Do voto de liderança, como ‘sub-genus’ do voto por procuração. In: Revista de direito constitucional e ciência política. V. 4, N. 6, 1988.
- FARHAT, Said. Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil. São Paulo: Edição Fundação Peirópolis/Companhia Melhoramentos, 1996.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; & LIMONGI, Fernando. Executivo e legislativo na nova ordem constitucional. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

- FIGUEIREDO, Juliana Baldoni. O colégio de líderes: surgimento e evolução. *In* E-Legis. N. 8, 2012.
- GOMES, Sandra. O impacto das regras de organização do processo legislativo no comportamento dos parlamentares: um estudo de caso da assembleia nacional constituinte (1987-1988). *In*: Dados – Revista de Ciências Sociais. V. 49, N. 1, 2006.
- GRINBERG, Lucia. Partido político ou bode expiatório: um estudo sobre a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), 1965-1979. Rio de Janeiro: Mauad X, 2009.
- INÁCIO, Magna. Estrutura e funcionamento da Câmara dos Deputados. *In*: MELO, Carlos Ranulfo de; & SÁEZ, Manuel Alcántara. A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- JOBIM, Nelson. O colégio de líderes e a Câmara dos Deputados. *In*: Caderno de Pesquisa. N. 3, 1994.
- LIMONGI, Fernando. & FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Modelos de Legislativo: o legislativo brasileiro em perspectiva comparada. *In*: Plenarium. V. I, 2004.
- LIMONGI, Fernando; & FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *In*: Luan Nova. N. 44, 1998.
- MARTÍNEZ-LARA, Javier. Building Democracy in Brazil. The politics of constitutional change. 198595. New York: St. Martin's Press, 1996.
- MESENBERG, Débora. A elite parlamentar do pós-constituinte: atores e práticas. São Paulo: Brasiliense, 2002.
- MIRANDA, Geral Luiza. Executivo, Congresso e Parlamentares na estrutura de delegação legislativa do Brasil republicano. *In*: E-legis. N. 9, 2012.
- NEGRETTO, Gabriel. Authoritarian constitutiona making. The role of the military in Latin America. *In*: GINSBURG, Tom; & SIMPSON,

- Alberto (Orgs.). *Constitutions in authoritarian regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- PEREIRA, Carlos; & RENNÓ, Lúcio. O que é que o Reeleito tem? Dinâmicas político-institucionais locais e nacionais nas eleições de 1998 para a Câmara dos Deputados. In: *Dados*. V. 44, N. 2, 2001.
- PIMENTA, Fernando Gurgel. *Guia Prático da Fidelidade Partidária Guia à luz da Resolução TSE 22.610/07*. Leme: J. H. Mizuno, 2008.
- RIBEIRO, Mendes. O voto de liderança. In: *Correio Braziliense*. Edição de 06/02/1988.
- ROLLEMBERG, Denise. A ditadura civil-militar em tempo de radicalizações e barbárie. 1968-1974. In: MARTINHO, Francisco Carlos Palomanes. *Democracia e ditadura no Brasil*. Rio de Janeiro, EdUERJ, 2006.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Práticas parlamentares e convenções constitucionais. In: *Justiça do Direito*. V. 31, N. 3, 2017.
- SANTOS, Fabiano. Governos de coalizão no sistema presidencial. O caso do Brasil sob a égide da Constituição de 1988. In: AVRITZER, Leonardo; & ANASTASIA, Fátima. *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- SOARES, Rosineth Monteiro. Liderança parlamentar. In: *Revista de Informação Legislativa*. N. 118, 1993.
- SOLA, Lourdes. *Ideias econômicas, decisões Políticas: desenvolvimento, estabilidade e populismo*. São Paulo: EdUsp/Fapesp, 1998.
- TEIXEIRA, Miro: & JOBIM, Nelson. Justificação. In: *Projeto de Resolução*. N. 25, 1991.



# Cidadania e direitos na Constituição Federal brasileira de 1988: um marco latino-americano

*Joyce Louback Lourenço*

## Introdução

Em 5 de outubro de 1988, a nova Carta Magna brasileira recebeu de Ulysses Guimarães<sup>159</sup> o epíteto de “Constituição Cidadã”. O texto Constitucional brasileiro nasceu sob o signo da cidadania plena e carregava a missão de atenuar todas as expressões das desigualdades enraizadas na sociedade. A Constituição indicou o início de um projeto democrático de caráter novo, que consagrou um modelo de sociedade assentado na participação social e na introdução de grupos sociais marginalizados e/ou ultrajados em seus direitos fundamentais. A afirmação dos mecanismos de participação popular, a ampliação dos direitos sociais, civis e políticos e o exercício da cidadania plena inscreveram o Brasil em um processo mais amplo de modernização do país e fundação de um Estado de Bem-Estar Social. Os princípios liberais e democráticos presentes no documento sedimentaram um novo processo histórico, em que a “linguagem dos direitos” (Cittadino, 2003) foi incluída em

---

159. Líder da campanha pela redemocratização e das *Diretas Já*. Presidente da Assembleia Nacional Constituinte

definitivo ao léxico dos diversos setores sociais e sua efetivação foi levada a cabo através da salvaguarda dos anseios e necessidades mais urgentes da população brasileira. A positivação dos direitos das minorias forjou sujeitos democráticos que, segundo as novas leis, estavam agora inseridos juridicamente no jogo político, que fez do Direito o principal operador das transformações fundamentais do país, enquanto a Constituição Federal tornou-se a peça de realização dos “desejos acumulados de mudança” (LESSA, 2008, p. 364).

O presente trabalho tem como ponto de partida a tese de que a Constituição brasileira de 1988 inaugura um novo ciclo constitucional na América Latina. Algumas tentativas vivenciadas nos países da região compuseram um esforço para a inserção daquelas sociedades em um modelo liberal de democracia, reconstruindo o Estado de Direito após experiências ditatoriais. Embora os cenários sejam semelhantes (uma vez que boa parte dos países optou por uma “transição negociada” para o regime democrático), o que o texto da Constituição brasileira propõe naquele momento histórico é especialmente fecundo, progressista e inovador. A Constituição de 1988 é, pois, um símbolo do processo de consolidação da democracia, da pluralidade e da ampliação dos direitos sociais no subcontinente. Este estudo discute as nuances deste debate e suas reverberações nas discussões sobre a sociologia do Direito, a partir dos avanços no campo dos direitos sociais. Para tanto, reforçamos a importância da Assembleia Nacional Constituinte brasileira (ANC), de 1987, como lócus de organização do campo popular, que resultou nos artigos referentes aos direitos sociais no texto constitucional. O estudo aborda as discussões sobre os sentidos da cidadania, dos direitos e da participação, assim como os seus impactos no texto constitucional, que fazem da Constituição brasileira um texto pioneiro na América Latina.

## 1. A Constituição brasileira e as experiências democratizantes na América Latina

A afirmação de que a Constituição brasileira inicia uma nova etapa no Constitucionalismo latino-americano pode encetar certo tipo de debate que reconhece em outras experiências constitucionais ocorridas

na América Latina anteriormente um caráter realmente transformador. A Constituição Mexicana de 1917 é um desses exemplos de instauração de uma nova ordem constitucional na região. A promulgação desta Carta Constitucional marca a inclusão de um conteúdo “eminente social”, que funda um tipo de Estado moderno e um novo conceito de direito constitucional. Segundo Jorge Sayeg Helú (1987),

La Constitución mexicana de 1917 significa, em este sentido, la superación del liberalismo individualista y abstencionista – con todos los males inherentes a dicho sistema –; pues sin abandonar el régimen de libertad que éste supone, lo troca em un liberalismo social y proteccionista. Este sócio-liberalismo ha venido imponiéndose, y se nos antoja, por hoy, como la solución más idónea al problema central del hombre: la búsqueda de su felicidad. (HELÚ, 1987, p. 704).

Os primeiros avanços em favor da justiça social são verificados no texto constitucional mexicano datado do início do século XX. Os direitos da pessoa humana (individuais e sociais) foram consagrados e o texto passou a “(...) considerar al ser humano en su doble aspecto: individual y social; y, al lado de las garantías individuales coloco las garantías sociales” (HELÚ, 1987, p. 656-657), de modo que eles se complementem. Ademais, há que se destacar os capítulos dedicados à Reforma Agrária (que reconhece o desaparecimento do latifúndio), aos direitos dos trabalhadores (de modo bastante extenso e abrangente) e aos direitos previdenciários, os dois últimos com status de direitos fundamentais, novidades para os demais países latino-americanos no período. A forte inspiração social da Constituição mexicana é um avanço notável no tipo de Constitucionalismo que grassou na América Latina. No entanto, entendemos que a Constituição brasileira é aquela que, realmente, erige um novo período para o constitucionalismo regional. A garantia e extensão de uma série de direitos sociais enunciados na Constituição mexicana de 1917 encontram seu lugar na Carta Constitucional brasileira e fundam um modelo de democracia baseado na cidadania plena e na realização efetiva dos direitos fundamentais.

Quando colocamos o Constitucionalismo regional em perspectiva analítica, imediatamente consideramos o pluralismo jurídico (SANTOS,

1988; WOLKOMER, 2001). como sendo a diretriz das Constituições promulgadas nos países latino-americanos. Assim, a Carta Constitucional brasileira está mais próxima do Constitucionalismo Social naquela conjuntura, com certo grau de pluralismo social já introduzido. A incorporação de elementos pluralistas ao seu texto e, sobretudo, o reconhecimento dos direitos sociais e civis, além da introdução de novos mecanismos de participação e de democratização da justiça (SANTOS, 2007), faz da Constituição brasileira a mais avançada na América Latina democrática e, portanto, pioneira nas transformações constitucionais recentes no subcontinente. A Carta Constitucional brasileira foi aquela que abriu caminho para a promulgação de uma série de Constituições, cujo diferencial é a atenção dada ao reconhecimento de direitos das minorias e a ativação de mecanismos de participação popular<sup>160</sup>. Entendemos, também, que a Constituição brasileira é uma peça exemplar do que viria a ser o neoconstitucionalismo na América Latina contemporânea.

A adoção de novos caminhos para a implementação da cidadania impactou definitivamente o conteúdo constitucional brasileiro. Este é

---

160. O estudo de Raquel Z. Yrigoyen Fajardo (2011) apresenta algumas tendências do constitucionalismo latino-americano. Por mais que discordemos da abordagem da autora, entendemos que sua tipologia é interessante justamente para problematizar os momentos constitucionais na América Latina. Fajardo divide em ciclos constitucionais que nos parecem bastante adequados para compreendermos como os processos de inclusão jurídica de setores sociais foram engendrados. O primeiro ciclo constitucional (1982-1988) consiste em um primeiro esforço em direção ao reconhecimento multicultural e multilíngue, o direito a identidade cultural, assim como uma menção aos direitos indígenas. O segundo ciclo (1989-2005), mais extenso, converte o pluralismo e a diversidade em princípios constitucionais, além de desenvolver conceitos como “nação multiétnica/multicultural” (FAJARDO, 2011: 142), fundamentais primeiro esforço em direção ao reconhecimento multicultural e multilíngue, o direito a identidade cultural, assim como uma menção aos direitos indígenas. O segundo ciclo (1989-2005), mais extenso, converte o pluralismo e a diversidade em princípios constitucionais, além de desenvolver conceitos como “nação multiétnica/multicultural” (FAJARDO, 2011, p. 142), fundamentais para a afirmação de direitos dos povos originários e mudanças profundas nas constituições. Por fim, o que a autora classifica como terceiro ciclo do constitucionalismo (2006-2009), chamado de Constitucionalismo plurinacional, traz como novidade o reconhecimento das raízes milenares dos povos indígenas, bem como das nações originárias e nacionalidades. Dentro desta tipologia, a Constituição brasileira é um marco na inclusão dos direitos sociais no texto Constitucional. Ou seja, abre caminho para um ciclo que se expande para o resto da América Latina e que se consolida já nos primeiros anos do ano 2000.

um dos pontos fundamentais do processo de transição democrática no Brasil e na América Latina de modo geral. A compreensão da importância da inclusão dos direitos sociais e políticos tornou-se um aspecto imprescindível para o curso da redemocratização e se manifestou, no caso brasileiro, nas expressivas mobilizações sociais orquestradas pelos mais variados grupos sociais durante o período constituinte. Cabe aqui uma ressalva acerca da composição dos setores sociais que estiveram presentes na Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Ao tratarmos das múltiplas representações sociais participantes dos debates da Constituinte, fatalmente incorremos no equívoco de considerarmos, *a priori*, a unicidade dos atores sociais e dos seus objetivos. Claro, reconhecemos que havia um interesse maior em jogo: a restauração da democracia. No entanto, as forças sociais se articularam em uma composição distinta e trataram de seus interesses próprios de modo independente. Evelina Dagnino, Alberto J. Olvera e Aldo Panfichi (2006) atentam para as diferenças intrínsecas ao ator “sociedade civil” e nos chamam atenção para o tratamento desta categoria de análise.

A noção de heterogeneidade da sociedade civil descreve a diferenciação interna existente na sociedade civil e termos de atores sociais, formas de ação coletiva, teleologia da ação, construção identitária e projetos políticos. Trata-se de um núcleo temático que ajuda a compreender que no interior da sociedade civil coexistem os mais diversos atores, tipos de práticas e projetos, além de formas variadas de relação com o Estado. (...) A heterogeneidade da sociedade civil é uma expressão da pluralidade política, social e cultural que acompanha o desenvolvimento histórico da América Latina. Os diversos atores, com interesses, agendas e projetos políticos variados, se originam em distintos contextos históricos e políticos de cada nação e a eles respondem. (DAGNINO, OLVERA E PANFICHI, 2006, p. 27).

Quando nos concentramos na análise da participação popular na ANC e sua influência ao longo do processo constituinte, é preciso levar em conta esta categorização. Os projetos políticos de todos os movimentos sociais e os demais grupos que se manifestaram na Constituinte estavam comprometidos com seus princípios, normas internas e, evi-

dentemente, suas reivindicações, que não eram oriundas de uma matriz comum – como a luta de classes ou os direitos dos trabalhadores. A Constituição brasileira contempla a multiplicidade da sua sociedade e outras Constituições latino-americanas possuem esta mesma vocação.

Desse modo, as Constituições

(...) corresponderam à complexificação da vida social (...), ao incorporar formas de vida e coletividades particulares, juntamente à expansão da concepção dos direitos. Uma perspectiva mais republicana e participativa emergiu disso, embora disputas em torno à abertura de Estados renovados também caracterizam a situação. (DOMINGUES, 2013, p. 333).

O escopo das mudanças no subcontinente exige certo tipo de teorização de viés crítico, que problematize as questões particulares da região. O intuito é partir de um olhar que preconize, sobretudo, as questões pertinentes à identidade, à diferença e ao desrespeito, marcas do período de afirmação dos novos atores sociais na cena pública. Nesse sentido, as lutas sociais representaram um dos principais caminhos para um processo de redemocratização que teve, sim, implicações institucionais, e que figurou como um importante marco na participação política e social. Configurou-se, portanto, uma articulação entre as transformações no âmbito da sociedade civil e suas implicações na redação das constituições.

As sucessivas reformas constitucionais operadas em alguns dos países latino-americanos nas últimas décadas oferecem perspectivas para a formulação de novos paradigmas teóricos e conceituais que confluem para a análise das mudanças constitucionais engendradas na América Latina. As novas Constituições promulgadas na Venezuela, em 1999; Equador, em 2008; e Bolívia, em 2009 representam um novo momento constitucional na região, em que se nota uma mudança nos parâmetros do Direito. Percebe-se que há uma notável contribuição do pensamento nativo/indígena na formulação de tais textos constitucionais, com a introdução de categorias próprias, lógicas culturais autóctones, distantes dos parâmetros consagrados pelas teorias jurídicas e sociológicas baseadas em modelos importados. De acordo com o novo constitucionalismo latino-americano, (...) “estas Constituições buscam superar a ausência de

poder constituinte indígena na fundação republicana e pretendem contrastar o fato de que foram considerados como menores de idade sujeitos a tutela estatal ao largo da história” (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 149). Das mudanças mais significativas incorporadas às novas Constituições/reformas constitucionais na América Latina está o conceito de “*Buen-vivir*” como elemento estruturante de tais textos. O constitucionalismo pluralista coloca em relevo a inclusão de povos originários, além do alargamento dos direitos sociais, que se estendem a setores sociais até então destituídos da possibilidade de participação na vida política. Os novos conceitos incluídos nos textos constitucionais latino-americanos promulgados desde a década de 1980 firmam o compromisso de apartar das desigualdades e reconhecer direitos dos setores subalternos. Desta maneira, a hipótese de que a Constituição brasileira é precursora de uma série de textos que preconizam a inclusão dos direitos sociais é elementar<sup>161</sup>.

## 2. A Constituinte brasileira como um novo momento institucional brasileiro

Ao se colocar em análise o processo constituinte brasileiro, a trajetória das lutas sociais do período e os direitos contemplados (ou não) no texto final, é possível esclarecer que as Constituições latino-americanas promulgadas pós-década de 1980 avançaram a partir dos marcos da Carta Magna brasileira. As Cartas Constitucionais latino-americanas, em especial a brasileira, consagraram uma “concepção universalista dos direitos sociais” (DAGNINO, OLVERA E PANFICHI, 2006, p. 77), diretamente vinculada aos avanços no plano social e nas concepções vigentes de cidadania e participação social. O movimento constitucional latino-america-

---

161. Ao lado da Constituição Brasileira de 1988, colocamos a Constituição colombiana de 1991 como um exemplo de Constituição plural, que deu início a um ciclo constitucional que indicou o reconhecimento das minorias e introdução de direitos coletivos. Os direitos na Carta Magna colombiana são fruto dos esforços e reivindicações de grupos marginalizados, como os trabalhadores e camponeses, em um contexto de desigualdade e pobreza no país (Carvajal, 2002). Deste modo, a Constituição colombiana “(...) pode assim ser considerada um marco em razão de sua proposta de ruptura, de reformulação da ordem política e através da ativação direta do poder constituinte traços que se repetiriam nas cartas posteriores de Venezuela, Bolívia e Equador” (ORIO, 2013, p.171-172).

no contemplou processos que se assemelharam significativamente àqueles ocorridos no Brasil e que podem lançar luz a tendências particulares ao nosso caso. Em outro ponto da mesma discussão há, ainda, o debate sobre o lugar do Brasil no âmbito do Constitucionalismo moderno e quais seriam suas contribuições para o debate a respeito do modelo constitucional adotado no novo campo democrático do país e na América Latina.

Os progressos na democracia promovidos pelo texto constitucional brasileiro foram confrontados com os compromissos firmados com os antigos padrões societários brasileiros – à exemplo do que ocorreu em outros países latino-americanos. A história Constitucional brasileira é, de modo geral, expressão maior de uma tendência marcante do nosso processo de modernização, que concilia avanços e recuos ao longo da marcha democrática. O passado recente do país expõe dramas e sucessos que irão se perpetuar ao longo da nossa trajetória, cujo auge é a promulgação da Carta Constitucional de 1988.

Pensar as mudanças no plano da concessão dos direitos ocorrida nas últimas décadas e suas implicações sobre a vida societária é uma tentativa de identificar o modo como países em fase de afirmação da democracia encontraram formas de operacionalizar mudanças substanciais na cultura política, a partir da participação popular. A reconstrução do marco filosófico do direito constitucional ou a recuperação da tradição que trata dos modelos de constitucionalismo é menos importante para os nossos propósitos, do que o desenvolvimento de algumas ideias que podem auxiliar o tratamento dos dilemas que envolvem direito e democracia, sobretudo, quando se observa o modo como se deu a afirmação dos direitos na modernidade brasileira.

### *2.1. Democracia e cidadania no Brasil pré-Constituição de 1988: algumas questões para o debate*

O processo de modernização brasileiro primou pela conciliação entre os interesses vigentes e as paulatinas transformações introduzidas ao longo das décadas. O desfecho democrático materializado na Constituição de 1988 é, pois, o conteúdo de conquistas diversas e a

introdução de uma nova lógica interpretativa do Direito. As principais novidades no âmbito dos direitos sociais reconhecidos pela Constituição de 1988 remontam à noção de cidadania que emerge neste período, que representa a abertura de um diálogo importante entre instituições e sociedade, marcando a inserção dos movimentos sociais no espaço público e, concomitantemente, instaurando certas dificuldades à participação dos mesmos nos processos decisórios.

A complexidade do cenário brasileiro no período Constituinte demanda ampliação da ideia sobre a vivência democrática e cidadã. Evelina Dagnino (1994) nos oferece uma perspectiva sobre a construção dos conceitos de cidadania e direitos. A autora cita, por exemplo, a forma como o sentido de ter direitos aparece de modo distinto no escopo da discussão sobre a “nova cidadania”. Em um apontamento preliminar, Dagnino considera que o debate em torno do sentido da cidadania passa pela “(...) fixação do significado de direito e pela afirmação de algo enquanto um direito” (DAGNINO, 1994, p. 3). Entre outros tópicos importantes para a discussão, citamos justamente a capacidade de definição do que é ser cidadão pelos próprios indivíduos. A luta por reconhecimento e o impacto da organização cidadã em torno daquilo que se considera um direito são eixos de um novo tipo de cidadania. Por fim, destaca-se em seu esquema o estabelecimento de relações sociais mais igualitárias, a constituição de cidadãos ativos e participantes das arenas públicas decisórias e “(...) o direito de participar efetivamente da própria definição desse sistema, o direito de definir aquilo no qual queremos ser incluídos, a invenção de uma nova sociedade”. (Ibid., p. 4).

A discussão sobre o sistema jurídico nas sociedades modernas elaborada por Jürgen Habermas (1997) estabelece um ponto de inflexão de natureza normativa, que pretende arrazoar sobre como a democracia deve ser. O Direito aparece em seu quadro teórico como expressão legítima do mundo da vida, articulando-o aos sistemas sociais, numa tentativa de superar o dualismo entre ambas as dimensões. Ao Direito caberia a tarefa de mediação, transpondo justamente os termos e normas dos sistemas para a linguagem do mundo da vida, tornando possível que os reclames expressos comunicativamente sejam transformados em lei, os quais irão normatizar as ações e escolhas estratégicas dos indivíduos.

Entende-se que o direito moderno (...) “nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo” (HABERMAS, 1997, p. 54). Neste sentido,

No princípio da soberania popular, segundo o qual todo poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. Esse princípio forma a charneira entre o sistema de direitos e a construção de um Estado de Direito. (Ibid., p. 212-213).

O sistema de direitos expressa a vinculação entre direitos humanos e soberania popular, os quais partem do princípio do discurso. É fundamental, contudo, definirmos o conceito de Direito que, em sua teoria, diferencia-se da moral. Por direito, o autor define “o moderno direito normatizado”. Assim,

o direito não representa apenas uma forma do saber cultural, como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante dos sistemas de instituições sociais. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições e de interpretações normativas, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação. (Ibid., p. 110-111).

As diretivas para ação oferecidas pelas normas institucionalizadas avalizam o status de cidadania, o qual, no entanto, é na verdade garantido pela ação dos indivíduos na esfera pública, campo de disputa da hegemonia, aberta a diversidade e a pluralidade. A legitimidade do direito frente à *facticidade* dos sistemas autorregulados e a *validade* dos processos discursivos próprios do mundo da vida permitem pensar os problemas inerentes à afirmação da cidadania ao longo do tempo, referindo-se, fundamentalmente, ao acesso e participação dentro dos parâmetros dos subsistemas. Habermas chama atenção para o “gozo real de um status de cidadão ativo”, somente possível fora do privatismo do mercado.

A caracterização do Estado Democrático de Direito e a concepção de Direito elaborada por Habermas nos permite que nos perguntemos sobre

qual o conceito de Constituição e, de modo decorrente, a ideia de direito que se materializa nos textos constitucionais. Neste sentido, o direito, de acordo com a teoria *habermasiana*, implica a ação comunicativa, a participação na esfera pública, e a pluralidade da vida social. Assim, a discussão sobre os direitos sociais assegurados constitucionalmente que pretendemos conduzir implica na consideração de um Direito que é produto de condições históricas que consagram uma sociedade pluralista.

A senda aberta pelo pensamento *habermasiano* permite que façamos uma reflexão sobre os processos de abertura à participação política, categóricos para a compreensão das relações íntimas entre a institucionalização dos direitos, o incremento da cidadania e o acesso de toda a sociedade no processo de promulgação do texto constitucional. Neste caso, nos interessa enormemente perceber como a possibilidade de participação direta no processo de formulação da carta constitucional é também um modo de construir certo tipo de pensamento, uma linguagem democrática.

A inserção do Brasil no processo de afirmação da democracia e a trajetória de obtenção de direitos fundamentais, percursos que foram guiados, em grande medida, por novos atores sociais organizados denotam, por suposto, o resgate dos direitos sociais, políticos e civis. A cidadania grassou no texto constitucional ao tratar de temas como o trabalho e sua regulação, as questões relacionadas a segurança pública, os direitos humanos, o ambientalismo, as questões indígenas, de gênero, dos homossexuais, dos quilombolas, das crianças e adolescentes, os direitos sexuais e reprodutivos, entre outras matérias que tornaram a Constituição brasileira um texto arrojado e abrangente. O novo desenho da sociedade brasileira pós-ditadura aponta uma série de caminhos e dilemas que derivam da concessão de novos direitos. De tal modo, a expansão da cidadania e a consolidação da democracia são temas em aberto, em disputa na sociedade e que assumem novos significados a cada tensão no campo social.

### 3. À guisa de conclusão: participação e cidadania - o legado constitucional brasileiro

A participação dos setores da sociedade civil no processo de construção do projeto democrático popular afirmado na Constituição de

1988 determinou as diretrizes das novas relações entre Estado e sociedade civil. A elaboração de políticas públicas e os rumos da participação social no país após a promulgação da nova Constituição consideraram a inclusão e interpretação dos conceitos anteriormente enunciados. A atuação dos movimentos sociais contribuiu para a redefinição das noções clássicas de conceitos importantes para a compreensão do estabelecimento do regime democrático. A ênfase na inserção no espaço público e na participação na arena institucional é uma novidade significativa oferecida pela Constituição de 1988.

Ainda que a transição democrática tenha sido paulatina e amplamente negociada com os setores do governo autoritário, o desejo permanente entre os que lutaram pela redemocratização era o de afirmação radical de um novo regime. A construção de uma sociedade mais igualitária a todos os grupos e classes tencionou uma série de inovações democráticas, institucionalizadas a partir da Constituição de 1988. A iniciativa legislativa popular e a consulta popular (referendo e plebiscito), mecanismos de democracia direta, são algumas das principais respostas oferecidas em nível constitucional, em razão da pressão pela abertura de espaços de participação. No que diz respeito à participação co-gestionária, a criação de conselhos gestores de políticas públicas “inaugura novas formas de representação da sociedade civil junto ao campo institucional” (LÜCHMANN, 2008, p. 89). A inovação nas formas de representação coletiva é, sem dúvidas, uma referência importante para a composição de espaços públicos mais democráticos. A descentralização das decisões e dos discursos está entre algumas inovações que são fruto exclusivamente da pressão exercida pelo campo popular no período Constituinte.

As novidades asseguradas pela Constituição de 1988 também tem influências no plano institucional e em algumas instâncias representativas. A discussão alusiva aos empecilhos e dilemas gerais envolvendo participação e representação são prementes para a teoria democrática e também para o aprofundamento do regime. Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos (2003) destacam as dificuldades enfrentadas pelos atores sociais frente a algumas novidades que fortaleceram os mecanismos de participação controlados, sobremaneira, pelo Poder Executivo. A representação política e a representação funcional se encontraram e,

acima de tudo, confluíram, tornando esta última “(...) parte integrante dos mecanismos de democracia participativa” (WERNECK VIANNA E BURGOS, 2003, p. 385). A demanda e concessão de direitos, assim como a participação social são encaminhadas para o interior do Poder Judiciário, o qual cumpre um papel caro ao Legislativo.

O processo de incremento da participação popular e ampliação dos direitos políticos e sociais proporcionados pela promulgação da Carta Constitucional brasileira de 1988 resultam, como vimos anteriormente, em um processo de abertura das ações judiciais de maneira bastante ampliada e que ocupa de certa maneira, uma lacuna importante. Ainda que haja a compreensão geral de que a democracia foi incrementada a partir da *judicialização*<sup>162</sup> da vida política há, por outro lado, consequências importantes deste movimento, responsável por redesenhar os rumos da sociedade brasileira de modo cada vez mais determinante.

As crescentes demandas dos grupos organizados, o esfacelamento de governos autoritários e as novas proposições da Constituição provocaram transformações decisivas no modelo institucional brasileiro, que reverberaram decisivamente em toda a América Latina. A cidadania ganhou corpo em um contexto institucional que se abriu a iniciativas coletivas e individuais. Houve, portanto, um movimento de acesso a instâncias de representação que, em uma órbita própria, trataram de incorporar cada vez mais as demandas oriundas da sociedade, e que também redefiniu o escopo da sua atuação.

A Constituição brasileira viabilizou a abertura de canais institucionais de participação à sociedade civil. Ademais, a promoção de direitos fundamentais e a preocupação com a igualdade e a inclusão das minorias e grupos com menor expressão política são elementos que fazem da Constituição brasileira um experimento de “democracia na sua dimensão mais profunda” (BARROSO, 1995, p. 41). Sendo assim, entendemos

---

162. “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.” (BARROSO, 2012, p.24).

que as inovações no modelo constitucional brasileiro apresentaram uma proposta de democracia que tenta conciliar justiça social, pluralismo, cidadania e diversidade social. Consideramos o projeto constitucional brasileiro é, portanto, a primeira experiência que consagra tais ideais e propósitos na América Latina contemporânea, abrindo caminho para novos modelos constitucionais que ampliam o legado da Constituição de 1988.

## Bibliografia

BARROSO, L. R. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista da Procuradoria Geral*, n. 48, 1995.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, vol.5, n. 1, 2012.

CARVAJAL, J. Una herramienta para la democratización de la justicia. *Revista El Otro Derecho*, v. 24, 2002.

CITTADINO, G. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Alceu*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2003.

DAGNINO, E. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In DAGNINO, E. (org.), *Política e sociedade no Brasil*. São Paulo: Editora Brasiliense: 1994.

\_\_\_\_\_; OLVERA, A. J.; PANFICHI, A. *Para uma outra leitura da disputa pela construção democrática na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra; Campinas, SP: Unicamp, 2006.

DOMINGUES, J. M. A revolução molecular democrática latino-americana. In: *Modernidade global e civilização contemporânea: para uma renovação da teoria crítica*. Belo Horizonte: Editora, UFMG, 2013b.

HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HELÚ, J. S. *El constitucionalismo social mexicano: la integración constitucional de México, 1806-1986*. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.

- LESSA, R. A Constituição brasileira de 1988 como experimento de filosofia pública: um ensaio. In OLIVEN, R. G.; RIDENTI, M.; BRANDÃO, G. M. (orgs.), *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild: Anpocs, 2008.
- LÜCHMANN, L. H. H. Participação e representação nos conselhos gestores e no orçamento participativo. *Caderno CRH*, vol.21, nº52, Salvador Jan/Apr, 2008.
- ORIO, L. H. Situando o novo: um breve mapa das recentes transformações do constitucionalismo latino-americano. In WOLKMER, A.; CORREAS, O. (orgs.), *Crítica jurídica na América Latina*. Aguascalientes: CENEJUS, 2013.
- SANTOS, B. S. *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia retórica jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- VIANNA, L. W.; BURGOS, M. Revolução processual do Direito e democracia progressiva. In VIANNA, L. W.(org.), *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.
- WOLKMER, A. C. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.
- YRIGOYEN FAJARDO, R. Z. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. 1. ed., Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.



# Uma análise da importância do foro por prerrogativa de função para a democracia

*Wagneriana Lima Temóteo Camurça*

*Mateus Natanael Targino Maurício*

*Natália Pinto Costa*

Pretende-se fazer uma análise do foro por prerrogativa de função, discutindo as bases históricas deste instituto, a concepção original, até chegar ao uso que se faz dele na atualidade e suas particularidades. Deve-se discutir ainda a real necessidade de aplicação do foro, além das críticas ao mesmo, para que se chegue à conclusão se o foro por prerrogativa de função é realmente necessário ou se trata de um privilégio. Por fim, serão analisadas as propostas de restrição do instituto.

O Poder Judiciário, desde o conceito tripartite de Montesquieu (2000, p.169), é o responsável pelo cumprimento das leis, cabendo a ele exercer a jurisdição para organizar a sociedade e garantir o império da lei. No entanto em razão dos inúmeros temas de todas as naturezas que são trazidos para discussão e da dificuldade com o tamanho territorial dos países, foram criados vários órgãos jurisdicionais com a intenção de dividir e organizar a apreciação das questões pelo poder judiciário, surgindo assim a competência para apreciar as diferentes matérias.

A competência é, como define Lopes Junior (2017, p.250), a medida e o limite da jurisdição, sendo a responsável por fixar os limites dentro dos

quais o juiz pode prestar jurisdição, apontando para qual órgão do poder judiciário irá cada caso. Importante ressaltar que a competência se divide em três aspectos diferentes, quais sejam a *ratione materiae*, que é estabelecida em razão da natureza, da matéria do crime, a *ratione personae*, em razão do agente que cometeu o crime e a *ratione loci*, de acordo com o local em que o crime foi praticado ou se consumou, ou da residência do autor.

A competência por prerrogativa de função é a segunda hipótese, a *ratione personae*, já que se trata de um deslocamento para instâncias superiores em razão do agente que praticou o crime, da pessoa, ou melhor definindo, do cargo que esta pessoa ocupa, no caso em questão o foro por prerrogativa de função, tal como estabelecido no artigo 53 da Constituição Federal de 1988, desloca a competência para processar e julgar parlamentares federais para o Supremo Tribunal Federal.

Antes da discussão sobre a importância do foro por prerrogativa de função e a maneira como se dá sua aplicação no ordenamento jurídico do Brasil, é preciso entender como e em que bases nasceu o instituto, qual foi a sua concepção original. O foro por prerrogativa de função remonta segundo Gênova (2009, p.16) ao Egito antigo, no chamado sínédrio, que se constituía em um tribunal composto por setenta juízes que era responsável pelo julgamento de senadores, profetas, chefes militares, cidades e tribos rebeldes.

O surgimento do foro por prerrogativa de função de forma expressa se deu com as Ordenações Filipinas em 1603, ainda que neste texto legal não houvesse o nome do instituto, suas bases e privilégios estavam ali presentes, pois além de prever que as penas seriam aplicadas pelo juiz levando em consideração também a qualidade da pessoa, continha as previsões de que pessoas com status especial não podiam ficar presas, como observa-se da leitura de Delgado (2003, p.330):

Durante o século XII ao XV, em Portugal, enquanto vigoraram as Ordenações Filipinas, ‘os fidalgos, os desembargadores, cavaleiros, doutores, escrivães da Real Câmara, e suas mulheres, ainda que viúvas, desde que se conservando em honesta viuvez, deputados da Real Junta do Comércio e da Companhia Geral da Agricultura das vinhas do Alto Douro’ (...) tinham o privilégio do relaxamento da prisão quando pronunciados, embora a lei determinasse

que deveria se proceder a captura dos réus em tal situação, tudo em razão da qualidade pessoal que possuíam, ficando, apenas, à disposição do Juízo, sob promessa de cumprir as suas ordens.

O Brasil, influenciado pelas ordenações filipinas do seu colonizador, Portugal, e pelos privilégios que todos os monarcas possuíam à época, também adotou em sua primeira Constituição, a do Império de 1824, o foro por prerrogativa de função, ao estabelecer no artigo 47 daquele diploma que cabia ao Senado Imperial “conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura” (Brazil, 1824).

Sem adentrar no aumento de cargos e funções cada vez maior trazidos pelas constituições que à seguiram no Brasil, nesta época já se pode observar que a Constituição de 1824 ao estabelecer um julgamento diferenciado para alguns, elegia uma casta especial do alto escalão do governo imperial, de pessoas que estavam próximas ao imperador e não podiam ter suas atitudes questionadas, já naquele momento estabelecendo uma diferenciação com o povo.

Após o fim da monarquia brasileira, em 1889, com o advento da Proclamação da República, regime dito mais justo e que tinha a intenção de eliminar privilégios, esperava-se uma mudança no tratamento do foro por prerrogativa de função, tornando-o mais justo e reduzindo suas hipóteses de uso, no entanto não foi isso que ocorreu já que a Constituição de 1891 não só manteve como aprimorou o foro, outorgando ao Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento do presidente da república e dos ministros de estado, inclusive nos crimes comuns. A Constituição de 1891, conforme Tavares (2016, p.5) também estabelecia que os juízes federais, seriam julgados pelo STF, e os membros deste pelo Senado.

Com o fim do regime militar que durou vinte e um anos, e acabou em 1985, sobreveio um clamor na sociedade por liberdade e garantia de direitos sociais, que culminou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, conhecida como constituição cidadã. Talvez pela euforia com a tão sonhada conquista da democracia na época, e no afã de garantir total liberdade para

os membros dos três poderes realizarem suas atividades sem amarras é que a Constituição foi tão pródiga ao estabelecer os detentores do foro por prerrogativa de função.

A Constituição Federal de 1988 é de longe, como demonstram Cavalcante Filho e Lima (2017, p.20) é a que mais contemplou hipóteses de aplicação do foro por prerrogativa de função no Brasil, tendo previsto que uma enormidade cargos tivesse direito ao uso deste instituto, como por exemplo: Presidente da república, Ministros de estado, Deputados, Senadores, Governadores, Ministros de tribunais superiores, Procurador-Geral da república, Desembargadores federais e estaduais, e Juízes federais e estaduais.

Antes da discussão acerca da possibilidade do foro por prerrogativa de função estar sendo usado como um privilégio, é importante observar as hipóteses de foro por prerrogativa de função abarcadas pela Constituição Federal de 1988 em relação a competência originária do Supremo Tribunal Federal, presente nos artigos 53 e 102 deste diploma como pode-se observar:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

[..]

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

**b)** nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

**c)** nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os

chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999). (BRASIL, 1988)

Como se pode extrair da leitura dos artigos citados, o STF possui competência originária para processar e julgar um elevado número de autoridades dos três poderes, além do Ministério público e os comandantes militares. A suprema corte brasileira é formada por apenas onze ministros, e detém a principal função de ser o guardião da constituição brasileira, sendo portanto, uma corte com caráter eminentemente constitucional, no entanto no processamento de tais autoridades tem que atuar na área penal.

O Brasil começou a viver, a partir do desencadeamento da chamada Operação Lava-Jato uma crise institucional de grandes dimensões, com um cenário de escândalos de corrupção divulgados na mídia diuturnamente, combinado com uma crise econômica severa, que aumentou os índices de desemprego e trouxe revolta para a população brasileira.

Uma das maiores vítimas do julgamento popular passou a ser o foro por prerrogativa de função, conhecido como foro privilegiado. Passou-se a atacar este instituto como o grande responsável pela morosidade dos processos sofridos por políticos que o detenham. Quando foi criado, o foro tinha a intenção de proteger a instituição a que seu membro estava vinculado, sendo portanto necessário para o funcionamento democrático e corrigindo injustiças, como ensina Marques (2000, p. 213):

No Processo Penal, o que se ensina é que, em lugar de privilégio, o que se contém nessa competência *ratione personae* constitui, sobretudo, uma garantia. Os dispositivos que a estabelecem, como dizia o Professor Beza dos Santos, nas lições proferidas em Coimbra em 1919, longe de representarem um favor, muito ao contrário exprimem um dever de justiça. É o que também ensina Alcallá-Zamora, para que não se cuida, na espécie de um privilégio odioso, e sim de elementar precaução para amparar a um só tempo o acusado e a justiça e ainda para evitar por esse meio a subversão resultante de que inferiores julgassem seus superiores.

Logo, ao se analisar a concepção original do foro por prerrogativa de função percebe-se um motivo nobre para o seu surgimento, o de resguardar o pleno funcionamento das instituições a que estão vinculados

deus detentores. O foro por prerrogativa de função, na sua concepção original, não deveria ser usado como critério para diferenciar uma pessoa de outra, gerando privilégios, mas sim como um critério para que ocorresse um julgamento justo em razão do cargo ocupado por certas pessoas, como ensina Leal (1962), em seu voto na reclamação 473 a jurisdição especial é instituída no interesse público e não no interesse pessoal daquele que está ocupando o cargo.

Ocorre que ao longo do tempo, o propósito original do foro por prerrogativa de função foi sendo desvirtuado no Brasil, alargando-se demais as hipóteses de concessão do instituto, e dificultando a punição principalmente de políticos nos chamados crimes do colarinho branco. Cunhou-se uma expressão pejorativa para designar o foro no Brasil, que é “foro privilegiado”. Cabe destacar que foro por prerrogativa de função e foro privilegiado possuem a mesma definição, sendo que o termo por prerrogativa de função é usado por todos os doutrinadores e o termo privilegiado pela imprensa, pela população e pelos críticos do instituto.

Neste ponto em que a discussão acerca da possibilidade do uso do instituto do foro por prerrogativa de função como um privilégio começa a ser apreciada faz-se necessária uma diferenciação para um bom entendimento dos termos, conforme Belém (2008, p.21) o vocábulo privilégio advém do termo latino *privilēgium* que representa “lei ou medida tomada em favor de um particular” ou “lei excepcional”. Evidentemente privilégio é quando é dado a alguém um tratamento diferenciado de outrem, subvertendo o princípio da igualdade.

O termo prerrogativa, como ensina Belém (2008, p.21), também tem sua origem na língua latina, e o seu significado histórico remonta a “ação de votar em primeiro lugar”, já que servia originalmente para os centuriões votarem antes dos outros, tendo obviamente a primeira escolha. Com a adaptação a vida moderna, o termo prerrogativa foi sendo usado como um privilégio, uma vantagem ou regalia, logo, apesar de existir uma diferenciação nos termos, ambos subvertem o princípio da igualdade, constituindo uma classe, que por alguma razão (política, financeira, religiosa), se sobrepõe a outra.

O foro por prerrogativa de função, portanto etimologicamente foro privilegiado, é um instituto que trata autoridades, sejam do poder exe-

cutivo, legislativo ou judiciário de maneira incompatível com um princípio básico apresentado no rol de direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o princípio da isonomia ou da igualdade, que não deve ser entendido de forma literal, mas sim tratando-se os desiguais na medida de sua desigualdade, buscando uma igualdade concreta e efetiva, sendo um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro, como ensina o professor Bonavides (2017, p 340-341):

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquela que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.

O princípio da igualdade deve ser aplicado na sua acepção original, tornando todos iguais perante a sociedade e a justiça, não se deve quebrar a aplicação de princípio tão vital para o estado democrático de direito para justificar a aplicação do foro privilegiado em nome de uma justificativa que se deve tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, porque simplesmente não desiguais nessa relação. Os parlamentares são iguais ao povo, são representantes do povo, portanto não há uma razão fática para uma diferença de tratamento e julgamento entre eles, o princípio da igualdade deve ser observado e cumprido.

O caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 é claro ao estabelecer que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”. Centro medular do estado, a igualdade entre as pessoas não comporta quaisquer tipos de privilégio ou regalia, sendo este princípio inegociável, incondicional, não devendo existir nenhuma distinção e sendo todos os cidadãos julgados perante o seu juiz natural, sem observar privilégio em consequência de posição privilegiada ou de poder.

O foro por prerrogativa de função revela-se, portanto, incompatível com uma república moderna que almeja a igualdade entre seus cidadãos.

Neste sentido também já se manifestou o ministro Luís Roberto Barroso, por ocasião do julgamento da ação penal 937/2017, em que declarou que deveria haver uma mudança na aplicação do foro, o restringindo para os crimes praticados no cargo e em razão do cargo e arrematou dizendo que a prática usada no instituto não é adequada aos princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república.

Um dos maiores argumentos favoráveis a existência do foro privilegiado é a garantia de um julgamento livre e independente pelos tribunais superiores, que supostamente não ocorreria em julgamentos realizados por juízes de primeiro grau, porém este argumento por si só não se sustenta já que em põe em dúvida a credibilidade do Poder Judiciário como um todo, mas esquece de lembrar que o juiz de primeira instância é, por lei, tão ou mais independente que o ministro de tribunal superior.

Senão, vejamos o exemplo de um senador que comete um crime de qualquer natureza, desde crimes dolosos contra vida como homicídio, até os chamados crimes do colarinho branco, como corrupção passiva e lavagem de dinheiro, e o seu processamento automaticamente se dá perante o STF, que é composto por onze ministros que para serem investidos no cargo foram indicados pelo presidente da república e sabatinados pelo Senado Federal, logo passaram pelo crivo e pelo voto daquele senador que agora tem a incumbência de julgar, portanto este julgamento está muito mais afetado pela parcialidade e pelo compadrio do que o que ocorreria em uma vara de primeira instância.

Neste sentido, é importante constatar o que diz Nucci (2016, p.165) a respeito da aplicação errônea do foro por prerrogativa de função:

A doutrina de maneira geral, justifica a existência do foro privilegiado como maneira de dar especial relevo ao cargo ocupado pelo agente do delito e jamais pensando em estabelecer desigualdades entre os cidadãos. Entretanto, não estamos convencidos disso. Se todos são iguais perante a lei, seria preciso uma particular e relevante razão para afastar o criminoso do seu juiz natural, entendido este como competente para julgar todos os casos semelhantes ao que foi praticado. Se à Justiça Cível todos prestam contas igualmente, sem qualquer distinção, natural seria que a regra valesse também para a Justiça Criminal. O fato de dizer que um juiz de primeiro grau julgar um Ministro de Estado [...] seria

uma subversão de hierarquia não é convincente, visto que todos os magistrados são independentes e [...] nem há hierarquia para controlar o mérito das suas decisões.

Outro problema encontrado no foro privilegiado no Brasil é a prodigalidade que o ordenamento jurídico brasileiro conferiu ao instituto, ao alargar excessivamente as hipóteses de cargos que tem direito a ele. Existe uma discussão sobre o número exatos de detentores do foro no Brasil, no entanto Cavalcante Filho e Lima (2017, p.20) através da Consultoria Legislativa do Senado elaboraram um estudo sobre o número de detentores da prerrogativa, chegando ao número de 38.431 detentores do foro pela Constituição Federal, além de mais 16.559 que possuem a prerrogativa através das Constituições estaduais, entre os três poderes da república.

Em razão desse elevado número de autoridades que detêm o instituto do foro privilegiado obviamente também é elevado o número de ações que chegam todos os anos ao STF, que é uma corte que tem natureza constitucional e cujo papel definido pela Constituição federal é de guardião da Constituição. Ocorre que, em decorrência da Operação Lava Jato, o STF vem sendo cada vez mais sobrecarregado, e continua com seus apenas onze ministros tendo que se debruçar sobre uma enorme gama de processos.

Tal cenário, só poderia gerar demora na análise dos processos e consequentemente, impunidade através da prescrição. Um estudo feito pela Fundação Getúlio Vargas em 2017, o *Supremo em Números*, Falcão et al. (2017) demonstrou a morosidade da corte nas ações com foro privilegiado. Apenas para receber a denúncia, o STF demora, em média 565 dias apenas para receber uma denúncia, chegando em casos limite a demorar até 4 anos. Os números da pesquisa revelam ainda que em apenas uma de cada três ações penais se chega a avaliar o mérito da questão, já que com a morosidade nos processos há o declínio de competência ou a prescrição.

A pesquisa, segundo Falcão et al. (2017), revela ainda que apenas 5,94% dos casos começam e terminam na Suprema Corte, além de que em apenas 1,04% há uma condenação nas ações penais da corte. Também é elevado o tempo em que se leva desde a primeira decisão colegiada e o trânsito em julgado, que é de impressionantes 566 dias. O estudo revela ainda, que chegou-se a demorar até 12 anos para o trânsito em julgado de uma ação penal.

Outro dado grave revelado é que em 19 de cada 20 ações penais que tramitam no STF contra parlamentares, os congressistas renunciavam, terminam o mandato, ou se elegem para outro cargo (como um deputado que vira governador e o foro é alterado para o STJ), logo, nestes casos a competência penal também muda, atrasando ainda mais o processo, em alguns casos inclusive o congressista renunciava exatamente para se aproveitar da mudança de foro e gerar a prescrição.

O estudo *Supremo em Números*, da fundação Getúlio Vargas, corrobora com a demonstração da disfuncionalidade do modelo praticado no foro privilegiado. Nos termos em que o instituto vem sendo aplicado de 1988 até 2018 ele é absolutamente impraticável, servindo apenas para gerar atrasos nos processos penais contra parlamentares e gerando impunidade, não sendo razoável que um instituto que na sua concepção original, que serviria para proteger a independência do parlamentar seja usado em outro sentido, para proteger a impunidade.

Em razão das críticas sofridas pelo foro por prerrogativa de função e da clara impunidade que o instituto vinha gerando, o STF, em questão de ordem na ação penal 937, decidiu em maio de 2018, restringir o foro privilegiado nos termos do voto do relator, ministro Luís Roberto Barroso, para que o foro só viesse a valer para crimes cometidos no cargo e em razão do cargo, como podemos observar na proclamação do resultado da sessão (2018):

[...] fixando-se que o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionado às funções desempenhadas. Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação das alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será afetada em razão de o agente político vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

Como se pode extrair da leitura do resumo da decisão a suprema corte entendeu que agora somente os crimes cometidos quando os parlamentares já estiverem no mandato e em razão do mandato poderão ser julgados pelo STF, e decidiu que quando o processo já estiver pronto

pra ser julgado, após as alegações finais, o parlamentar não pode mais renunciar para fazer com que seu processo vá para uma vara de primeira instância e tramite novamente, como muitas vezes os parlamentares faziam apenas para fugir da possível condenação e alcançar a prescrição.

No entanto, apesar da importante decisão de restringir o foro e diminuir as possibilidades de prescrição, essa mudança não é suficiente, como admitem os próprios ministros do STF. Após a sessão que julgou e modificou a aplicação que se dava ao foro privilegiado, o relator, ministro Luís Roberto Barroso, afirmou que foi definido um “princípio geral”, e que partindo desse princípio geral todo o foro teria que ser repensado. Na prática, o que o STF e sociedade brasileira esperam é que o Congresso Nacional aprove uma Proposta de emenda à constituição que restrinja ainda mais a aplicação do foro.

Com a mudança de entendimento aprovada pelo STF restringindo a aplicação do foro, no entanto, o Congresso nacional viu-se compelido a modificar o instituto para que o poder judiciário não tomasse a vanguarda mais uma vez. Nesse cenário surgiu a PEC 333/2017, que tem o escopo de mudar as regras do foro no ordenamento jurídico brasileiro. Esta PEC foi aprovada pelo Senado Federal em 2017 e encontra-se em tramitação na Câmara dos deputados.

A proposta de emenda à Constituição 333/2017 contém a proposta de suprimir as competências de julgamento hoje estabelecidas no artigo 102 da Constituição Federal e estabelece que o STF ficará competente para julgar crimes comuns apenas quando cometidos pelo, Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do STF.

Ao estabelecer o uso do instituto do foro privilegiado apenas para os presidentes dos poderes, a proposta, sem dúvida, contém um avanço na forma com que o foro é aplicado, diminuindo sua área de atuação e facilitando a possibilidade de julgamento no STF, já que restarão apenas cinco autoridades com competência originária neste tribunal, número bastante diferente de 513 deputados, 81 senadores, afora ministros de estado e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Além da importante mudança supracitada, há uma outra muito mais importante e que representa uma forte mudança no privilégio que se

constituiu o foro privilegiado, pois a outorga de novas hipóteses do instituto do foro por prerrogativa de função passaria a ser proibido no ordenamento jurídico brasileiro que em caso de aprovação da referida PEC passará a vigorar com o seguinte texto:

Art.5º [...] LIII-A – É vedada a instituição de foro especial por prerrogativa de função;

[...]

Art. 102 [...] I [...] b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

A Proposta de Emenda à Constituição 333/2017 encontra-se em tramitação na Câmara dos deputados, já tendo sido aprovada na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). O relator da PEC, deputado Efraim Filho, registrou sua opinião favorável à mudança no instituto ao dizer que “o foro privilegiado é um resquício aristocrático, arcaico, que precisa ser atualizado”. O relator afirmou ainda que o foro virou uma mensagem de blindagem para aqueles que cometem crimes revestidos de mandatários, transformando aquilo que era para ser exceção em regra.

Em conclusão, vê-se que o foro especial por prerrogativa de função é um instituto complexo, cheio de nuances, com críticas mas também elogios. O que se constata, no entanto, é que seu uso está sendo prejudicial para o Estado democrático de Direito, ao dificultar e até impedir que os detentores de tal prerrogativa sejam responsabilizados e punidos pelos seus atos, no sentido de combater a corrupção e a impunidade.

Entende-se diante do estudado, que o foro constitui-se num odioso privilégio, incompatível com o princípio da igualdade e da isonomia, tão importantes numa república, ao privilegiar alguns, deslocando a sua competência penal originária. Observa-se ainda, que no Brasil a Constituição foi extremamente pródiga com o instituto, delegando-o a milhares de cargos e funções, e sobrecarregando o sistema judiciário que não consegue julgar todos os casos a tempo de evitar a prescrição e falta de punição.

Cabe ao Congresso Nacional resolver o problema, mediante a apresentação de propostas de emenda à constituição como a demonstra-

da PEC 333/2017 que reduz o número de autoridades beneficiárias do foro especial, proíbe a instituição de foro para novos cargos e agiliza a tramitação dos processos nos tribunais. A extinção pura e simples do instituto também é uma opção extremamente interessante, embora mais difícil de ser executada na prática por “desproteger”, na opinião dos defensores do foro, o Presidente da República.

Em que pese o foro por prerrogativa de função ser uma importante ramificação das imunidades parlamentares, existe também outra relevante questão trazida por tais imunidades, a possibilidade da aplicação das medidas cautelares do artigo 319 do Código de processo penal a parlamentares federais, gerando uma dúvida sobre se tais medidas podem de fato ser aplicadas a parlamentares, como seriam aplicadas, ou seja qual o papel das casas legislativas nesta aplicação e se tal aplicação se constituiria em uma mutação constitucional.

## Referências

BELÉM, Orlando Castro Neves. **Do foro privilegiado à prerrogativa de função**. 2008. 166 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Teoria do Estado e Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

BARROSO diz que foro privilegiado representa perversão da justiça. **O Globo**. Brasília, 17 fev. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/barroso-diz-que-foro-privilegiado-representa-perversao-da-justica-20940589>>. Acesso em: 23 ago. 2018>

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição do Império do Brasil**, de 24 de março de 1824. Disponível em: <[Http://www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 10 ago. 2018

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[Http://www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 10 ago. 2018

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição Federal de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[Http://www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 10 ago. 2018

\_\_\_\_\_. **Proposta de Emenda à Constituição nº 333**, de 06 de junho de 2017. Brasília, Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2140446>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO PENAL. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS CRIMES PRATICADOS NO CARGO E EM RAZÃO DELE. ESTABELECIMENTO DE MARCO TEMPORAL DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA. Ação Penal 937/2017. Relator: Luís Roberto Barroso. Julgado em 03/05/2018. **DJE em 11/05/2018**. Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: ACÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE A COMPETÊNCIA DESTA CORTE PARA PROSEGUIR NO PROCESSAMENTO DELA. CANCELAMENTO DA SÚMULA 394. Ação Penal 315/1999. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgado em 25/08/1999. **DJ em 31/10/2001**. Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. ATO PRATICADO PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. LIMINAR CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DO TRIBUNAL E DOS SEUS COMPONENTES DESPACHADA EM MOMENTO ANTERIOR A DECISÃO QUE CONCEDEU LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DE MATO GROSSO CONHECIDO E PROVIDO. Reclamação nº 473. Relator: Néri da Silveira. Julgado em 16/09/1995. **DJ em 24.08.2001** Brasília, DF.

CAVALCANTE FILHO, J. T. & LIMA, F. R. **Foro, Prerrogativa e Privilegio**: Quais e quantas autoridades têm foro no Brasil? Brasília:

Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Abri/2017 (Texto para Discussão nº 233). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em: 23 ago. 2018.

DELGADO, José Augusto. **Foro por prerrogativa de função**. Conceito. Evolução histórica. Direito comparado. Súmula 349 do STF. Cancelamento. Enunciados. In Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FALCÃO, Joaquim et al. **V Relatório Supremo em Números O Foro Privilegiado e o Supremo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017.

GÊNOVA, William Jaques. **Foro por prerrogativa da função**. 2009. 67 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem, Marília, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, José Frederico. **Da competência em matéria penal**. São Paulo: Millennium, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/plugin-file.php/2963710/mod\\_resource/content/0/Montesquieu-O-espirito-das-leis\\_completo.pdf](https://edisciplinas.usp.br/plugin-file.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espirito-das-leis_completo.pdf)>. Acesso em: 23 ago. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense e Gen, 2016.

PLATÃO. **As leis, ou da legislação ou Epinomis**. Bauru: Edipro – Edições Profissionais Ltda, 1999.

TAVARES FILHO, Newton. **Foro por Prerrogativa de Função no Direito Comparado**. Brasília: Câmara dos Deputados/Consultoria Legislativa, 2015. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2016\\_10290\\_foro-privilegiado-pontos-positivos-e-negativos](http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2016_10290_foro-privilegiado-pontos-positivos-e-negativos)> Acesso em: 23 ago. 2018.



# Os modos de colaboração da agenda normativa sobre cultura e as narrativas de resistência do Slam das Minas nas ruas da cidade.

*Semirames Khattar*

A articulação em movimento de corpos femininos que pretendem expressar a limiariedade em face do esquecimento social e constitucional de sua memória como possibilidade de construção de reciprocidade para a materialização de direitos para além das políticas culturais identitárias estatais é escopo deste artigo. Diante da conexão das propostas de integração e regimes de colaboração inscritos na agenda das políticas e constitucionais no âmbito da cultura é que se efetiva a proposta de investigação do movimento chamado Slam das Minas- RJ.

A agenda normativa- constitucional brasileira sobre a dimensão de proteção e promoção cultural possui uma perspectiva de integração dos “povos da América Latina”, bem como atribui como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação<sup>163</sup>. No capítulo III, seção II, expressa que as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver devem ser protegidos jus-

---

163. Vide art. 23, V da CRFB/88. Redação da Emenda Constitucional 85 de 2015.

tamente por serem referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.<sup>164</sup>

Nas disposições constitucionais, as modulações dos formatos organizacionais de política pública também são conduzidas pela perspectiva e as categorias de “integração”, “regimes de colaboração”, “descentralização” e “participativo” para a materialização de um processo de gestão democrática de políticas públicas no âmbito cultural. Isso porque a tensão entre a regulamentação institucional e a liberdade de expressão artística e cultural<sup>165</sup> é uma tensão constitutiva que também faz parte do problema em se explicar como seria feito a colaboração, integração e ação em conjunta entre os entes federativos e a sociedade já que a simples leitura normativa constitucional precisam ser confrontados com os gargalos encontrados na prática.

Diante desse cenário normativo, compreender como as resistências se apropriam dos sentidos do regime de colaboração ou de ações práticas em conjunto mesmo sem a participação direta de financiamentos ou recursos estatais, na ampliação de conhecimento e saberes culturais, se valendo de encontros para fortalecimento das narrativas da troca entre mulheres bem como o financiamento colaborativo de plataformas não estatais.

**O Slam é uma batalha poética trazida para o Brasil em 2000 que aparece inicialmente como uma forma artística do Núcleo Bartolomeu em São Paulo pela poeta Roberta Estrela D’Alva<sup>166</sup> no campeonato de Zona Autônoma da Palavra (ZAP), e atualmente se dissemina por diversas regiões do país.<sup>167</sup> O primeiro Slam foi**

164. Vide art. 215 e ss. da CRFB/88.

165. A questão da solicitação de autorização para a execução do evento para prefeitura da cidade e a consolidação do alvará é vista como uma questão de preocupação das organizadoras que apontam que a burocracia é muito custosa. Em que pese a legislação municipal inscrita na Lei 5.429/2012 (Lei do Artista de Rua), regulamentada pelo decreto nº 42663/2016 no qual tem por objetivo flexibilizar e propor o incentivo às mais diversificadas e democráticas formas de comunicação artístico-cultural a regulamentação é vista pelas organizadoras como uma intervenção excessiva na liberdade do uso do espaço público.

166. A poeta também é curadora do *Rio Poetry Slam* que acontece anualmente na Festa Literária das Periferias (FLUPP), no Rio de Janeiro. E foi finalista da Copa do Mundo de Poesia Falada de 2011, em Paris, na França, conquistando o terceiro lugar.

167. No Brasil somariam mais de 50 Slams aproximadamente. Dentre eles: ZAP! Slam da Guilhermina, Slam do 13, Slam da Ponta, Menor, Slam do Mundo, Slam do Grito, Slam

**realizado na cidade de Chicago, nos Estados Unidos, em 1986, em um bar de jazz. O criador do *Uptown Poetry Slam* era um operário da construção civil e poeta Mark Kelly Smith. A poesia falada (*spoken word*), gênero de poesia também nascido nos Estados Unidos na década de 1980, ligado ao movimento hip-hop (D'ALVA, 2014).**

No Brasil, o Slam pode ser contrastado com o movimento de poesia marginal da década de 70 onde a contestação com fontes de inspiração do tropicalismo considerado como um dos movimentos de resistências do Regime Militar entre os anos 1964 a 1985. Contudo, em que pese o contraste inicial são adicionadas outras reconfigurações contemporâneas de resistência popular influenciadas também pela batida e ritmo do hip-hop, bem como do funk como fonte e forma de combate frente as expressões policiais da Intervenção Militar em curso na cidade do Rio de Janeiro.

**No Rio de Janeiro, o Slam das Minas- RJ<sup>168</sup> se consolidou em 2017 pela poeta Leticia Brito que expressa a necessidade de encontros e afetos entre mulheres com o rompimento das paredes com a poesia bem como o deslocamento de pessoas para as ruas como um grito, espaço onde somente as apresentações de mulheres são permitidas<sup>169</sup>. A descrição de que o Slam seria como uma Egrégora foi enfatizada em um dos eventos através da sua percepção de que**

---

do Corpo, Slam Resistência, Slam Sófálá, Rachão Poético, todos em São Paulo; Rio Poetry Slam, no Rio de Janeiro, e Slam Clube da Luta, em Belo Horizonte. (NEVES, 2017, p. 96)

168. **Atualmente**, o movimento/ evento é organizado por Mc Dall Farra, Débora Ambrósia, Leticia Brito, Lian Ta, Rejane Barcelos e Gênese. As batalhas de poesia ocorrem geralmente com regularidade mensal ou bimestral e não possuem um lugar fixo, sendo comunicado por intermédio da página na rede social Facebook, e possui uma média de pessoas reunidas que podem variar entre cem a duzentas pessoas, dentre estes frequentadores habituais e pessoas que transitam nas ruas. Estes encontros poéticos já ocorreram nos bairros do Largo do Machado, Lapa (em frente aos arcos), e na Cinelândia (em frente à Câmara de Vereadores do Rio de Janeiro), por exemplo. Há outros encontros poéticos de Slams pela cidade, como por exemplo o Slam Negritude no centro da cidade, Slam NósdaRUA na Taquara e Slam Chicas da Silva em Vila Isabel.

169. Tal fato é questionado por alguns participantes. Porém a assertiva de que os homens precisariam reconhecer alguns privilégios constituintes na sociedade é a resposta exposta para o público. Por isso as organizadoras apontam que apesar de homens serem convidados e bem recepcionados, estes deveriam procurar naquele espaço se limitar pela busca em escutar a voz das mulheres.

as camadas de energia inscritas nas palavras de cada poeta não se condensariam neste plano físico pois a “voz represada quando sai, de palavra certa esperada pelos ouvidos, de encontro de almas, de pertencimento, de identificação (...)na percepção que estar na pele do outro pela palavra em sua potência é mediada pela poesia”.

A dinâmica do evento se efetiva da seguinte maneira: após a chamada pelas redes sociais diversas mulheres se encontram no local público no horário marcado (em geral na parte da noite), e neste espaço há um microfone, caixas de som e aparelhos eletrônicos para a declamação das poesias. Estas poesias precisam ser autorais e performadas em até três minutos sem a utilização de figurinos, adereços ou acompanhamento musical.<sup>170</sup> Não obstante, antes da enunciação de cada poesia, a apresentadora inicia com a frase “Slam das...” para que o público complete com um grito: “minas!!!”

A interação entre os participantes chama atenção pelo exercício não somente da construção e exposição da poesia falada, mas também pela expressão corporal e o processo de escuta do outro onde parece haver uma abertura à escuta poética e à disposição do corpo e o gestual das poetas. Isso porque durante as batalhas de poesia os textos declamados são ouvidos de uma forma atenta com a aparência de empolgação e engajamento consolidando um canal de comunicação onde se reproduz uma identificação afetiva entre o que é falado e recepcionado de forma múltipla pelos participantes.<sup>171</sup>

Considerando que estes evento-movimentos são concretizados nas ruas da cidade, a sua realização não acontece sem conflitos e sem exposição à violência. Isso porque a presença de ambulantes, policiais militares, pessoas em situação de rua fazem parte do cenário dinâmico da cidade e assim amplificam os olhares, fiscalizações, vigilâncias e redes

---

170. Ao menos seis encontros do Slam das Minas- RJ fazem parte de uma seletiva para a participação do campeonato nacional de batalha e poesia, Slam- BR, onde o ganhador participa da Copa do Mundo de Slam na França, no qual diversos países fazem parte.

171. Nos intervalos, entre uma slammer e outra, a DJ expõe músicas com temáticas sobre a interface de mulheres e seu exercício de poder até a retomada do microfone pela apresentadora. Também é condicionado ao público um espaço aberto de microfone para aquelas que desejam falar poesias, informes sobre outros eventos, com a disseminação de outras atividades artísticas e culturais.

de mercados informais. Assim, a configuração relacional desse evento pode se constituir como fonte de pesquisa para compreensão conflitiva da política e construção democrática de direitos.

Verifica-se que mesmo diante a expansão da agenda política normativa de gestão e proteção da cultura nacional a convivência com a precariedade material é um impeditivo para execução e permanência da estrutura de movimentos artísticos e culturais, tendo em vista que o suporte de som, microfones e demais dispositivos imprescindíveis para execução das batalhas poéticas e o sustento das organizadoras e mais participantes se constituem como um problema devido ao financiamento escasso.

Em decorrência disso, o Slam das Minas- RJ é dependente da colaboração de todos que o frequentam, como muitos outros projetos culturais que dependem de financiamento público e ou/privado para conseguir ser executado. Desta maneira, circula-se durante o evento um chapéu com o objetivo de arrecadação financeira encarada pelas organizadoras como uma fonte de independência, seja de capturas partidárias ou até estruturas empresariais, seja pelo próprio autos sustento. As poetas realçam em suas palavras que precisam “manter o nome de poeta limpo na praça, considerando que quanto mais estas são independentes mais dependem das pessoas que estão ali reunidas”. É percebido pelas organizadoras que a execução do projeto coletivo não poderia ser realizada sem suportes e reiteram a cada encontro que há necessidade de lutar diariamente por estes apoios materializando a compreensão de interdependência entre as pessoas ali reunidas

As dificuldades materiais e simbólicas são o ponto de partida das narrativas poéticas e se desvelam na premissa de que a sujeição é reproduzida no cotidiano de muitas mulheres visualizado como estruturante do debate. Contudo, as narrativas possuem conexão com contextos políticos onde a lógica de colonização latina e brasileira ainda persiste nos reiterados exemplos cotidianos.

A construção de rede de imagens que são expostas nas expressões poéticas parece combater as estratégias de dominação e de apagamento de memória das mesmas (mulheres). Nesse sentido, a partir **das temáticas recorrentes que são enunciadas nas poesias e nas narrativas expostas nos encontros do Slam das Minas- RJ é perceptível o en-**

**dereçamento ao público o resgate da historicidade dos processos de escravidão no Brasil, questionamentos sobre os meios e modos de invisibilização e a reflexão sobre as formas de silenciamento consolidados pelas mortes e sujeições de violência doméstica do feminino, assédios, feminicídios, criminalização do aborto, estupro e demais expressões de violência civil e militar contra a cidadania das mulheres, bem como a discriminação de formas de vida não hegemônicas, como não binárias, por exemplo.**

**Interessante ilustração de uma poesia construída de forma conjunta entre as organizadoras do Slam das Minas- RJ na qual questiona a não aprovação recente da escritora Conceição Evaristo na Academia Brasileira de Letras enfatizando o racismo institucional apontando que** antes mesmo das regras, das normas, das gramáticas, nós (o povo) brasileiro já se constituía antes mesmo da colonização portuguesa. Assim, na poesia manifesto afirma que estas são aldeia *cuierlombola de escrevivências*:

(...) Não cabemos na estética binária da tua língua normativa/  
Somos cada corpo possível, somos o plural/ (...) Somos o desconhecido, o “*protugês*”/ O valor antes do capital/*Escrevivências* /Pois nossas escritas falam de vidas, de sonhos ressignificados (...)/  
Desta forma, por meio desse manifesto/ Estabelecemos que aqui já estávamos e aqui permaneceremos/E uma especial saudação a aquela que nos fez perceber tudo isso/ Gratidão, Conceição Evaristo/ Somos aqueles que estavam antes da sua colonização/ Somos da literatura, a Revolução.

Desta forma ilustrativa, percebe-se a necessidade de aprofundamento sobre como as narrativas poéticas e as vivências descritas se vinculam às bases epistemológicas - feminista, interseccional e descolonial- já que estas não estariam mais restritas as pautas identitárias, e sim, conectadas com os processos de mobilizações coletivas por direitos de viver da população negra e periférica, ou seja, da população de subalternos (MIGNOLO, 2003). Assim, a compreensão sobre construções de direitos, visibilidades e como é visto a possibilidade de criação de novas formas de ativismo ou de espaços alternativos somados com a construção de

projetos coletivos de transformação social pela contestação da normatividade hegemônica (LUGONES, 2014).

Contudo, interessante também pontuar como a percepção sobre a necessidade destas mulheres participarem mais do cenário político pode não se reduzir ao acesso destas em instâncias decisórias governamentais, ou político-partidárias, onde o acúmulo de desconfiança das estruturas partidárias cuja pode ser um indício da corrosão de legitimidade do modelo de democracia representativa nas disputas de códigos informais sobre modos de compreender as relações culturais, políticas e sociais que se inscrevem em seu cotidiano.<sup>172</sup>

Pela mitigação dos pressupostos de existência de um sujeito político identitário ou substancializado (corpos não normativos) nas lutas políticas coletivas nas expressões teóricas de Judith Butler sobre as traduções culturais na construção política sobre as sujeições femininas articulados pela investigação do hibridismo e os processos de descolonização culturais em face a “pureza indentitária” construída para além da subjetividade singular na construção do espaço por Gloria Anzaldúa, podemos compreender como “os regimes de colaboração” abstratos em plano constitucional são na prática fonte de resistência neste movimento poético. Tais referenciais sobre estas fontes de mobilização política entre as mulheres podem ser ilustrados na reflexão sobre o livro “*A Conciencia de la Mestiza*” publicada em 1987 por Glória Anzaldúa: *Soy un amasamiento*, sou um ato de juntar e unir que não apenas produz uma criatura tanto da luz como da escuridão, mas também uma criatura que questiona as definições de luz e de escuro e dá-lhes novos significados (ANZALDÚA, 1987, p.33).

Em uma carta aberta para latinoamericanas, Anzaldúa realiza um diálogo crítico em relação a produção literária de Virgínia Woolf, escritora britânica, para destacar a condição de vulnerabilidade da sobrevivência singulares e plurais das mulheres latinas nas denominadas epistemo-

---

172. Tal questão foi derivada de um encontro realizado em frente à Câmara de Vereadores do Rio de Janeiro, após um ato de luto ocorrido no dia 12 de julho de 2018 em decorrência do apetite de respostas sobre a execução da vereadora Marielle Franco, ocorrida em março do mesmo ano. Neste dia, houveram algumas candidatas vinculadas a partidos políticos que declamaram algumas poesias e tal fato se constituiu como fonte de reclamação de um conjunto representativo de pessoas que participaram do evento.

logias de fronteira<sup>173</sup> ou marginais apontando que estas não teriam um *teto todo seu*<sup>174</sup> para ter forças de resistir. As experiências latinas e saberes subalternos em contraposição aos modos de colonialidade do poder (QUIJANO, 1991, 1998; LUGONES, 2003, 2014) eurocentrado pretendem desconstruir a linearidade de um sujeito universal histórico, e tendência da teoria em fixar, esquematizar, organizar, classificar e estabilizar a fragmentação e fluidez do pensamento e da existência (FRIEDMAN, 1998).

Tal pressuposto é essencial para compreender que os laços de coesão e alteridade interna nas batalhas de poesia através da atividade de formação de metáforas que torna estruturas descentradas através da evidenciação da limiariedade dos corpos das mulheres negras e periféricas. Assim, a afirmação da descentralização ocorre de forma a afirmar a precariedade e a limitação estatal em dar suporte integral e proteção as mulheres em seu cotidiano.

Assim sendo, as narrativas poéticas enunciadas que parecem redimensionar a sobrevivência das mulheres na atualidade (ANZALDÚA, 2004) evidenciam a presença do corpo, as dimensões viscerais do testemunho, da experiência *do não Ser e não- lugar do feminino*, da repetição dos gritos, a reflexão da linguagem colonial, das exposições do erro, dos fracassos femininos, entre quedas, dores e lutas se inscrevem no interior do conjunto de possibilidades de resistência da mulher em seu cotidiano. (CARNEIRO, 2005; PIEDADE, 2017)

A materialidade do corpo e os atos em experiências pelo conjunto sensorial periférico dos femininos parecem ter um fim de superação da identidade para o alcance da alteridade. Assim, é nítida a relação dos regimes de colaboração e integração inscritas nas políticas públicas e em especial suas deficiências são as fontes de críticas e desconstruções das epistemologias eurocêntricas sobre democracia e a visibilização da produção de saberes das mulheres brasileiras e latino americanas (CARNEIRO, 1995, 2003; GONÇALEZ, 1983; HOLLANDA, 1994).

---

173. O pensamento de fronteira (...) é uma consequência lógica da diferença colonial. (...) O lócus fraturado de enunciação a partir da perspectiva subalterna define o pensamento de fronteira como resposta à diferença colonial (MIGNOLO, 2000)

174. *A Room of One's Own* é um ensaio de Virginia Woolf publicado em 24 de outubro de 1929.

Esta temática, por exemplo, fora incorporada na poesia de Andréa Bak<sup>175</sup>, com o título “Gritos silenciados” que expressa o desejo de muitas mulheres: “só queria não ter medo de andar na noite sozinha/ só queria que ele fosse visto como agressor e/ que a culpa não fosse minha/ só queria que minhas denúncias tivessem efeito/só queria que não sexualizassem meu peito”. Tais atos são palavras de vozes plurais que têm a aparente possibilidade de romper a o aprisionamento da voz a uma esfera privada e reduzida a estrutura a esfera semântica, amplificando a acústica da singularidade da voz das poetisas em sua pluralidade corporificando a política ontológica associada a um cenário de interlocução e alteridade (CAVARERO, 2011).

Tal modo de fazer e viver é uma expressão cultural que não possui claramente uma ancora de proteção institucional, mas que é fonte de resistência feminino. A tensão no campo feminista e descolonial se efetiva justamente pelo debate na superação das políticas identitárias e a construção de alianças. Se para Butler, a identidade não substancializada é construída através do “eu” – além de si – pela impossibilidade de o sujeito contar sua própria história de forma total- pela opacidade de si mesmo. Os “holofotes” inconscientes seriam inapropriáveis porque não é nem dele mesmo. Esta seria uma das principais fontes de dominação pois, o uso aparece como fonte de poder”, ou seja, o valor do uso reificado numa repetição se transforma numa invisibilidade reiterada da sujeição preterindo o valor da troca. A desapropriação do uso de si para enfatizar os valores de troca seriam uma condição de realizar e construir alianças políticas. Essa alianças podem ser análogas aos regimes de colaboração e a produção de autogestão para disseminação de cultura na sociedade brasileira atual? É uma questão interessante.

De outro lado, Anzaldúa enfatiza uma dimensão ou caráter homogeneizador das expressões *identitárias*, nas políticas da diferença e autenticidade, (ANZALDÚA, 1991, p. 250) o que nos faz reinserir com força as expressões de vivências materiais em fluxos de consciências contínuos e fragmentados, onde o “eu” precisa necessariamente do testemunho do outro para existir e continuar existindo. E esse aspecto relacional de construção de identidade flui entre, e sobre aspectos de cada pessoa, sendo desta

---

175. Andréa bak, poeta de 17 anos, estudante do IFRJ.

maneira a identidade vista como um processo (ANZALDÚA, 1991, p. 252-253). Sem isso, a possibilidade de alianças (quase sempre circunstanciais) não se concretizaria. O conjunto analítico descolonial e pós-estruturalista cuja identificação de uma rede de afetos e a desconstrução da identidade como substancializada e fixa, poderia ou não “superar, a lógica da colonialidade por trás da retórica da modernidade, a estrutura de administração e controle surgida a partir da transformação da economia” (MIGNOLO, 2017, p.6). O processo de desregulamentação econômica, reduz os regimes de proteção social com a imposição da precarização do trabalho, amplia as sensações de insegurança e medo, oculta as dimensões de desigualdade social provocados pela economia neoliberal, expressão contemporânea do capitalismo (MIGNOLO, 2000; SAFFIOTI, 1976, FEDERICI).

Diante desse contexto, de uma forma sintética é interessante observar que a sujeição feminina não se reduz ao binômio dominação-vitimização e regulação de sociabilidades misóginas e patriarcais, via a processualidade de rotulação, estigmatização e a interpenetração das condições estruturantes da dominação masculina e de determinantes do materialismo histórico dialético nas expressões do capitalismo. Essas são condições simultâneas que são acumulativas conforme apontadas pela epistemologia da interseccionalidade, pois estas circulam nas expressões mais profundas (seja *self, identidade ou subjetividade*), e que são fontes das narrativas de resistências femininas, e aqui neste trabalho, expostas pelo Slam das Minas- RJ.

Contudo, estes movimentos podem ser recompostos pela virada linguística perpassando as questões de gênero, políticas das diferenças, autenticidade e identidade até a chegada à dimensão do performativo político, onde atos de fala e corpo são investigados pela sua interseccionalidade radical. Essa radicalidade adviria justamente do comprometido em mudar o sistema de gênero, os múltiplos níveis de opressão em todas as suas formas, para além da idealização do sincretismo colonial (CAMERON, 2016). Desta forma “a transcendência da diferença colonial só pode ser feita a partir de uma perspectiva de subalternidade, de descolonização e, portanto, a partir de um novo terreno epistemológico onde o pensamento de fronteira é exercido” (MIGNOLO, 2000, p. 45).

Tal premissa é relevante, pois o conjunto de equivalências e diferenças entre feminismo consubstanciado no patriarcalismo e materialis-

mo dialético podem ser mediadas de forma integrada e configuradas em posições sociais concretas das mulheres (RIOS, 2008, p. 134-135; MATTOS, 2011; HIRATA 2016, p.12; BELTRAN, 2001; BERNER, 2016). Esta estrutura de assujeitamento feminino vem sendo analisada teoricamente a partir de investigações sobre o funcionamento do conjunto de estruturas de desigualdades sociais e experiências de injustiças de subordinação (COLLINS 1990, p. 14-15, DORLIN, 2009, P. 13; BRAH, 2006, p.342).

Neste sentido, questiona-se como a afirmação da precariedade pode ser relacionada à construção destes movimentos de exercício de poder entre mulheres, que em sua dimensão política se encarrega da organização e proteção das necessidades corporais (BUTLER, 2011, p. 20). Essa precariedade pode vir da constituição de uma não sujeição a um sistema normativo e que pode significar expressões distintas de resistência feminina de sujeitos coletivos que não estão definidas *a priori*.

Enfatiza-se que o processo de revisão pós-estruturalista, a noção de “propriedade”, “apropriação” é redimensionada para além da construção do sujeito, self ou identidade, e se conecta com a crítica da “metafísica da presença” (DERRIDA, 1994). Tal crítica investiga a corporeidade ocultada nas dualidades teóricas entre sujeito e ação, e que fora deixada na privatividade, ou seja, privado de ver e ser visto e ouvir e ser ouvido. Este é justamente um dos eixos de investigação na agenda interseccional e decolonial feminista no qual considera que as expressões de injustiça do capitalismo e colonialismo são sentidas na carne, no corpo, contudo são invisibilizados (QUIJANO, 1991; LUGONES, 2003, 2014).

Esse sujeito coletivo extraído dos corpos femininos que pesam é visualizado no poema intitulado “Sororidade” da poeta Andreia Morais<sup>176</sup> que enuncia: (...) Minha dor não é só minha/ É de todas as minhas irmãs/ Que diariamente sofrem maus-tratos/ violência física/ psicológica/ patrimonial/ sexual(...) (BAK et all. 2018, p. 17). Em que pese a ideia de sororidade, ou seja, de união e cumplicidade entre mulheres percebe-se que há uma sensibilidade de enfatizar que há dores em comuns, em que pese a pluralidade de trajetórias individuais, ou seja, pode-se investigar como noção de “dororidade” pelo feminismo que enfatiza a racialização

---

176. Andreia Morais é atriz, poeta e professora de Artes Cênicas, formada pela Unirio em 2013.

e as dores comuns do processo de sujeição feminino negro e serve como escopo analítico da resistência. (PIEDADE, 2017)

Essa concretude da metáfora pode ser vista no trecho inicial do poema escrito e performado por Letícia Brito, poeta, intitulado “Há sinais e sintomas que o fim está próximo”, através da identificação do aspecto mais generalizante, ou reificado ou repetitivo da violência que afeta os corpos na situação de precariedade onde a circulação do contexto de vidas matáveis são somadas à descrição da especificidade do processo de assujeitamento diário de mulheres, em especial negras: “Homens da lei que matam crianças/ Homens que condenam mulheres/ Corpos pretos que sofrem a paixão e a ira / Mas quase nunca o afeto (...)”.

Destaca-se desta maneira que o presente artigo se justifica pela necessidade de abertura jurídica de escuta do desamparo social específico das mulheres brasileiras nas periferias, e os meios e modos de resistência do feminino e dos processos de subjetivação / sujeição em narrativas concretas de injustiça vivenciadas por mulheres e performadas politicamente no espaço público como modos de resistência e luta de mulheres no coletivo. Isso porque os direitos humanos não devem ser medidos por possibilidades futuras de realização, estes não se efetivarão sem lutas do presente e os modos de vida cotidianos e concretos (HERRERA FLORES, 2009, p.36). Desta forma, escutar as formas de resistência é confrontar os regimes de colaboração, descentralização e processos participativos nas agendas normativas constitucionais e os modos de integração pensadas nas políticas públicas sobre cultura no país.

## Bibliografia

ANTHIAS, Flora. **Rethinking social divisions**: some notes towards a theoretical framework. *Sociological Review*; 46. SAGE Journals, 1998. p.506–535.,

\_\_\_\_\_. **Intersectional what?** Social divisions, intersectionality and levels of analysis *Ethnicities*. Vol 13, Issue 1, p. 3 – 19, 2012.

ANZALDÚA, Gloria et al. **Falando em línguas**: uma carta para as mulheres escritoras do terceiro mundo. *Estudos feministas*, v. 8, n. 1, p. 229-236, 2000.

- \_\_\_\_\_. Gloria. **Borderlands: la frontera**. San Francisco: Aunt Lute, 1987.
- \_\_\_\_\_. Gloria. **La conciencia de la mestiza: rumo a uma nova consciência**. Revista estudos feministas, v. 13, n. 3, p. 704-719, 2005.
- ASSY, Bethânia. Ética, responsabilidade e juízo em Hannah Arendt. São Paulo: Perspectiva; São Paulo: Instituto Norberto Bobbio, 2015
- BEAUVOIR, Simone de. **Por uma moral da ambiguidade**. Tradução Marcelo Jacques de Moraes. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.
- BELTRÁN, Elena. **Feminismos: debates teóricos contemporâneos**. 2001.
- BILGE Sirma. **Recent feminist outlooks on intersectionality**. Diogenes 57 p. 58–72, 2010.
- BRAH, Avtar “**Diferença, diversidade, diferenciação**.” Cadernos Pagu, Campinas, n. 96, 2006.
- BRASIL. Lei Municipal 5.429 Rio de Janeiro de 5 de junho de 2012. “Lei do Artista de Rua”
- BRASIL. Decreto nº 42663 de 14 de dezembro de 2016.
- BRITO Letícia. **Slam das minas -RJ**. “Intervenção de emergência”. Caderno 1. 2018
- BOSI, Alfredo. Poesia-resistência. In: O ser e o tempo da poesia. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- BUTLER, J. Commentary on Butler: “Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity”. In: **Self and Subjectivity**. [s.l: s.n.]. p. 252–265.
- \_\_\_\_\_. **A vida psíquica do poder: Teorias da sujeição**. [s.l.] Autêntica, 2017.
- \_\_\_\_\_. **Vida precária**. In: Contemporânea – Dossiê Diferenças e (Des)Igualdades. Revista do Departamento de Sociologia da Universidade Federal de São Carlos. São Carlos: UFSCar. Nº 01, p. 13-33, jan./jun. 2011

- \_\_\_\_\_. **Notes Toward A Performative Theory of Assembly** . Harvard University Press. 2015. Versão Traduziada. *Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2018.
- CAMERON, Debbie; SCANLON, Joan. Talking about gender. *Trouble & Strife*. Disponível em:< <http://www.troubleandstrife.org/new-articles/talking-about-gender>>. Tradução de Marida da Silva **CF: [www.materialfeminista.milharal.org](http://www.materialfeminista.milharal.org)**, 2016.
- CARNEIRO, Sueli. **Mulheres em movimento**. *Estudos avançados*, v. 17, n. 49, p. 117-133, 2003.
- \_\_\_\_\_. Sueli. Gênero **Raça e Ascensão Social**. *Estudos Feministas*, v. 3, n. 2, p. 544, 1995.
- \_\_\_\_\_. Sueli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. 2005. Tese de Doutorado.
- CAVARERO, Adriana. **Vozes plurais: filosofia da expressão vocal**. Belo Horizonte: UFMG, 2011.
- CAIN, Patrícia A. Feminism and limits of Equality. 24 *Ga. L. Rev.* 803 1989- 1990, disponível em <http://digitalcommons.law.scu.edu/fac-pubs> Acesso em 06 maio de 2018.
- COLLINS, Patricia Hill. **“Pensamento feminista negro: conhecimento, consciência e a política do empoderamento”**. Trad. Natália Luchini. Seminário “Teoria Feminista”, Cebrap, 2013. (Em inglês, *Black feminist thought: knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*. Nova York/Londres, Routledge, 1990).
- \_\_\_\_\_. **“Intersectionality: a knowledge project for a decolonizing world?”**. Comunicação ao colóquio internacional Intersectionnalité et Colonialité: Débats Contemporains, Université Paris Diderot, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Ethnic ties: social capital and the question of mobilisability**. *The Sociological Review*; 55. SAGE Journals, 2007. p. 788–805

CRENSHAW, Kimberlè. **Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics.** 1989.

\_\_\_\_\_. **Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color.** 1993.

\_\_\_\_\_. Kimberlè. **Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero.** Estudos Feministas, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Centro de Comunicação e Expressão, Florianópolis, Santa Catarina, v.7, n. 12, p. 171-188, janeiro/2002.

D'ALVA, Roberta Estrela. **Teatro hip-hop: a performance poética do ator-MC.** São Paulo: Perspectiva, 2014.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe.** Boitempo Editorial, 2016. 1983.

DELPHY, Christine. **The Main Enemy A Materialist Analysis of Women's Oppression.**

\_\_\_\_\_.

DORLIN, Elsa **Séxo, gênero y sexualidades.** Introducción a la teoría feminista. Buenos Aires: Nueva Visión. \_\_\_\_\_ (2012). "L'Atlantique féministe. L'intersectionnalité en débat". Papeles del CEIC, v. 2, n. 83, p. 1-16, 2009.

FRIEDMAN, Susan Stanford. **Mappings: Feminism and the Cultural Geographies of Encounter.** Princeton: Princeton University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. Reconhecimento sem ética?. Lua nova, 70, p. 101-38, 2007.

GONZALEZ, Lélia. **Racismo e sexismo na cultura brasileira.** In: SILVA, Luiz Antônio

Machado et alii. **Movimentos sociais urbanos, minorias étnicas e outros estudos.** Brasília, ANPOCS, 303p. p. 223-44. 1983.

HIRATA, Helena. Gênero, Classe e Raça: interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, v. 26, n. 1. p. 61-73.

HOLLANDA. Heloísa Buarque **Impressões de viagem: CPC, vanguarda e desbunde 1960/1970**. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2004.

LUGONES, Maria. “Street Walker Theorizing”. In: \_\_\_\_\_. (Ed.). *Pilgrimages/Peregrinajes: Theorizing Coalition Against Multiple Oppression*. Lanham, Md.: Rowman & Littlefield Publishers, 2003.

\_\_\_\_\_.

LUGONES, María. **Rumo a um feminismo descolonial**. *Estudos feministas*, v. 22, n. 3, p. 935-952, 2014.

MATTOS, Patrícia. **O conceito de interseccionalidade e suas vantagens para os estudos de gênero no Brasil**. In: XV Congresso Brasileiro de Sociologia. grupo de trabalho Novas Sociologias: pesquisas interseccionais feministas, pós-coloniais e queer. 2011.

MIGNOLO, Walter D. **Histórias locais-projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar**. Ed. UFMG, 2003.

\_\_\_\_\_. Walter. **Os esplendores e as misérias da “ciência”**: colonialidade, geopolítica do conhecimento e pluri-versalidade epistêmica. *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado*, v. 2, 2003.

\_\_\_\_\_. Walte. **Local Histories/Global Designs: Essays on the Coloniality of Power, Subaltern Knowledges and Border Thinking**. Princeton: Princeton University Press. (2000),

NEVES, Cynthia Slams: Letramentos literários de reexistência ao/no mundo contemporâneo. *Linha D’Água*, v. 30, n. 2, p. 92-112, 27 out. 2017.

QUIJANO, Anibal. **“Colonialidad, modernidad/racialidad”**. *Perú Indígena*, v. 13, n. 29, p. 11-29, 1991. \_\_\_\_\_. “Modernity, Identity,

and Utopia in Latin America”. In: BEVERLEY, John; ARONNA, Michael; OVIEDO, José (Ed.). *The Postmodernism Debate in Latin America*. Durham: Duke University Press, 1995. p. 201-216



# O “novo constitucionalismo” da *nuestra* América: um caminho para o combate à crise da democracia representativa brasileira

*Thiago Braga Dantas*

*Maria Izabel de Medeiros Valle*

## Introdução

Após a reconstitucionalização de 1988, o período contemporâneo brasileiro representa a mais grave crise de nossa democracia representativa. Essa conturbação social não nos é peculiar, mas alinhada ao que acontece em outras democracias liberais do mundo ocidental.

Seguimos a fórmula geral da democracia liberal, representativa em essência e monocultural. Na América Latina, alinhando-se à Epistemologia do Sul, foi elaborado um construto constitucional vanguardista: o “Novo Constitucionalismo” de *Nuestra América*.

Esse movimento pós-colonial sobreleva a participação popular nos desígnios políticos do Estado, de forma plúrima, transformadora e experimental.

A partir dessa abordagem, produto do pensamento latino-americano, pretende-se analisar as suas premissas para apontar que de forma ela

poderia suscitar caminhos próprios para superar a crise da democracia representativa brasileira.

## Desenvolvimento

O Brasil, como as demais ex-colônias da América Latina, mesmo com a independência, manteve-se “sem uma ruptura significativa na ordem social, econômica e político-institucional.” (WOLKMER, 2013, p. 21).

Os clássicos do pensamento social, por volta da década de 1930, ainda tentavam decifrar qual seria a identidade brasileira a fim que o país superasse os obstáculos rumo ao seu desenvolvimento e se tornasse a grande nação que o seu potencial inspirava ser.

As matrizes do pensamento pós-colonial apontam que ainda somos culturalmente colonizados, pois faltam filtros e confiança para construir novas instituições ou modelos que sejam genuínos e específicos para a nossa sociedade, uma vez que temos forte herança europeia e americana enquanto fonte de inspiração de nossas instituições e modelos de regulação social.

É necessário alterar as matrizes da geopolítica da reflexão teórica, superando-se a teoria da dependência na América Latina, também em contraposição ao universalismo (MAIA, 2010, p. 6).

Maldonado (2015, p. 35, tradução nossa) se alinha a esse posicionamento ao voltar as lentes para a realidade da ciência jurídica:

O direito latino-americano se pressupõe como uma reprodução menor da tradição romano-germânica à qual se soma um número gigantesco de transplantes jurídicos de origem americana importados desde a segunda metade do século XX. Desta forma, os operadores do direito concordam que caso se queira estudar as fontes e eixos constitutivos das tradições jurídicas que determinaram um direito latino-americano mimético o melhor a fazer é viajar a uma universidade da Europa Ocidental ou dos Estados Unidos.

Esquirol (2016, p. 260-261) desmistifica essa imagem ruim do Direito na América Latina:

[...] o direito fracassado da América Latina é antes de mais nada um discurso que facilita os projetos de reforma. Como tal, ele deve

ser avaliado sobretudo com relação aos objetivos predominantes que ele assiste. Convém observar, no entanto, que ele pode ser dirigido a um sem-número de fins. Pode servir para condenar a legalidade liberal como um todo ou, o que é bem diferente, apenas para postular normas diferentes. No passado, por exemplo, teóricos progressistas basearam-se nesse conceito para defender o pluralismo legal e criticar leis estatais puramente simbólicas. No contexto do direito-e-desenvolvimento, o paradigma do fracasso tem sido usado predominantemente para introduzir novas políticas jurídicas.

Durante os últimos cinquenta anos de desenvolvimentismo os objetivos de política econômica têm mudado, assim como os projetos de reforma do direito apoiados internacionalmente. O objetivo original das décadas de 1960 e 1970 era o de aumentar a autoridade regulatória e corroborar o pragmatismo jurídico de modo a apoiar o crescimento comandado pelo Estado. Já o objetivo das décadas de 1980 e 1990, foco do presente capítulo, era o de adotar novas instituições e práticas judiciais que promovessem os mercados abertos e os direitos privados, aumentassem os direitos humanos e as persecuções penais, e reduzissem a corrupção pública. Ao longo desse período, setores inteiros tornaram-se alvos de reforma, incluindo-se a cultura jurídica, a administração dos tribunais, o processo penal e o Poder Judiciário.

Precioso é o estudo de Devés-Valdés (1997, p. 11-12, tradução nossa) ao pontuar a alternância entre modernização e identidade característica do pensamento latino-americano:

O pensamento latino-americano desde o início do século XIX tem oscilado entre a busca pela modernização ou pelo reforço da identidade. Tem sido de igual modo permanente a tentativa de equilibrar ambas as dimensões. Esta é a tese que eu quero provar, referida a um momento específico: os primeiros 15 ou 20 anos do Século XX. Naquele momento, a onda de modernização desce enquanto a perspectiva de identidade ascende.

[...]

Nas sucessivas ondas, a modernização e identidade se alternam claramente a partir de meados do século XIX e, embora de forma mais discreta, mesmo antes. A modernização foi acentuada

por volta de 1850, 1890, 1940, 1985; identidade, por outro lado, em 1865, 1910, 1965.

Essa percepção crítica ao movimento de reforma do direito brasileiro, simbolizado pela pretensão de mudança drástica da Constituição Brasileira de 1988, por caminhos por ela não previstos, segundo a polarização empreendida pela extrema-direita e centro-esquerda na campanha para o pleito presidencial de 2018, é essencial para que o seu núcleo duro dela seja mantido sem que haja ruptura, sobretudo quando a “generosidade” de nossa Constituição não é determinante da crise econômica por que passa o Brasil nesta segunda década do Século XXI.<sup>177</sup>

Veja-se que a Epistemologia do Sul é muito importante para que se produza um pensamento latino-americano próprio, reconhecendo-se suas falhas e virtudes necessárias a nossa região. Portanto, por abordagem epistemológica que rechace a generalização europeia e importações americanas indiscriminadas, será possível aproveitar as experiências alheias sem perder o filtro quanto ao que nos é apropriado, até para que não se continue a reverberar o discurso colonial ou alimentar a busca de algo exclusiva e genuinamente latino-americano.

Oportunamente, ressalta Maia (2010, p. 11, grifo do autor) que:

a periferia converte-se não em essência singular, mas em geografia de onde parte uma crítica radical e potente à modernidade capitalista. Ou seja, o “space-in-between” é um terreno intelectual produzido pela modernidade colonial onde são geradas novas formas de cognição desse mesmo fenômeno.

---

177. Segundo Schreiber (2018): “De fato, a Constituição Cidadã é a décima do mundo em previsão de direitos - são 79, segundo o CPP (Comparative Constitutions Project), projeto coordenado por professores de universidades americanas (do Texas e de Chicago) e britânica (UCL) que compara as constituições de 190 países. Além de direitos individuais - como ao voto, à igualdade e à liberdade -, há previsão de acesso à saúde e educação públicas e benefícios sociais, entre outros. [...] Apesar de prever mais direitos que a maioria das constituições, juristas e economistas ouvidos pela BBC News Brasil não consideram que a “generosidade” da Carta Magna brasileira seja determinante para o rombo de hoje. Eles acreditam que alguns ajustes devem ser feitos por meio de emendas constitucionais (já foram aprovadas 99, aliás), mas destacam que as principais causas do desequilíbrio são decisões tomadas pelos governos ao longo das décadas. Tanto que, desde 1988, o Brasil registrou momentos de saldos positivos e negativos nas contas públicas.”

No ocidente, a democracia liberal representativa vem sofrendo críticas e passando por inúmeras crises, o que tem fomentado o crescimento dos movimentos populistas. O povo ficou indiferente à política, fenômeno que se denomina de pós-democracia<sup>178</sup>. Na América Latina, tal circunstância goza de especial preocupação diante do histórico de inúmeras rupturas institucionais advindas de golpes de estado e consolidação de ditaduras.

Essa visão monocultural vem sendo rompida na América Latina. Concretizando-se a Epistemologia do Sul, alguns países, como Equador e Bolívia, tornaram-se modelos vanguardistas do que se chamou de Novo Constitucionalismo, dentre outras denominações.

Essa nova forma de reger a sociedade tem foco no aumento da participação popular nos desígnios políticos, permitindo-se que as constituições desses países sejam permeadas pela visão de outras culturas, como a indígena, que, por meio de sua visão biocêntrica ou cosmovisão, também permitiu viragem antropocêntrica, razão pela qual esse novo construto constitucional também é denominado de plurinacional.

O pluralismo é caracterizado pela autonomia, descentralização, participação, localismo, diversidade e tolerância (WOLKMER, 2013, p. 20).

A Epistemologia do Sul valoriza a diversidade como forma de combater os modelos totalizantes e genéricos pregados pelo raciocínio científico europeu, pois se baseia na ecologia dos saberes e na tradução intercultural (SANTOS, 2015, p. 201).

A interculturalidade apenas se realiza dentro de uma democracia intercultural, pois a plurinacionalidade resulta de um ato político acordado entre os grupos étnico-culturais (SANTOS, 2015, p. 202).

Esse novo movimento constitucional surgido em alguns países latino-americanos almeja apurar os seus pontos de contato, sem generalizações, em função do que se tem rechaçado a expressão de *Novo Constitucionalismo*

---

178. Bauman e Bordoni (2016, p. 167) listam as características da pós-democracia: a) há desregulamentação com a supremacia do mercado financeiro; b) afastamento dos cidadãos da vida política; c) retorno ao liberalismo, com apropriação do espaço público pelo privado; d) declínio do Estado do bem-estar social; e) prevalência dos *lobbies*; f) política sem carisma, mas baseada na imagem construída pela propaganda; g) redução de investimentos públicos; h) democracia formal, com aparência de liberdade.

*Latinoamericano*, exatamente para se constituir também em contraponto epistemológico, para afastar a tendência abstrata e monocultural<sup>179</sup>.

Conferindo-se participação mais ampla ao povo nos desígnios políticos da nação, tentou-se promover maior regulação social no embate entre o nacionalismo latino-americano e o globalismo promovido pelo neoliberalismo.

Após a Segunda Guerra Mundial, o Poder Judiciário foi alçado à condição de protetor da sociedade contra o fascismo político, para se tutelar a democracia formal, sobretudo. Nesse contexto, surgiu a construção teórica do Neoconstitucionalismo, que prega a expansão da jurisdição constitucional com vistas à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

O construto advindo de *Nuestra América* denomina-se de Novo Constitucionalismo, plurinacional, transformador ou se poderia propor Constitucionalismo de *Nuestra América*. Neste se valoriza a participação popular, incluindo instâncias do Judiciário, além de forte intervenção do Estado.

O constitucionalismo transformador é diferente do constitucionalismo moderno concebido pelas elites políticas, pois os excluídos têm papel de protagonistas, e, por meio de mobilização social e política, construíram nova institucionalidade plurinacional, nova legalidade (pluralismo jurídico), regime político novo (democracia intercultural) e novas subjetividades individuais e coletivas (indivíduos, comunidades, nações, povos e nacionalidades). Essas mudanças em conjunto poderão garantir a realização de políticas anticapitalistas e anticoloniais (SANTOS, 2015, p. 183).

Nos termos expostos por Brandão (2015, p. 66):

O importante, na nossa perspectiva, é que o Novo Constitucionalismo alterou o polo de realização constitucional. Enquanto o Neoconstitucionalismo identifica, quase exclusivamente, o Poder Judiciário e os Tribunais/Cortes Constitucionais como órgãos que efetivam direitos fundamentais, o Novo Constitucionalismo altera essa lógica e amplia os atores da realização dos postulados constitucionais para além dos poderes constituídos, realçando e

---

179. Segundo ressalta Devés-Valdés (2012, p.4, tradução nossa, grifo do autor): “Por que eu não digo latino-americano? Porque se digo latino-americano, ficariam de fora os indígenas e os afrodescendentes. Porque é muito agressivo dizer que a intelectualidade indígena é “latino-americana”, é desagradável para eles. Eu prefiro dizer sul-americana.”

potencializando os mecanismos de protagonismo popular para reforma constitucional.

Wolkmer (2013, p. 30-32, grifo do autor) pontua as fases desse Novo Constitucionalismo, transformador ou andino, gestado nos países latino-americanos:

[...] cabe registrar que a primeira etapa de reformas constitucionais que irão introduzir os horizontes do Constitucionalismo tipo pluralista (final dos anos 80 e ao longo dos 90) pode ser representado pelas Constituições brasileira (1988) e colombiana (1991).

Na esteira da Constituição Brasileira de 1998, aclamada como “Constituição Cidadã”, e que consagrou mecanismos de democracia direta, de maior participação popular, de autonomia municipal, dos novos sujeitos sociais e da ampliação dos direitos coletivos, a Constituição Colombiana de 1991, além de inaugurar novos processos constituintes derivados do povo, aumentou os novos direitos, explicitou melhor o reconhecimento das comunidades indígenas, introduziu importantes garantias jurisdicionais, como o instrumento de proteção da “ação de tutela”, e criou uma Corte Constitucional.

[...]

Na sequência, representando a autêntica precursora do “novo” constitucionalismo de tipo pluralista e expressando maior avanço democrático até então para a região, surge a Constituição de 1999, da República Bolivariana da Venezuela. Com intento independentista e anticolonial frente ao tradicional Estado Liberal de direito, busca a refundação da sociedade venezuelana, inspirando-se no ideário de libertadores como Simon Bolivar, Naturalmente se impõe como uma Constituição com forte apelo popular e “vocaçao regeneracionista” ao longo de seus 350 artigos, consagrando entre seus valores superiores, o pluralismo político (art. 2º).

[...]

Uma terceira etapa contemporânea que verdadeiramente representa o chamado “novo” constitucionalismo latino-americano passa a ser aquela representada pelas recentes e vanguardistas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009). Para alguns publicistas, tais textos políticos expressariam um constitucional-

ismo plurinacional comunitário, identificado com um outro paradigma não universal e único de Estado de direito, coexistente com experiência dos “saberes tradicionais” de sociedades plurinacionais (indígenas, comunais e camponesas), com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional (convivência de instâncias legais diversas em igual hierarquia: jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena/camponesa), e, finalmente, com o reconhecimento de direitos coletivos vinculados a bens comuns da natureza.

No Brasil, tem-se grande valorização da corrente teórica do Neoconstitucionalismo. Apesar disso, parcela da doutrina desse novo movimento constitucional aproxima nossa Constituição do Novo Constitucionalismo de *Nuestra América*. Do bojo de suas disposições, de fato é possível extrair inúmeras normas no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, além da intervenção do Estado, sobretudo quanto às políticas públicas a eles relativas, sem olvidar dos instrumentos de democracia direta.

Depois da recessão de 2015 a 2017 (tendo em vista a aparente recuperação em 2018), apreende-se que o Judiciário, paulatina e informalmente, juntamente com o Legislativo e o Executivo, empreendeu reforma trabalhista, uma vez que houve, pela via judicial, grande rerudescimento de direitos sociais. No plano legislativo, concretizou-se a reforma trabalhista no sentido da precarização das relações de trabalho ao argumento da geração de novos empregos.

A globalização não mais almeja a ruptura institucional dos regimes políticos, pois a democracia formal promove a estabilidade necessária à segurança jurídica do capital. Nessa perspectiva, o Poder Judiciário promove satisfatoriamente a sua função de protetor da sociedade contra o fascismo político.

Quando se observa o seu desempenho quanto aos ataques do capitalismo financeiro global aos direitos sociais, adota-se o discurso inevitável da crise, tornando a sociedade órfã de defensores nesse aspecto, contexto favorável ao fascismo social<sup>180</sup>.

---

180. Conforme elucida Santos (2014, p. 2842, tradução nossa): “Doze anos atrás publiquei, a pedido do Dr. Mário Soares, um pequeno texto (Reinventando a Democracia) que, por sua extrema atualidade, não resisti à tentação de evocar aqui. Eu considero que um dos sinais da crise da democracia é a emergência do fascismo social. Este não é o regresso ao

A nossa Constituição é a típica democracia liberal e essencialmente representativa que está em crise como várias outras pelo Ocidente. Isso

---

fascismo do século passado. Este não é um regime de política, mas sim um regime social. Em vez de sacrificar a democracia às exigências do capitalismo, promove uma versão empobrecida de democracia, o que se torna desnecessário e até mesmo um sacrifício inconveniente. É, portanto, um fascismo pluralista e, por isso, uma forma de fascismo que nunca existiu. Em seguida, identifiquei cinco formas de sociabilidade fascista, uma das quais foi o fascismo financeiro. E isto foi como se segue. O fascismo financeiro é talvez o mais virulento. Dirige os mercados financeiros de valores e de moedas, a especulação financeira global, um conjunto agora chamado de “economia de cassino”. Esta forma de fascismo social é o mais pluralista na medida em que os movimentos financeiros são o resultado de decisões de investidores individuais ou institucionais espalhados por todo o mundo, e sem nada em comum, senão o desejo de rentabilizar os seus valores. Como o fascismo mais pluralista é também o mais agressivo porque seu espaço-tempo é o mais refratário a qualquer intervenção democrática. Significativa a este respeito é a resposta do corretor da bolsa de valores quando se pergunta o que é longo prazo: “Longo prazo para mim são os próximos dez minutos.” Este espaço-tempo virtualmente instantâneo e global, combinado com a lógica do lucro especulativo que a sustenta, dá um enorme poder discricionário ao capital financeiro praticamente incontrolável apesar de ser poderoso o suficiente para abalar, em segundos, a economia real ou a estabilidade política de qualquer país. A virulência do fascismo financeiro é que, sendo o mais internacional de todos, está servindo como um modelo para as instituições de regulação global cada vez mais importante, apesar de ser pouco conhecido pelo público. Entre elas, as empresas de *rating*, as empresas credenciadas internacionalmente para avaliar a situação financeira dos Estados e os consequentes riscos e oportunidades que oferecem aos investidores internacionais. As qualificações atribuídas variam de AAA a D -determina as condições em que um país ou uma empresa de um país podem acessar ao crédito internacional. Quanto mais alta for a nota, melhores serão as condições. Estas empresas têm um poder extraordinário. De acordo com o colunista do New York Times, Thomas Friedman, “o mundo pós-Guerra Fria tem duas superpotências, Estados Unidos e a agência Moody’s.” Moody’s é uma dessas agências de *rating*, ao lado da *Standard and Poors e Fitch Investors Services*. Friedman justifica a sua afirmação acrescentando que “se é verdade que os Estados Unidos podem aniquilar um inimigo usando seu arsenal militar, a agência de classificação financeira Moody’s tem o poder para estrangular financeiramente um país, atribuindo-lhe uma nota ruim.” Em um momento em que os devedores públicos e privados entram em uma batalha global para atrair capitais, uma má qualificação pode significar o colapso financeiro do país. Os critérios adotados pelas empresas de *rating* são em grande parte arbitrários, reforçam as desigualdades no sistema global e dão origem a efeitos perversos: o simples rumor de uma desclassificação pode causar uma enorme turbulência no mercado de ações de um país. O poder arbitrário dessas empresas é maior porque têm a prerrogativa para atribuir notas não solicitadas por países ou devedores examinados. A virulência do fascismo financeiro reside no seu potencial para a destruição, em sua capacidade de jogar no abismo da exclusão países pobres inteiros.”

se deve ao distanciamento entre os grupos oligárquicos que governam e a sociedade em geral. Os instrumentos de democracia indireta acabam tornando o povo soberano em refém das ações governativas excludentes.

Há também instrumentos para o exercício direto do poder do povo, como iniciativa popular de projetos de lei, plebiscito, referendo, dentre outras formas de participação cidadã na Administração Pública, conforme o julgado do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 244/RJ. As grandes reformas necessárias ao destravamento do desenvolvimento nacional teriam como estopim as reformas política e tributária. No entanto, a agenda de prioridades do Governo brasileiro tem se voltado à trabalhista e à previdenciária.

É muito difícil, pelo contexto de estagnação e exaurimento das instituições, que essas reformas tenham condição de partir delas próprias. Sem muitas opções, são discutidas soluções excepcionais, como a formação de Constituinte própria ou Constituinte formada por notáveis, o que tem gerado forte polêmica, pois elas representariam ruptura constitucional e poderiam oportunizar futuros outros vilipêndios, considerado o nosso histórico de forças moderadoras autoritárias que se autolegitimam.

Apesar da divergência da Constituinte própria, esse movimento tenderia a repetir o que o Novo Constitucionalismo evidenciou: que o povo sempre foi excluído da formação das cartas constitucionais em detrimento da elite.

Segundo a transcrição da trajetória sociopolítica do constitucionalismo no Brasil conduzida por Wolkmer (2013, p. 26):

A tradição do constitucionalismo brasileiro, seja em sua primeira fase político-liberal (representada pelas Constituições de 1824 e 1891), seja em sua etapa social posterior (Constituição de 1934), expressou muito mais intentos de regulamentação das elites agrárias locais do que propriamente a autenticidade de movimentos nascidos das lutas populares por cidadania ou mesmo avanços alcançados por uma burguesia nacional constituída no interregno de espaços democráticos republicanos.

[...]

As demais constituições brasileiras (as autoritárias de 1937, 1967 e 1969, bem como a liberal burguesa, com certos matizes mais

sociais, de 1946) representaram sempre um constitucionalismo formal de base não democrática (no sentido popular), sem a plenitude da participação do povo, utilizado muito mais como instrumental retórico oficializante de uma legalidade individualista, formalista, programática e monista. Tais tradições constitucionais desconsideraram integralmente os horizontes da pluralidade, do multiculturalismo e da diversidade.

[...]

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, não obstante manter ainda certo perfil republicano liberal, analítico e monocultural, foi a mais avançada, relativamente a qualquer outro momento da história brasileira.

Mesmo com a previsão de iniciativa popular para projetos de lei, o seu exercício gerou poucos frutos, dados os dificultosos requisitos para o seu êxito (CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 88).

Além disso, o nosso modelo não vincula o Legislador, enquanto em outros países há maior valorização da vontade popular, em que se adota o modelo semivinculante, como Suíça, alguns Estados dos EUA, Alemanha e Uruguai. De alguma forma, o Legislativo fica vinculado à iniciativa popular, com submissão direta à população, ou, em caso de rejeição ou emenda do projeto, deve-se convocar referendo (CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 71).

Na pós-modernidade, houve o exacerbamento da individualidade, o que fomentou profundas transformações a respeito dos direitos de minorias, em razão de inúmeras diversidades, além do empoderamento da liberdade de expressão proporcionada pelas redes sociais. Para se reinventar, a democracia deve ser mais participativa e menos representativa.

O Povo quer participar das decisões que afetam a sua vida e não aceita mais a exclusão oriunda do exercício representativo do poder em seu nome, porém contra ele, uma vez que o foco das reformas são os direitos trabalhistas e previdenciários, mas não os grandes impactos oriundos de desonerações fiscais conglomerados econômicos. No ano de 2017 houve o maior aumento do número de bilionários na história (ROSSI, 2018)<sup>181</sup>, a alargar o abismo da desigualdade social.

---

181. De toda a riqueza gerada no ano passado, 82% ficaram nas mãos do 1% mais rico. Absolutamente nada ficou com os 50% mais pobres ao redor do globo. (ROSSI, 2018).

Somente com a atribuição de exercício direto de poder aos excluídos é que eles terão condições de se contrapor às distorções do sistema capitalista. Sem rupturas institucionais, é possível que a simplificação da iniciativa popular para projetos de lei e o respectivo modelo semivinculante, ou até mesmo a iniciativa popular para emendas constitucionais conforme o art. 341, 1, da Constituição Venezuelana (CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 64), possam romper a tutela muitas vezes imoral de casas legislativas decrepitas pela corrupção sistêmica e assim se tenha uma pauta de luta concreta para que as reformas necessárias ao desenvolvimento do país e à redução da desigualdade social tenham possibilidade de se operar em ritmo mais adequado com as necessidades contemporâneas brasileiras.

O Judiciário não é mais capaz de guardar a Constituição em sua totalidade (uma vez que já goza de pouca confiança da população)<sup>182</sup> e o acesso à Justiça em boa parte apenas representa o crediário do Poder Público (maior litigante no ano de 2012 segundo o Conselho Nacional de Justiça<sup>183</sup>), que se vale da morosidade dos processos judiciais para postergar o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais.

Uma parcela do Poder precisa ser exercida direta e efetivamente pelo Povo e não exclusivamente em nome e em detrimento dele, pois a crise da representatividade adveio da presunção pelos Revolucionários do século XVIII de que a vontade geral, idealizada a partir da razão, seria suficiente para neutralizar os interesses dos grupos privados e particulares, modelo que dá sinais latentes de esgotamento em vários regimes democráticos do Mundo Ocidental.

Conforme resume Ferreira Filho (2012, p. 101):

Os constituintes do século XX, se têm uma ideia clara, é a de que os homens naturalmente e necessariamente se dividem em grupos hostis, ou no mínimo divergentes. Assim conformando-se com a realidade, preveem a rotação dos grupos no poder, cada um

---

182. De 2013 para cá, a confiança no Judiciário caiu 10 pontos percentuais, passando de 34%, em 2013, para 24%, em 2017. Esse dado é significativo, considerando-se que em anos anteriores não havia grandes oscilações no grau de confiança na Justiça. (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2017, p. 14).

183. É o que aponta o relatório 100 Maiores Litigantes, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2012.

deles disposto a impor sua concepção das tarefas governamentais, sua política, com a força haurida na vitória eleitoral.

## Conclusão

O dilema do pensamento latino-americano entre reafirmação da identidade e busca pelo progresso deve evidenciar que nossa cultura é produto da colonização e que não se pode ignorar nossa raiz por busca exclusiva de nossa suposta singularidade.

Precisam-se desenvolver filtros ao modelo europeu generalizante ou ao dominador americano para que a América Latina se transforme em espaço geográfico crítico. A exportação do conhecimento tem função política, no intuito de proceder à dominação cultural fomentada pelo neoliberalismo.

Por isso, pretender, com a Epistemologia do Sul, soluções genuínas para os nossos problemas, parece ser revigorante, mas pretensão igualmente totalizante.

O movimento do “Novo Constitucionalismo” propõe a experimentação vanguardista de participação mais consistente e direta do povo no processo legislativo ou na reforma das cartas constitucionais, marcados pela pluralização e valorização da diversidade da localidade para se promover tolerância.

Essa experimentação pode ser muito oportuna para o regime democrático brasileiro, que vivencia certa falência de seu modelo representativo, uma vez que oligarquias dominam a elite política e aumentam o fosso da desigualdade social.

Para quebrar esse ciclo, dentro da institucionalidade das cartas constitucionais, o rompimento da pós-democracia representativa pode se dar com a valorização de mais instrumentos da democracia direta, para que o povo soberano possa de fato exercer o seu poder materialmente em contraposição às oligarquias e ao capitalismo financeiro internacional, o que foi possível observar na Bolívia e no Equador de forma mais evidente.

No Brasil o procedimento da iniciativa popular de leis poderia ser simplificado e adotada alguma variante do modelo semivinculante, bem como se poderia cogitar de iniciativa popular de emendas constitucionais, para que as reformas necessárias ao país não fiquem ao alvedrio das casas legislativas deslegitimadas pela corrupção sistêmica, tudo isso sem ruptura constitucional.

## Referências

- BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BRANDÃO, Pedro. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo Legislativo Constitucional**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes**, Brasília, 2012. Disponível em: < [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- DEVÉS-VALDÉS, Eduardo. El pensamiento latinoamericano a comienzos del siglo XX: La reivindicación de la identidad. **Anuario de Filosofía Argentina y Americana**, Nº 14, Año 1997, p. 11-75.
- \_\_\_\_\_. Pensamento periférico & redes intelectuais em nuestra América. Entrevistadora: Isabela Frade. **Concinnitas**, volume 02, número 21, dezembro de 2012.
- ESQUIROL, Jorge L. **Ficções do Direito Latino-Americano**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJBrasil**. São Paulo, 2017. Disponível em: < [http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio\\_icj\\_1sem2017.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf)>. Acesso em: 31 jan. 2018.
- MAIA, João Marcelo Ehlert. O pensamento social brasileiro e a imaginação pós-colonial. **Revista Estudos Políticos**, n. 0, abr. 2010. p. 1-15.
- MALDONADO, Daniel Bonilla. La Geopolítica del Conocimiento Jurídico: teoría e práctica. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Compi-

lador). **Geopolítica del Conocimiento Jurídico**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2015.

ROSSI, Marina. 2017: o ano do maior aumento de bilionários da história. **El País**, Madrid, 22 jan. 2018. Disponível em: <[https://brasil.el-pais.com/brasil/2018/01/17/economia/1516220669\\_272331.html](https://brasil.el-pais.com/brasil/2018/01/17/economia/1516220669_272331.html)>. Acesso em: 22 jan. 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Democracia al borde del caos: ensayo contra la autoflagelación**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Siglo XXI Editores, 2014. Kindle.

\_\_\_\_\_. La Refundación del Estado y los Falsos Positivos. In: BALDI, César Augusto. **Aprender desde o Sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade – aprendendo desde o Sul**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 179-214.

SCHREIBER, Mariana. 30 anos da Constituição: a Carta Magna brasileira é generosa demais? **BBC**, São Paulo, 05 out. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45754119>>. Acesso em: 05 out. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 19-42.



# **SOCIOLOGIA E DIREITO**



# Poéticas orais em sujeitos de direitos fundamentais

*Antonio Cláudio da Silva Neto*

## Noções Iniciais

A medida em que costuramos sentidos através das vozes dos sujeitos, é possível compreender as narrativas orais como passíveis de compor representações sociais e firmar identidades culturais. Essa composição assume um protagonismo performático, em que os desenhos da oralidade adquirem um teor poético e, como consequência, literário. Não se pode negar, no mesmo sentido, que a voz exerce ainda um papel indispensável no panorama das culturas populares, mantê-las sobre o tempo através da transmissão oral de modos de vida. Isto acontece também porque a oralidade é capaz de assumir e construir sentidos de tempos distintos. Com efeito, a ideia de preservação está atrelada ao campo da memória, da maior importância para o pesquisador investido nas poéticas orais.

Quero com este trabalho, desvendar as poéticas orais que circundam o universo dos “malucos de estrada”, meu objeto de pesquisa. Para tanto, busquei aproximar as teorias discutidas no componente Tradição Oral e Cultura Popular, do Mestrado em Crítica Cultura da Universidade do Estado da Bahia, à análise do documentário de Rafael Lage, “Malucos de Estrada – Parte II: Cultura de BR”. Este, com previsão de ser lançado em três partes, só tivera a segunda publicada até então, e tem o condão

de colocar em palco os modos de vida, produção artesanal e a cultura desses sujeitos, considerados como resíduos da contracultura hippie em território nacional. Assim, procurei estabelecer as potentes relações entre sujeito de direitos e poéticas orais na luta por direitos fundamentais, com foco em seus impactos e resistências em composições, modificações e preservações de identidades e memórias.

## 1. Poéticas Oraís em Sujeitos de Direitos

Frederico Augusto Garcia ensina que, a poética que se expressa através da *voz ruído* e constitui a *voz discurso* é marca de uma identidade. Segundo este, tal possibilidade torna-se viável através dos encontros de rastros e pistas no espaço transitório entre o ouvir e o escrever. Assim, as marcas que se manifestam em poesias orais, atribuem determinado nomadismo à voz do sujeito, lugar de importância para que o pesquisador compreenda a preparação da voz que atuará na reconstrução da performance de expressões culturais. Dessa forma, ao classificar a *voz nômade* como poesia oral, Garcia intui evidenciar uma manifestação estética que se constitui oralmente por intermédio do verbo, onde ocorre o encontro com a literatura, tese que nomeou ideologia da indissociabilidade poesia/letra, elementos capazes de demarcar territórios culturais físicos e não-físicos (2007, p. 8).

Esta discussão tem o condão de legitimar a apresentação do *corpus* em análise: o documentário “Malucos de Estrada – Parte II: Cultura de BR”, dirigido por Rafael Lage e lançado em 2016. Este se propõe a “uma primeira abertura sobre alguns dos conceitos que norteiam a cultura da *malucada*”. Com direção de Rafael Lage, pesquisador e vivente das práticas que circundam o universo dos “malucos de estrada”, e produção do Coletivo Beleza da Margem<sup>184</sup>, o documentário participa das ações de enfrentamento intuídas em trazer à baila discussões sociais sobre a mar-

---

184. Trata-se de uma linha de frente na resistência e afirmação da identidade cultural do “maluco de estrada”, nome pelo qual se reconhecem os artesãos conhecidos no senso comum como “hippies”. Voltado à pesquisa e registro sobre a reconfiguração do movimento *hippie* no Brasil, é um coletivo autônomo e composto na sua maioria pelos próprios artesãos. Disponível em: <belezadamargem.wordpress.com/>. Acesso em 06 dez, 2017.

ginalização desses artesãos. Trata-se de um suporte disponibilizado na plataforma YouTube, e financiado coletivamente por dois mil e setenta e dois colaboradores, por meio de uma campanha de *crowdfunding*.

O vídeo documentário em palco é um reflexo de poéticas orais sobre a cultura dos “malucos de estrada”, sujeitos escolhidos para esta análise. A partir dessas vozes, que narram as próprias experiências, poderemos explorar alguns elementos constitutivos de suas existências, ao tomar tais narrativas como acontecimentos discursivos que inferem na formação e afirmação de identidades. “– Não, *hippie*, *hippie*, não, né?! Porque a galera chama a gente de *hippie*, mas, o conceito ‘*hippie*’ pra mim é outro. Eu acho que os *hippies* nem trampo num fazia, né?!” A narrativa da artesã entrevistada aos treze minutos, aponta para a configuração do movimento de contracultura *hippie* em território nacional, ao tempo que, a ressignificação desses sujeitos pauta-se em transmissões de vivências através da oralidade.

Distante da intenção de esgotar os debates relacionados às questões de identidade, é importante trazer que a compilação de depoimentos presente no documentário se manifestam como acontecimentos discursivos, logo, não devem ser tomados como máximas. No entanto, ainda que no campo da retórica testemunhal, os fenômenos podem ser aplicados aos contextos sociais. Em vista disso, nota-se que, preocupados com ecologia e o equilíbrio energético do ecossistema, estes sujeitos reutilizam materiais orgânicos e naturais para criação de artesanato, fonte de subsistência. Estes adotaram um modo de vida comunitário, consideram-se transeuntes, se autodenominam artesãos nômades, mas se reconhecem como “maluco”, “maluco de estrada” ou “maluco de BR”.

– Eles não viviam da arte, na verdade... Eu posso dizer que eu vivo da arte. E se... eles não, eles faziam pra seu uso próprio, eles não precisavam trabalhar pra viver, eles eram filhos de industriais americanos, na verdade, eram o filho do verdadeiro americano que não quis ir pra guerra. (13’40’’).

A medida que se distancia do conceito de *hippie*, a denúncia de Gaúcho Celular, aos treze minutos do documentário, aponta para mais uma característica desses sujeitos, a produção artesanal como meio de subsis-

tência e elemento de resistência, que conserva sua aura na singularidade de cada peça. Chama-se *trampo de maluco*<sup>185</sup>, nomenclatura atribuída às peças confeccionadas por esses artesãos. O trampo de maluco é, muitas vezes, oriundo de elementos naturais que ganham um novo significado através do artesanato. Presentes em paisagens públicas, como praças e calçadas, os malucos expõem seus objetos de arte em troca com a sociedade, movimentando ainda a economia do turismo. Pelo exposto, tem-se que as vozes aqui protagonistas representam uma cultura popular, pois produzem cultura tanto através do artesanato quanto com seus modos de vida.

Neste sentido, Maria Ignez Ayala afere que “a cultura popular difere da cultura dominante, regida antes de tudo pelo mercado e pela subordinação daqueles que vêm de outra experiência cultural e social” (2015, p. 52). Com isso, a autora aponta para as marcas das temporalidades na literatura oral e na cultura popular, o que será determinante para o pesquisador encontrar sentidos. Com efeito, enseja examinar a metodologia utilizada por Rafael Lage na condução das entrevistas: os olhares não se encontram com as câmeras, a naturalidade das entonações vocais conversam com a tecnologia. Eis o posicionamento do sujeito, caracterizado pela sua condição autoral de existência. Metodologia esta que, conforme Ari Lima (2013, p. 9), não facilita a inserção do pesquisador no campo da pesquisa, tendo em vista que o obriga a refletir e problematizar decisões e silêncios que pareceram sempre óbvios e autoexplicativos.

Ao realizar um breve estado da arte acerca dos “malucos de estrada”, no intuito de encontrar as relações literárias em seu seio, me chamou atenção uma tese em que o pesquisador, em um de seus capítulos, tratou de escrever um romance sobre os modos de vida desses sujeitos, bem como a produção artesanal, o que está intrínseco<sup>186</sup>. Para tanto, o autor valeu-se das narrativas orais que tivera contato através de uma pesquisa de campo, quando investiu em métodos não lineares, afim de dar conta

---

185. O Coletivo Beleza da Margem disponibilizou um documento acerca das produções artesanais dos “malucos de estrada”, que pode ser encontrado aqui: <<https://belezadamargem.wordpress.com/artesanato-ou-trampo-de-maluco/>>. Acesso em 20 de dez. de 20117.

186. GIORDANI, Tiago M. do Amaral. *Nomadismo e Sociedade de Controle: estudo sobre os “malucos” em uma tese partida ao meio*. Pós-Graduação em Psicologia Social e Institucional, do Instituto de Psicologia, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientadora: Dra. Cleci Maraschin. Ano: 2016.

das modulações e movimentos permanentes aos quais tais sujeitos estão submetidos. Ainda contou que sua aproximação com o objeto partiu de uma conversa com um “maluco”, ou seja, a partir de algumas memórias narradas: os deslocamentos protagonizaram seus interesses. Este exemplo demonstra alguns dos liames em oralidade e literatura.

Segundo Frederico Augusto Garcia, a partir do século XVIII, a poesia oral acabou exercendo um papel secundário na crítica literária por vários motivos. O primeiro, diz respeito a desvincular-se da escrita, sendo tratada como uma *literatura* para pessoas que não tinham conhecimentos de leitura e escrita. Já o segundo, por assumir a posição de popular, em contraposição à erudita. Outro motivo, em função de tornar-se objeto de investigações folclóricas, pautadas em observações de costumes, sincretismo religioso, origem étnica, descaracterizando o valor poético. Neste sentido, o citado autor defende que, “a poesia oral necessita de um direcionamento que a (re)coloque na berlinda da teoria literária, para que o valor poético iminente em seus textos possa ser investigado à luz de uma disciplina artístico-cultural” (2007, p. 9).

Para o pesquisador supracitado, o fenômeno da *recepção* é elemento fundamental para a composição poética, pois afirma que “a poesia reside numa comunhão entre a idéia que gera o objeto artístico e o(s) sentido(s) gerado(s) pelo receptor em relação ao objeto”, desse modo, considera a poesia *criação e recepção*, não havendo que limitá-la em um texto escrito, oportunidade em que caracteriza a voz nômade como poesia (2007, p. 10). Com efeito, ao retomar o romance da tese de Tiago Giordani, torna-se possível entender tais descolamentos, posto que, ao narrar uma história desenvolvida a partir da trajetória de um viajante que sobrevive de sua produção artesanal, o autor reescreve os sentidos que são construídos em seu contato com as poéticas orais de um narrador/pesquisado.

A relação histórica entre poesia oral e cultura popular contém em suas entranhas a perspectiva da *territorialidade*. Nesse sentido, é comum que as pesquisas voltadas para tradições orais e culturas populares demarquem um território. Assim, a voz nômade se mostra como um elo entre um *povo* e um *território*. É assim, por exemplo, na maioria dos estudos que atrelam povos tradicionais e comunidades remanescentes às tradições orais. Em contrapartida, ao tratar de sujeitos nômades, viajan-

tes, andarilhos, transeuntes, esta lógica é invertida. Com efeito, atrelar as narrativas orais desses sujeitos à literatura na perspectiva de Augusto Garcia, legitima-se a poesia nômade de maneira mais concreta, posto que, os “malucos” estão em constantes deslocamentos. Ao traçar esse percurso, é possível identificar a cultura popular através das poéticas orais que envolvem os “malucos de estrada”.

Maria Ignez Ayala entende a literatura oral como uma narrativa da experiência de vida do interlocutor, bem como, ao aconselhar e contar casos exemplares, estimula-se a inteligência, atenção e rapidez de raciocínio das crianças através de adivinhas. Esta autora aponta que as pesquisas nacionais têm privilegiado a literatura oral popular desvinculada de seu contexto de produção, pois buscam e estabelecem origens, bem como propõem classificações que partem da coleções de objetos culturais. A partir disto, afirma ainda que “a literatura oral popular aparece no geral anônima, mais como transposição de uma cultura ibérica do que como criação ou reinvenção cultural com suas características próprias, suas notações de tempo e seu sentido comunitário” (2015, p. 54).

Decerto que, a partir do trazido por esta autora, ainda que esta pesquisa projete sujeitos em um território *não-físico*, estabelecer as relações entre povo e território é de fundamental importância para qualquer estudo do gênero em palco, principalmente pelas tensões que se estabelecem no campo da cultura relativas à *identidade*, comumente tradas com estereótipos. No caso dos “malucos de estrada”, a recepção pelos indivíduos que se comportam de maneira hegemônica, cria uma poética marginalizada, criminal. Perceber esta construção, ilustra a necessidade de demarcar que houve uma desconfiguração do movimento de contracultura *hippie* em território nacional e, como consequência, ainda há uma constante construção da identidade desses sujeitos.

Em relação as poéticas dos “malucos de estrada”, a demarcação desses territórios configuram-se através de suas narrativas orais. Para Roland Barthes, “a narrativa começa com a própria história da humanidade”, através da oralidade (2002, p. 103). Com efeito, convém situar estas narrativas como uma manifestação da linguagem intuída em contar uma experiência. Outro importante aspecto da oralidade para estes sujeitos é a *rádio cipó*, citada aos onze minutos e trinta e sete segundos

do documentário. Esta, diz respeito a um mecanismo de transmissão de informações lastreada na oralidade. As informações são transmitidas ao interlocutor que, no trânsito de suas viagens e encontros, irá repassar para outros malucos. Esse instrumento era comum para enviar recado para outros viajantes, prática que vem sendo substituída pelo uso de aparelho celular, como também demonstra o filme documentário.

Narrar é olhar a memória. Para Edil Silva Costa (2016), o narrador é um arquivo vivo que consulta seus arquivos, orais/virtuais ou impressos/materiais, revelando práticas de armazenamento, conservação, catalogação. Assim, considera que “o narrador tem seu repertório na memória que pode ser acessado para organizar a narrativa com a coerência e a coesão necessária para o bom efeito da mensagem”. Neste sentido, documentar as poéticas orais dos “malucos de estrada” é salvaguardar sua memória e possibilita, ainda, a continuidade da existência dessa cultura, bem como a construção da identidade desses sujeitos, já que, para Frederico Augusto Garcia (2007, p. 25), “a identidade, mesmo estando em contínua transformação, está em conexão com a memória e, portanto, com o passado. (...) A identidade de hoje depende da memória e do passado”.

De todo modo, a pesquisa em tradições orais e culturas populares carece de ser sensível. Lembro das primeiras tentativas de entrevistar “malucos”, ainda na graduação, quando a inexperiência impossibilitou meu acesso àquelas memórias. Neste sentido, Edil Silva Costa (2016) traz que, “o trabalho de campo exige a interação com a comunidade e a disponibilidade para o contato com o outro. Exige, sobretudo, a compreensão do funcionamento desse universo popular e suas formas de auto-organização”. O desenho que esta pesquisa pode desenvolver, funcionará na construção de outras poéticas, voltadas tanto para o pesquisador quanto para o seu objeto, criando laços entre as epistemologias e políticas sociais com fulcro na efetividade de cidadanias.

Jesus Martin-Barbero aponta que o *popular* também se manifesta no *palavreado*, que pode ser entendido como uma voz convertida em ordem e instrumento de revanche, estratégia, construções da linguagem que podem inverter os significados, no sentido de confundir (2003, p. 331). Nesse contexto, é importante analisar que as culturas populares também produzem poéticas tanto não-lineares quanto não-hegemônicas. Assim, o pes-

quisador que encontra vozes contestatórias nas nuances dessas expressões culturais, identifica-se apto a perceber as semelhanças entre os métodos de fazer artístico com os métodos de humanidades, ou seja, construir poéticas através das performances e em face dos métodos. Em outras palavras, os “malucos de estrada” compõem um não-lugar, marca aparente em suas performances, e que faz ecoar um grito: “existe um outro lugar”.

## 2. A Luta por Direitos em Literatura

A análise da materialidade das fotografias citadas nos permite detectar o teor crítico cultural que permeia a exposição. A margem produz uma beleza política, desprovida de compromisso estético hegemônico difundido através dos meios de comunicação, uma beleza desviante. Prova disso está na possibilidade de ouvir um som em um suporte silencioso: a captura do grito de um “maluco” e, ainda, a confecção do artesanato, elemento comum na identificação desses sujeitos, bem como performances de deslocamento. Durante uma semana expondo, o fotógrafo pôde registrar, no mesmo ambiente, uma série de repressões policiais aos “malucos de estrada”. Ele conta que ao colocar a primeira fotografia com tal registro, tivera a exposição apreendida<sup>187</sup>.

Em contrapartida, as fundamentações utilizadas para incorrer na apreensão, lastrearam-se no artigo 17 do Código de Posturas do município de Belo Horizonte, segundo o qual, “é proibida a instalação precária ou permanente de obstáculo físico ou de equipamento de qualquer natureza no passeio ou projetado sobre ele, salvo no caso de mobiliário urbano”. Importa dizer que a estrutura utilizada para expor os retratos fora confeccionada com tecido, arame, e cano PVC, em alusão ao suporte que os artesãos usam para exhibir, vender e carregar seus artesanatos. Portanto, uma estrutura portátil, encostada na parede de uma praça com oito metros de extensão, ocupando vinte e cinco centímetros do passeio público, não encontra aplauso como “obstáculo físico”. Esse mesmo Código

---

187. O inventário cultural contendo as fotografias, os motivos, dados e histórico de luta dessa exposição pode ser encontrado aqui: <<https://belezadamargem.wordpress.com/a-beleza-da-margem-a-margem-da-beleza-prefeitura-apreende-exposicao-fotografica-e-multa-em-r-17-10380/>>. Acesso em 8 de outubro de 2017.

de Posturas, em seu artigo 38, diz que “o uso do logradouro público depende de prévio licenciamento, exceto passeata e manifestação popular”.

Diante do exposto, não resta dúvida de que o gritante interesse em realizar a exposição é protestar em desfavor as constantes repressões sofridas pelos sujeitos em palco, ressaltando a beleza da diversidade das culturas, condições as quais estão submetidos e aos abusos do Poder Público. Desse modo, uma manifestação popular, o que a coloca no patamar da exceção proposta pelo redação do artigo supracitado. Ainda é possível identificar confrontos em relação as liberdades fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988, como a “liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, em seu artigo 5º, inciso IX. Por fim, Rafael Lage recebera uma multa no valor de dezessete mil, cento e três reais e oitenta centavos para reaver suas fotografias com o expositor, sob pena de ser cadastrado à dívida pública daquele município.

É neste cenário emergente que se iniciam as atividades do Coletivo Beleza da Margem<sup>188</sup>, posicionando-se em um lugar de luta determinado: a proteção de cidadanias culturais relativas aos “maluco de estrada”. Estes, são considerados resíduos da contracultura *hippie* em território nacional, somados a uma série de metamorfoses sociais e culturais, devidas, em grande escala, aos processos de globalização e constantes deslocamentos, aos quais tais sujeitos estão submetidos. Preocupados com ecologia e o equilíbrio energético do ecossistema, seus adeptos reutilizam materiais orgânicos e naturais para criação de artesanato. Estes adotaram um modo de vida comunitário, consideram-se transeuntes, e se autodenominam artesãos nômades, mas entre eles, se comunicam por “maluco”, “maluco de estrada” ou “maluco de BR”.

---

188. Na descrição do *post* do documentário “Malucos de Estrada – Parte II, encontra-se a seguinte informação: “O coletivo Beleza da Margem é uma linha de frente na resistência e afirmação da identidade cultural do “maluco de estrada”, nome pelo qual se reconhecem os artesãos conhecidos no senso comum como “hippies”. Voltado à pesquisa e registro sobre a reconfiguração do movimento *hippie* no Brasil, é um coletivo autônomo e composto na sua maioria pelos próprios artesãos. Nos últimos 6 anos, o coletivo vem desenvolvendo um inventário audiovisual sobre esta expressão cultural ainda não visualizada e ações políticas pela livre manifestação artística no espaço público”. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=E2xYfyEANMw/>> Acesso em 8 de outubro de 2017.

É importante destacar que as culturas das margens são intrínsecas às produções culturais periféricas. Angela Prysthon aponta que esses liames têm possibilitado novas epistemes diante da teoria crítica, trata-se das políticas das minorias, embasado no discurso da diferença. Para esta pesquisadora, existe um espaço intermediário na compreensão da cultura entre as epistemologias contemporâneas e as mais tradicionais, onde é possível, através das teorias da cultura contemporâneas e do pós-colonialismo, inverter os signos da representação, hibridismo, identidade, outridade, colonização, etc. Ou seja, pensar as condições de possibilidade e ainda a de continuidade das construções. No entanto, não deixar de tecer as seguintes críticas:

O que não corresponde a dizer que o pós-colonialismo e os Estudos Culturais são teleologicamente positivos em relação à pós-modernidade ou às micropolíticas de final de milênio. Não se trata de simplesmente ser ingenuamente “otimista” por causa da globalização, por causa do hibridismo cultural e por uma suposta superação da experiência colonial, ou, no campo da estética, de tentar inverter os valores do cânone à moda da “antropofagia” brasileira modernista, por exemplo, assim proclamando a superioridade do periférico, do “terceiro-mundista”. Não é tão simples<sup>189</sup>.

A crítica é, sobretudo, à maneira como a pós-modernidade pode levar a extremos uma interpretação conservadora da modernidade, onde a racionalização teleológica, a tecnologia e a modernização passam por cima dos ideais libertadores do Iluminismo. Contudo, há de se notar um movimento de margem como subalterno, o que torna necessário trazer o debate centro-periferia. Neste sentido, Prysthon anotou que o descentramento vai ser muitas vezes tomado como uma inversão de valores, “de repente, as margens passam a centro e o centro à margem, numa celebração catártica das diferenças em desfile”<sup>190</sup>. Pensar nisso, é também ter a organização social geográfica como responsável por suas

189. PRYSTHON, Angela. Margens do mundo: a periferia nas teorias do contemporâneo. Revista Famecos: Porto Alegre, nº 21, agosto de 2003, quadrimestral, p. 45.

190. PRYSTHON, Angela. Margens do mundo: a periferia nas teorias do contemporâneo. Revista Famecos: Porto Alegre, nº 21, agosto de 2003, quadrimestral, p. 45.

construções culturais. Assim, é no espaço intermediário, com um espaço-tempo em essência periférico, o “entrelugar”, que se pode encenar os embates político-culturais da contemporaneidade.

Esses movimentos de inversão, possibilitados pelo descentramento, aproxima a margem do que é popular em cultura. Toma-se como fundamento a produção artesanal nas prateleiras sociais de requinte, cultua-se um produto que beira à subalternidade. Não diferente ocorre em todo o sistema de produção que mobiliza os cenários econômicos, porém, tratamos aqui de um recorte artístico que destoa entre a criminalização, em panoramas periféricos, e a valorização, em ambientes da “alta cultura”. E nesta moldura, se enquadra o artesanato produzido pelos “malucos de estrada”, pois, em potencial, movimentam o capital do turismo, a exemplo da aldeia *hippie* de Arembepe, na Bahia, onde as representações culturais pouco têm se adequado a real vivência dos personagens que a sustenta. Destarte, os objetos artísticos por eles confeccionados são modelos desviantes que, mesmo passíveis do capitalismo, contestam esta ideia e servem como modo de sobrevivência, pois é através do artesanato que estes extraem seus sustentos.

Visualizar “beleza” um movimento cultural marginalizado é atentar para a estética-política que o envolve. Ciente do potencial contestatório de seus modos de vida e de produção artesanal, a formação de um Coletivo para buscar a efetividade da cidadania cultural, constituiu uma linha de combate preocupada em se amparar nas legislações nacionais e internacionais em vigência. Alcançada esta dimensão, o coletivo Beleza da Margem disponibilizou o Inventário Cultural “Malucos de Estrada”, apresentando discursos jurídicos-sociais capazes de protegê-los como expressão cultural<sup>191</sup>. Assim, o artigo 4º, item 3, da Convenção sobre a proteção e promoção da Diversidade das Expressões Culturais, da UNESCO, ratificada pelo Decreto Legislativo 485/2006, as define como “aquelas expressões que resultam da criatividade de indivíduos, grupos e sociedades e que possuem conteúdo cultural”.

---

191. O Inventário Cultural “Malucos de Estrada” pode ser encontrado aqui: <<https://belezadamargem.wordpress.com/inventario-cultural-malucos-de-estrada/>>. Acesso em 10 de outubro de 2017. Além da discussão sobre patrimônio cultural, aborda-se temas como a configuração dos “malucos de estrada” e a necessidade de proteção.

A Convenção supracitada aponta para o caráter de essencialidade da diversidade cultural para alcançar a efetivação de cidadanias culturais previstas em normas universais. Enquanto direito à cultura, é necessário problematizar ainda este conceito, o que será feito nas discussões que compõem esta pesquisa. Em tempo, atenta-se que as práticas de ativismo do Coletivo em palco estão permeadas das tecnologias dos meios de comunicação contemporâneos. Prova disso é a realização do documentário “Malucos de Estrada – Parte II: Cultura de BR”. Com direção de Rafael Lage, o vídeo foi disponibilizado na plataforma *YouTube* e financiado coletivamente por dois mil e setenta e dois colaboradores, através de uma campanha de *crowdfunding*.

Não obstante a percepção dos efeitos sociais possibilitados pelo ciberativismo, o alcance das produções do Coletivo Beleza da Margem lastrearam inquéritos policiais, uma ação civil pública no município de Belo Horizonte, e tornou possível um encontro com o representantes do Ministério da Cultura no ano de 2015, onde foram ouvidos argumentos relativos a identidade desses sujeitos como adequados as políticas de expressão cultural, bem como os conflitos que circundam seus modos de vida. O exemplo mais claro da máxima efetividade que esta prática de militância é capaz de alcançar, consiste em uma liminar concedida em sede de ação civil pública no município de Belo Horizonte, de autoria da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Trata-se de um pleito que contesta a proibição dos modos de vida dos “malucos de estrada” em Belo Horizonte, bem como pede o livre exercício de suas expressões culturais em vias públicas. Assim, a tutela antecipada concedida determinou a liberdade do exercício artístico e cultural desses artesãos.

## Referências

AYALA, Maria Ignez Novais e AYALA, Marcos (orgs.). *Metodologia para a pesquisa das culturas populares: uma experiência vivenciada*. Crato: Edson Soares Martins Ed., 2015. Disponível em: <http://www.acervoayala.com>. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

BARTHES, Roland. *A aventura semiológica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- COSTA, Edil Silva. *Arquivos do pobre: considerações sobre culturas populares, memórias e narrativas*. In: SANTOS, Osmar Moreira dos (org.). *Arquivos, testemunhos e pobreza no Brasil*. Salvador: EDUNEB, 2016.
- FERNANDES, Frederico Augusto Garcia. *A voz e o sentido: poesia oral em sincronia*. São Paulo: Editora UNESP, 2007.
- FERREIRA, Jerusa Pires. *Oralidade, Mídia, Culturas Populares*. 2015. Disponível em: [http://www.intermidias.com/anterior/categorias/lite\\_jerusa\\_oralidade.htm](http://www.intermidias.com/anterior/categorias/lite_jerusa_oralidade.htm). Acesso em 10 de janeiro de 2018.
- LIMA, Ari. *O método é heterodoxo, o sujeito é posicionado. A pesquisa é possível?* In: DUCCINI, Luciana e RODRIGUES, Luzania Barreto (orgs.). *Cor das Letras: Revista do Departamento de Letras e Artes da UEFS. Metodologia de Pesquisa em Ciências Sociais e Humanas*. Feira de Santana: Editora da UEFS, n. 14, 2013. p. 15-28.
- MALUCOS DE ESTRADA: Cultura de BR*. Direção de Rafael Lage. Produção de Ariane Soares Rocha, Cyro Almeida, Gustavo Policarpo e Rafael Lage. Brasil: Coletivo Beleza da Margem, 2015. Disponível em: [https:// youtube.com/watch?v= FkNQzEckvF0/](https://youtube.com/watch?v=FkNQzEckvF0/)>. Acesso em: 8 de dez. de 2017.
- MARTIN-BARBERO, Jesus. *Dos meios às mediações: comunicação, cultura e hegemonia*. Rio de Janeiro Editora UFRJ, 2003.
- PRYSTHON, Angela. *Margens do mundo: a periferia nas teorias do contemporâneo*. Revista Famecos: Porto Alegre, nº 21, agosto de 2003, quadrimestral.



# Continuidades democráticas: da escravidão ao encarceramento

*Fernando Henrique Cardoso Neves*

*Marilha Gabriela Reverendo Garau*

## Introdução

O tema deste trabalho é a relação entre Direito e Democracia. Apesar da modernidade compreender o processo histórico como uma evolução humanitária, pensadores como Michel Foucault apontam inflexões que rompem com essa narrativa contínua e conciliatória – para o francês, a história é feita de rupturas e continuidades. Neste sentido, tomar o sistema democrático contemporâneo como fruto da progressão civilizacional anunciada pela sucessão de seus diplomas jurídicos é insuficiente.

Assim, este artigo analisa os momentos históricos da escravidão e da democracia no Brasil, tanto colocando à prova sua narrativa sucessória como buscando quais seriam as rupturas e continuidades presentes na relação Direito e Democracia, especialmente para se pensar a participação dos cidadãos no processo atual de construção social.

A metodologia utilizada é a de análise bibliográfica e documental, com ênfase no *The Trans-Atlantic Slave Trade Database Voyages* – projeto que reúne diversos pesquisadores na tentativa de remontar dados sobre o tráfico de escravos entre os séculos XVI e XIX – e nos relatórios de vistoria prisional do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e do Mecanismo de Combate à Tortura/RJ.

Os dados coletados na pesquisa invertem a equação histórica oficial – a superação de um passado escravocrata é contrariada pelas continuidades entre escravidão e encarceramento, especialmente ao se analisar as condições, o funcionamento e até mesmo os nomes de navios negreiros e de unidades prisionais do presente democrático. Rompendo com a diferenciação anunciada dos diplomas jurídicos das duas épocas, da Lei Áurea à Constituição Federal de 1988, o resultado obtido é de que a ruptura se dá na inconsistência desta narrativa legal humanística.

A conclusão da inversão demonstrada pelos dados é que os impactos deste trabalho na tentativa de pensar a participação dos cidadãos no processo de construção social, especialmente na atualidade da relação Direito e Democracia, não se dá na elaboração de um “como” ou “o quê” fazer, mas sim no questionamento de *o que tem sido feito*.

Ao tempo de escrita deste artigo observou-se que a discussão acerca da construção da Democracia, especialmente no Brasil, é atravessada por uma disputa em torno de determinadas pautas que se declaram como *um avanço* ou um *retrocesso*, a depender dos discursos em disputa. Neste âmbito, não raramente se faz alusão ao que deveria ser combatido nos dias de hoje: um ímpeto, um avanço do que *já se passou* – o passado nunca assustou tanto aquelas e aqueles que se dedicam à Democracia.

Os fenômenos político-institucionais recentes acirraram ainda mais discursos que apontam para o enfrentamento e surgimento de posicionamentos *conservadores*, *reacionários*, *istas* – racistas, fascistas, machistas, nazistas, por sua vez, reconhecidos e identificados enquanto *retrógrados*. O confronto anunciado se daria entre o passado e a tentativa de resguardar o presente, sendo este algo *melhor* ou *menos pior* do que tempos já superados.

Por episódios da política institucional ou da ação de um ou outro burocrata, as vozes que defendem a narrativa que coroa o presente democrático assertam que todos os *avanços* se dão por perdido a partir destas ações; especificamente, que a ordem democrática, que o Estado Democrático de Direito é destruído a partir destes episódios e que sua restauração e contínuo avanço dar-se-iam apenas no momento em que houvesse a revisão dos últimos atos institucionais.

Capitaneado muitas vezes por juristas, é interessante perceber que o Direito, em sua sucessão de diplomas durante a História, demonstra

a mesma crença numa marcha única do tempo em que, do *estado de natureza* até a última portaria editada, estaríamos em constante evolução, numa progressão humanitária: as leis de ontem regulavam uma realidade de *ruim ou pior* do que a realidade regulada pelas leis de hoje.

Neste sentido, este artigo procura testar a consistência desses discursos contemporâneos enquanto participação cidadã na construção social do presente democrático, especificamente nesta maneira de *tratar* a História – como se é tão certo sobre a totalidade dos acontecimentos como uma simples linha do tempo?

Para tal, analisar-se-ão dois períodos históricos brasileiros e seus diplomas legais no que tange a alguns procedimentos penais, comparando o extraído tanto das leis como de documentos obtidos em duas fontes: para o *passado*, o banco de dados da pesquisa internacional sobre o tráfico de escravos no Atlântico-Sul acessado no sítio *Slave Voyages*. Para o presente, relatórios de vistoria prisional referente aos presídios do Rio de Janeiro confeccionados pelo Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e do Mecanismo de Combate à Tortura da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, ambos referentes aos anos de 2015 e 2016.

## 1. História e direitos

Perceber-me no meio de um momento no qual a maioria declaradamente *politizada* disputa uma narrativa política a partir da manipulação de um passado e de um presente, apontando que o pretérito é cada vez mais fantasmagórico ao *futuro*, operando com categorias como *Exceção*<sup>192</sup>

---

192. Na mesma operação histórica, a ideia de *Estado de Exceção* é trazida da obra de Giorgio Agamben e utilizada numa tentativa de remontar que a Exceção, superada pelo cumprimento das Regras, volta a aparecer *nestes tempos* – como se a *exceção, o autoritarismo e o fascismo*, estivessem apenas agora sobrepondo a *regra, a democracia e a diversidade*. Estranhamente, ao cronologizar a ideia Exceção/Regra de Agamben, fogem da afirmação feita pelo filósofo italiano de que, o que se acusa como *Exceção*, é o próprio funcionamento do sistema, não se falando em pior ou melhor momento da história. Ver AGAMBEN, Giorgio; BURIGO, Henrique. **Homo sacer, o poder soberano ea vida nua I**. Ed. UFMG, 2007; AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção: [Homo Sacer, II, I]**. Boitempo Editorial, 2015; AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: O arquivo e a testemunha [Homo Sacer, III]**. Boitempo Editorial, 2015.

à Regra<sup>193</sup>, Retrocesso ao Avanço *conquistado* e apontando o *perigo* que corre o processo de uma *sociedade mais justa* com a *volta do passado*, fica difícil não lembrar do mesmo tom narrativo do *Estado de Natureza*, ficção do contratualismo na qual um passado no qual não se viveu, mas se teme, é melhor ou *menos pior* que o que se vive.

Este timbre histográfico que agora ressoa dentre os *politizados*, apesar de causar incômodo aos dissonantes, não deveria surpreender ninguém, haja vista uma determinada visão da história como o processo de um projeto humanizador. Em *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil*, Gizlene Neder, ao remontar a história da execução penal, não se distancia da história dos discursos reformadores, que impulsionam a narrativa de que um processo civilizatório-humanista está em curso: como não lembrar do Marquês de Beccaria em *Os Delitos e As Penas*, ou mesmo da transição paradigmática das penas de *cruéis* para *modernas*, anunciadas respectivamente nas Ordenações Filipinas, de 1595, e no Código Criminal de 1830.

“A história da execução penal apresenta-se em três momentos consecutivos, onde predominam atitudes punitivas notadamente diferentes: *penance*<sup>194</sup> e penas pecuniárias (praticamente o único instrumento punitivo da chamada Alta Idade Média), substituídos, durante a fase final do feudalismo, por um sistema de penas corporais e de morte (o que por sua vez, prepara o caminho para a introdução das penas carcerárias no século XVII, momento decisivo quanto ao processo de constituição do mercado de trabalho na Europa).” (NEDER, 2012, p.74)

Dessa feita, e especialmente pelo grande investimento neste tom de narrativa como um *posicionamento politizado, engajado*, ativo na construção do conceito de cidadania e sua implicação no processo social contemporâneo, ou seja, uma das relações entre *História*<sup>195</sup> e Direito, é que esta noção de Passado-Pior/Presente-Melhor deve ser testada.

Pensadores como Michel Foucault e Walter Benjamin, por sua vez, ao comentarem sobre a história, colocam em questão tanto esta linea-

---

193. Regra: Democracia, Estado de Direito, Estado Democrático de Direito e etc.

194. Pena pecuniária devida ao injuriado, impostar por uma autoridade distinta da judicial.

195. *Esta* história, ou seja, esta maneira de organizar o processo social como uma evolução retilínea ao ideal civilizatório.

riedade como sua única possibilidade de realidade. Para o Frânces, que preferiu declarar que produziria uma *anti-história*, ou seja, pensamentos sobre a produção histórica no sentido que rompesse com o universalismo, a origem, ao desejo de verdade histórica e aos essencialismos (FOUCAULT, 2000), esta linearidade é substituída por continuidades e rupturas, observadas em seus graus de permanência e sofisticação.

Já o pensador alemão, por sua vez, contesta a noção evolutiva por uma que invista na demonstração de que não se trata de “exceções” ou de uma superação de um passado *pior* do que o presente e este pior que futuro. Neste trabalho, não nos interessamos por defender esta proposta, mas apontá-la como outra reflexão que dissoa da história como progresso da humanidade.

“A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no séculos XX “ainda” sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável.” (BENJAMIN, 2012)

Neste sentido, na tentativa de comparar passado e presente, observando em que sentido a fórmula histórica contestada se sustenta, e em que medida pode-se implicar o resultado deste exercício na reflexão sobre as atuais fórmulas *politizadas* de cidadania, defensoras incondicionais do Estado Democrático de Direito, e seus efeitos no processo de construção social, dois momentos históricos serão comparados à luz dos diplomas jurídicos que contam suas trajetórias.

## 1.1 História, segundo o Direito

Neder, ao analisar o período de 1890-1927, propõe uma reflexão metodológica acerca do fazer histórico que leve em conta a comple-

xidade social do período, compreendendo o Direito como um produto histórico, participante da dinâmica social, e, portanto, produzindo as transformações históricas e sendo, ele próprio, produzido e transformado historicamente (NEDER, 2012, p.64).

Em sua pesquisa, a historiadora propõe uma análise de conjuntura que desse conta de entender os processos sociais por qual o Brasil passava, para analisar a formação do mercado de trabalho, compreendendo a sociedade a partir das investigações de Georg Rusche e Otto Kirchheimer em *Pena e Estrutura Social* e de Michael Foucault em *Vigiar e Punir*, ou seja, na qual o objeto de análise é formado, dentre muitas variáveis, especialmente pela *disciplina* e pelo *controle social*.

Ao estabelecer de onde partiria sua investigação, a autora insiste em se distanciar expressamente de *uma maneira* de fazer história, muito comum aos Historiadores do Direito, que remonta a presente no discurso democrático contemporâneo<sup>196</sup>.

“Tal questão se coloca para nós na medida em que os historiadores do Direito, abraçando quase sempre a perspectiva positivista, não enfocam a problemática histórico-social. Assim, professam uma visão evolucionista, regida pela ideia de progresso do desenvolvimento das instituições legais. Estas, segundo eles, teriam percorrido, ao longo dos séculos, o percurso da “barbárie à civilização.

Esta perspectiva afeta diretamente a forma pela qual a *pena*, é encarada, assim como todo o sistema punitivo e de controle social. A execução penal, por exemplo, é quase sempre analisada a partir de condições históricas da punição, ligadas às condições de existência humana inferiores dos setores miseráveis da população. Isto pode levar a um posicionamento necessariamente de acomodação em relação ao problema das condições carcerárias.” (NEDER, 2012, p.71)

A crença dos historiadores do Direito apontada por Gizlene e sua semelhança com os discursos atuais apontados alhures, também está presente na história que o Direito conta sobre a execução penal – da escravidão à abolição, das Ordenações Filipinas à Constituição de 1988, Lei

---

196. Não à toa, a maioria dos atores lidando com a equação passado=retrocesso, presente=progresso, são juristas.

de Execuções Penais e os tantos tratados internacionais sobre execução penal e Direitos Humanos assinados pelo país.

### 1.1.1 Humanizando a Escravidão

O histórico dos diplomas jurídicos em relação à escravidão dão conta do apontando por Gizlene ao falar dos historiadores do Direito, e pode ser especialmente recordado pela historiografia oficial sobre os debates entre abolicionistas<sup>197</sup> *radicais* e *moderados*, ou seja, os que queriam a abolição imediata da escravidão – abolicionistas – e os que queriam uma abolição *lenta, gradual e segura*.

A linha de sucessões das leis que regulavam a escravidão dão conta desta segunda visão, que remonta o *progressismo humanitário*: 1845, Bill Aberdeen<sup>198</sup>, que proibia o tráfico externo de escravos e ao mesmo tempo autorizava a marinha inglesa a capturar e derrubar *navios negreiros* – o que intensificou o tráfico interno de escravos numa época em que a maioria das metrópoles e colônias deixaram de ser escravocratas.

Em 1871, lei do Ventre Livre – mas da mãe escrava; em 1885, Lei Saraiva Cotegipe, mais conhecida como dos *sexagenários* – imagine o aspecto físico e psicológico de alguém que completou 60 (sessenta) anos sob o regime escravocrata brasileiro. Enfim, a Lei Áurea em 1888 – e a partir daí diversas criminalizações<sup>199</sup>.

### 1.1.2 Humanização do Cárcere

No caso do cárcere, ou melhor, da sofisticação do controle social, a sucessão de leis tem o mesmo tom evolutivo; dois diplomas jurídicos contam a *mudança do paradigma penal* no Brasil – As Ordenações Filipinas, de 1595, que tinha a “pena cruel” e o Código Criminal de 1830, com o paradigma da *pena moderna*, ou seja, que tem respeito à *integridade fí-*

197. O abolicionismo aqui se refere ao movimento conhecido como “abolicionismo” que visava o fim imediato da escravidão brasileira.

198. Slave Trade Suppression Act ou Aberdeen Act.

199. V. o trabalho AZEREDO, SERAFIM. **A (des)criminalização da cultura negra nos códigos de 1890 e 1940**. Amicus Curiae V.6, N.6 (2009), 2011.

sica; ao tratar do castigo no Título II, Das Penas, Capítulo I, listava o Banimento, a Prisão Perpétua e a Morte como traços de sua *modernidade*.

Com a Constituição de 1988, a vedação às penas cruéis e o respeito à integridade física e moral dos presos foram taxados no rol das garantias do artigo 5º<sup>200</sup>, dispositivos que tem o peso jurídico de Direitos Fundamentais, ou seja, regulações que tem seus cumprimentos elevado aos próprios pilares de um Estado Democrático de Direito. Interpretá-los, por sua vez, não significa saber quais são os limites mínimos designados pela legislação para que tanto se saiba *como a pena* deve ser para “não ser cruel” e o que seria uma pena que respeita a integridade física e moral.

Dando forma legal a esta interpretação, os diplomas que tratam exclusivamente de Execução Penal, muitos advindos do grupo de direitos e atores políticos reunidos sob a insígnia e Direitos Humanos, são editados: 1984, Lei de Execução Penal<sup>201</sup>; Em 2008, Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade das Américas, da CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>202</sup>; Em 1991, Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, Desumanos ou degradantes<sup>203</sup> e, recentemente alterado como *homenagem a Nelson Mandela*, as Regras de Mandela<sup>204</sup> (2015), criado em 1960 com o nome Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, ambas da ONU – Organização das Nações Unidas.

## 2. Escravidão e Encarceramento, Império e Democracia

Em 1807, a família real portuguesa viaja para o Brasil na *Nau Príncipe Real*. Ao chegar no Rio, em 1808, inutilizada para o serviço de comba-

200. Art 5º, XLVII, e, CRFB - não haverá penas cruéis.

Art. 5º, XLIX, CRFB - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

201. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm) acessado em 27/11/2016.

202. Disponível em <https://cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf> acessado em 17/07/2016.

203. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm) acessado em 17/07/2016.

204. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd-2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf> acessado em 17/07/2016.

te e desarmada, serviu de presiganga, pelo maior período da história – 1808-1831 – fundeada na baía de Guanabara ao norte da ilha das Cobras.

“A presiganga era um navio de guerra português que serviu de prisão entre 1808 e 1831. Esta prisão flutuante era como a ponta de um *iceberg* que compreendia práticas antigas e de longa duração, que percorreram séculos para nela serem atualizadas, em um contexto muito específico, o do processo de dependência do Brasil: do cruzamento entre estruturas e conjunturas, a presiganga emergiu, de mares profundos para a superfície dos acontecimentos, dos eventos relativos à formação do estado nacional. Entre as práticas antigas, o trabalho forçado e a punição corporal, fizeram desse navio-presídio um receptáculo, uma arca que agregou signos antigos que diziam respeito à punição legal. Se, no passado, a presiganga era uma embarcação que servia como uma prisão, hoje, por ocasião do festejo dos duzentos anos da chegada da família real portuguesa ao Brasil, serve para pensar permanências e rupturas nas práticas de punição na história. (FONSECA, 2009, p. 109)

Se à época da escrita, a historiadora Paloma Fonseca apontava para o bicentenário da chegada da família real, *passado* escravocrata e presente democrático também comemoram a mesma distância temporal.

“A presiganga passou a custodiar pessoas condenadas de gredo a partir de 1816, quando o navio que servia de prisão absorveu essa incumbência do presídio da Trafaria. Ao que tudo indica, o fato de o Brasil se tornar um reino fez com que a presiganga assumisse a função, na falta de de um estabelecimento em terra e não sendo estranha aos portugueses a ideia de uma prisão marítima.” (FONSECA, 2009, p.112)

Duzentos anos se passaram desde o primeiro *funcionamento* de presídio no Brasil; de acordo com a *narrativa jurídica*, muito se *evoluiu* do Império para a Democracia, da escravidão para o encarceramento. O tom narrativo, por sua vez, linear e evolutivo, conecta *escravidão* e *prisões* numa relação da *barbárie à civilização*.

Desta feita, colocaremos à prova a linearidade histórica anunciada pelo Direito, examinando a relação entre escravidão e encarceramento a

partir da análise documental de duas fontes, respectivamente ligadas a seu período histórico. Em que medida o resultado desta comparação implica os discursos *politicizados* da contemporaneidade enquanto partícipes da construção social?

## 2.1. Navio, Navio-Presídio e Presídio

Notícias sobre prisões e pesquisas sobre a era da escravidão não costumam destoar tanto – dificilmente alguém olha para o período escravocrata, especialmente o tratamento dado aos corpos escravizados, e resgata algo de elogiável. Seja nas histórias dos castigos corporais, do rapto do continente africano, dos efeitos e continuidades da relação do Estado com o corpo negro, é certa unanimidade em se referir à escravidão como um período péssimo, assim como em falar que *ele já passou*.

Quanto às prisões, superlotação, superencarceramento e falência prisional também são lugar comum – doenças, assassinatos, histórias riquíssimas em exemplos da violação clara e total de direitos, relatos assustadores de quem já passou por lá. Todavia, também é lugar comum referir-se a ambas como momentos *diferentes*. Nesse sentido, a proposta comparativa deste trabalho é, a partir de pesquisa no site [www.slavevoage.org](http://www.slavevoage.org) acerca do tráfico de escravos no atlântico sul, especialmente nas condições e características de alguns navios, e por uma análise documental em relatórios de vistoria prisional da Defensoria Pública do Rio de Janeiro e do Mecanismo de Combate à Tortura/RJ, apontar continuidades e rupturas, ou confirmar a linearidade de passado e presente.

### 2.1.1 Fontes

Sendo assim, antes de trazer à tona um pouco do material analisado, vale a pena apresentar as fontes, a saber, tanto que utilizamos para o período escravocrata quanto para o atual. O “Banco de Dados do Tráfico Transatlântico de Escravos”, disponibilizado em nossa primeira fonte, via internet, é o resultado de uma série de encontros acadêmicos entre pesquisadores que, desde o anos 60, coletam informações sobre as viagens de navios negreiros e as codificam em bases eletrônicas. Como o próprio se apresenta:

“O Banco de Dados do Tráfico Transatlântico de Escravos reúne informações sobre quase 36.000 viagens negreiras que embarcaram à força mais de 10 milhões de africanos para serem transportados até as Américas, entre os séculos XVI e XIX. O número real sendo estimado em até 12,5 milhões.” (SLAVEVOYAGE.ORG)

Atualmente, os pesquisadores principais são vinculados à Universidade de Emory, em Atlanta, nos EUA<sup>205</sup>, mas recebem colaborações de centros de pesquisa do mundo inteiro. Por sua vez, nossa outra fonte, referente ao período democrático, são os relatórios de vistoria prisional produzido tanto pelo Mecanismo de Combate à Tortura do Estado do Rio de Janeiro, órgão legislativo responsável pela fiscalização de unidades de privação de liberdade no território Fluminense no tocante à violação de Direitos Humanos, como os relatórios produzidos pelo Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, responsável, dentre outras, pela fiscalização de unidades prisionais no Estado.

Acredita-se que, com estas diferentes fontes documentais acerca do passado e presente, fases contínuas da *execução penal*, como Neder apontou, pode-se caminhar no sentido de questionar a linearidade evolucionista da sociedade, especialmente a contada pelos diplomas jurídicos, colocando à prova o que anunciam.

### 2.1.2. Viagens do passado

*“Era um sonho dantesco... o tombadilho  
Que das luzernas avermelha o brilho.  
Em sangue a se banhar.  
Tinir de ferros... estalar de açoite...  
Legiões de homens negros como a noite,  
Horrendos a dançar...”*

*Negras mulheres, suspendendo às tetas  
Magras crianças, cujas bocas pretas*

---

205. Mais informações, acessar seção específica acerca da equipe de pesquisadores. Disponível em <http://www.slavevoyages.org/about/team> acessado em 20/11/2016.

*Rega o sangue das mães:  
Outras moças, mas nuas e espantadas,  
No turbilhão de espectros arrastadas,  
Em ânsia e mágoa vãs!*

*E ri-se a orquestra irônica, estridente...  
E da ronda fantástica a serpente  
Faz doudas espirais ...  
Se o velho arqueja, se no chão resvala,  
Ouvem-se gritos... o chicote estala.  
E voam mais e mais...*

*Preso nos elos de uma só cadeia,  
A multidão faminta cambaleia,  
E chora e dança ali!  
Um de raiva delira, outro enlouquece,  
Outro, que martírios embrutece,  
Cantando, geme e ri!*

*No entanto o capitão manda a manobra,  
E após fitando o céu que se desdobra,  
Tão puro sobre o mar,  
Diz do fumo entre os densos nevoeiros:  
“Vibrai rijo o chicote, marinheiros!  
Fazei-os mais dançar!...”*

*E ri-se a orquestra irônica, estridente. . .  
E da ronda fantástica a serpente  
Faz doudas espirais...  
Qual um sonho dantesco as sombras voam!...  
Gritos, ais, maldições, preces ressoam!  
E ri-se Satanás!...”*

*Navio Negreiro, Castro Alves*

A análise de alguns dados de nossa primeira fonte nos apontam, em números, a realidade descrita difusamente sobre as *condições* de um navio negreiro. Sem pretensão de um rigor específico sobre um determinado navio, as viagens ultramarinas do século XIX já nos coloca num horizonte mais ou menos determinado de condições de vida – no caso de navios negreiros, ou navios “*tumbeiros*”, com toda a história da escravidão em nossa memória, não fica difícil imaginar o quão degradante devia ser a viagem, para além do fato de estar ali à contra gosto, capturado, raptado.

Não à toa, o poema *O Navio Negreiro*, de Castro Alves, é tão contundente em seus versos, remontando as dores de um trajeto ultramarino do século XIX que servia de transporte ao rapto de humanos para serem escravizados. Logo, como anunciara, o banco de dados fornece resultados em seu sistema de busca a partir de determinados filtros, quantificando ou nomeando diversas categorias.

A pesquisa organizada pela equipe, traz, por exemplos, dados interessantes, que indicam o nome, o tempo de operação, o número de viagens e de escravos transportados nesse período, assim como quantos faleceram nessa empreitada. Tem-se, por exemplo, a embarcação Amável Donzela, que operou de 1788 a 1806, com 3.838 escravos transportados, sendo que 298 faleceram durante as viagens; Boa Intenção, que operou de 1798 a 1802, com 845 escravos transportados e 76 mortes; Brinquedo dos Meninos, 1800 a 1826, com 2.959 escravos transportados e 220 mortes; Caridade, de 1799 a 1836, com 6.263 escravos transportados e 392 mortes; Feliz Destino, 1818 a 1821, com 1.035 transportados e 104 mortes; Feliz Dia a Pobrezinhos, 355 transportados e 120 mortos; Regeneradora, que batizou três embarcações, e em apenas dois anos (1823-1825) traficou 1.959 pessoas, com 159 mortes.

Sobre estas viagens, *do tempo da escravidão*, cabe ressaltar trechos de pesquisas que versam sobre seu percurso ou alguma parte dele:

“O navio apanhara na costa da África 336 homens e 226 mulheres, perfazendo um total de 562 e ficara ao largo 17 dias, durante os quais foram atiradas ao mar 55 pessoas. Os escravos ficavam enclausurados sob escotilhas com grades, entre conveses; o espaço era tão pequeno que se sentavam uns entres as pernas dos outros, e se apertavam tão juntos que não havia

possibilidade de mudar de posição, noite e dia... por cima das escotilhas ficava um indivíduo de aspecto feroz, com um látero de muitas pontas na mão, e assim que ouvia o menor ruído lá embaixo ameaçava a todos com ele, parecendo ansioso para usá-lo... Mas o que nos causou maior impressão foi imaginar como seria possível existirem tantos seres humanos agrupados e apertados como estavam, em celas baixas, de três pés de altura, ficando isolados da luz e do ar fresco, exceto aqueles que se encontravam diretamente embaixo do gradeado, e isso quando a temperatura ao ar livre, na sombra do nosso convés, marcava 89 graus F... Não era de admirar que tivessem muitos doentes e mortos durante a viagem. Tinham partido da costa da África no dia 7 de maio, estavam navegando há 17 dias, e tinham lançado às ondas nada menos que 55 pessoas mortas de disenteria ou outras causas, embora tivessem partido com saúde.

Na verdade, muitos dos sobreviventes podiam ser vistos estirados nos conveses, no último grau de definhamento, num estado de miséria e sujeira que fazia mal aos olhos.” (HUBERMAN, 1978, pp.9-10)

Sobre a viagem e, especialmente, a chegada das viagens no Brasil:

“Eis uma narrativa oficial da época. - À medida que os escravos chegam a Ajudá, vindos das terras interiores, são postos todos numa cabana ou prisão, construída para esse fim, perto da praia; e quando os europeus (nós) estão prontos para receber, são trazidos para um terreiro amplo, onde os médicos a bordo, examinam minuciosamente os homens e mulheres, os quais estão completamente nus. Aqueles que são considerados em boa condição física são mandados para um lado, e os outros, separados; os escravos rejeitados são chamados de makrons, os de mais de 35 anos de idade; os que têm defeitos nos lábios, olhos, dentes ou que já estão grisalhos; os que sofrem de doenças venéreas ou qualquer outra imperfeição. Às vezes, a cada rejeição por parte do europeu, (nós) o rejeitado é imediatamente morto pelo mercador africano que, irritado por ter um produto seu recusado, às vezes oferece-o, gratuitamente, apenas para não adquirir a fama de vendedor de produto estragado; se recusamos aceitar o escravo, a título de presente, ele mata-o, para caracterizar que o mau produto não existiu.

Depois de aqueles terem sido assim aprovados e separados, cada um dos outros, é marcado no peito com um ferro em brasa, recebendo o estigma das companhias francesas, inglesas, espanholas ou portuguesas, para que cada uma dessas nações possa distinguir os seus, evitando assim, que sejam trocados pelos nativos, por outros piores, como seriam muito capazes de fazer.” (JÚNIOR, 1988, p. 103)

### 2.1.2 Viagens ao presente

Dando continuidade à análise de dados, saímos das viagens do passado do tráfico negreiro e fazemos uma viagem ao presente, explorando a atualidade da execução penal no Estado do Rio de Janeiro, na Democracia contemporânea a partir dos relatórios de 2015 e 2016 do Mecanismo e da Defensoria Pública. Com relatórios temáticos – do Mecanismo – e individuais, respectivos a uma unidade prisional – da Defensoria – a pesquisa encontrou, via de regra, um certo estado de normalidade: superlotação prisional, relatos de agressões e tortura, problemas no que tange à saúde, alimentação, assistência social, visitação, regras e penalizações durante a execução penal e etc.

Com diversas alusões à violações de Direitos Humanos, garantias constitucionais e ao cumprimento da pena regulado pela Lei de Execuções Penais, os relatórios revelam, além de insuportáveis realidades vividas dentro do cárcere, um constante desrespeito à leis da Democracia, do presente. Por sua vez, se isto é senso comum na sociedade há muito tempo, o judiciário se posicionou – no julgamento da liminar da ADPF 347, que tratava sobre o “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro, a Suprema Corte pontuou que no “sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica”, de sorte que as “penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas”.

Sobre isto, destaca-se um trecho de um dos relatórios:

“As celas foram designadas para abrigar seis presos, segundo a direção. Segundo a LEP, este número de presos teria direito a, no

mínimo<sup>206</sup>, 36m<sup>2</sup> na cela, o que claramente não é a realidade; mas não apenas isso, já que há mais de seis presos por cela, agravando a nocividade do encarceramento e desrespeitando largamente o limite mínimo para que este se justifique.

Assim, a superlotação e o sofrimento da prisão encontram suas consequências em outros elementos: falta de colchões, de comida, de material de higiene pessoal, de água; aumento de stress, de insegurança, do conflito entre presos e entre presos e agentes; insalubridade intensificada e proliferação de insetos e doenças.

Desta maneira, tais quadros complementam um ao outro, agravando-se mutuamente. Paralelamente, e relacionando-se de maneira semelhante aos elementos supra, a falta de mobília e a falta de manutenção desta e de aspectos gerais da cela, desfiguram o que se entende como uma cela ideal, *legal*, em uma mistura da total ausência de serviços mínimos com a degradação destes mesmos quando oferecidos. Esta simbiose – comum à totalidade de presídios vistoriados por este núcleo – muitas vezes se manifesta em inovações que são tão originais quanto a necessidade que as deu origem: prateleiras, porta objetos, camas, travesseiros, passatempos, reservatórios, varais, espanta-mosquitos, tampões, tomadas, fios, cabides, papel de parede, material de limpeza, talheres, pratos, copos e mais uma infinidade de objetos são fabricados pelos presos, nas condições mais adversas e com os materiais mais inusitados.

Os efeitos desta necessidade, para além de considerações acerca da aceitação de si, contextualizada em uma sociedade consumista, *de posses*, é o surgimento de situações extremamente periclitantes para qualquer pessoa presente no presídio, especialmente os presos.”

Interessante perceber a consistência dos dados em relação à violação de Direitos e o completo estado de *ilegalidade* dos presídios<sup>207</sup>, seja

---

206. Artigo 88, b), LEP - b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).

207. E aqui cabe ressaltar que, mesmo com a Suprema Corte assim reconhecendo, nada foi feito em relação aos réus presos, ou melhor, eles não foram soltos! Mesmo com a ilegalidade das prisões reconhecidas, por diversos substantivos e adjetivos, as medidas até então feita pelo STF foram no sentido de autorizar o Judiciário a decidir acerca de recursos e investimentos do Executivo para a área de execução penal e a criação das Audiências de Custódia.

nos relatórios da Defensoria, seja nos do Mecanismo. As condições grotescas descritas nos documentos, tais como “infestação de percevejos ao ponto de mutilar a maioria dos presos”, “surto de sarna”, “mortes por tuberculose”, “comida estragada”, cheiros e condições de vida inomináveis, trazida por fotos, não deixa em nada atrás a repulsa de imaginar um cotidiano em um navio negreiro.

Outras reclamações, advindas da distância da pessoa amada, da família e amigos, são reportadas em alguns relatórios como sofrimentos tão grandes como os de viver em meio a tais condições – apesar de poucos relatórios narrarem, de maneira também trágica, presos com patologia psiquiátricas sem qualquer atendimento ou mesmo com o desenvolvimento das mesmas sem nenhum acompanhamento, o fato do atendimento nos presídios ser do nível insatisfatório a sua ausência total, pode encobrir um grande número de problemas psicológicos, como a depressão.

Em relatório temático, sobre as mulheres presas, o Mecanismo de Combate à Tortura pontua diversas dificuldades específicas ao encarceramento feminino, tais como rotinas preventivas médicas não podem ser realizadas por falta tanto de material como de profissionais, ao ponto das detentas sequer receberem itens básicos como, por exemplo, absorventes. Explora, ainda, que este tipo de encarceramento distancia os filhos da mãe, quando não os separa para sempre, assim como revela outra peculiaridade: se na prisão de homens o encarceramento funciona como um distribuidor de dores para os familiares, especialmente os que visitam, no caso feminino, a dor não encontra visitas e é reinvestida na mulher presa em tom de solidão e abandono.

Os relatórios trazem outras unanimidades, tais como uma reclamação de presos e presas que, quando são transportados por algum motivo, a unidade SOE – Serviços de Operações Especiais, da administração penitenciária do Estado, torturam-nos e os agredem de variadas formas – a violência é gratuita e cotidiana.

## 2.2 Continuidades e Rupturas

Na obra *The Society of Captives*, o sociólogo norte-americano Gresham Sykes, ao abordar os efeitos do encarceramento no indivíduo, em

*The Pains of Imprisonment*, fala não só da igualdade na produção de dor ao corpo, comparando os castigos corporais à prisão, mas chega a afirmar que o confinamento é bem mais complexo:

“These deprivations or frustrations of the modern prison may indeed be the acceptable or unavoidable implications of imprisonment, but we must recognize the fact that they can be just as painful as the physical maltreatment which they have replaced. As Maslow has indicated, there some frustrating situations which appear as a serious attack on the personality, as a “threat to the life goals of the individual, to his defensive system, to his self-esteem, or to his feelings of security.”<sup>208</sup> Such attacks on the psychological level are less easily seen than a sadistic beating, a pair of shackles in the floor, or the caged man on a treadmill, but the destruction of the psyche is no less fearful than bodily affliction and it must play a large role in our discussion.<sup>209</sup>” (SYKES, 1958)

As realidades descritas pelos relatórios de órgãos do executivo e do legislativo fluminense em relação às penitenciárias, em total descompasso com qualquer uma das leis Democráticas contemporâneas, encanaram-se não só como a *continuidade* de todo um regime altamente violento e autoritário como a *ruptura* de uma narrativa que dava conta de uma superação humanística ao decorrer da história.

Isto implica dizer, em outras palavras, que a sofisticação da execução penal se deu em muito no tamanho e na abrangência da burocracia crimianal na sociedade; da aceitação e participação da população

---

208. MASLOW, A. H. **Deprivation, Threat and Frustration**. Readings in Social Psychology. Henry Holt and Company, New York, 1947.

209. Estas privações e frustrações da prisão moderna pode ser de fato as implicações aceitáveis ou inevitáveis de prisão, mas temos de reconhecer o fato de que elas podem ser tão dolorosas como os maus tratos físicos que elas substituíram. Como Maslow indicou, há algumas situações frustrantes que aparecem como um ataque sério sobre a personalidade, como uma “ameaça aos objetivos de vida do indivíduo, para seu sistema defensivo, para sua auto-estima, ou para os seus sentimentos de segurança.” tais ataques ao nível psicológico são menos facilmente vistos que uma surra sádica, um par de algemas no chão, ou o homem enjaulado sendo torturado numa esteira, mas a destruição da psique não é menos temível que a aflição física e deve desempenhar um grande papel na nossa discussão. Tradução Livre.

como um todo no engendramento da ideia do castigo e da punição como uma prática social – nunca se teve tanta gente presa no mundo<sup>210</sup>, tampouco no Brasil ou no Rio de Janeiro, outrora, não à toa, a capital das Américas com mais negros.

## Conclusão

Joaquim Nabuco, nos livros *O Abolicionista* e *A Campanha Abolicionista – Eleições de 1884*, relembra algumas vezes que a escravidão seria o primeiro alvo dos abolicionistas, sendo seu maior desafio os efeitos que a própria existência daquela causara na sociedade. Ao apontar uma fissura, uma *ruptura* na linearidade da história do Direito, no seu tom narrativo evolucionista, que consagra a Democracia contemporânea uma realidade *sem erros, menos pior do que um passado*, este paper procurar causar o estranhamento naquilo que temos como presente.

Se não mudamos muito do *passado* que condenamos, ou melhor, ele até mesmo ficou mais aceitável e ao mesmo tempo mais doloroso para as pessoas que sofrem suas consequências durante a execução penal, o que isto tem a ver com nós mesmos? Em que medida, num clima de *defesa do presente* a qualquer custo, investindo nessa narrativa humanista que opõe passado e presente, barbárie e civilização, a quebra deste paradigma nos implica em pensar nossa cidadania, nosso papel no processo de construção social? Não que daqui busquemos respostas ideais, caminhos concretos, a resposta da pergunta precipitada *O que fazer?* – antes, em que medida nos perguntar *O que tenho feito?* aponta para possibilidades de explicar o atual, e há certo tempo, *estado das coisas*.

---

210. WALMSLEY, Roy. **World Prison Population List (WPPL)**. Institute for Criminal Policy Research at Birkbeck, University of London, 2015. [http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_prison\\_population\\_list\\_11th\\_edition.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition.pdf) acessado em 12/07/2016. Um comentário é pertinente a estes dados: quando se fala “mais de” é, provavelmente, “muito mais”; uma rápida análise nos dados do site, especialmente na população carcerária brasileira, mostra que o número de encarceramento produzido não computa os dados de, por exemplo, o acatamento de *juvenes*.

## Bibliografia

BENJAMIN, Walter. Teses sobre o conceito da história, 1940. **Obras escolhidas**, 2012.

FONSECA, Paloma Siqueira. **A presiganga real (1808-1831): punições da Marinha, exclusão e distinção social**. In: MAIA, Classia Nunes et al. (org.) **História das Prisões no Brasil**. Vol. I, 2009.

FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas – Uma arqueologia das ciências humanas**. Martins Fontes, 2000.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza dos EUA (Nós, o Povo)**. Ed. Brasiliense, 1978.

JÚNIOR, Eduardo Fonseca. **Zumbi dos Palmares: a história que não foi contada**. Yourubana do Brasil Editora, 1988.

MAIA, Clarissa Nunes et al. **História das prisões no Brasil**. 2009.

MASLOW, A. H. **Deprivation, Threat and Frustration**. Readings in Social Psychology. Henry Holt and Company, New York, 1947.

NABUCO, Joaquim. **Campanha Abolicionista no Recife – Eleições de 1884**. Domínio Público. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1040/58.pdf?sequence=4> acessado em 20/11/2016.

\_\_\_\_\_. **O Abolicionismo**. Domínio Público. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1078/667747.pdf?sequence=4>

Acesso em 20/11/2016.

NEDER, Gizlene. **Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil – Criminalidade, Justiça e Constituição do Mercado de Trabalho (1890-1927)**. 2ª Edição. Editora UFF, 2012.

[www.slavevoyage.org](http://www.slavevoyage.org)

SYKES, G. M. **The society of captives: A study of a maximum security prison.** Princeton University Press, 1958.

WALMSLEY, Roy. **World Prison Population List (WPPL).** Institute for Criminal Policy Research at Birkbeck, University of London, 2015.

Relatórios do Mecanismo de Combate e Prevenção à Tortura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <http://mecanismorj.com.br/relatorios/> acessado em 20/11/2016.

Relatórios do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.



# Disjunções do Estado brasileiro revisitado após 30 anos de constituição supostamente democrática

*Hector Luiz Martins Figueira*

*Carla Sendon Ameijeiras Veloso*

## Introdução

Muito além de uma discussão jurídica – sociológica, o trabalho que segue propõe uma análise detalhada da formação social brasileira, com o objetivo de abordar as especificidades de nossa tradição senhorial, e de um Estado tutelador de garantias individuais à luz da constituição de 1988. Para compreender o direito na contemporaneidade é preciso antes, entender como se deu a formação de nossas instituições. Dentro desse paradigma o questionamento (referente ao nosso sistema político – jurídico) que surge é: de que forma a história brasileira contribuiu para a formação de um Estado intervencionista? Como as tradições sociais de outrora se desdobram nos dias atuais, de modo a refletir em nosso judiciário? Sobre essas e outras indagações que se pretende abordar aqui, não necessariamente achar uma solução plausível para tantos problemas, contudo, busca-se explorar um pouco mais todas essas contradições para entender a formação do Brasil hoje em 2018.

Para realização do feito, será indispensável nos valeremos da contribuição de alguns autores brasileiros como Sérgio Buarque de Holanda, e seu

livro *Raízes do Brasil*; Gilberto Freyre, em sua obra *Casa Grande & Senzala* que traz uma visão única da formação social brasileira, onde exalta a fortaleza da casa grande patriarcal e suas peculiaridades. Outra obra de relevo que vale ser lembrada é *O povo brasileiro; a formação e o sentido do Brasil*, de Darcy Ribeiro, ainda dentro da tradição político – jurídico nacional tem-se a obra de Victor Nunes Leal; *Coronelismo, Enxada e voto*. Entre inúmeros outros, que serviram de esteio para esta reflexão. No panorama internacional, nos basearemos na obra de Harold Berman, que expõe sobre: *Direito e Revolução. A formação jurídica ocidental*. Podendo, ainda, tantos outros autores colaborarem para melhor elucidação dos temas.

A necessidade de se discutir sobre tais assuntos e de se revisitar nossa história, parte da inconsistência e contradições existentes na prestação jurisdicional brasileira e no advento de comemorarmos 30 anos de uma constituição dita democrática e republicana. Ou seja, inúmeros trabalhos de campo, têm demonstrado a ineficiência dos tribunais na concessão e entrega de direitos individuais previstos na Carta Magna. Assim, na busca de compreender este fato cíclico – de não entrega de direitos – no seio de nossa conjuntura jurídica atual, faremos um breve passeio por nossas origens, pontuando alguns temas chaves que julgamos responsáveis por nossas dificuldades em prestar a tutela jurisdicional em sede de tempos plurais e sociedades complexas. E ainda, um diálogo com as análises factuais dos problemas constatados por pesquisas empíricas no bojo do judiciário brasileiro.

Para o cumprimento do objetivo aqui proposto, faz-se importante que primeiramente se analise as peculiaridades de nossa colonização, fazendo um recorte sobre o estilo de dominação portuguesa, a imposição de uma religião, e seus interesses mercantis para com a colônia. Adiante, impendem demonstrar algumas tradições brasileiras, destacando o índio como ser dominado e a exploração escravocrata dos negros como força de trabalho. Tais grupos reunidos formariam, mais do que uma comunidade econômica sob uma mesma língua e costumes plurais, formariam uma comunidade ao espelho da metrópole portuguesa. Com forte presença da classe senhorial, que representava e resumia a organização privada no Brasil. “Era no âmbito da Casa Grande de Gilberto Freyre que víamos a maior organização social extra-estatal se formar,

que ignora o Estado, que dele prescinde e contra ele lutará, porque pode disputar-lhe a função de mando e disciplina.” (Duarte, 1939, p.137)

Tal fato, fez com que se criassem relações estabelecidas em laços afetivos, naturalmente particularistas e anti-políticas. Contudo, quando se propõe a instauração de uma nova ordem, em que a Família deveria ser substituída pelo Estado, ou seja, o ente privado pelo público ocorre dificuldades por parte de toda sociedade que não conseguia se adaptar a um arranjo de estado democrático/político, haja vista a adaptação ao antigo regime. Vivemos então desde os tempos remotos, em uma ordem política imperfeita, ou inacabada, pois os grupos privados de outrora ainda se sentem donos do poder. O que se tem, portanto, é toda uma nação vivendo sobre uma velha ordem política e social, que não permite que nossas leis sejam efetivadas.

Por fim, almeja-se caracterizar como o miscigenado povo brasileiro deu origem a nação que temos e como esta nação se comporta perante um regime jurídico centralizador e burocrático, que tutela todos os seus direitos e julga o povo ignorante para compreendê-los. Assim posto, far-se-á adiante um breve regresso na história do Brasil, a fim de elucidar conceitos indispensáveis para compreensão do nosso Direito e nossos dilemas, pois seria impossível compreender qualquer realidade sem antes compreender os fenômenos de formação das mesmas.

## 1. Traços da História do Brasil refletidos no cenário contemporâneo.

Preliminarmente, vale lembrar que a formação do Brasil contemporâneo ou de qualquer outra nação está diametralmente ligada às origens de sua sociedade, ou seja, conectada à colonização e ao seu legado cultural, político e histórico. Sendo impossível se estudar a ciência jurídica sem compreender os acontecimentos passados e o contexto histórico em que se origina. Sobre isso e acerca da essência da ciência do direito Berman ensina “ Precisamos superar a visão reducionista do Direito, que o vê como um amontoado de regras técnicas para resolver problemas. Precisamos superar a separação do Direito e da História, a identificação de todo o Direito com o nosso Direito nacional, de toda a História jurídica, com a História jurídica nacional. (Berman, 2006, p.8)

A noção ampliada do conceito de direito nos permite, vê-lo além de um conjunto de leis, procedimentos, normas administrativas e técnicas de um determinado país. Sendo, portanto, indispensável o alargamento das concepções limitadas e até mesmo errôneas de algumas ideias jurídicas vigentes. Posto isso, podemos compreender que o tradicionalismo da política brasileira vem de seu passado ibérico, - (raízes portuguesas). Na obra de Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, esta noção é de fácil percepção quando ele busca nossas origens em Portugal e no latifúndio escravocrata ou na família patriarcal. Sua análise é muito bem vinda ao trabalho, pois justifica inúmeras de nossas tradições jurídicas atuais. Neste livro, o autor encontra grande identificação com a obra de Max Weber, cujo exemplo mais intenso de sua influência é a metodologia dos contrastes. Valendo-se do critério tipológico de Weber, Sérgio Buarque ao explicar a sociedade brasileira focaliza em pares de tipos sociais, e não na multiplicidade deles, explorando conceitos polares como rural/urbano, trabalho/aventura, Estado/família patriarcal e público/privado.

O que nos interessa nessa discussão é a noção cunhada por Buarque e depois discutida por tantos outros autores, sobre um grande componente da sociedade brasileira, a *família patriarcal*. A família era denominada patriarcal porque tinha o pai (*pater*), chefe da família, que era revestido também da autoridade de sacerdote (*potifex*) e de juiz (*domesticus magistratus*). Todos os membros da família eram submetidos à autoridade do chefe. As relações familiares fundamentavam-se no princípio da autoridade - (marca do nosso judiciário hoje), com as características de uma entidade política, obediente ao patriarca. Percebe-se nesse arranjo que havia uma aproximação entre Estado e família, os amplos poderes do pai dentro do lar se assemelham muito ao poder tutelador do Estado, que se verifica até os dias de hoje.

Contudo, esse arranjo econômico – social que fora se formando junto ao processo de colonização, caracterizava o Brasil como um país aristocrático e dotado de um patrimonialismo burocrático, herdado das terras de além-mar. Toda essa trajetória histórica deságua na configuração do atual modelo de Estado brasileiro, como verifica José Murilo de Carvalho com a criação do neologismo “*estadania*”, no lugar de cidadania.

Não é um poder público garantidor dos direitos de todos, mas uma presa de grupos econômicos e cidadãos que com ele tecem uma *comple-*

*xa rede clientelista de distribuição particularista de bens públicos. A isso chamo de estadania.* Esse percurso teve consequências para nossa política e nossa cultura. Uma delas é a excessiva valorização do poder Executivo. Os direitos sociais foram implantados em períodos ditatoriais, em que o Legislativo ou estava fechado ou era apenas decorativo, criando-se a imagem, para o grosso da população, da eficácia do Executivo. A orientação para o Executivo dá continuidade à longa tradição portuguesa, ou ibérica, de patrimonialismo. (Carvalho, 2001, p. 8)

É a partir desta herança ibérica principalmente e de outras, que construímos o tradicional Estado brasileiro, eivado de peculiaridades. Assim, é através da observação das raízes da sociedade brasileira que notamos como o conservadorismo arraigado de nossas instituições impede a modernização do Brasil e a constituição de um Estado Liberal. É olhando para essas origens sociais, que surge a necessidade de se propor uma argumentação crítica no âmbito acadêmico e quiçá uma revolução pautada na reforma política, na impessoalidade da vida pública, no planejamento, na aposta de realizações de resultado em longo prazo, ou seja, busca-se a criação de algo que atenda verdadeiramente os anseios da nação.

No Brasil de hoje, lamentavelmente, a obtenção de ganhos financeiros sem fazer esforço tornou-se uma meta para uma parcela do povo brasileiro. As políticas sociais, sustentadas com dinheiro dos impostos pagos pelos brasileiros que trabalham, beneficiam somente a parcela clientelista da população. Fato esse, preocupante, que nos coloca na contramão do desenvolvimento mundial. Enquanto o resto do mundo, cada vez mais, se volta para o desafio da criação de riquezas, o Brasil persiste no desenvolvimento de um modelo distributivista em essência, fortemente baseado no intervencionismo estatal e, em alguns casos, com um acentuado viés anticapitalista. Elucidando com exemplos cotidianos pode-se lembrar de que somos até hoje um país predominantemente agrário, como nos tempos áureos da colônia, e com um parque industrial/tecnológico ainda pouco expressivo.

Postos alguns esclarecimentos sobre a estrutura da família patriarcal, consequentemente da administração patriarcal e governos burocráticos e aristocráticos, pode-se observar que a lógica da família patriarcal se transportou para o seio da administração pública criando um novo

perfil de administrador, com caracteres idênticos ao do antigo *pater-família*, - (dominador e tutelador de todos que estavam sob sua guarida). Em momento seguinte mister mencionar a dimensão público/privada aduzida na obra de Sérgio Buarque Holanda e corroborada por inúmeros outros estudiosos. Em *Homens Livres na Ordem Escravocrata*, por exemplo, Maria Sylvia de Carvalho Franco, faz uma ótima referência ao binômio patrimônio estatal e a propriedade privada.

Essa mistura entre coisa pública e os negócios privados fundamenta, sem dúvida, a extensão do controle pessoal a todo o patrimônio do Estado. A passagem é rápida: o homem que sustenta com recursos particulares as realizações próprias do governo está subjetivamente pronto para considerar como seu o conjunto de bens públicos confiados a sua guarda. (...) acaba por constituir-se de fato, nessas condições em que ficam completamente fluidos os limites entre o que é o patrimônio da Administração e o que é propriedade do administrador, um fundo de ‘bens comuns’ cujos valores, indivisos entre os dois membros da associação formada, servem indistintamente ora a um, ora a outro. (Franco, 1997, p.131)

Pela exposição da autora, nota-se que o patrimonialismo não se resume ao trato da coisa pública como privada. Existe, portanto, nesses casos até mesmo uma confusão entre ambos os patrimônios. Fato que concorre muitas vezes para atos de corrupção desvairada dentro das instituições públicas e que sequer são punidos, pois acabam se tornado eventos comuns da vida cotidiana. Acrescentem-se ainda as práticas de *nepotismo*<sup>211</sup>, que mesmo com sua vedação aos três poderes, continua sendo praticada nos meandros da política nacional, como demonstra matéria vinculada na Revista Veja sobre a família Sarney:

O senador José Sarney (PMDB-AP), presidente da Casa, está numa situação complicada. Depois de um início de semana de relativo sossego após uma avalanche de críticas e acusações, o parlamentar voltou a ser

---

211.Súmula Vinculante nº. 13, sobre o nepotismo no serviço público: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”. Acesso em 10 de dezembro de 2012 em: <http://www.stf.jus.br>

denunciado por graves irregularidades nesta quarta-feira, com a divulgação de uma gravação telefônica que traz revelações estarrecedoras. *Sarney é flagrado praticando nepotismo*. [...]. De acordo com reportagem publicada pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, diálogos gravados pela Polícia Federal (PF) com autorização judicial mostram conversas entre o presidente do Senado, seu filho Fernando Sarney e Agaciel Maia. *Nos diálogos é negociada uma vaga para o namorado da neta do peemedebista no Senado, que acabou contratado via ato secreto*. (Veja, 2009).

Tal episódio narrado acima demonstra uma realidade que o Brasil convive há séculos, onde se verifica total subversão entre patrimônio público e privado. Nossos políticos, eleitos democraticamente, pelo voto direito, quando da ocasião da posse, entendem-se no direito de usar dinheiro do contribuinte para pagar contas privadas e patrocinar causas de interesse particular. Isso ocorre, pois a certeza de impunidade é uma constante em nosso ordenamento, e a justiça parece complacente com os crimes de colarinho branco.

Como nesse artigo foi lançado o desafio de relacionar temas históricos com a atualidade, não se poderia deixar de fora o assunto mais discutido do ano no âmbito do judiciário e da política: Mensalão. Este julgamento atual, contudo já histórico, alterará um paradigma do sistema penal brasileiro, caso mande para a cadeia os 19 réus condenados por corrupção ativa/passiva, entre outros crimes. Tal fato se dará, pois a regra que impera em nosso sistema jurídico hoje é a de não pôr corruptos atrás das grades segundo constatação do DEPEN<sup>212</sup>. Ou seja, condenações estritamente ligadas à corrupção nunca foram motivo suficiente para prender ninguém no Brasil. Principalmente num país onde a justiça penal funciona apenas para apenar pobres e favorecer com privilégios os mais abastados e os imbuídos da *função parlamentar*<sup>213</sup>.

---

212. Segundo o último levantamento do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), apenas 632 pessoas (0,12% de uma população carcerária de 514 mil presos), estavam presas em dezembro de 2011 porque agiram contra a administração pública, seja corrompendo agentes do Estado ou valendo-se do cargo de servidor para achacar contribuintes. Acesso em 05 de dezembro de 2012 no site do Ministério da Justiça: <http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>

213. De acordo com o art. 53, § 1.º, os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o STF, pela prática de qualquer tipo de

Por fim, cumpre ressaltar que a observação de todos os conceitos históricos, antropológicos e sociais aqui ventilados demonstram como o modelo patriarcal de atuação de nossas instituições justifica as especificidades jurídicas, legais e políticas de nosso modelo jurídico. Ao longo dos tempos vimos à perpetuação de um sistema hierárquico, a sobreposição da autoridade paterna, a imposição do poder estatal, a separação bem marcada das classes sociais, as profundas desigualdades, a confusão entre bem público e privado por parte dos funcionários públicos, e a corrupção sorrateira, cada mazela, ocupando seu devido lugar.

Por mais óbvio que seja enxergar isso hoje, muito se discutiu, debateu, e ainda se discute na busca de encontrar novos rumos e outros trilhos para se seguir em frente. Assim, começaram a aparecer inúmeras pesquisas empíricas no âmbito do poder judiciário a fim de aclarar algumas distorções na aplicabilidade/efetividade de nossas leis.

## 2. O problema político-jurídico brasileiro na vida prática; dilemas e soluções.

Quando falamos em problema político-jurídico brasileiro, estamos na essência a tratar sobre a questão da democracia no Brasil. Em nossas terras, sabemos que democracia não é na sua singela conceituação governo do povo, pelo povo e para o povo, o que se verifica aqui é uma democracia elitista e de controle máximo. Nossa tradição não é a do Estado Liberal - (na qual o papel do Estado é mínimo), e sim do Estado Social - (que tutela todos os nossos direitos – intervenção máxima). Não há, portanto, a garantia das liberdades individuais do cidadão, tende-se à dominação burocrática incontrolada pelo funcionalismo do Estado.

Para discutirmos em profundidade essa lógica se faz imprescindível o amparo da teoria política liberal defendida por Weber. Quais seriam então esses dilemas? Como podemos ter mecanismos de administração estatal que não sejam tão centralizadores e *burocráticos*<sup>214</sup>? Qual meio

---

crime, seja de natureza penal comum *stricto sensu*, seja crimes contra a vida, eleitorais, contravenções penais (art. 53, § 1.º, c./c. art. 102, I, “b” – infrações penais comuns). Estamos diante da competência por **prerrogativa de função**, envolvendo as regras do art. 84 do CPP. Acesso em 10 de dezembro de 2012 em: <http://www.planalto.gov.br>

214. Por burocracia Weber afirma que: “Num Estado Moderno necessário e inevitavelmente a burocracia realmente governa, pois o poder não é exercido por discursos parla-

pode ser usado que não signifique exercício de dominação, mas que ao mesmo tempo não perca a racionalidade do papel do Estado?

Essas e outras questões podem ser confirmadas com pesquisas empíricas como bem demonstra Amorim e Baptista ao estudarem os meios alternativos de administração de conflitos (mediação e conciliação) nos tribunais brasileiros. Neste trabalho, as autoras constataram que os meios alternativos de administrar conflitos adquirem significados próprios na justiça brasileira. O que era para ser uma via não judicial, como em outros lugares do mundo, aqui, torna-se parte do processo judicial. Tal fato ocorre pela centralização da justiça, por em nossa tradição processual o devido processo legal, não ser uma garantia do indivíduo e sim do Estado.

A compreensão dos significados atribuídos a mediação e a conciliação colhidos na voz dos entrevistados é indicativa de que ambas deixaram de ser meios alternativos, para se tornarem meios judiciais obrigatórios. [...] Se introduzidas mediação e conciliação nos ritos processuais, nos curso das ações judiciais, podem elas se tornarem menos eficazes e insatisfatórias para os jurisdicionados, além de aumentar a morosidade processual. [...] Tal procedimento só perderia a rapidez se fosse submetido aos ritos burocráticos judiciais, ou se o juiz quisesse interferir no acordo, exercendo assim se controle sobre os interesses privados conciliados. [...] No entanto, é inegável que eles (os juízes) são os “*senhores das varas*” em que atuam e detêm o controle sobre seus subordinados, pois foram socializados na velha tradição processual brasileira, que não abriga direitos plenos da liberdade individual. (Amorim e Baptista, 2011, p. 7-11)

Vale salientar que existe um exercício de dominação constante feito pelos tribunais no Brasil. Todo processo de judicialização da política e do ativismo judicial são fenômenos que provocam a descentralização dos problemas, trazendo-os para dentro do judiciário. Os processos de dominação (sob suas diversas formas) subsistem desde os primórdios da humanidade, todavia, mostram-se hoje um modelo obsoleto a ser empregado tanto na política como na justiça. Dominação pode ser entendida pelo modo como os indivíduos aceitam legitimamente a submissão a um

---

mentares nem por proclamações monárquicas, mas através da rotina da administração”. WEBER, Max. *Parlamentarismo e governo numa Alemanha reconstruída*. 2ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.16.

poder político. A dominação pode ser tradicional (fundada na tradição), carismática (fundada nas qualidades do líder) ou racional-legal (fundada na obediência às normas estabelecidas). É importante anotar que o político pode ser classificado como um “líder carismático”<sup>215</sup>, alguém capaz de comandar uma multidão por suas qualidades pessoais de retórica. Este último é de grande expressão em nosso país, quando analisamos a figura emblemática do Ex-Presidente Lula dentro da política. Guardadas as suas diferenças, poder-se-ia, dizer que no âmbito do judiciário brasileiro também temos a figura carismática do Ministro Joaquim Barbosa. Ambos são personalidades marcantes do cenário político-jurídico nacional, pois possuem apelo popular, carisma, e se julgam grandes homens na solução dos “conflitos” da pátria Brasil.

Nos estudos de direito e antropologia é que determinadas discussões são levantadas na busca por entender os dilemas do judiciário brasileiro, para contribuição desse ensaio, analisaremos algumas.

O que se pode inferir, portanto, é que a justiça brasileira ainda no século XXI traz em sua matriz traços de uma justiça senhorial – herança portuguesa e do direito canônico. Com a presença de juízes senhoriais, dispostos a dar decisões ao seu alvedrio, de modo a beneficiar a parte que tenha mais condições de se defender no processo ou que tenha uma “relação” melhor com o magistrado e com a justiça, ou ainda que tenha um poder e um conhecimento maior em sua localidade.

Outra forte constatação trazida nos trabalhos de Kant de Lima (2010, 38) é a verificação de formas obscuras de produção da verdade real no direito processual penal brasileiro, contudo para ele, essas formas são herança da tradição eclesíástica católica. Como por exemplo, o instituto da confissão no direito que advém da confissão católica. Tal conclusão parece completamente lógica quando da relação íntima entre direito/revolução e direito/igreja. Ao estudar a formação histórica do direito ocidental Harold Berman, constata também que mudanças

---

215.Berman ao citar Weber coloca que “Carismático” é definido como estabelecido pela “devoção à santidade, heroísmo ou caráter exemplar de um indivíduo e dos padrões normativos ou ordens reveladas por ele.” A palavra “carisma” quer dizer “o dom da graça” e foi usada nos primeiros séculos cristãos para fazer referência ao poder de cura concedido a um cristão pelo Espírito Santo. BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídico ocidental*. São Leopoldo, Ed. Unissinos, 2006. p.674-675.

fundamentais no direito têm sido acompanhadas de modificações significativas em outros elementos estruturais da sociedade, como observa sobre as reformas no direito intimamente relacionadas com a Revolução Papal do final do séc. XI e início do séc. XII:

A revolução no Direito estava intimamente ligada com a revolução na Igreja e da Igreja, que, por sua vez, estava profundamente ligada com as revoluções na agricultura e no comércio, com a ascensão das cidades e dos reinos como territórios políticos autônomos, com surgimento das universidades e do pensamento escolástico e outras grandes transformações que acompanharam o nascimento do Ocidente. (Berman, 2006, p. 35)

O que se pode extrair da brilhante obra de Berman, é que a Revolução Papal e tantas outras reformas religiosas ocorridas no Ocidente, transferiram grandes parcelas de uma autoridade centralizadora do direito Canônico para o Estado nacional, secularizando-as. Muito disso se verifica até hoje quando olhamos para o direito penal e vemos resquícios dos dez mandamentos religiosos, explícitos em alguns artigos, como por exemplo, o mandamento “*Não matarás*” semelhante ao artigo 121 do *Código Penal*: “*Matar alguém*”. Essas observações ainda nos mostram como floresceu um pensamento político de feição secular, de que forma se desenvolveram os vínculos senhoriais, e a progressiva afirmação da ordem estatal centralizadora brasileira.

Outro dilema que vale a pena ser explorado, diz respeito aos arranjos políticos – legais que se verificam ainda hoje nos rincões do Brasil. Em algumas cidades do interior desse gigante país, vivemos uma realidade dramática, de comunidades desamparadas, governada por coronéis autoritários, que mandam de acordo com suas próprias leis. Valem-se sempre de argumentos de autoridade e do seu poder de fogo para arte da dominação, para perpetuação da miséria e para a manutenção de uma aristocracia *ad eterna* no poder.

Nota-se também o uso cotidiano e reiterado de artifícios como: apadrinhamentos, jeitinhos, compra de votos, propinas, a fim de se perpetuar uma mesma ideologia no poder que nos acompanham desde o Brasil imperial.

No entanto, é possível elucubrar ainda sobre possíveis soluções para dilemas tão complexos. Seria ver a luz no fim do túnel para um trem que

já vem dando sinais de descarrilamento. Não nos parece viável o endurecimento de leis, pois os processos de coação já se mostraram demasiadamente ineficientes, contudo, a reforma precisa passar é no interior das instituições. A reforma política (alterando-se os sistemas que permitem a politicagem e facilitam a corrupção desvairada) se faz imprescindível. O país urge ainda por uma reforma judiciária onde os conflitos sejam resolvidos. E quiçá a solução passaria pela eliminação da cultura da tolerância tão arraigada em nossa sociedade, e na prática de bons exemplos.

## Conclusão

Infelizmente depois de revisitar conceitos históricos imprescindíveis de nossa formação político, jurídica e social e compreender passado e presente, o que podemos concluir é que vivemos ainda hoje presos a velhas tradições, onde corrupção e imoralidade tornaram-se elementos indissociáveis de nosso organismo jurídico-político-administrativo. Nesse organismo, a corrupção já de muito entrou em metástase, tudo indica que não existe área em que ela já não se tenha instalado.

Nitidamente, observamos que os três poderes não estão aptos a prestar os serviços que lhe foram delegados pela Constituição de 1988.

Pelo exposto, pode-se inferir que a formação da sociedade brasileira é repleta de especificidades, suas marcas são do patriarcalismo senhorial, e do coronelismo que subsistem e convivem até hoje com um sistema judicial funcionando como nos tempos da colônia. A teoria de que a linha separadora entre ente público e privado em nosso país é deveras tênue. E que a sacralização do Estado é uma herança nefasta, que só faz corroer ainda mais o nosso capenga Estado Democrático de Direito.

Este artigo, todavia, não se finda com o objetivo de perseguir consequências e esgotar-se em conclusões, quer apenas aclarar para uma realidade histórica que nos persegue até hoje e nos reporta a problemas sobre os quais não conseguimos resolver. Buscou-se aqui mostrar como os contrastes da vida à brasileira (nosso povo e nossas instituições) carregam marcas indelévels de nossa colonização miscigenada e diferenciada.

Por fim, visualizou-se como os conflitos atuais existentes no âmbito de nosso poder judiciário e legislativo não são resolvidos devido as nos-

sas correntes ambiguidades estruturais de formação. O ideal que rege ainda hoje é o da dominação, centralização e detenção do controle, assim é a judiciário brasileiro, assim é a política no Brasil. Para sempre marcados com a burocracia e a hierarquia dos tempos de outrora.

Ademais, depois de percorrermos essa cruzada supostamente democrática apresentada pela CRFB de 1988 não cumpriu com sua promessa de melhorar a vida dos cidadãos brasileiros e de compor seus conflitos e entregar direitos. Nosso trabalho de matriz doutrinária, buscou demonstrar que o Brasil ainda preservar vícios e hábitos do tempo do Brasil colonial, o que impede e inviabiliza nosso processo de crescimento econômico, social e maturação jurídica institucional.

## Referências

- AMORIM, M. S. e BAPTISTA, Bárbara G.L. Mediação e Conciliação revisitadas. Meios alternativos no direito e nos tribunais brasileiros. *Revista Ciências Sociais*, n. 17. Editora UGF, 2011.
- BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídico ocidental*. São Leopoldo, Ed. Unissinos, 2006.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania, estadania, apatia*. Publicado no *Jornal do Brasil*, em 24 de junho 2001.
- DA MATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. Rio de Janeiro, Zahar, 1981.
- DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1939.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 3ª. Edição, Rio de Janeiro, Vozes, 1984.
- FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala: Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo, Global Editora, 2006
- KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro. *Anuário Antropológico*, 2009/2-2010.

- KANT DE LIMA, Roberto. EILBAUM, Lúcia. PIRES, Lenin. Orgs. *Conflitos, direitos e moralidades em perspectiva comparada. Volume I.* Nufep/UFF, Ed. Garamond.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil.* 7ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro; a formação e o sentido do Brasil.* 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Razões da Desordem.* Rio de Janeiro. Ed Rocco, 1994, p. 114.
- WEBER, Max. *Parlamentarismo e governo numa Alemanha reconstruída.* 2º edição. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

# O programa Bolsa Família

*Julio Mariano Fernandes Praseres*

## Introdução

As sociedades procuram, por meio de programas assistenciais, reduzir as diferenças sociais e ajudar os mais necessitados. Entre os programas que existem, a atenção dar-se-á para os que realizam a transferência de renda, pois busca-se garantir aos que se encontram no grau de pobreza e extrema pobreza a renda mínima para sobrevivência.

O Programa Bolsa Família (PBF) foi criado pelo Governo Federal em 2003 para que se possa garantir o direito à alimentação, saúde e educação. Houve a unificação da gestão e da execução das ações que realizavam a transferência de renda de outros programas que se destacavam, sendo eles: Bolsa Alimentação, Bolsa Escola, Bolsa Gás e Fome Zero, formando a maior política assistencial.

As famílias que estão cadastradas recebem uma renda mensal do Governo Federal, desde que atendidos os critérios de inclusão. A família deve se incumbir de condicionar as crianças à permanência nas escolas, vacinas, acompanhamento de saúde, sendo uma contrapartida para obtenção do benefício.

De acordo com o MDS (2018), o PBF responde hoje, no Brasil, pelo atendimento de aproximadamente 14,1 milhões de famílias (dados de maio de 2018). E conforme o Decreto n.º 5.209/04, art. 4º, possui como objetivos básicos: i) o combate à fome e à pobreza; ii) o reforço do acesso

à rede de serviços públicos, principalmente de educação, saúde e assistência social; iii) a promoção da intersetorialidade e da sinergia das políticas públicas; e iv) o estímulo à emancipação sustentada das famílias.

Os objetivos do PBF são organizados pelo Ministério do Desenvolvimento Social – MDS, atuando em três dimensões, a transferência direta de renda, a condicionalidades nas áreas de saúde e educação, e a articulação com outras políticas públicas que ampliem as possibilidades de melhoria socioeconômica das famílias beneficiárias.

Destaca-se que o PBF vem sendo um dos programas mais estudados nos últimos anos, cujo “objetivos traçados foram atingidos, e em vários casos, superados.” (IPEA, 2017)

O impacto que o programa social causa é um dos temas mais debatidos, pois buscam compreender qual seria o alcance real para os que mais precisam e se o impacto é constatado na pobreza e na desigualdade de renda.

Em 2009 o PBF tinha como estimativa a inclusão de 50% das famílias elegíveis em nível nacional, “chegando a atender 70% do público-alvo em estados pobres como o Maranhão, Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte. No Nordeste como um todo, região com maior concentração de beneficiários (69,1%)”. (TAVARES *apud* LUCENA, 2017, p.11)

Na primeira coleta de dados após a implantação do programa, chegou-se “a atender 45% da população nos seus diversos municípios” (MARQUES *apud* LUCENA, 2017, p.11), e indicavam “que 80% dos recursos do PBF são destinados a famílias pobres.” (SOARES *apud* LUCENA, 2017, p.11)

Em março de 2017 (MDS, 2018), o PBF teve 2(dois) milhões de pessoas aguardando para efetuar a inscrição, dado que a vaga não era conquistada devido à restrição orçamentária anual.

Diante disto, observa-se a necessidade de um controle rígido com os beneficiários do PBF, já que as características deste grupo podem ser alteradas sensivelmente. Em virtude disto, com uma fiscalização mais frequente será possível identificar se há pessoas com renda acima do exigido pelo programa ou que simplesmente não necessitam do recurso, e assim, ceder a outras famílias que de fato necessitam do recurso.

Portanto, este trabalho busca debater sobre os efeitos do programa, e com isto, fazer uma análise do PBF nos processos sociais de enfrentamento da pobreza.

## 1. O programa Bolsa Família

O Programa Bolsa Família surge pela Medida Provisória nº 132/03 pelo Governo Federal, que prontamente foi transformado em lei nº 10.836/2004, como programa de transferência de renda no combate à pobreza do Fome Zero.

Por meio do programa, tentou-se unificar os demais programas até então existentes, como o Auxílio-Gás, Bolsa Alimentação, Bolsa Escola e o Programa Nacional de Acesso a Alimentação.

Segundo Weissheimer (2006, p.25) o objetivo básico é de “combater a miséria e a exclusão social e promover a emancipação das famílias mais pobres”.

“O programa baseia-se no pressuposto de que a reprodução da pobreza se deve à ausência de investimento nas capacidades dos indivíduos; e por isso busca, por meio do condicionamento da transferência, gerar incentivos para tais investimentos.” (VILLATORO *apud* LUCENA, 2017, p.13)

No Brasil para poder participar do Programa Bolsa Família se analisa a renda mensal per capita do cidadão, cujo verifica-se dois parâmetros, o pobre e o que se encontra em extrema pobreza.

O pobre é classificado pela lei como aquele que recebe até R\$ 170,00 e o que se encontra em extrema pobreza recebe até R\$ 85,00 (dados de 2018). Interessante destacar que no ano de 2005 os valores que classificada a pessoa em extrema pobreza ou pobre era àquele que recebia a quantia de R\$ 60,00 e R\$: 120,00, e no ano de 2015 de R\$: 77,00 e R\$: 154,00, respectivamente.

A população alvo do programa é constituída por famílias em situação de pobreza ou extrema pobreza, e que tenham em sua composição pessoas gestantes, crianças ou adolescentes entre 0 e 17 anos.

Registra-se que antes do PBF, havia vários programas de transferências diretas com objetivos distintos, contudo todos tinham uma meta em comum, o de proporcionar oportunidades às classes desfavorecidas, assim, como Auxílio Gás, Bolsa Alimentação, Bolsa Escola e Cartão Alimentação.

Com o passar dos anos a PBF incorporou outros programas assistenciais, sendo um deles o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) em 2006. Segundo Lucena (2017) naquela época devido cada programa deter de uma agência executora existia grande desorganização.

Assim, sistemas gerenciais de informações distintos não realizavam comunicação entre si, criando uma ineficiência dos sistemas. O PBF teve o trabalho de unificar a agência executora, especialmente o cadastro das famílias, por meio do CadÚnico (Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal).

Deste modo, há uma focalização nas informações registradas no sistema, tanto pelos municípios quanto qualquer outro programa social, uma vez que é possível identificar e selecionar as famílias que são aptas para receber o benefício.

Assim, as famílias inscritas no CadÚnico para Programas Sociais do Governo Federal, precisam manter os dados atualizados há menos de 2 anos, e com isto, possuem o direito de benefício mensal, podendo ser variável conforme a presença de crianças, adolescentes, gestantes e nutrizes na família.

Ademais, “o PBF vincula a garantia de uma renda mínima ao cumprimento de condicionalidades. A preocupação do programa é garantir a segurança alimentar e boas condições de saúde, além de promover o acesso e a manutenção das crianças na escola.” (LUCENA, 2017, p.15)

Conforme visto, o PBF é voltado para as famílias que se encontram em pobreza e em extrema pobreza, assim, caso a família se enquadre nos requisitos que o programa exige, ela entrará numa fila de espera para conseguir receber o benefício, pois há uma restrição orçamentária anual.

Assim, quando a família é incluída no programa, terá o direito de receber mensalmente o benefício, o valor é calculado e tem o repasse realizado pela Caixa Econômica Federal (CEF) através de um cartão magnético que a agência emite em nome do beneficiário.

O PBF possui variação de valores e segundo a agência pagadora, a CEF (2018), têm-se os seguintes critérios:

Benefício Básico: concedido às famílias em situação de extrema pobreza (com renda mensal de até R\$ 85,00 por pessoa). O auxílio é de R\$ 85,00 mensais.

Benefício Variável: para famílias pobres e extremamente pobres, que tenham em sua composição gestantes, nutrizes (mães que amamentam), crianças e adolescentes de 0 a 16 anos incompletos. O valor de cada benefício é de R\$ 39,00 e cada família pode acumular até 5 benefícios por mês, chegando a R\$ 195,00.

Benefício Variável de 0 a 15 anos: Destinado a famílias que tenham em sua composição, crianças e adolescentes de zero a 15 anos de idade. O valor do benefício é de R\$ 39,00.

Benefício Variável à Gestante: Destinado às famílias que tenham em sua composição gestante. Podem ser pagas até nove parcelas consecutivas a contar da data do início do pagamento do benefício, desde que a gestação tenha sido identificada até o nono mês. O valor do benefício é de R\$ 39,00.

Benefício Variável Nutriz: Destinado às famílias que tenham em sua composição crianças com idade entre 0 e 6 meses. Podem ser pagas até seis parcelas mensais consecutivas a contar da data do início do pagamento do benefício, desde que a criança tenha sido identificada no Cadastro Único até o sexto mês de vida. O valor do benefício é de R\$ 39,00

Benefício Variável Jovem: Destinado às famílias que se encontrem em situação de pobreza ou extrema pobreza e que tenham em sua composição adolescentes entre 16 e 17 anos. O valor do benefício é de R\$ 46,00 por mês e cada família pode acumular até dois benefícios, ou seja, R\$ 92,00.

Benefício para Superação da Extrema Pobreza: Destinado às famílias que se encontrem em situação de extrema pobreza. Cada família pode receber um benefício por mês. O valor do benefício varia em razão do cálculo realizado a partir da renda por pessoa da família e do benefício já recebido no Programa Bolsa Família. As famílias em situação de extrema pobreza podem acumular o benefício Básico, o Variável e o Variável Jovem, até o máximo de R\$ 372,00 por mês. Como também, podem acumular 1 (um) benefício para Superação da Extrema Pobreza.

No ano de 2005, havia outros programas assistencialistas que coexistiam com o PBF, gerando “benefícios de: R\$ 15 bimestrais do Auxílio-Gás, R\$ 15, R\$ 30 e R\$ 45 mensais de valores variáveis do PBF, Bolsa Escola e Bolsa Alimentação e por fim, R\$ 50 mensais relativo ao valor fixo do PBF e do Cartão Alimentação. Não existia o benefício vinculado ao adolescente” (LUCENA, 2017, p.16)

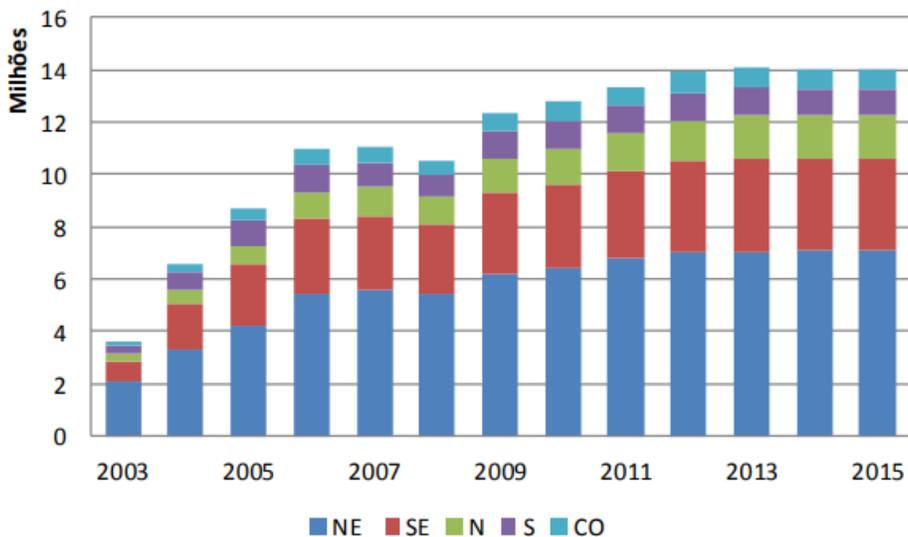
De acordo com Lucena (2017, p.17), “no ano de 2015, os valores do benefício básico correspondiam a R\$ 77 e R\$ 35 para o benefício variável. Já o benefício vinculado ao adolescente da época correspondia a R\$ 42.”

Observa-se que há um aumento gradativo no benefício, destaca-se ainda que para a família permanecer no Programa Bolsa Família deve atender algumas peculiaridades, como exemplo os filhos devem frequentar as aulas e tenham os cuidados básico de saúde.

Dessa maneira, “quanto mais inclusivo for o alcance da educação básica e dos serviços de saúde, maior será a probabilidade de que mesmo os potencialmente pobres tenham uma chance maior de superar a penúria.” (Sen, 2000, p.113)

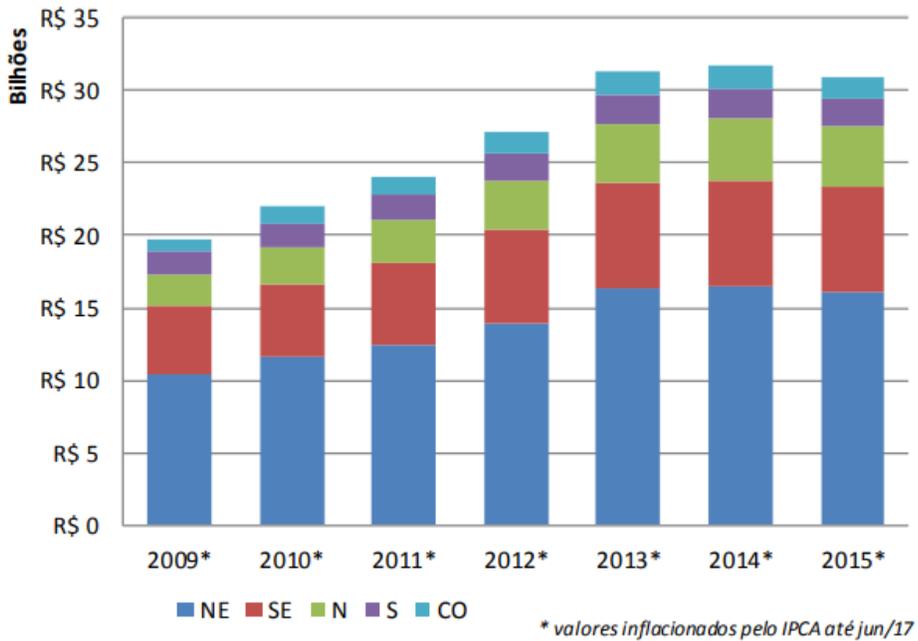
O programa teve um aumento significativo de beneficiários, nos gráficos abaixo se verifica a abrangência do PBF com a quantidade de famílias atendidas e a quantidade de recursos que foram repassados para as regiões brasileiras anualmente, entretanto a plataforma de coleta de dados se encontra indisponível, motivo que se remete à última pesquisa realizada e aos dados disponibilizados pelo MDS.

Gráfico 1- Número de Famílias atendidas pelo PBF



Fonte: Plataforma de Indicadores do Governo Federal  
(*apud* LUCENA, 2017, p.14)

Gráfico 2 – Repasses de recursos por Região (valor real)



Fonte: Portal de Transparência do Governo Federal

(*apud* LUCENA, 2017, p.14)

No gráfico 1, é possível verificar a quantidade de beneficiários atendidos em 2003 até 2015. É interessante destacar, que o PBF em 2005 atendeu “58,4% das famílias pobres brasileiras, com um orçamento de R\$ 430 milhões mensais transferido aos beneficiários”. (CUNHA *apud* Fronza, 2010, p.40)

Atualmente, de acordo com o MDS (2018), o PBF está atendendo a 14,1 milhões de famílias, com um orçamento de R\$ 35 bilhões mensais transferido aos beneficiários.

Crivam-se políticas para “a transição da situação de dependência de renda em relação aos programas de transferência de renda para um estágio sustentável de inclusão social que combine participação no mercado de trabalho com garantia de direitos”. (Weissheimer, 2006, p.40)

Através dessas políticas estabelecidas tornou-se possível as famílias terem acesso ao benefício sem necessidade de ficar em fila de es-

pera, “o MDS vem aperfeiçoando a gestão do Bolsa Família, entretanto, criou-se uma fila de espera de 4 milhões de pessoas em 2018, em virtude da falta de orçamento.” (MDS, 2018)

Com a unificação dos sistemas de informação tornou-se possível identificar as famílias que necessitavam do benefício concomitantemente com maior rigor na seleção de beneficiários, entretanto, é necessário que haja uma avaliação periódica, para que se possa direcionar o benefício para as famílias realmente necessitadas.

Assim, verifica-se que o programa apresentou um aumento no número de pessoas beneficiárias. Isso pode ser interpretado como um avanço na captação de beneficiários devido a unificação do sistema de informação, mas, por outro lado, pode indicar um retrocesso no programa, pois o aumento significativo parece não indicar uma porta de saída para o programa.

## Considerações finais

O Programa Bolsa Família é um dos programas mais representativo do Governo Federal, atinge a mais de 14 milhões de famílias no Brasil em 2018, pessoas que se encontram em estado de pobreza ou extrema pobreza, além de ser visto como um programa de grande importância no cenário político, econômico e social.

Com a implantação do PBF se teve a unificação da gestão e a execução das ações de transferências de renda dos demais programas existentes no Brasil, conforme visto cada programa possuía um sistema único, não detinham de comunicação entre si, por conseguinte, através dessa unificação se estabeleceu a comunicação entre os programas, municípios e Estados.

Verificou-se que o PBF faz com que as famílias que se encontram em estado de pobreza e extrema pobreza consigam melhorar a sua condição de vida, oportunizando por meio da renda a uma alimentação decente, busca de tratamento de saúde, moradia entre outros.

Destarte, apesar de auxiliar a família que se encontra em uma péssima situação, o programa por si só não é suficiente para que a retire dessa condição, sendo necessário outros programas e ações para que se possa notar mudança na condição de vida das famílias.

O programa teve seu início atendendo um pouco mais de 50% das famílias que estavam em situações de pobreza e extrema pobreza, dados estes que se encontravam no cadastro do sistema, após a unificação e avaliações das famílias, atualmente há em 2018 um total de 14,1 milhões de famílias que se encontram em pobreza e extrema pobreza.

No ano de 2017 o MDS informou que havia um total de 2 milhões de pessoas aguardando liberação para cadastramento, contudo, em 2018 o MDS disponibilizou que há 4 milhões de pessoas na fila de espera, em virtude da falta de orçamento.

Assim, apesar do avanço na unificação dos sistemas de transferências de renda e análise de famílias necessitadas, é necessário que haja um acompanhamento rígido, pois poderá haver inconsistências na análise, fazendo com que famílias que não necessitam do benefício recebam no lugar de quem realmente precise.

Portanto, a qualidade da vida humana vai muito além de um benefício, é preciso ter uma educação adequada com professores qualificados, trabalho digno, alimentação saudável, e mais patamares que preencham as necessidades básicas individuais, para que assim se possa retirar aquela família desse estado deprimente de vida.

## Referências bibliográficas

BRASIL. (2004). Decreto nº 5.209, programa bolsa família.

CAIXA E. F. (2018) *O que é o bolsa família?* Brasília. Consultado em: <http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx>.

FRONZA, P. (2010). *Programa bolsa família: contribuição para o enfrentamento à pobreza*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul: Dissertação de Mestrado.

IPEA. (2017). Bolsa família, autonomia feminina e equidade de gênero: o que indicam as pesquisas nacionais? Rio de Janeiro. Consultado em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=30981&catid=397&Itemid=424](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30981&catid=397&Itemid=424)

- LUCENA, C. Q. A. (2017). *Programa bolsa família: uma avaliação da focalização e dos impactos sobre a pobreza e a desigualdade de renda entre os anos de 2005 e 2015*. Dissertação de Mestrado: Fundação Getúlio Vargas.
- MDS. (2018). *Ministério do desenvolvimento social e combate à fome: guia de ações para geração trabalho e renda*. Brasília. Consultado em: <http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2018/marco/bolsa-familia-repassa-r-2-5-bilhoes-a-beneficiarios-em-marco>.
- SEN, A. (2000). *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras.
- WEISSHEIMER, M. A. (2006). *Bolsa Família: avanços, limites e possibilidades do programa que está transformando a vida de milhões de famílias no Brasil*. São Paulo: Fundação Percecu Abramo.

# A culpa é do português: a retórica de atribuição da própria culpa a outrem

*Marcelo Pinto Chaves*

*Anderson Ferreira De Menezes*

*Eduardo Augusto Rademaker Novo*

## Introdução

O objetivo do presente ensaio é apresentar, sucintamente, algumas notas sobre a assertiva popular de que nossas mazelas são fruto da colonização portuguesa.

Construiu-se ao longo do tempo a ideia de que a exploração da metrópole sobre a colônia, bem como o fato de que, dentre os primeiros portugueses a terem sido enviados ao Brasil encontravam-se degredados e infratores, teríamos em nosso código genético a propensão para a prática de delitos. Estaríamos todos fadados à criminalidade e ao caos, enquanto que países como os Estados Unidos da América do Norte, por terem sido colonizados por pessoas religiosas e cristãs teriam destino diametralmente oposto.

Certamente, o discurso supracitado esquece, de forma conveniente, outros países colonizados pela Inglaterra (África do Sul, Índia, etc) que, infelizmente, sofrem de males sociais semelhantes ao nosso. Tampouco se recordam de que a colonização da Austrália se iniciou com o objetivo de

esvaziar as cadeias superlotadas da Inglaterra. A expansão do continente pós o cumprimento da pena, os prisioneiros recebiam terra para plantio

Ademais, nenhuma nação foi formada, desde o seu início, respeitando os ideais de Justiça e proteção à humanidade. Tomemos como exemplo os Estados Unidos da América do Norte. Apesar de exaltado por muitos como modelo de colonização “cristã”, sua Suprema Corte firmou durante muito tempo entendimento absurdo no tocante à questão racial. No caso *Plessy vs. Ferguson* fora decidido que a reserva de acomodações para negros nos transportes ferroviários seria compatível com o princípio da igualdade, posto que esta teria sido a intenção dos legisladores que aprovaram a cláusula da igualdade. A doutrina *equal but separate* perdurou até 1954 quando se alterou o posicionamento no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education*.

Em momento algum pretende-se realizar uma defesa do modelo exploratório de colonização que ocorreu no Brasil, mas sim desenvolver a ideia de que, independentemente dos erros praticados na formação de nosso Estado, já é tempo de seguir em frente e assumirmos as responsabilidades de nossos atos, até porque somos independentes de Portugal desde 1822 e, organizados como República desde 1898.

Todas as nações, independentemente de sua formação, já enfrentaram momentos de crise em relação aos seus valores. Algumas evoluíram, outras ainda não. Aquelas que encararam de frente os seus problemas têm a capacidade de resolvê-los, enquanto outras preferem manter-se sob o véu da ignorância.

Por outro lado, o estudo da formação de Portugal e do Brasil tem o condão de contribuir para o entendimento da forma pela qual se deu a relação metrópole/colônia, inclusive algumas características de ambas as populações.

Todavia, a atribuição de que a colonização portuguesa nos legou à propensão ao mal não passa de uma anedota, utilizada em uma tentativa infantil de retirar a própria culpa, atribuindo-a outrem (distante e indiferente) e que em nada contribuirá para a solução de nossos problemas.

A tarefa de remontar a formação das atuais nações não é das mais fáceis. Isto porque as fontes de busca nem sempre são as mais confiáveis,

porém a investigação das origens de um povo costuma revelar informações extremamente úteis para o entendimento de sua atualidade.

## 1. A formação de Portugal

Optamos em iniciar o estudo tomando como ponto de partida a invasão das primeiras tropas romanas à região da Ibéria, em razão da maior confiabilidade do material arrecadado para investigação. Isto não significa que se desconheça notícias de vestígios populacionais desde a idade do bronze (2000 a.C.-800 a.C.), notadamente pelas descobertas arqueológicas na região.

As primeiras tropas romanas desembarcam na Península Ibérica em 219 a.C. e, lá encontraram vários povos. Ao norte do Douro habitavam os Calaicos (expressão que origem ao termo galego), entre o Douro e o Tejo viviam os Lusitanos, ao sul do Tejo encontravam-se os Célticos e, no Algarve se achavam os Cónicos. (SARAIVA, 1981, p. 22/23)

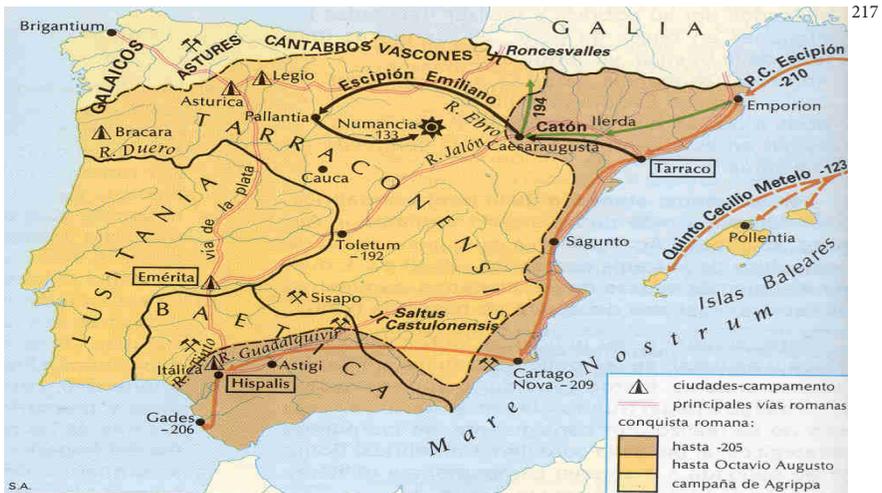
A ocupação romana na região foi estratégica, uma vez que Roma travava uma segunda guerra com Cartago e era naquela área que se recrutavam homens para o exército cartaginês.

Não obstante alguns relatos de guerras entre romanos e lusitanos durante o período de ocupação das terras, fora pacífica a relação travada à época.

A conduta mais frequente adotada foi a do trato pacífico, conservação de muitos quadros preexistentes e estabelecimento de relações econômicas duradouras. Foi por contatos desse gênero, prolongados durante quinhentos anos, e não por imposições radicais, que os Romanos conseguiram modificar completamente as bases da economia, o tipo de povoamento, as formas de organização social, as técnicas do trabalho, as crenças e hábitos das populações e até a língua que se falava. (SARAIVA, 1981, p. 24)

A dominação romana no território permaneceu até princípio do século V, ocasião das incursões na Europa ocidental dos povos bárbaros (Alanos, Vândalos e Suevos), fruto de sua anterior expulsão de suas terras pelos Hunos. A invasão dos bárbaros não encontrou resistência, pro-

vavelmente em razão do declínio do Império Romano e as consequentes condições econômico-sociais.



Em meio a tentativa de permanência no território, os romanos lançam mão do envio dos Visigodos (povo de origem germânica) sob o título de federados (aliados), com a finalidade de expulsarem os bárbaros da península Ibérica. Apesar do triunfo na guerra contra Alanos, Vândalos e Suevos e de sua dominação territorial ter sido superior a três séculos, quase não restou vestígio de sua ocupação.

Não trouxeram consigo novas formas de organização ou novas técnicas de trabalho: limitaram-se a instalar-se nos quadros sociais e econômicos implantados pelos Romanos, que exploraram em seu proveito. Entretanto, acentuou-se muito o processo de decadência que já vinha da última fase do Império: a atividade comercial (sobretudo exportação) agonizou e a vida cultural foi apenas continuada pelo clero católico, que desempenhou função política cada vez mais marcante. (SARAIVA, 1981, p. 30)

No ano de 711 inicia-se a conquista do território ibérico pelos Mouros. Formado principalmente por “berberes”, o exército muçulmano

216. Disponível em: <http://www.usp.br/gmhp/publ/area4.pdf> - Mapa adaptado do império árabe.

atravessou o estreito de Gibraltar (separa a Europa da África) e rapidamente domina a área.



Não é possível precisar o período de dominação moura na região, posto que variou em cada região. Isto porque as hordas mouras sempre tiveram respostas dos lusitanos, tanto assim que no ano de 809 a parte norte de Portugal já estava sob o domínio cristão. Braga e Porto voltam à posse cristã no ano de 868, enquanto Coimbra e Lisboa retornam definitivamente ao domínio cristão em 1004 e 1147, respectivamente.

Assim sua influência variou de região para região. Enquanto no norte pouco se reconhece a presença moura, ao sul é facilmente perceptível, como por exemplo no castelo dos mouros, situado em Sintra.<sup>217</sup> Acrescente-se as invenções importantes que trouxeram da China, como a bússola - contribuição fundamental para o avanço dos conhecimentos náuticos e geográficos em Portugal.

Outras marcas na cultura portuguesa encontram-se indelévels, tais como o fado, que nada mais é do que um lamento mouro, e sua

217. O Castelo dos Mouros foi construído durante o séc. IX pelos Mouros norte africanos de modo a guardar a cidade de Sintra, mas foi abandonado depois da conquista cristã em Portugal. Disponível em: <http://www.sintra-portugal.com/pt/Castelo-dos-Mouros-sintra-pt.html>.

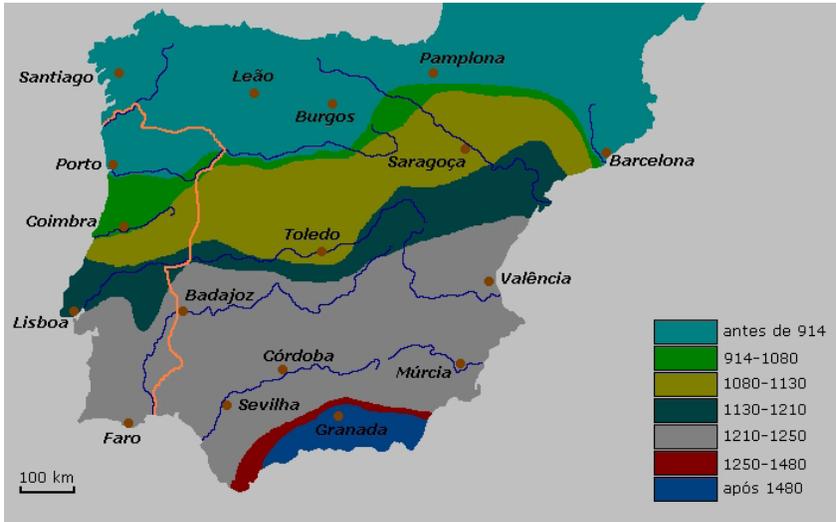
incontestável influência na língua portuguesa mediante a inserção de palavras como açafião, albarra, alface, acelga, azeitona, cenoura, maçooca, alfazema, alcachofra, lima, limão, laranja, alfarrábio, álgebra, albufeira, chafariz, alcool, elixir, xarope, zero. É bom que se diga que o “al” nas palavras representava o nosso artigo “o”.

Como já dito anteriormente, a ocupação muçulmana não se deu de forma pacífica em momento algum. Todavia, foi a partir do século XI que o processo de reconquista da península acelerou-se, em razão de ser considerada uma missão sagrada. Os reinos ibéricos, com o apoio do movimento das Cruzadas, retomaram cerca de metade dos territórios muçulmanos em pouco tempo.

Empenhados nas lutas contra os invasores, nas árduas e incessantes incursões pelos territórios ocupados, não cuidaram os Senhores, que comandavam a reconquista, de outra cousa além da guerra santa contra os renegados seguidores do Islam. (TUC-CI, 1987, p. 130)

Na medida em que o domínio sarraceno era desfeito ou ocorria a conquista cristã, surgiram vários reinos - o Condado Portucalense, o Reino de Aragão, o Reino de Castela, o Reino de Navarra e o Reino de Leão, em uma estrutura política inovadora (não se restaurou a anteriormente existente), mas desorganizada na medida em que se adaptava conforme as circunstâncias.

Não se mostra acertada a indicação de uma data precisa da formação de Portugal como Estado independente. Isto porque sua autonomia enquanto Estado Soberano foi alcançada ao longo do tempo, em um processo dividido em várias etapas, dos quais, destacam-se a revolta de Afonso Henriques e a conquista do condado (1128); a paz de Tui (1137); a conferência de Samora e a enfeudação ao papa (1143); o desaparecimento do título de imperador com a morte de Afonso VII (1157) e, por último, a bula papal, com o reconhecimento da nova monarquia pela Santa Sé (1179). (SARAIVA, 1981, p. 45)



Assim, percebe-se que o povo português é o resultado de um milenário processo de miscigenação e de sobreposições culturais, fruto de invasões, dominações e influências dos povos celtas, germanos, romanos, mouros.

“Em vão se procuraria um tipo físico unificado”, notava há anos em Portugal o conde Hermann de Keyserling. O que ele observou foram elementos os mais diversos e mais opostos, “figuras com ar escandinavo e negroides”, vivendo no que lhe pareceu “união profunda”. “A raça não tem aqui papel decisivo”, concluiu o arguto observador. E já da sociedade moçárabe escrevera Alexandre Herculano: “População indecisa no meio dos dois bandos contenedores (nazarenos e maometanos), meia cristã, meia sarracena, e que em ambos contava parentes, amigos, simpatias de crenças ou de costumes”. Esse retrato do Portugal histórico, traçado por Herculano, talvez possa estender-se ao pré e pró-histórico; o qual nos vais sendo revelado pela arqueologia e pela antropologia tão dúbio e indeciso quanto o histórico. (...) A indecisão étnica e cultural entre a Europa e a África parece ter sido sempre a mesma em Portugal como em outros trechos da Península. (FREYRE, 2016, p. 67)

218. Disponível em: <http://www.usp.br/gmhp/publ/area4.pdf> - Mapa adaptado do processo de reconquista cristã na península ibérica.

Este caráter híbrido do povo português mostrar-se-á patente em nossa colonização, notadamente pela miscigenação na formação da população brasileira.

## 2. A expansão marítima e a chegada portuguesa no Brasil

A chegada de Pedro Álvares Cabral ao Brasil em abril de 1500 é fruto da expansão marítima portuguesa iniciada quando da conquista de Ceuta (1415). Nossos colonizadores já acumulavam experiência no comércio de longa distância desde os séculos XIII e XIV, ainda que seu desempenho não fosse comparável aos genoveses e venezianos. Isto em razão do envolvimento de Portugal com o mundo islâmico do Mediterrâneo.

Na manhã de quinta-feira, 23 de abril de 1500, um novo ciclo estava se iniciando na história já quase secular da expansão lusitana pelos quatro cantos do planeta. Naquele dia – pelo menos oficialmente – os portugueses estavam se preparando para desembarcar pela primeira vez no terceiro continente ao qual seus eficientes navios os tinham conduzido. Àquela altura, os lusos já haviam estabelecido várias feitorias na costa ocidental da África -onde trocavam trigo, tecidos e cavalos por escravos e ouro. Quase uma década ainda seria necessária para que eles pudessem conquistar a Índia e dominar o comércio marítimo no oceano Índico. (...) Mas, agora, estavam prestes a fincar o pé na América – embora ela ainda não tivesse nome e sequer fosse reconhecida como um novo continente. (BUENO, 2006, p. 41)

Portugal se afirmava enquanto nação independente e sua posição geográfica (próximo às ilhas do Oceano Atlântico e à costa da África), a experiência navegadora das populações litorâneas e a existência de ciência náutica adiantada incentivava as buscas ultramarinas.

É importante ressaltar que no desenvolvimento das técnicas de navegação incluem-se tanto o aperfeiçoamento de instrumentos (quadrante e astrolábio) quanto o desenvolvimento de arquitetura naval mais aprovada (caravela). Sem dúvida alguma foi um fator de encorajamento para que os portugueses se lançassem ao mar em busca de novas terras.

Mas outros fatores foram tão ou mais importantes para que este pequeno país alcançasse tamanha façanha.

Durante todo o século XV, Portugal foi um reino unificado e menos sujeito a convulsões e disputas, contrastando com a França, a Inglaterra, a Espanha e a Itália, todas envolvidas em guerras e complicações dinásticas (...) no início do século XV, a expansão correspondia aos interesses diversos das classes, grupos sociais e instituições que compunham a sociedade portuguesa. (FAUSTO, 2000, p. 22/23)

Todos vislumbravam na expansão marítima alguma oportunidade de progresso: os comerciantes na perspectiva de negócios; o rei na criação de novas fontes de receita; os nobres e o clero em servir ao Rei ou a Deus e, para o povo, a chance de emigrar em busca de uma vida melhor.

A expansão se apresentava então como elixir dos problemas da nação portuguesa, na medida em que passa a consumir os bens produzidos fora dela ou da riqueza produzida pelos mesmos.

A expansão metódica desenvolveu-se ao longo da costa ocidental africana e nas ilhas do Oceano Atlântico. Fruto de um mesmo movimento, o contato com esses dois espaços geográficos resultou em situações tão diversas, que vale a pena separá-los em nossa exposição. O reconhecimento da costa ocidental africana não se fez da noite para o dia. Levou 53 anos, da ultrapassagem do Cabo Bojador por Gil Eanes (1434) até a temida passagem do Cabo da Boa Esperança por Bartolomeu Dias (1487). A partir da entrada no Oceano Índico, foi possível a chegada de Vasco da Gama à Índia, a sonhada e ilusória Índia das especiarias. (...) A história da ocupação das ilhas do Atlântico é bem diferente do que ocorreu na África. Nela os portugueses realizaram experiências significativas de plantio em grande escala, empregando trabalho escravo. Após disputar com os espanhóis e perder para eles a posse das Ilhas Canárias, conseguiram se implantar nas outras ilhas: na Madeira, por volta de 1420, nos Açores, em torno de 1427, nas Ilhas do Cabo Verde, em 1460, e na de São Tomé, em 1471. (FAUSTO, 2000, p. 28)

A bem-sucedida viagem de Vasco da Gama às Índias gerou grande entusiasmo em Portugal. Não por outra razão, poucos meses depois foi lançado ao mar uma frota de treze navios, sob o comando de Pedro Álvares Cabral, fidalgo com pouco mais de trinta anos de idade, com o objetivo claro chegar novamente ao continente asiático. Ocorre que a frota, após passar das Ilhas de Cabo Verde, tomou rumo oeste até avistar o que viria a ser o território brasileiro.

Em 8 de Março de 1500 saiu do Tejo uma frota formada por treze navios, com mil e duzentos homens a bordo. O comando era exercido por um nobre, Pedro Álvares Cabral, e o destino da viagem era a Índia. O número de embarcações e de soldados mostra que se tratava da primeira grande expedição comercial, capaz de transportar da Índia a Lisboa grande quantidade de mercadorias e de fazer a guerra que para isso fosse preciso.

Seguindo uma rota aproximadamente igual à de Vasco da Gama, os navios, depois de atingirem Cabo Verde, fizeram rumo ao ocidente, para aí apanharem os ventos propícios à travessia do Atlântico Sul e à passagem da Boa Esperança. Em 22 de Abril foi avistada terra: “um monte muito alto e redondo”, que os nossos baptizaram de monte Pascoal, porque se estava no tempo da Páscoa. Dois dias depois, os navios encontraram um ancoradouro abrigado: Porto Seguro. (SARAIVA, 1981, p. 155)

Não há consenso em relação à chegada portuguesa ao Brasil. Os historiadores que defendem que vinda da frota de Cabral tenha se dado de forma intencional argumentam com base no fato de os representantes portugueses não terem medido esforços para que no Tratado de Tordesilhas (1494) fosse fixado em 370 léguas a leste de Cabo Verde e não em 100 léguas como estava assinalado em duas bulas do papa Alexandre VI – que possuía laços de parentesco com o Rei de Espanha. Aliás, a bula “Intercoetera” declarava que metade do mundo pertenceria aos espanhóis.

*Diseram que por quanto antre os ditos Senhores seus constituintes há certa diferença... porém que eles por bem de paz e concordia e por conseruaçã do diuido e amor que o dito Senhor Rey de portugal tem como os ditos Senhores Rey e Rainha de castella e daragã etc<sup>a</sup>*

*A suas altezas praz e os ditos seus procuradores em seu nome e per virtude dos ditos seus poderes outorgaram e consentiram que se faça e asyne pollo dito mar oceano hua Raya ou linha direita de poolo a poolo saber do pollo ártico ao pollo antártico... A qual Raya ou linha se aja de dar e de dereita como dito he a trezentas e setenta legoas das ilhas do cabo verde... e que todo o que the quí he achado e decuberto e daqui adiante se achar e descobrir por ou dito Senhor Rey de portugal e por seus nauios. (FIGUEIREDO, 2003, p. 17)*

Como se percebe, a tratativa acima incluiu o Brasil na zona de abrangência portuguesa.

Assim, assegurando seu domínio não só sobre o litoral do Brasil, mas obtendo também a soberania sobre o amplo espaço oceânico necessário para a realização da “volta ao mar”, que Bartolomeu Dias julgava, com razão, ser fundamental para cruzar o Cabo da Boa Esperança. (BUENO, 2006, p. 73/74)

Já aqueles que sustentam que a chegada portuguesa ao Brasil tenha sido ocasional o fazem em razão da inexistência de qualquer documento que comprove a existência de um plano de viagem da frota em direção ao ocidente, creditando a chegada ao nosso território em virtude das correntes marítimas, do vento ou de algum erro de navegação.

O debate supramencionado merece maiores estudos e reflexões, porém não é o objeto de nosso estudo.

### 3. A colonização portuguesa na formação do povo brasileiro

Inicialmente, cumpre assinalar que a nobreza portuguesa não tinha qualquer interesse em se lançar ao mar em direção ao Brasil.

Porém não é expressão da verdade que a nossa colonização esteve adstrita à bandidos, aventureiros, náufragos e degenerados de toda ordem. Dúvidas não restam de que estes desembarcaram em nosso território, porém para cá também foram enviados “cristãos-novos”, ou seja, judeus que eram batizados “à força”, com medo de sofrerem penalidades capitais impostas pela Igreja Católica.

Mas não se pode creditar a qualquer um deles eventual herança psicológica que pudesse ter se mantido entranhada na alma de nossa sociedade.

A colonização por indivíduos – soldados de fortuna, aventureiros, degredados, cristãos-novos fugidos à perseguição religiosa, naufragos, traficantes de escravos, de papagaios e de madeira – quase não deixou traço na plástica econômica do Brasil. Ficou tão no raso, tão à superfície e durou tão pouco que política e economicamente esse povoamento irregular e à toa não chegou a definir-se em sistema colonizador.

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 caboclas ou com moças órfãs ou mesmo à toa, madadas vir de Portugal pelos padres casamenteiros. (FREYRE, 2016, p. 81 e 85)

É importante ressaltar que o português que aqui chegou e ajudou a formar nosso povo detinha algumas características que facilitaram sua conquista de nosso território. Segundo Sérgio Buarque de Holanda “*pioneiros da conquista do trópico para a civilização, tiveram os portugueses, nessa proeza, sua maior missão histórica. E sem embargo de tudo quanto se possa alegar contra sua obra, forçoso é reconhecer que foram não somente os portadores efetivos como os portadores naturais dessa missão. Nenhum outro povo do Velho Mundo achou-se tão bem armado para se aventurar à exploração regular e intensa das terras próximas à linha equinocial, onde os homens depressa degeneram, segundo o conceito generalizado na era quinhentista*”. (HOLANDA, 1999, p. 43)

As características supramencionadas referem-se não só as condições físicas, mas também ao elemento psicológico.

Hereditariamente predisposto à vida nos trópicos por um longo habitat tropical, o elemento semita, móvel e adaptável como nenhum outro, terá dado ao colonizador português do Brasil algumas das suas principais condições físicas e psíquicas de êxito e de resistência. Entre outras, o realismo econômico que desde cedo corrigiu os excessos de espírito militar e religioso na formação brasileira.

A mobilidade foi um dos segredos da vitória portuguesa: sem ela não se explicaria ter um Portugal quase sem gente, um pessoalzinho ralo, insignificante em número – sobejo de quanta epidemia, fome e sobretudo guerra afligiu a Península na Idade Média – conseguido salpicar virilmente do seu resto de sangue e de cultura populações tão diversas e a tão grandes distâncias umas das outras: na Ásia, na África, na América, em numerosas ilhas e arquipélagos. A escassez de capital-homem, supriram-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. (...)

Outra circunstância ou condição favoreceu o português, tanto quanto a miscibilidade e a mobilidade, na conquista de terras e no domínio de povos tropicais: a aclimatabilidade.

Nas condições físicas de solo e de temperatura, Portugal é antes África do que Europa. O chamado “clima português”, de Martone, único na Europa, é um clima aproximado do africano. (FREYRE, 2016, p. 69/70)

Nessas condições, os portugueses ao chegarem à terra que viria a ser o Brasil se depararam com uma população ameríndia homogênea **em termos culturais e linguísticos** – os tupis-guaranis e os tapuias. Os primeiros eram localizados em praticamente toda a costa brasileira, enquanto que a outra população indígena tinham sua presença na foz do Rio Paraíba (goitacases), ao sul da Bahia e norte do Espírito Santo (aimorés) e na faixa entre o Ceará e o Maranhão (tremembés). (FAUSTO, 2000, p. 37/38)

Apesar da homogeneidade cultural e linguística acima narrada, inexistia uma “nação” indígena, mas sim de grupos dispersos que travavam lutas entre si, razão pela qual o colonizador não enfrentou grandes dificuldades em exercer o seu domínio, inclusive contando como aliados os próprios índios.

Ainda assim, o “descobrimento” do Brasil não despertou em Portugal o mesmo entusiasmo causado pela chegada à Índia. Tanto assim que a principal atividade econômica era a extração do pau-brasil. Somente

com o esgotamento desse material e a constante ameaça espanhola e francesa à posse do território brasileiro é que se começa a organização econômica e civil da sociedade brasileira.

Quando 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 se realizaria a prova definitiva daquela 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 mulher índia, incorporada assim à cultura econômica e social do invasor. (FREYRE, 2016, p. 65)



A fórmula escolhida para o “povoamento” do Brasil foi o sistema das capitânicas hereditárias, onde os donatários recebiam uma doação da coroa, tornando-se possuidores da terra e sob ela exerceriam poderes econômicos e administrativos.

O Brasil foi dividido em quinze quinhões, através de linhas paralelas ao Equador do litoral ao meridiano de Tordesilhas, conforme se percebe no mapa acima. A fórmula aqui adorada fora a mesma utilizada um século antes nas ilhas do Atlântico. Entre os donatários, podemos destacar Martin Afonso da Silva e Duarte Coelho.

219. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-4714201500020011&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-4714201500020011&script=sci_arttext) - Mapa de Luís Teixeira, anexo ao Roteiro de todos os Sinaes. Fonte: Biblioteca da Ajuda, Lisboa. Cópia elaborada a partir do original, ms. 51-IV-38.

A divisão do Brasil em capitanias hereditárias não seria apenas a primeira tentativa oficial de colonização portuguesa na América. Aquela estava destinada a ser também a primeira vez que os europeus iriam se lançar no ousado projeto de transplantar seu modelo civilizatórios para as vastidões continentais do Novo Mundo. (...) De fato, foi somente com a partilha do Brasil, feita entre março de 1534 e fevereiro de 1536, que a implantação do modelo português de colonização ultramarina se iniciou nos trópicos. (BUENO, 2006, p. 9)

A escolha do modelo de grandes propriedades atrelou-se à produção em larga escala. Por óbvio que não se pode fazer um paralelo entre as atuais noções de produtividade com o modo de ver o mundo daqueles povos. Naquela época, o trabalho compulsório era visto como ferramenta para o desenvolvimento.

No Brasil, como nas colônias inglesas de tabaco, de algodão e de arroz da América do Norte, as grandes plantações foram obra não do Estado colonizador, sempre somítico em Portugal, mas de corajosa iniciativa particular. Esta é que nos trouxe pela mão de um Martim Afonso, ao Sul, e principalmente de um Duarte Coelho, ao Norte, os primeiros colonos sólidos, as primeiras mães de família, as primeiras sementes, o primeiro gado (...). (FREYRE, 2016, p. 80)

A exemplo do que aconteceu em outras colônias do continente americano, a economia brasileira estrutura-se sob o odioso regime da escravidão. A tentativa de servidão do índio brasileiro foi frustrada por uma série de fatores, notadamente em razão de sua cultura incompatível com o trabalho intenso, regular e compulsório. Isto não significa que os povos indígenas eram preguiçosos, mas sim por mantinham a tradição de subsistência.

Os meios encontrados pela população indígena para resistirem à escravidão foram a guerra, a fuga ou simplesmente a recusa ao trabalho servil. Infelizmente não há como se negar que ocorreu no Brasil um grande extermínio dos índios, quer por endemias produzidas pelo contato com os brancos, quer pelo embate com o colonizador português.

A fim de levar a efeito o modelo econômico escravocrata, iniciou-se o tráfico de africanos ao Brasil. Os colonizadores possuíam pleno co-

nhecimento das habilidades agrárias dos negros, sobretudo na atividade açucareira das ilhas do Atlântico. Os povos africanos eram sequestrados do Sudão egípcio, do Golfo da Guiné, Congo, Angola e Moçambique.

Os africanos foram trazidos do chamado “continente negro” para o Brasil em um fluxo de intensidade variável. Os cálculos sobre o número de pessoas transportadas com escravos variam muito. Estima-se que entre 1550 e 1855 entraram pelos portos brasileiros 4 milhões de escravos, na sua grande maioria jovens do sexo masculino. (FAUSTO, 2000, p. 50/51)

O tráfico de africanos cobria a falta de mão de obra, sustentando o regime econômico, não obstante sua resistência à escravidão. Manifestavam-se por meio de fugas individuais ou em massa, agressões contra senhores, porém por meio dos quilombos formaram-se os principais polos de luta pela liberdade.

As percorrer o Brasil, o leitor encontrará nos estados do Mato Grosso, Maranhão, Bahia, Minas Gerais e até na Amazônia localidades chamadas Quilombo, Quilombinho ou Quilombola. Trata-se de comunidades originalmente constituídas por negros fugidos, instaladas, hoje, nas áreas onde houver luta e resistência contra a escravidão. Palmares foi o maior quilombo colonial, nascido no bojo das guerras do açúcar; e antes dele, contudo, movimentos de resistência já tinham se esboçado na própria África. (PRIORE, 2010, p. 59)

Não obstante os conflitos entre os brancos portugueses, os índios nativos e os negros africanos, impôs-se a miscigenação. É importante que se diga que o aludido processo não se deu de forma romantizada, por uma suposta sensualidade do colonizador. Ocorreu, na maioria das vezes, da forma mais degradante possível, qual seja, mediante o estupro de negras e indígenas.

Todavia, de maneira consciente ou inconscientemente, esta prática compensou a deficiência numérica dos portugueses no processo de sedimentação de sua dominação e acabou por formar o povo brasileiro.

O processo de miscigenação tem o condão de formar os caracteres físicos de seus descendentes, podendo as características ideológicas dos pais serem transmitidas, quando muito, para a geração imediatamente seguinte na medida de seus ensinamentos ou de seus exemplos.

Porém, não é possível, que nos dias atuais, acreditemos na teoria de um criminoso nato (*Cesare Lombroso*), ou seja, na existência de indivíduos perigosos que seriam identificados por condições físicas e/ou psicológicas. Em outras palavras, a predestinação ao crime.

## Considerações finais

A Psicologia define projeção como o mecanismo de defesa utilizado pelo ser humano em atribuir a outra pessoa pensamentos inaceitáveis ou indesejáveis. Através da projeção, transferimos nossos inconfessáveis defeitos, pensamentos, sentimentos e/ou motivações para outrem. Isso nada mais é que um modo de “fugir” da própria culpa, de modo a evitar o julgamento alheio.

A assertiva de que os problemas que atualmente afligem a nação brasileira são exclusivos do tipo de colonização que foi realizada no Brasil parece uma “projeção coletiva”, na medida em que se imputa a corrupção, a violência e outras tantas mazelas ao português que aqui chegou há mais de quinhentos anos.

O presente trabalho procurou realizar uma breve revisão histórica tanto da formação de Portugal quanto do Brasil. Entendemos que este olhar ao passado é importantíssimo na reconstrução de como se deu a concepção de ambos os povos.

A afirmativa de que nossa nação foi povoada tão somente por tarados, criminosos, loucos e degredados em geral é falsa, posto que estes sequer representaram quantitativo suficiente a formar a população. De fato, em um primeiro momento, foram enviados ao nosso território todo o tipo de pessoa indesejada em Portugal e, dentre estas, incluíam-se pessoas com tais características.

Mas, repita-se, isto ocorreu há mais de quinhentos anos! Não são poucas as nações que tiveram o mesmo tipo de colonização que a nossa, tendo algumas delas conquistado sua independência há bem menos

tempo que nós e encontramos em estágio muito superior ao que se encontra o Brasil. É, como já dito anteriormente, o caso da Austrália que era o “presídio” da Inglaterra.

Nos parece que a utilização da retórica de que a “culpa é do português” tem por objetivo uma alienação geral em relação ao modo como devemos enfrentar nossas questões e, principalmente, em resignarmos ao destino do fracasso. Esta volta do determinismo medieval autorizaria a manutenção do atual *status quo*.

Para a Psicologia, o modo de se enfrentar o mecanismo da projeção é o autoconhecimento. Entendemos que este é o caminho para, enquanto nação, mudarmos nossa realidade. Conhecendo nossos defeitos podemos enfrentá-los e superá-los e, só assim, tornarmos-nos melhores.

## Referências bibliográficas

- BUENO, Eduardo. **A VIAGEM DO DESCOBRIMENTO. UM OUTRO OLHAR SOBRE A EXPEDIÇÃO DE CABRAL.** Coleção Terra Brasilis 1. 2ª edição. Editora Objetiva. Rio de Janeiro. 2006.
- BUENO, Eduardo. **NÁUFRAGOS, TRAFICANTES E DEGREDADOS. AS PRIMEIRAS EXPEDIÇÕES AO BRASIL.** Coleção Terra Brasilis 1. 2ª edição. Editora Objetiva. Rio de Janeiro. 2006.
- BUENO, Eduardo. **CAPITÃES DO BRASIL. A SAGA DOS PRIMEIROS COLONIZADORES.** Coleção Terra Brasilis 12ª edição. Editora Objetiva. Rio de Janeiro. 2006.
- BUENO, Eduardo. **A COROA, A CRUZ E A ESPADA.** Coleção Terra Brasilis 1. 2ª edição. Editora Objetiva. Rio de Janeiro. 2006.
- BROTON, Jerry. **UMA HISTÓRIA DO MUNDO EM DOZE MAPAS.** Zahar Editores. Rio de Janeiro. 2014.
- COSTA, Marcos. **O REINO QUE NÃO É DESTE MUNDO.** 1ª edição. Editora Valentina. Rio de Janeiro. 2015.
- FAUSTO, Boris. **HISTÓRIA DO BRASIL.** Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo. 8ª Edição. 2000.

- FIGUEIREDO, Carlos. **100 DISCURSOS HISTÓRICOS BRASILEIROS**. Editora Leitura. 2ª edição. Belo Horizonte. 2003.
- FREYRE, Gilberto. **CASA-GRANDE & SENZALA. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. Global Editora. 51ª edição. São Paulo. 2016.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **RAÍZES DO BRASIL**. Editora Companhia das Letras. 26ª edição. 9ª reimpressão. São Paulo. 1999.
- MATTA, Roberto da. **CARNAVAIS, MALANDROS E HERÓIS**. 4ª edição. Zahar Editores. Rio de Janeiro. 1983.
- PRIORE, Mary del. **HISTORIAS DA GENTE BRASILEIRA**. Volume 1. Leya Editora. São Paulo. 2016.
- \_\_\_\_\_, **UMA BREVE HISTÓRIA DO BRASIL**. Editora Planeta. 1ª edição. São Paulo. 2010
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **JURISDIÇÃO E PODER. Contribuição para a história dos recursos cíveis**. Editora Saraiva. São Paulo. 1987.
- SARAIVA, José Hermano. **HISTÓRIA CONCISA DE PORTUGAL**. Coleção Saber. Publicações Europa-América. 7ª edição. Portugal. 1981.

# TEORIA DO DIREITO E DA CONSTITUIÇÃO



# Fuller's theory of law: the lack of moral content In the so-called 'inner morality of law'

*Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel*

## Introduction

In the second half of 20th century, there was a considerable shift on intellectual thoughts. The premises of analytical legal positivism had been questioned, and some philosophers rejected the separation of law and morality. However, the traditional natural-law theory of substantive goods in a higher standard was inadequate to the contemporary issues. In this context, there was a search for a new approach different from the extreme skepticism of positivism and the absolutism of natural-law system. That's when Fuller articulated his theory. He objected to a bifurcation between law and morality and he believed that the natural law method could be applied in contemporary social issues (MOOTZ, 1999).

Fuller's theory of law is based on his belief in connections between what he calls external and internal moralities of law. Based on that, this essay will critically examine Fuller's distinction between these two moralities, in order to argue that the principles of legality qualified by Fuller as 'inner morality of law', in fact, do not have a moral content. Consequently, the connection must not subsist, with reference to Hart's thoughts to support these arguments.

The relevance of such a discussion is huge when we consider that the Brazilian legal system has been suffering in the last few years from moral and legal issues. This institutional crisis should be also analyzed in a legal theory approach, in order to help rethink our uncertain framework. As our democratic Constitution turns 30 years old, the timing is perfect to recover the republican values that guided the enactment of the 1988 Federal Constitution.

## 1. Fuller's theory of law: a connection between external and internal moralities of law

Fuller (1969, p. 106) defined law as “the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules”. This means that for him the law is an activity destined to fulfill the purpose of regulating the human conduct. In order to execute its purpose, there must be a substantial compliance of law-making with certain procedural principles, called the ‘principles of legality’.

There are eight principles: generality, publicity (promulgation), clarity, consistency (non-contradictory), possibility to obey, relatively constancy, prospectively and congruence between official action and declared rule.

The first desideratum is the generality, which, in Fuller's theory, means only that there must be a functioning system of rules. For him, “at a very minimum, there must be rules of some kind, however fair or unfair they may be” (FULLER, 1969, p. 47). On the other hand, the principle of fairness belongs to the external morality of law and it is not included in generality.

The second one, publicity or promulgation, states that as the citizen are entitled to know the law, it should be made available for those affected by them and subject to public criticism (FULLER, 1969, p. 51).

Clarity establishes that objectives should be converted into clearly stated rules. In order to do that, Fuller endorses the use of common sense standards and ordinary language in the lawmaking process (FULLER, 1969, p. 64).

Avoiding contradictions in a legal system is another main goal. It is easy to solve when it happens in a single enactment and only in a logic sense. However, it becomes more complex when contradictions arise in a legal system as a whole (FULLER, 1969, p. 68).

Possibility to obey implies that legal commands cannot require the impossible, they should be capable to being obeyed. Sometimes to apply an objective standard to particular individuals, such as that of ‘the reasonable man’, can result in imposing requirements that he is incapable of meeting, because of his specific circumstances (FULLER, 1969, p. 71-72). Fuller also observes that what is in fact impossible is determined by presuppositions about the nature of man and the universe. This understandings change through time and history. As they change, the law must be revised to ensure that it is not requiring the impossible (FULLER, 1969, p. 79).

The law must also have a constancy through time, which entails that it cannot be changed so frequently. Sudden changes in the law is also a concern of this principle (FULLER, 1969, p. 80). A legal system yet has to be mainly prospectively, since retrospective lawmaking is a problem of due process.

At last, there must be congruence “between the law as declared and as actually administered” (FULLER, 1969, p. 81). Congruence can be destroyed by mistaken interpretation, bribery, prejudice, inaccessibility of the law. The judiciary is usually entrusted with the task of preventing incongruence in official action. However, if to trust solely in courts for this function can be an ineffective way to correct power abuse (FULLER, 1969, 81-82).

Since Fuller underlies his legal system on these eight principles of legality, he has a purposive concept of law. This means that if a system fails by large to guide human conduct, it cannot be called a legal system (MEYERSON, 2007). Hence, these principles make the existence of a legal system possible and Fuller believes that they are the ‘inner morality of law’.

Therefore, he gives a moral dimension to these principles. He also argues that there is no law if they are substantially disobeyed. This means that he believes in an inseparable connection between law and morality. That is why he is classified as a natural law thinker, but, differently from classical theories<sup>220</sup>, he has a procedural approach.

Fuller’s (1969, p. 162) inner morality has an implicit view of man as a responsible agent, “capable of understanding and following rules, and

---

220. Classical natural law theories had a substantial approach, in defense of a higher form of law.

answerable for his defaults”, unlike the command theory<sup>221</sup>. In conclusion, a violation of the principles of legal morality goes against the view of man as a responsible agent (FULLER, 1969). That’s why these principles must be met in order to the legal system fulfill its purpose<sup>222</sup> and be compatible with human’s nature as a communicative being.

Furthermore, Fuller draws a distinction between the morality of duty and aspiration<sup>223</sup>. “Where the morality of aspiration starts at the top of human achievement, the morality of duty starts at the bottom.” (FULLER, 1969, p. 5). This means that the morality of aspiration a conception of the fullest realization of human powers. On the other hand, the morality of duty lay downs the basic rules of a ordered society.

The internal morality of law is qualified as a morality of aspiration,<sup>224</sup> because the principles of legality are a moral ideal to be followed as much as possible. In other words, the satisfaction of the inner morality is a matter of degree, variable in every context. For him, it is naïve to understand the law in terms of formal sources, because the classification of a rule as legal is a complex task, “capable of various degrees of success” (FULLER, 1969, p. 157).

As shown in Fuller’s statement, the internal morality is not enough to have law. There is also the external morality, related to the content of the substantive rules of law (TUCKER, 1965). In order to satisfy its demands, a rule of law must “promote the objectives of humankind” (TUCKER, 1965, p. 277). He argues that law cannot be built on law and therefore that “the authority to make law must be supported by moral attitudes that accord to it the competency it claims” (FULLER, 1958, p. 645).

The substantive aims of law are a concern of the external morality, related with a compliance of justice and welfare. Fuller recognizes that the external morality may change in different contexts. Consequently,

---

221. Command theory argues, among other things, that the acceptance of a rule is motivated by man’s fear of the sanction, which can be opposed to Fuller’s tacit cooperation thesis.

222. The legal system purposes is, for Fuller, to guide human conduct.

223. The former sets out the minimum moral standards of social living and the later is related to the notions of moral excellence that should be pursued (ideals).

224. With an exception of the principle of promulgation, related to a morality of duty (FULLER, 1969, p. 43).

“law must be sufficiently fluid to adjust to the dynamic nature of the human being” (TUCKER, 1965, p. 277).

Fuller believes in a close relationship between the internal and external moralities and that they have a reciprocally influence in each other. By conclusion, “the deterioration of the one will almost inevitably produce deterioration in the other.” (FULLER, 1958, p. 645). He only distinguishes them as a methodological strategy, but they remain connected by a natural affinity. Therefore, they are not essentially distinct<sup>225</sup>. Procedural means and substantive ends coincide as a practical matter (MOOTZ, 1999, p. 430).

In order to argue these deep reciprocal interdependence of the two moralities, Fuller gives the Nazi regime in Germany and the Apartheid regime in South Africa as examples. He argues that the substantive immoral ends of these regimes are deeply linked to the violation of the eight procedural desiderata (MOOTZ, 1999). Therefore, he concludes that they cannot be called legal system, as it departs by large from the inner morality of law. As a consequence, they depart from the external morality as well.

## 2. The Hart-Fuller debate: Hart’s challenge to Fuller’s theory

In the late 1960s, jurisprudence discussions were characterized by the beginning of the ongoing Hart-Fuller debate<sup>226</sup>. This represents the confrontation between positivism and natural-law theory, in new ways. Indeed, Hart and Fuller had different “starting points” (HART, 1965) and the debate was centrally focus on whether law and morality should be separate.

Hart says it is hard to call the principles of legality a form of morality, as these principles are “neutral as between good and evil substantive aims” (HART, 1965, p. 1289). In other words, it is possible to draft statutes that follow the eight canons even with evil goals; likewise, it is possible that morally good laws disobey the principles of legality. In conclusion, the principles of legality do not state moral standards by themselves

---

225. That is why Franklin J. Mootz (1999) says it is a conceptual rather than ontological distinction.

226. The Hart-Fuller debate, as well as the Hart-Dworkin debate are two of the most important legal theory discussions and still have practical effects nowadays.

and a compliance with them does not create laws automatically moral (DWORKIN, 1965, p. 674). In this context, Hart affirmed: “internal morality is compatible with very great iniquity” (HART, 1994, p. 207).

As shown by Hart, Fuller confuses the notions of purposive activity and morality; to be called moral, it is not enough that a system is guided by principles to a given end (purposive activity), but that this end is some ideal value to be pursued by human conduct (morality) – (HART, 1965, p. 1287). Hence, purposive activities, such as law-making process and also poisoning and blackmail (DWORKIN, 195, p. 676), have their own internal principles that enable them to achieve efficiently a purpose; however, these principles cannot be immediately called moral, only after a final judgment about the ends that they pursue.

Fuller’s (1969, p. 158-160) contra-argues that the Nazi regime, for example, frequently used secret laws because a published rule invites foreign criticism and citizens to judge its fairness. From this, he concludes that legislators answer more responsibly if they have to articulate and publish what they enact and therefore he establishes an affinity between legality (internal morality) and justice (external morality).

Hart (1965, p. 1288) answers that evil governments, such as Nazis, can use secret, retroactive and vague laws as a cover to their evil ends. However, this does not prove any necessary incompatibility between actions that follow the principles of legality and bad aims, it is only a matter of governmental strategy.

In his reply to Hart, Fuller (1958, p. 636) argues that coherence and goodness have more in common than coherence and evil and because of that, a legislator trying to make a rule with evil goals would have difficulties in making his laws clear. In his book, he gives racially discriminatory legislation in South Africa as an example of unclear rules<sup>227</sup> with evil ends (FULLER, 1969, p. 161).

About Fuller’s example of Apartheid rules, Hart (1965, p. 1287) argues that the fact that there is not a scientific basis of racial classification only shows that the principle of clarity “is incompatible with the pursuit of vaguely defined substantive aims, whether they are morally good or evil.”

---

227. He says that these rules had been risen “serious difficulties of interpretation” for the courts (FULLER, 1969, p. 161).

Thus, it becomes clear the example does not prove Fuller's argument that there is an intrinsic relation between clear laws and good ends.

Fuller (1969) declared that positivism falsifies the reality when defining law as "a manifested fact of social power" and by following positivist premises there is no reason to reject a legal system wholly retroactive. However, Hart shows that there is not any incompatibility between his concept of law<sup>228</sup> and his objection to a legal system completely retroactive. Positivists<sup>229</sup> defended that these principles should be followed to maximize the efficiency of the law-making activity, only they did not classify them as a form of morality, which was Fuller's biggest mistake.

The argument that the existence of a legal rule is a matter of degree (FULLER, 1969, p. 43) it is also problematic; the fact that a legal system follows in abundance the principles of legality does not make it more a legal system than other that just follows it in the minimum necessary to be called legal system<sup>230</sup>. Fuller's argument, that clarity and precision are ideals that can only be fulfilled by a degree, does not follow the statement that law is a matter of degree. Therefore, it is not possible to conclude that the Nazi system is "less law" than other legal systems based on the fact that had more retroactivity and secret laws (DWORKIN, 1965, p. 677).

The concepts and connections draw by Fuller of external and internal moralities are made to achieve his purpose of bringing back the natural-law belief in a relationship between law and morality and that any attempt of separating them is superficial and wrong. However, as shown by Hart (1958, p. 598), there are two main reasons to keep them apart. Firstly, the distinction is important to maintain the authority of the legal order, meaning that, rules of law could be disobeyed by large<sup>231</sup> based on moral grounds and dissolved legal authority; secondly, the risk of the existing law supplant morality test of conduct. An approach such as Fuller's confuses a powerful form of moral criticism (HART, 1958, p.

---

228. Hart's concept of law as the union of primary and secondary rules (HART, 1994, p. 94).

229. Hart quotes Bentham as an example Bentham, *Of Promulgation of the laws* (HART, 1965, p. 1291 and HART, 1958, p. 595).

230. In Dworkin's analogy, if a river is larger than other, this does not make the former more river than the later (DWORKIN, 1965, p. 677).

231. Bentham was talking here about an anarchist argument (HART, 1958, p. 598).

620) and could disable moral critique of the posited law (HART, 1958, p. 597); that is why morality should be an external check of a legal system.

In general words, Hart-Fuller debate could be summarized in the following statements. Hart believes that morality is not relevant to describe what the law is, rather than to what it should be. ‘What the law is’ is a matter of validity of the law and ‘what it morally ought to be’ is related to the evaluation of its moral content and whether one should be morally bound by them; these questions should be kept apart (HART, 1958, p. 599 and 626).

On the other hand, Fuller tried to argue that if the law does not follow the inner morality it can be denied the name of the law. He stated, “law is a precondition of good law” (FULLER, 1969, p. 155), meaning that it is only possible to give the name of law when the internal morality is followed and this is a pre-requisite to classify the law’s ends as good or bad. In other words, an external morality evaluation of law depends upon a compliance with the inner morality.

## Final comments

From what has been shown, it is not hard to conclude that Fuller’s principles of legality cannot be called moral, even in an ‘inner logic’ approach. They can express moral and immoral aims in the same extent, as argued by Hart.

This statement can be enlightened with a local example. In recent years, Brazilian legal system has been sustained by a number of ‘evil rules’, that could even be declared unconstitutional. Even though we experience legal problems in procedural matters, such as lack of publicity and clarity, incongruence and inconstancy, sometimes they come along with evil ends, but not always. On one hand, there are morally well-intentioned norms that cannot achieve their purposes because they distance from the so-called eight principles of legality. On the other hand, some morally wicked rules are clear, transparent and effective. The government uses strategies as marketing, fear and popular ignorance to convince or systematically brainwashing the citizen. In unstable and

recent democracies such as ours, the mechanisms to implement these rules are more smooth and not as drastic as in obvious authoritarian regimes.

Besides that, Fuller believed that the demonstration of the affinity between these 'two moralities', internal and external, justified his classification of the eight principles of legality as a form of procedural morality. However, when we deny to these canons the adjective of moral, Fuller's attempt to prove these connections falls apart. As a consequence, he was unable to confront the positivist assertion that law and morality are distinct (DWORKIN, 1965, p. 673). However, this claim was rediscussed in recent theories and questioned. Fuller's theory was a positive contribution to this process.

In terms of the Hart-Fuller debate, it seems to me that Hart was right to think that is better to define the legal system in non-moralistic terms and then subject it to moral critique. Therefore, the distinction between law and morality has some value (HART, 1958, p. 621), although this does not deny there are essential and necessary interceptions between law and morality.<sup>232</sup>

## Bibliography

DWORKIN, Ronald. Philosophy, Morality and Law – Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim. *Faculty Scholarship Series*, v. 113, p. 668-690, 1965. Available at: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3613](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3613). Accessed on: 10 March 2016.

FULLER, Lon L. Positivism and the Fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, n. 71, p. 630-672, 1958.

\_\_\_\_\_. *The Morality of Law*. Yale: Yale University Press, 1969.

FREEMAN, Michael. *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*. 8th edition, Sweet & Maxwell 2008.

---

232. Hart gives as examples the fact that morality has a major influence the development of a legal system and many legal rules have moral standards in its content (HART, 1958, p. 598).

- HART, Herbert. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, n. 4, v. 71, p. 593-630, 1958. Available at: <http://www.jstor.org/stable/1338225>. Accessed on: 14 March 2016.
- \_\_\_\_\_. *The Concept of Law*. 2nd edition, Oxford University Press, 1994.
- \_\_\_\_\_. The Morality of Law by Lon L. Fuller. *Harvard Law Review*, n. 6, v. 78, p. 1281-1296, 1965. Available at: < <http://www.jstor.org/stable/1338941>>. Accessed on: 19 March 2016.
- LACEY, Nicola. Out of the Witches' Cauldron?: Reinterpreting the Context and Re-assessing the Significance of the Hart-Fuller Debate. *Legal Research Paper Series*, n. 51, p. 1-45, 2012. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2126511>. Accessed on: 28 March 2016.
- MEYERSON, Denise. *Understanding Jurisprudence*. Routledge-Cavendish, 2007.
- MOOTZ, Francis. "Natural Law and the Cultivation of Legal Rhetoric" in WITTEVEEN, Willem J.; VAN DER BURG, Wibren (editors). *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional design*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 1999.
- RATNAPALA, Suri. *Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- SCHAUER, Frederick. Fuller on the Ontological Status of Law in WITTEVEEN, Willem J.; VAN DER BURG, Wibren (editors). *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional design*. Amsterdam: Amsterdam University Press, p. 124-142, 1999.
- TUCKER, Edwin. The Morality of Law by Lon L. Fuller. *Indiana Law Journal*, v. 40, p. 270-279, 1965. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol40/iss2/5>. Accessed on 30 March 2016.
- WACKS, Raymond. *Understanding Jurisprudence: an Introduction to Legal Theory*. 2nd edition, Oxford: Oxford University Press, 2005.

# A desconstrução do direito como possibilidade da justiça em Jacques Derrida

*Daniel Machado Gomes*

*Robson César Durão*

*Laíne Tavares Miranda*

## Introdução

Pascal escreve em seus *Pensées* que é justo que aquilo que é justo seja seguido, e que é necessário que o que é mais forte seja seguido. A partir do vínculo entre justiça e força apontado por Pascal, Derrida desenvolve uma série de reflexões sobre o direito, a justiça e a relação entre ambos. O presente artigo analisa estas ideias sustentadas por Derrida em sua obra “Força de Lei”, investigando a hipótese principal do trabalho, segundo a qual a desconstrução do direito assegura a possibilidade de justiça. No livro, inicialmente se questiona se a desconstrução do direito é admissível e se pretende apreender como a justiça é possível - entendida no sentido de respeito à singularidade do absolutamente outro. O principal objetivo do presente estudo é analisar a relação entre a desconstrução do direito e a possibilidade de justiça.

Assim, para introduzir o pensamento de Derrida, o texto traz primeiramente a compreensão do autor acerca da desconstrução e o contexto em que se insere, e nesse âmbito introduz a visão acerca do sistema de

diferenças (*différance*) e da concepção de rastro. Em seguida, na segunda seção, adentra-se no tema da desconstrução do direito, apreciando-se a relação entre lei e força bem como a concepção montaigniana de fundamento místico da lei. Na sequência, a terceira e última parte do artigo discute-se a possibilidade de justiça em decorrência da desconstrução do direito. Ao tratar da justiça, Derrida a relaciona com a ideia de respeito à singularidade do outro, esclarecendo ser impossível se desconstruir a própria justiça pela inviabilidade de desconstruir o outro, destacando que a própria desconstrução é a justiça.

## 1. Desconstrução e linguagem

A noção de desconstrução está presente em toda a obra do filósofo de origem argelina Jacques Derrida que trabalha com a reapreciação de textos prontos, promovendo a releitura de diversos filósofos, ou seja, parte-se de um texto alheio. Ao abordar a desconstrução, Derrida adota uma estratégia geral que indica a hierarquia intrínseca a toda dicotomia conceitual, evidenciando o que há de impositivo e conflitivo na universalidade dos conceitos.

Cabe ressaltar que no contexto da tradição ocidental, a desconstrução começa a ser pensada como a desconstrução do texto e para tanto Derrida considera o legado da tradição filosófica e da hegemonia universal do conceito, no sentido hegeliano, considerando, ainda, do ponto de vista linguístico, a visão estruturalista de Ferdinand Saussure (2006, p. 81), que entende que o signo é composto pelo binômio significado/significante, enquanto o significante se caracteriza pela grafia e pelo som da palavra, de modo que o significado remete a um objeto.

Entretanto, Derrida (2008, p. 16) esclarece que o signo no contexto de Saussure é essencialmente teológico, por pressupor uma perspectiva metafísica da linguagem, em que a língua sempre faz referência ao objeto enquanto tal. A desconstrução deve ser entendida como a emancipação da escritura que acarreta no significante do significante, ou seja, a linguagem como jogo de remetimentos de significantes sem significado.

É de se notar que a teoria linguística de Saussure acompanha o pensamento metafísico ocidental, na medida em que privilegia a fala em detrimento da escrita, ao compreender que é o som da palavra que

leva ao sentido, presentificando o significante. A escrita ocidental para Derrida é, pois, fonética, havendo um rebaixamento da escrita gráfica e evidenciando um fonocentrismo.

Consoante elucida Culler acerca dos movimentos estruturalistas e pós-estruturalistas:

Os estruturalistas tomam a linguística como modelo e tentam desenvolver “gramáticas” – sistemáticos inventários de elementos e suas possibilidades de combinação – que dariam conta da forma e do sentido de obras literárias; os pós-estruturalistas investigam o modo como esse projeto é subvertido pelas operações dos próprios textos. Os estruturalistas estão convencidos de que o conhecimento sistemático é possível; os pós-estruturalistas afirmam saber apenas das impossibilidades desse conhecimento (CULLER, 1997, p. XXXX).

Derrida em sua obra desenvolve uma leitura elucidativa sobre a tradição do pensamento no Ocidente, destacando que a escrita se efetiva a partir daquilo que já foi feito antes. Ele destaca nessa tradição, que remonta aos gregos e se caracteriza por dar sentido aos opostos, uma dificuldade, em específico no que se refere à dicotomia entre a presença, enquanto o que tem que ser, e a ausência, como o que não tem que ser.

A partir de então, Derrida reflete sobre o processo de desconstrução que, conforme elucida Meneses:

[...] ela mesma é a exterioridade, dado que o vestígio produz os opostos, sendo desde fora irreduzível, enquanto deslocaliza a mesma condição de possibilidade dos contrários. A descrição aparece como uma reinscrição da Metafísica na fenomenologia, bem como a sua tradução (Sallis, 1987: XV). Porém, segundo a nossa leitura, será “ouvir a palavra”. A desconstrução será uma “audição da palavra” e uma reelaboração da palavra. A desconstrução, segundo a nossa posição, será abrir e/ou fechar a Palavra, no discurso e na linguagem (MENEZES, 2013, p. 181).

A própria palavra “desconstrução” remete à ideia de desorganizar a estrutura, no intuito de abalar o discurso dialético-metafísico, que tem seu

primado na construção do pensamento ocidental, que, por sua vez, não passa de um discurso e, pois, de uma estrutura. Nesse ponto esclarece Deleuze

Na verdade, só há estrutura daquilo que é linguagem, nem que seja uma linguagem esotérica ou mesmo não-verbal. Só há estrutura do inconsciente à medida que o inconsciente fala e é linguagem. Só há estrutura dos corpos à medida que se julga que os corpos falam com uma linguagem que é a dos sintomas. As próprias coisas só têm estrutura à medida que mantêm um discurso silencioso, que é a linguagem dos signos (DELEUZE, 2006, p. 222).

Vale enfatizar que, sob a ótica de Derrida, conforme a orientação ocidental, a dicotomia presença/ausência visualiza a ideia de presença como algo superior à ausência, numa espécie de logocentrismo da presença. Derrida, por sua vez, não se posiciona contrário à presença, mas reconhece que existem alguns aspectos da realidade que fogem à lógica presente/ausente, situações em que a presença e a ausência podem ser concomitantes e nesse sentido é que propõe a reelaboração das palavras. Para Meneses, Derrida sustenta que:

[...] desconstruir a oposição significa, num dado momento, inverter a hierarquia. Esquecer esta fase de inversão será ignorar a estrutura conflitual da oposição. Significa, pois, passar demasiado depressa sem se deter sobre a oposição anterior, a uma neutralização que, praticamente, deixaria o campo anterior no seu estado e privar-se-ia, eficazmente, de todo o meio para o interior. Esta característica da “desconstrução” revela um papel significativo na “alteridade” do processo. Derrida indica que a desconstrução será, essencialmente, substituível dentro de uma cadeia de substituições, frisando que a palavra “desconstrução”, de forma idêntica a outras, não possui mais valor do que a que lhe confere a sua inscrição. Numa cadeia de substituições possíveis, denomina-se “contexto”. Tendo sido perguntado a Derrida, numa ocasião, sobre se o termo “desconstrução” designava o seu projecto fenomenológico fundamental, respondeu que nunca tinha tido um projecto fundamental (MENESES, 2013, p. 183).

Consoante explica Derrida, todo sentido da linguagem é definido em binômios opostos e por conta disso, na realidade, não se sabe o signifi-

cado das palavras, porém se conhece a palavra pela sua oposição, não sendo possível explicar o verdadeiro sentido das coisas. O sentido mesmo das coisas, enquanto significado, ninguém acessa na linguagem, pois se está o tempo todo trabalhando com esses opostos.

Portanto, é importante esclarecer que o significante somente atua como unidade de significação dentro da frase no interior de um sistema linguístico e essa dinâmica se dá por diferenças entre significantes, e não propriamente pelo significado. Assim, não existe significado nem significante em si, mas um sistema de diferenças que Derrida nomeia de *différance*. A linguagem não presentifica significados que lhe são anteriores e nos quais se fundamenta, contudo ela se estabelece por um jogo de remetimentos em que só se exprime o que não é o significado. A expressão *différance* indica a infecção da presença pela não-presença que atinge sobretudo o texto, segundo Rachel Nigro (2004, p. 96).

Destaca-se que esse sistema de diferenças proposto por Derrida é a base para o seu conceito de escritura, rompendo com o sistema de significante e significado de Saussure. Dessa forma, Derrida substitui a expressão signo pela expressão rastro (*trace*), na medida em que, numa cadeia discursiva, cada termo traz consigo o rastro de todos os outros termos que não ele próprio. O rastro enquanto tal não existe, não possui uma essência, pois ele se constitui do efeito do sistema de diferenças.

## 2. Desconstrução do direito

No campo do direito, a justiça é que vai assumir esse papel da *différance*. Derrida afirma que toda a filosofia tradicional está calcada na presença, no sentido de ter e ser. Nesse viés, conforme o filósofo, para se pensar a desconstrução do direito, é preciso assumir três premissas, indicadas na obra “Força de lei”: a desconstrutibilidade do direito, enquanto sistema de leis e instituições jurídicas; a indesconstrutibilidade da justiça; a injunção necessária entre direito e justiça, no sentido de que não é possível fugir dessa injunção, que ocorrerá automaticamente (DERRIDA, 2010, p. 27).

Evidencia-se, pois, que Derrida primeiro pretende desconstruir o direito, mas reconhece que a justiça é indesconstrutível e que há uma inevitável injunção entre direito e justiça. Essas três premissas de desconstru-

ção do direito somente podem ser estudadas em conjunto, havendo uma profusão de aporias no direito, não se apresentando uma solução única e definitiva. No que tange à desconstrução do direito, Derrida elucida esse ponto citando a expressão de autoria de Michel de Montaigne, consistente no “fundamento místico da autoridade das leis”, no sentido de que:

[...] a justiça do direito, a justiça como direito não é a justiça. As leis não são justas como leis. Não obedecemos a elas porque são justas, mas porque têm autoridade (...) a autoridade das leis repousa apenas no crédito que lhe concedemos. Nelas acreditamos, eis seu único fundamento. Esse ato de fé não é um fundamento ontológico ou racional (DERRIDA, 2010, p. 21).

Isso significa que as leis não têm nenhum fundamento específico, e o direito representa exatamente a força do Estado. Nesse sentido, o espaço do direito é constituído sob um discurso, imiscuído por fundamentos aparentemente estáveis. É preciso compreender a desconstrução do direito, portanto, como um movimento teórico que assume o rastro, a diferença, a singularidade e o dever de sua própria teoria.

Segundo Derrida, o “fundamento místico” indica um silêncio sobre a violência do ato fundador da autoridade e da lei. Ele entende o vocábulo “místico” em um sentido wittgensteiniano, segundo o qual a origem da autoridade e a fundação da lei não podem se apoiar senão sobre elas mesmas por serem destituídas de fundamento. O Direito se apresenta, pois, essencialmente desconstrutível, já que o seu fundamento último não é fundado, o que também viabiliza muitas possibilidades de progresso histórico.

Em sua obra “Força de Lei” (2010), a preocupação de Derrida é expor a estrutura jurídica em sua performatividade, ou seja, naquilo que não é justo ou injusto, verdadeiro ou falso, mas que possibilita o julgamento do julgamento. Há de se depreender que a violência não é estranha à lei e não consiste em exercer a força para obter um determinado resultado. A violência ameaça ou até destrói determinada ordem jurídica, como acontece no exercício dos direitos de greve e de guerra. A “força de lei” nos lembra que não há Direito que não implique na possibilidade de ser aplicado pela força, que pode ser direta ou indireta, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou discursiva (hermenêutica), coercitiva ou reguladora.

O filósofo Jacques Derrida (2010, p. 10) analisa o termo alemão “*Gewalt*”, que traduz, a um só tempo, força e poder/autoridade, e se depara com a dificuldade de distinguir a força de lei de um poder legítimo e a violência pretensamente originária que precisou instaurar essa autoridade, denominada força da lei, no sentido de coerção. Enfatiza que a autoridade inaugural não gozava de qualquer legitimidade anterior, não podendo se definir, naquele momento, se se tratava de uma autoridade legal ou ilegal e aí visualiza tão somente a força da lei.

Na expressão inglesa “*to enforce the law*”, o filósofo (DERRIDA, 2010, p. 17) destaca a lembrança de que se a justiça não é necessariamente o direito ou a lei, ela só pode se transformar em justiça por direito ou em direito quando detém a força, ou quando recorre à força desde o início. Nesse contexto, observa, citando Pascal, que “a justiça sem a força é impotente; a força sem a justiça é tirânica” (2005, p. 470 apud DERRIDA, 2010, p. 19).

Derrida (2010, p. 11) reconhece, em textos desconstrucionistas, inclusive de sua autoria, a dificuldade de definir a palavra força, esclarecendo que nos textos que redigiu se referiu à ideia de força diferencial (*différance*), no sentido da relação da força com a forma e com a significação, uma força “performativa”, persuasiva, de retórica.

Em seus estudos, Derrida estabelece a distinção entre força de lei, que se refere à noção de normatividade, de legitimidade, e força da lei, que se relaciona à violência do Estado. E em seguida afirma que a força de lei nada mais é do que a força da lei, e aí compreende o direito enquanto passível de desconstrução, afirmando que o texto do direito é o da força, da violência. O que caracteriza o direito é exatamente o fundamento místico da autoridade, o poder e a força do Estado, não havendo nenhum pressuposto pré-determinado para fundamentar o direito.

Derrida se coloca como crítico da força que o direito muitas vezes se vale para defender um *status quo*, uma classe, um grupo, ou até o próprio Estado. Contudo, apesar da possibilidade de desconstrução do direito, compreende ser necessário se considerar um outro aspecto, que é exatamente o da justiça. A estrutura do direito é levada a se relacionar com a justiça, que vai para além do direito. E a justiça, por sua vez, não pode ser desconstruída.

### 3. A possibilidade de justiça

Jacques Derrida destaca a dificuldade de definição da palavra “justiça” em relação à dupla afirmação dos discursos, enfatizando que “o dom para além da troca e da distribuição, o indecível, o incomensurável ou incalculável, sobre a singularidade, a diferença e a heterogeneidade são também, de ponta a ponta, discursos pelo menos oblíquos sobre a justiça.” (DERRIDA, 2010, p. 12). Nesse ponto, Derrida (2010, p. 13) ressalta que o seu objetivo é justamente desconstruir os paradoxos de valores entre direito e moral e as interpretações daí decorrentes, para, assim, lançar um questionamento sobre os fundamentos do direito, da moral e da política.

É notório que, para Derrida, a justiça é indesconstrutível, já que é concebida como dom sem cálculo e sem regra, mas admite que toda afirmação de presença da justiça pode ser desconstruída. Enfatiza-se que a desconstrução tem como característica precípua uma atitude manifestada na responsabilidade por leis mais justas em nome da justiça, de modo que o Direito, em consequência, se realiza com a visão de hospitalidade indesconstrutível para com a singularidade do absolutamente outro. Esta justiça não se confunde com o Direito.

Cabe mencionar, pois, que, consoante Derrida, a justiça não pode ser desconstruída e por conta disso ele conclui que a justiça é a própria desconstrução. O raciocínio que segue é no sentido de que nenhum conceito tem uma essência que não pode ser tocada, somente a própria desconstrução não pode ser desconstruída, e todo o resto pode ser desconstruído, porque tudo é texto.

Para a filosofia ocidental o direito e a justiça são termos que se identificam, de modo que falar de justiça remete ao direito que a viabiliza; dizer a lei é fazer a justiça. Entretanto, a questão paira na dúvida de que a lei sempre expressará o justo. Na ótica de Derrida, dentro de um jogo de forças do direito, a justiça é o momento de colapso da jogatina, não sendo possível se jogar mais da mesma forma.

Assim, Derrida indica um silogismo para a sua argumentação, apresentando, em conclusão, uma contradição, concernente à experiência do impossível ou experiência da aporia, no sentido de que a justiça seria a experiência daquilo que não se pode experimentar:

1. A desconstrutibilidade do direito (por exemplo) torna a desconstrução possível.
2. A indesconstrutibilidade da justiça torna a desconstrução possível, confunde-se mesmo com ela.
3. Consequência: a desconstrução tem lugar no intervalo que separa a indesconstrutibilidade da justiça e a desconstrutibilidade do direito. Ela é possível como uma experiência do impossível, aí onde, mesmo se ela não existe, se não está presente, ainda não ou jamais, há justiça. Por todo o lado em que se pode substituir, traduzir, determinar o X da justiça, dever-se-ia dizer: a desconstrução é possível como impossível, na medida (aí) em que há X (indesconstrutível), portanto na medida (aí) em que há o indesconstrutível (DERRIDA, 2010, p. 27).

Promove-se, desse modo, nova interpretação aos conceitos de direito e justiça, sem romper com a tradição ocidental, mas enfatizando que a relação entre os conceitos se fundamenta justamente na diferença (*différance*) entre eles.

Nesse íterim, a reflexão sobre a desconstrução e a justiça faz emergir o tema da indecidibilidade. Indecidível, nas palavras de Derrida, “é a experiência daquilo que, estranho, heterogêneo à ordem do calculável e da regra, deve entretanto – é de dever que é preciso falar – entregar-se à decisão impossível, levando em conta o direito e a regra” (DERRIDA, 2010, p. 46).

Na esteira do pensamento de Kierkegaard, o instante da decisão justa será sempre um ato de loucura, porque importa na busca da decisão mais correta, apesar da falta de fundamentos apodícticos para estabelecer o juízo (DERRIDA, 2010, p. 52). Diante da aporia, a justiça emerge como indecidível, tal qual na tragédia Eumênides, de Ésquilo, em que Oreste é julgado pelo matricídio que vinga a morte de seu pai.

A questão que se coloca é como o direito pode ser lei, criando um plano de abstração, e ao mesmo tempo se relacionar com as individualidades. Conforme reflete Derrida, quando se desconstrói o direito, criando uma lei nova, seja ampliando ou reduzindo a proteção, há aí uma absorção do direito por mais formas de alteridade, dando voz ao outro.

Esse movimento de desconstrução do direito se evidencia na sentença judicial, que é o momento em que a norma, no campo da abstra-

ção, precisa negociar com o concreto, que é exatamente o outro, o ser humano, que espera uma solução do Estado. Para o direito ser direito, é preciso assumir essa possibilidade de relação com a singularidade e é exatamente isso que Derrida chama de justiça.

A desconstrução do direito significa enxergar o direito como um plano textual, um objeto desconstrutível, mas justamente porque está negociando com as singularidades, com a justiça. Assim, o direito não pode deixar de negociar com a justiça, enquanto singularidades às quais a lei se destina.

O direito, pois, não é uma técnica, mas sim uma constatação de que está num plano daquilo que é construído pelo homem, não possuindo uma ligação defensável com nenhuma metafísica, mas sim sendo uma literatura, uma construção linguística e possuindo fundamento místico.

Contudo, o direito é chamado desde o início, desde a elaboração da lei, a negociar para as singularidades, e daí se observa um movimento interno entre o plano geral, da lei, da abstração, e o outro plano, o da justiça, o da singularidade do outro, sendo este o suporte de validade do direito.

Vale enfatizar que a desconstrução não é uma destruição. Não é porque se tem o aspecto de flexibilização do direito, que se é possível afirmar que o direito é a justiça, do ponto de vista da presença/ausência. O direito é um texto, não sendo a justiça, apesar de estar o tempo inteiro se movimentando em direção à justiça. A justiça não está ausente nem presente no direito. Não é possível dizer que uma determinada lei faz absoluta justiça a determinado indivíduo, nem que faz total injustiça a determinado indivíduo. Isso porque há aspectos da realidade que não entram nessa lógica do presente/ausente, e a justiça deve ser considerada nesse aspecto, pois é um movimento em direção ao outro.

## Conclusão

No decorrer deste artigo foi apresentada a desconstrução do direito e a sua relação com a indesejabilidade da justiça sob a ótica de Jacques Derrida. Para tanto, apreciou-se inicialmente a concepção de desconstrução da linguagem como proposta de rompimento com o estruturalismo pautado na visão de oposições. Em seguida, explicitou-se a proposta de Derrida acerca de um sistema de diferenças que supera a noção de signo-

-significante-significado, substituindo esta noção pela de rastro, no intuito de romper com a cadeia de linguagem pautada na relação de opostos.

O texto abordou as considerações de Derrida acerca da relação existente entre direito e força, bem como as convergências/divergências entre as expressões força de lei e força da lei. Derrida trabalha com a expressão “fundamento místico da autoridade das leis”, cunhada por Michel de Montaigne, para indicar que o Direito está estritamente relacionado com o exercício da força, por não possuir um fundamento último que não metafísico e é justamente nesse ponto que Derrida evidencia a possibilidade de desconstrução do direito.

Em contrapartida, Derrida demonstra que a desconstrução do direito é que traz a possibilidade de justiça por se referir à singularidade do absolutamente outro. Conclui-se, pois, que a justiça é a própria desconstrução, uma vez que diz respeito ao outro e à alteridade, conceitos estes a respeito dos quais não se admite a desconstrução.

## Referências Bibliográficas

- CULLER, J. Sobre a desconstrução: teoria e crítica do pós-estruturalismo. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.
- DELEUZE, G. Em que se pode reconhecer o estruturalismo? In. A ilha deserta. E outros textos. São Paulo: Iluminuras. 2006.
- DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. Trad. de Miriam Chainerman e Renato Janine. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Força de Lei: O “Fundamento Místico da Autoridade”*. Trad de Leyla Perrone- Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- MENESES, Ramiro Délio Borges de. A desconstrução em Jacques Derrida: o que é e o que não é pela estratégia. *Universitas Philosophica* 60, Año 30, enero-junio 2013: 177-204 – ISSN 0120-5323



# A constitucionalização do direito ordinário: uma releitura do fenômeno à luz do neoconstitucionalismo

*Jaime Leônidas Miranda Alves.*

## Introdução

A constitucionalização do direito ordinário é uma das grandes características do neoconstitucionalismo e consiste na previsão, dentro da Constituição, de matéria que, até então, era tipicamente cuidada pela legislação infraconstitucional. Em frase clássica de Barroso (2005, p. 36) tem-se que “a catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio”.

A constitucionalização do direito ordinário significa pensar o direito infraconstitucional tratado pela Constituição, mas mais que isso: não se resume em analisar as regras topograficamente alocadas na Constituição acerca dos ramos de direito ordinário; mas, para além, significa traçar uma interpretação conforme valores e postulados caros à nova ordem jurídica para todas as disposições legais.

Para Nojiri (2012, p. 90), a constitucionalização do direito ordinário veio como consequência do reconhecimento não apenas da supremacia formal da Constituição, mas também de uma superioridade material, de cunho axiológico e dirigente.

De forma sintética, analisar-se-á algumas implicações da constitucionalização nos diversos ramos do direito, sem, contudo, esgotar o tema.

## 1 A constitucionalização do Direito Civil

O direito civil observou um deslocamento do centro normativo na medida em que o velho Código Civil deixou de iluminar, sob uma perspectiva tradicionalista, os valores desse ramo. Esse deslocamento funcionou como uma verdadeira remodelação do direito privado no intuito de que suas instituições se adequassem à realidade e ao projeto social pensado pelo constituinte de 1988.

A esse respeito, entende-se que o Código Civil de 2002 ficou aquém no que se refere ao alicerçamento do Direito Privado, sendo certo que, viu-se um processo de descodificação, marcado pelo advento de microsistemas legislativos, compreendida como uma tendência de evolução do direito em um movimento pós-guerra mundial de fuga dos códigos.

A perspectiva civil-constitucional surge, nesse diapasão, como mudança de paradigma e alternativa para a reunificação do sistema, interpretando todo o direito civil, à luz da Constituição. Por consequência, as Constituições passaram a definir os princípios básicos da vida social e a proclamação das regras fundamentais da ordem jurídica, comuns aos vários ramos do direito.

Surge, portanto, uma nova espécie de positivismo, com a adoção da perspectiva constitucional, a qual impõe ao intérprete a tarefa de reordenar valorativamente o Direito Civil, como protagonista da reconstrução do sistema jurídico, não mais centrado no Código, mas na Constituição.

Como consequência da constitucionalização do direito civil pode-se apontar uma modificação de paradigma a partir do advento de tendências de repersonalização. Explica-se: o Código Civil foi pensado sob uma tônica liberal, visto que a propriedade era tida como valor necessário para a realização da pessoa, de modo que sob ela gravitavam os demais interesses privados.

Toda a tutela civil, nessa esteira, era estruturada sob a ótica do patrimônio, sendo que os principais institutos do Código Civil de 1916 eram justamente a propriedade e o contrato, que consistem, de modo simplório, na riqueza e no modo de sua circulação.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve especial preocupação com a pessoa, fazendo com que se elevasse os debates em torno da proteção da dignidade da pessoa humana, que passou a fundamentar todo o ordenamento jurídico (art. 1º,III,CF).

Nesse sentido, tem-se que a repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.

Esse novo paradigma serviu para inspirar toda a construção do Código Civil de 2002, que preteriu a individualidade pela socialidade, eticidade e operabilidade. Com efeito, a socialidade, ainda comentando acerca do anteprojeto representa, justamente, o mister de superar de vez o individualismo.

A socialidade é sentida, especialmente, no direito contratual, na medida em que trouxe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 170, *caput*, o princípio da função social do contrato conciliando, assim, a livre iniciativa e a justiça social.

A função social do contrato tem por matiz a limitação da autonomia da vontade de modo que não pode haver ajuste que vá de encontro ao interesse social. A liberdade de contratar passa a ser mitigada, sendo perfeitamente lícito uma vedação jurídica de contratar se o objeto do ajusto contraria o interesse da coletividade. Trata-se de mais uma vertente do instituto clássico dos contratos, que deve se aliar e complementar a sua função econômica, visto que tradicionalmente eram os contratos tidos apenas como instrumento de circulação de riquezas e obrigações. Hoje, sob a perspectiva de constitucionalização do direito ordinário, o contrato deve fazer circular não apenas riquezas ou obrigações, mas também aqueles interesses que o constituinte entendeu por bem resguardar.

Ademais, o Código Civil de 2002 veio, no plano infraconstitucional, consagrar a função social do contrato a estabelecer que “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*” Nota-se que por este dispositivo, subordina-se a liberdade contratual à sua função social, prevalecendo os princípios condizentes com a ordem pública.

A constitucionalização do direito ordinário também alcançou o campo obrigacional, na medida em que se deixou de lado o conceito estático de obrigação, passando-se a pensar nesta como uma relação de coope-

ração entre as partes voltada ao adimplemento. A obrigação vista como processo significa trazer à tona os conceitos de deveres anexos e de função social, o que espelha a influência exercida pela eticidade e socialidade.

Os deveres anexos representam um conjunto de obrigações de conduta e direitos de formação a serem adotadas pelas partes e terceiros durante todas as fases da obrigação, consistentes em deveres de cooperação e lealdade, de modo que sobre a relação obrigacional urge uma leitura a partir da regra da boa-fé objetiva.

No que tange à função social da relação obrigacional, a doutrina civilista, a aponta para a superação da perspectiva tradicional de obrigação como subordinação do devedor ao credor com vias ao adimplemento. Atualmente, a função social impõe uma limitação intransponível ao vínculo obrigacional, qual seja, o comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade do credor e do devedor.

Sobre o direito das coisas, imperioso o aprofundamento do princípio da função social da propriedade, desdobramento natural de um Estado que se pretende Social e Democrático de Direito. Conforme lição de Aronne (2013) a função social da propriedade, constitucionalmente assentada no art. 5º, XXIII, CF vem com o intuito de concretizar a dignidade humana (XXIII - *a propriedade atenderá a sua função social*). “Para além da proteção singular ou egoística do indivíduo, tal princípio conclama à compreensão intersubjetiva do sujeito em sua inserção e contextualização social, para realização (Aronne, 2013, p. 178).

Enquanto densificador dos postulados constitucionais, a função social da propriedade veio como instrumento desse movimento de “repersonalização do direito privado”, de modo a assegurar que configure o ser humano o fim e não o meio do Direito (e do mercado).

Nesse diapasão, sob a tônica do princípio da igualdade material aplicado ao direito das coisas, tem-se que a função social da propriedade impõe ao intérprete otimizar as titularidades na tutela dos interesses extratitulares. Vale dizer, significa limitar, sob o discurso do interesse público, a utilização da propriedade, fazendo sobre ela surgir um conceito dinâmico.

Sobre a tutela da propriedade, observa-se, tanto no texto constitucional, como na legislação infraconstitucional, a exemplo do Código Civil e

do Estatuto das Cidades, institutos como a usucapião e a desapropriação para reforça agrária e como instrumento de política urbana.

Ademais, de modo a garantir a máxima efetividade da função social da propriedade, o STF tem adotado uma posição ativista, partindo da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de modo a concretizar os postulados constitucionais.

No que concerne à consagração constitucional do direito de família, este que classicamente é o mais íntimo e pessoal dos ramos do direito civil, pode-se citar a construção teórico-epistemológica de diversos princípios informadores, a exemplo do princípio da solidariedade familiar (art. 3º,I, CF - I - construir uma sociedade livre, justa e solidária), igualdade entre os filhos (art. 227,§6º,CF - § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação; e art. 1.596, CC - dentre outros.

Nesse cenário, o direito de família, passou a se configurar como direito das famílias, na medida em que, a partir do reconhecimento jurídico do afeto como elemento constitutivo da entidade familiar, passou-se a admitir a existência dos diversos tipos de organização familiar, algo que cada dia mais avança sob a perspectiva da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

As famílias, por fim merece ser destacado, são compreendidas sob uma perspectiva plural e democrática, vencido o patriarcado de maneira a adequar e conferir legitimidade jurídica à realidade social da pós-modernidade, fenômeno que também pode ser observado no direito das sucessões, que como principal reflexo da constitucionalização, tem a igualdade jurídica entre filhos.

## 2. A constitucionalização do Direito Administrativo

Encerrada a discussão dos contornos principais da constitucionalização sobre o direito civil, volta-se a Barroso (2005) para a análise do fenômeno à luz do direito administrativo.

Para Barroso (2005), três são os conjuntos de circunstâncias a serem considerados no estudo da constitucionalização do direito administrativo, abarcando a) a existência de considerável número de normas cons-

titucionais disciplinando a Administração Pública; b) as transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos trinta anos; c) o reflexo dos princípios constitucionais sobre o direito administrativo.

- a) Teve início com as Constituições italiana e alemã a previsão de substancial quantidade de dispositivos cuidando da Administração Pública, sendo seguido pelos constituintes espanhol e portugueses. Tal fenômeno é repetido na Constituição Federal de 1988 que detalha extensivamente a matéria (CAPÍTULO VII – Da Administração Pública), criando verdadeiro “estatuto dos servidores públicos” (BARROSO, 2005), separando de forma eficiente a função administrativa da atividade política de governo e prevendo expressamente os princípios que devem informar toda prática administrativa que, após a Emenda Constitucional nº19/98 passou a conter os seguintes: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.
- b) A Constituição Federal foi responsável, ainda, por apontar o novo perfil a ser adotado pelo Estado Brasileiro no que se refere à prestação de serviços públicos, fim de consagrar o modelo Social, bem como à execução apenas indireta da atividade econômica, o que, veio no mister de garantir uma prática liberal no mercado, cabendo *a priori* ao Estado apenas regular as relações econômicas.

Como consectário lógico desse novo perfil constitucional surgiram tensões permanentes entre a tutela dos direitos sociais e o capitalismo, o que acabou por justificar um conjunto de reformas econômicas que buscaram extinguir ou reduzir restrições ao capital estrangeiro, flexibilizar os monopólios estatais e promover a desestatização, surgindo as Agências Reguladoras de modo a instrumentalizar a atividade econômica do Estado, agora eminentemente fiscalizador.

- c) Essencial no movimento de constitucionalização do direito administrativo foi a nova exegese conferida a toda a atividade da Administração Pública, partindo da incidência dos princípios constitucionais e da necessária vinculação do administrador com

os ideais da dignidade da pessoa humana e da preservação dos direitos fundamentais. A esse respeito, o novo paradigma desse direito administrativo constitucional que se propõe se sustenta a partir de três balizas, essenciais na superação do paradigma clássico de direito administrativo: c1) a reconstrução do postulado da supremacia do interesse público sobre o privado; c2) a vinculação direta do Administrador às novas constitucionais; c3) a possibilidade de controle judicial do mérito.

- c1) A supremacia do interesse público sobre o privado sempre foi apontada pelos administrativistas como característica clássica desse ramo do direito público. Com efeito, toda a construção teórica dos institutos do direito administrativo teve por base a pretensa supremacia do interesse público sobre o privado, conforme revela

Carvalho Filho (2006, p. 24-25):

Não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o Welfare State (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais.

É o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que classicamente justifica o conjunto de prerrogativas e privilégios que possui a Administração Pública. Contudo, a partir do advento do neoconstitucionalismo e, especialmente, da prevalência da teoria da máxima efetividade dos direitos fundamentais, esse entendimento passou a ser questionado por administrativistas modernos, a exemplo de Justen Filho (2005) e Binebojm (2010), fazendo surgir um novo paradigma principiológico.

Para Justen Filho (2005) deve-se ter cautela ao justificar a atuação administrativa em distinguir interesse público com o interesse do Estado – como interesse da administração pública. Para o autor, a dificuldade em utilizar da supremacia do interesse público como princípio justificante e informador do direito administrativo remonta à sua imprecisão conceitual. Com efeito, não se pode reduzir interesse público ao interesse da maioria, na medida em que se reconhece nas democracias constitucionais a defesa dos interesses contramajoritários. Dessa forma, correto seria não pensar em uma supremacia de interesse público, visto que não há, para o autor, propriamente um interesse público, mas interesses plurais, de modo que deve a atividade administrativa ser orientada pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, coletivos ou de expressão difusa. Essa fluidez conceitual pode dar margem ao cometimento de arbitrariedades protegidas sob o manto da defesa do interesse público, algo incompatível em se tratando de um Estado Democrático de Direito.

O abandono teórico da supremacia do interesse público pelo privado também é defendido por Binebojm (2010), sustentando verdadeira incompatibilidade com o ordenamento constitucional brasileiro, tendo em vista que o princípio despreza a essencialidade atribuída aos direitos fundamentais pela Constituição Federal.

Sustenta ainda Binenojm (2010) que a supremacia do interesse público sobre o privado não possui estrutura normativa de princípio, visto que não admite ponderações com outros valores constitucionais e, como visto, a possibilidade de ponderação – seja sob uma perspectiva alexyana ou dworkiniana – é elemento imanente dos princípios que se pretendem norma de direito.

Destaca, ainda, que toda a compreensão acerca do princípio em tela enseja pensar em interesses público como antagônico ao privado, devendo este ser preterido em razão daquele. Ocorre, todavia, que a melhor compreensão de interesse privado é aquele que socorre os interesses individuais da coletividade sob um prisma da solidariedade, não havendo que se falar em prejudicialidade ou antagonismo, mas sim em complementação.

- c2) A leitura clássica do princípio da legalidade, segundo Barroso (2005), implicava numa exegese restrita de vinculação do admi-

nistrador apenas à lei, servindo a Constituição apenas de ideal a ser perseguido. Esse entendimento, contudo, deixou de prevalecer a partir do reconhecimento da força normativa da Constituição que, como visto, serve de parâmetro para atuação do Poder Público, que está diretamente vinculado aos seus dispositivos, independentemente de previsão legal. “O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem” (BARROSO, 2005, p. 32).

- c3) Classicamente, ao Poder Judiciário era permitido apenas o controle da legalidade do ato administrativo. Todavia, tendo em vista a compreensão dos princípios constitucionais como regras vinculantes, hoje admite-se o controle de mérito do ato administrativo por parte do Judiciário na medida nas hipóteses em que se verifica violação a princípios constitucionais, como a moralidade e a eficiência, mas especificamente a razoabilidade e a proporcionalidade. Há de se destacar, todavia, que o controle de mérito se limita à análise da conformidade com os princípios constitucionais acima expostos, não cabendo ao magistrado adentrar na esfera de discricionariedade política, sob pena do surgimento de decisões solipsistas.

### 3. A constitucionalização do Direito Penal

Apontados os principais reflexos da constitucionalização do direito administrativo, prossegue-se no estudo do neoconstitucionalismo tendo a tônica, agora, migrado para o direito penal.

Nesse sentido, partindo da função do direito penal como sendo a de proteger os bens jurídicos considerados essenciais à condição humana, que se dá pela tipificação de condutas consideradas como nocivas à sociedade e estipulação de sanções, a essas sanções devem ser estabelecidas condições mínimas, visto que aquele que delinque continua sujeito de direitos fundamentais.

A principal característica da constitucionalização do direito penal é, portanto, a existência de amplo catálogo de garantias do agente delitivo previsto no art. 5º, CF. Em razão disso é que se pode perceber um diálogo entre o direito penal e o direito constitucional, na medida em que “uma tal relação funcional está logicamente associada à vinculação existente entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos” (FELDENS, 2007, p. 834).

Conforme discorrem Santos e Silva (2013), a partir do neoconstitucionalismo, a Constituição passou a exercer importante papel na limitação do poder punitivo estatal, ao trazer mandados de (des)criminalização e (des)penalização. Dentre estes, se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana – art. 1º, inciso III; da legalidade – art. 5º, inciso XXXIX e da culpabilidade – art. 5º, inciso LVII, que formam um tripé estruturante do sistema constitucional penal.

É a partir dessas garantias constitucionais mínimas que se revisita a legalidade penal, que encerra em seu conceito um microsistema de proteção constitucional e infraconstitucional. Dentro da esfera de proteção contida na legalidade, cita-se os princípios da irretroatividade da lei penal, da insignificância, adequação social, ofensividade, intervenção mínima, alteridade e exclusiva proteção de bens jurídica.

Pode-se perceber, nesse sentido, que a legalidade se configura como instrumento metodológico do neoconstitucionalismo a validar e garantir o direito penal constitucional. Assegurar no caso concreto a legalidade implica em necessária filtragem constitucional, assegurando um direito penal em conformidade com a realidade normativa mas, especialmente, com uma análise axiológica a partir da Constituição

A Constituição Federal impacta diretamente a validade e a interpretação das normas de direito penal e, mais que isso, impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas – mandados de criminalização – ao passo em que impede a criminalização de outras – mandados de descriminalização.

A necessária interpretação do direito penal conforme a Constituição implica no debate doutrinário acerca do direito das penas, de modo que a pena privativa de liberdade deveria ser empregada apenas em hipóteses extremas, na qual não há equivalentes eficazes para garantir

a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve *ir além* nem tampouco *ficar aquém* do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão (BARROSO, 2005, p. 35).

Na primeira hipótese pensada por Barroso, de pena além do necessário, estar-se-ia diante de hipótese de inconstitucionalidade por falta de razoabilidade; na segunda, pena aquém do necessário, a inconstitucionalidade em razão da vedação à proteção insuficiente extensiva a toda a tutela dos direitos fundamentais.

Ora, na visão de Marques da Silva (2008, p. 9), apenas “um Direito Penal direcionado exclusivamente às funções de tutela de bens jurídicas e direitos fundamentais pode conjugar garantismo, eficiência e certeza jurídica”.

Essa perspectiva penal-constitucional se adequa com harmonia aos axiomas do sistema penal racional garantista, de Ferrajoli (2002), segundo a qual não se admite a imposição de pena sem a correspondente prática delitiva, sua previsão legal como delito e a necessidade de proibição e punição, além da efetiva existência de efeitos lesivos para terceiros afora todas as prerrogativas processuais de um processo público conduzido por juiz imparcial com a possibilidade de produção de prova mediante sistema contraditório legalmente preestabelecido.

#### 4 A constitucionalização do processo civil

Há de se reconhecer, nessa etapa do estudo, que a constitucionalização é fenômeno que não alcançou apenas o direito material, tendo surtindo efeitos diretos na teoria geral do processo. Esse entendimento, no Brasil, é capitaneado por Marinoni (2007, p. 9) ao expor a tese de que “a imprescindibilidade de uma nova teoria do processo deriva, antes de tudo, da transformação do Estado, isto é, do surgimento do Estado constitucional, e da conseqüente remodelação dos próprios conceitos de direito e jurisdição”.

A compreensão segundo a qual parte-se da Constituição para a interpretação e argumentação jurídicas, servindo o neoconstitucionalismo como suporte crítico para a construção de técnicas que tornem efetiva a prestação jurisdicional faz surgir uma nova teoria do processo: diz-se, portanto, estar-se diante de um neoprocessualismo.

O neoprocessualismo significou uma releitura da ciência processual de modo a implementar um modelo constitucional do processo. Vê-se, nessa toada, intensa normatização axiológica do processo, inculcando uma leitura dos institutos do processo a partir dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, exigindo-se, nesse momento, uma posição ativa do magistrado e colaborativa das partes.

São características do neoprocessualismo apontadas por Cambi (2006): (a) intensa influência do direito constitucional; (b) a efetividade dos princípios constitucionais, ainda que implícitos; (c) a democratização do processo, de modo a pensar um processo polifônico; (d) a ótica publicista da relação processual; (e) o processo como instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais; (f) o advento dos princípios da colaboração e da cooperação das partes e do juízo; e (g) a concessão de maior poder instrutório ao juiz, que deverá agir ativamente na busca pela verdade real

Ademais, pensar o processo sob uma perspectiva neoconstitucional, por óbvio significa trazer a lume a discussão acerca da moral e da ética, sendo o processo tido como instrumento para defesa dos valores tidos por caros pelo constituinte e para a defesa dos direitos fundamentais.

O Novo Código de Processo Civil, notadamente, representa a consagração do direito constitucional da teoria do processo, na medida em que consagra, expressamente, princípios constitucionais, a exemplo da inafastabilidade da jurisdição (Art. 3º - Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito), contraditório (Art. 7º - É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.), razoável duração do processo (Art. 4º- As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa), cooperação (Art. 6º - Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva) e lealdade processual (Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé), dentre outros.

A inspiração neoconstitucional – e, portanto neoprocessual - resta evidenciada já no 1º do NCPC que dispõe que o processo civil será

ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. Trata-se de inequívoco reflexo da constitucionalização na teoria processual.

## 5. A constitucionalização de outros ramos do direito

O direito do consumidor passou a ser tido como direito fundamental (art. 5º, XXXII, CF) e princípio da ordem econômica (art. 170, V, CF) a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Como norma programática, exigiu-se a implementação de uma política nacional de consumo com o fito de garantir a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos. Além disso, o microssistema de defesa do consumidor, consagrado com a promulgação da Lei 8.078/90 veio como obediência ao comando constitucional contido no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais transitórias. Mais que isso, partiu da constatação da desigualdade social e do dever do direito em contorná-la, a fim de tutelar satisfatoriamente a dignidade humana de todos.

Na seara do direito ambiental, a tutela a partir da Constituição Federal de 1988 alterou todo o parâmetro de proteção ambiental, instituindo todo um capítulo, além de dispositivos esparsos, disciplinando a proteção ambiental, de modo que, consignou chama-la de “Constituição Verde”. O ordenamento jurídico a partir de 1988 passou a ser aquele comprometido com a sustentabilidade ambiental e com a noção de meio ambiente ecologicamente autossustentado.

Também o direito tributário sofreu influência direta do neoconstitucionalismo. A esse respeito, Araújo (2009, p. 293) discorre acerca da carga valorativa trazida pelo neoconstitucionalismo ao princípio da legalidade tributário, tanto pelo aspecto processual quando pelo prisma material, visto que passou a ser encarado como direito fundamental.

Pensar o direito tributário sob a matriz da constitucionalização significa fazer referência a um novo contexto do Estado protetor dos princípios jurídicos da tributação. Nas palavras de Beltrão (2009, p. 69) os valores fundamentais contidos na Constituição “devem permear os princípios tributários, explícitos ou implícitos, definir-lhes o conteúdo, numa recupera-

ção do prestígio da capacidade contributiva e efetividade da isonomia para a calibração das normas definidoras das hipóteses de incidência”

Consequência da constitucionalização do direito tributário é o entendimento das limitações ao poder de tributar constitucionalmente estabelecidas – imunidades tributárias - como direitos fundamentais, na medida em que objetivam resguardar o núcleo duro da dignidade humana, conforme já decidiu o STF.

Na seara empresarial, a constitucionalização traz a discussão acerca da função social da empresa. A função social da empresa significa pensar no desenvolvimento da atividade empresarial não apenas a partir da finalidade individual do lucro, mas também sob o crivo de uma harmonização com as demandas dos espaços sociais. A limitação do exercício da atividade empresarial é, nesse mister, limitada pelos princípios constitucionais, especialmente aquelas que informam a ordem constitucional econômica. “A tendência constitucional é pela função social dos institutos jurídicos, do que se precisa incluir a empresa como operadora de um mercado socialmente socializado” (COMPARATO, 1986, p.76).

## Considerações finais

Sem a intenção de esgotar o tema, percebeu-se, de forma transparente, que o neoconstitucionalismo, reclamou uma postura ativa da Constituição na conformação da vida em sociedade. Em razão disso é que surgiram as Constituições analíticas e dirigentes. Outra consequência refere-se ao processo paulatino e crescente de constitucionalização do direito ordinário.

Percebeu-se, estreme de dúvidas, que os mais diversos ramos do Direito, seja público ou privado, hoje recebem tutela a nível constitucional, o que é salutar tendo em vista que perpassam um processo de filtragem constitucional.

Desta feita, não há mais falar em direito civil, penal ou tributário (e.g.) pura e simplesmente, mas os termos corretos são civil constitucional, penal constitucional e tributário constitucional (e.g.), todos à luz dos pilares e balizas teóricas aferidas pelo neoconstitucionalismo e seu escopo filosófico, o pós-positivismo.

Essa é a leitura constitucionalmente adequada do tema.

## Referências

- ARAÚJO, Sarah Maria Linhares de. Neoconstitucionalismo, democracia e o princípio da legalidade tributário. *In: Revista tributária e de finanças públicas*. n. 85, São Paulo: RT, mar-abr., 2009.
- ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. *In: Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 39, n. 2, p. 175-196, jul./dez. 2013 .
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2005.
- BELTRÃO, Irapuã Gonçalves de Lima. O princípio da legalidade tributária diante de teorias do direito e do estado: do positivismo kelseano ao neoconstitucionalismo. *In: Revista brasileira de direito tributário e finanças públicas*, n. 13, Porto Alegre: Magister, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: **Um novo paradigma para o Direito Administrativo**. *In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção*. São Paulo, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 63, 1986.
- FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas. *In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. A Constitucionalização do Direito: fun-*

damentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo.** 15. ed. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 2.ed. São Paulo: RT, 2007.

NOJIRI, Sergio. **Neoconstitucionalismo versus Democracia:** um olhar positivista. Editora Juruá, Curitiba: 2012.

# O Estado Constitucional moderno e o princípio da dignidade da pessoa humana: crítica ao decisionismo judicial

*Jaime Leônidas Miranda Alves.*

## Introdução

O presente trabalho visa tecer alguns comentários sobre a tutela constitucional regalada à dignidade da pessoa humana, questionando o que parte da doutrina considera como simulacro presente nos tribunais pátrios que, na ausência de regras claras aptas a produzirem justiça por si mesmas, moldam a dimensão material da dignidade da pessoa humana, produzindo imprecisões e, a longo prazo, inseguranças jurídicas.

Nesse aspecto, estuda-se o Estado Constitucional, considerado como aquele que encontra na Lei Fundamental sua razão de existir e a virada ontológica de superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo (valorização dos princípios fundamentais) – fundamentada na preocupação com os problemas e realizações da pessoa humana, *ab initio*, de maneira individualizada, e mais recentemente, com aspectos difusos e coletivos.

Tal análise se faz importante no sentido em que responde questionamentos e busca apontar diretrizes para a consolidação do Estado Constitucional Moderno, que adota como baluarte o princípio da

dignidade da pessoa humana. Assim, tendo em vista a atividade positiva estatal e a participação popular como condições *sine qua non* da completude dos direitos fundamentais, cumpre analisar a dignidade da pessoa humana sob sua dimensão material e como simulacro da justificação das decisões judiciais para bem compreender a amplitude e significância de seu conceito atualmente.

O movimento de releitura do positivismo jurídico, do qual surgiu o pós-positivismo, superando as teorias jusnaturalistas e juspositivistas para abarcar a dignidade da pessoa humana em toda sua significância, e por fim, ultrapassando o legalismo normativista e impulsionando uma prática valorativa do direito, é posto em xeque, visto que constroi uma liquidez no conteúdo normativo da dignidade humana, gerando incerteza e imprecisão em sua aplicação.

Para tanto, foi realizada pesquisa de ordem bibliográfica, tendo a problemática sido respondida por meio da utilização do método indutivo, visto que, por meio de análise de casos concretos, partiu-se para a generalização. Destaca-se, também, a pesquisa da jurisprudência, com foco nos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, como meio a compreender a visão da corte mais alta a respeito da questão da dignidade da pessoa humana.

## 1. O princípio da dignidade da pessoa humana na constituição federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 é consequência de grandes precedentes históricos que marcaram a grande evolução e afirmação dos direitos do homem.

Como afirma Vital Moreira (2001, p. 36), “não de qualquer Constitucionalismo, sim do Constitucionalismo de raiz democrática baseado nos princípios do Estado de Direito e da democracia representativa.”

Conforme as palavras deste autor, a Constituição Federal de 1988 está fundamentada no Estado Democrático de Direito, caracterizando a ruptura com o regime autoritário militar instaurado em 1964, ocorrendo a supressão de direitos constitucionais. No entanto, com a Constituição de 1988, conforme ressalta Paulo Bonavides e Paes de Andrade (2005, p.

486), ela “reforça a proteção dos direitos e das liberdades constitucionais quando restitui ao Congresso Nacional prerrogativas que lhe haviam sido subtraídas pela administração militar.”

Mas, de todas as inovações, sem dúvida, a mais importante na história é conferido aos Direitos Fundamentais, a qual ampliou consideravelmente os direitos e garantias fundamentais, como os direitos individuais, coletivos, difusos, políticos e sociais, sendo o grande destaque conferido na história de conquistas dos direitos fundamentais da pessoa humana. (Ib idem p. 85.)

O respeito à dignidade da pessoa humana, tornou-se um comando jurídico com o advento da Constituição de 1988, classificado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil avançou significativamente ao ser consagrado no art. 1º, III, CF.

Dessa forma, após mais de duas décadas de ditadura sob o regime militar, a Constituição Democrática de 1988 positiva a dignidade da pessoa humana. Mas não como uma criação de ordem constitucional, pois o ser humano já era reconhecido como sujeito de direitos.

Este princípio confere sentido e valor à pessoa, condicionando a aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Também, considerado fonte fundamental do Direito, significa que o homem é o centro e o fundamento de toda atividade.

Tanto é assim, que exprime a primazia da pessoa humana, está aqui o reconhecimento de que, para o direito constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo.

No entanto, esse valor fonte da dignidade da pessoa humana, com o reconhecimento da dignidade como valor próprio de cada pessoa, não resulta, pelo menos de que esta seria uma qualidade biológica e inata ao ser humano, geneticamente pré-programada. (SARLET, 2009, p. 22)

Seria sim, e como uma das principais funções do princípio da dignidade da pessoa humana, perceber o seu sentido e a sua amplitude, como afirma Ingo Sarlet (2009, p. 26):

(...) como alternativa (ou se assim preferir) como tese complementar à tese ontológico-biológica, a noção da dignidade como produto do reconhecimento da essencial unicidade de cada pessoa humana e do fato de esta ser credora de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana.

Devemos afirmar que a dignidade, nesta concepção, é uma qualidade intrínseca à pessoa humana, diz com a condição humana do ser humano. Por ora, confere unidade de sentido à pessoa e também de sentido à Constituição Brasileira.

Assim, não se pode desconhecer e nem desconsiderar o papel efetivo do direito no que diz com a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana, além do mais, quando se fala em dignidade da pessoa humana, está a se referir, num primeiro momento, à complexidade da própria pessoa humana e do meio no qual desenvolve sua personalidade (*Ib idem*, p. 15)

É precisamente aqui, que devemos ressaltar que os Estados, destituídos até mesmo de recursos para operar políticas públicas adequadas, veem os governos cada dia menos capazes de zelar pelo bem-estar geral, que desta maneira, recorrem à filantropia privada e as organizações não governamentais.

Fala-se, nesse aspecto, em uma nova normatividade emergente, mas ainda não estabelecida para os direitos humanos, com ênfase numa democracia sem prestações positivas. É a forma que apresenta o contrário dos direitos humanos: a inexistência real de direitos, inclusive os civis e políticos (*Ib idem* p. 128.). Por isso que a própria imprecisão em definir a dimensão material da dignidade da pessoa humana acaba por gerar um mal estar no seio do pós-positivismo e neoconstitucionalismo, especialmente na aplicação do Direito, gerando muitas vezes incertezas e questionamentos em relação ao decisionismo jurisdicional dos tribunais brasileiros.

Dessa maneira, lutar para que isto não ocorra, perquirindo a consciência das pessoas em relação aos direitos humanos e sua importância prática, é uma conquista fundamental da humanidade. Colocar o ser humano como objetivo central do ordenamento jurídico, orientando e fundamentando todo o sistema, voltado para a sua proteção.

A Constituição consagrou este princípio, conseqüentemente, cabe dizer que se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a ideia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Diante de tão grande importância, não se pode admitir o simulacro presente nos tribunais pátrios que, na ausência de regras claras aptas a produzirem justiça por si mesmas, moldam a dimensão material da dignidade da pessoa humana, gerando imprecisões e, por ora, inseguranças jurídicas. Cabe analisar a importância da superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo, para conseguir provar a banalização na utilização do referido princípio por parte dos juristas brasileiros.

## 2. O neoconstitucionalismo como forma de superação ao positivismo

O positivismo jurídico é tido como uma ruptura ao direito natural e consequência natural do germinar do Direito na condição de ciência. Com efeito, com a vinda à tona do método jurídico positivo, o direito natural deixou de ser considerado inerente à condição de pessoa humana, e necessitou ser transcrito em Lei para que não tivesse esvaída sua normatividade.

A respeito desse aspecto de transição do jusnaturalismo para o positivismo, aduz Bobbio (1995, p. 146):

O estado civil nasce não para anular o direito natural, mas para possibilitar seu exercício através da coação. O direito estatal e o direito natural não estão numa relação de antítese, mas de integração. O que muda na passagem não é a substância, mas a forma; não é, portanto, o conteúdo da regra, mas o modo de fazê-la valer.

O Direito se organizou no século XIX no anseio de se estruturar como uma fonte de conhecimento exato. A ciência jurídica foi sistematizada por um método, centralizando-se como reflexo do que era estabelecido pela Lei, tendo a doutrina e a jurisprudência papel secundário. Nesse sentido, o positivismo pode ser compreendido como “a pretensão de reduzir o Direito a um conjunto sistemático e cerrado de normas positivistas” (GARCIA DE ENTERRA, 1984, p. 17)

O positivismo jurídico é a aplicação da doutrina positivista de Comte, que, afastando a metafísica de seu domínio, tornou-se “a manifestação intelectual do absolutismo estatal. Nesse sentido tem razão Bobbio quando

diz ser o positivismo jurídico a corrente do pensamento jurídico para qual não existe outro direito senão o positivo”. (GUSMÃO, 2010, p. 390)

O positivismo, sob um ponto de vista de manifestação dos tribunais, se organizou na forma de uma jurisprudência de conceitos, tendo esta sido superada, com a superveniência do fenômeno de neoconstitucionalismo, pela chamada jurisprudência de valores.

A teoria positivista impunha uma visão legalista do direito que deveria se manifestar pela discricionariedade do julgador e pela neutralidade da ciência jurídica, sem, contudo, que houvesse subordinação entre a aplicação do Direito aos ditames de uma moral subjetiva. Para os positivistas, “se digo, ‘o todo é maior que a parte’, estou predicando do ‘todo’ o que evidentemente está implícito em seu conceito, sem necessidade de recorrer, para tanto, a qualquer dado da experiência”. (REALE, 2008, p. 18)

O problema do determinismo legal aplicado ao caso concreto fez com que surgisse um movimento cuja pretensão se resumia em passar a compreender o direito sob o prisma de uma teoria pós-positivista. Essa corrente se destacou por reintroduzir alguns aspectos, tais como o valor moral, na teoria da interpretação do Direito. Com efeito, “a superação do positivismo implica abandono do modelo em que as regras ocupam o centro do ordenamento jurídico” (SILVA, 2011, p. 282). Reconhece, Silva (ibidem. 283) o pós-positivismo com o início da busca por uma função antropológica do Direito, que só se tornaria plena com o advento do neoconstitucionalismo.

Pós-positivismo e neoconstitucionalismo são formas de superação à teoria do direito positivo, todavia, a doutrina mais avançada, aponta distinções que impedem que estas se confundam, visto que, segundo Streck,(2007) “é incompatível o pós-positivismo com o neoconstitucionalismo.”

Nessa esteira, faz-se necessário analisar ambas as correntes de pensamento jurídico com o fim de bem compreender suas peculiaridades. Quanto ao pós-positivismo, vale dizer, tem-se que este tratou de resolver o problema da subsunção do direito positivo, promovendo uma reconstrução ética do Direito, afastando-se da Escola da Exegese do século XIX.

O pós-positivismo, consentânea lição de Reale, (2008, p. 319) esgueirou-se numa posição eminentemente empírica, de natureza deontológica – por que daí se falar em ontognoseologia jurídica - valendo-se de processos indutivos construtores de arcabouços teóricos que dão base à

uma teoria tridimensional de aplicação do direito. O autor, ancorado em Lessa (1916, *passim*) fornece pontos teóricos para a teoria do pós-positivismo quando dispõe que a hermenêutica pós-positivista se configuraria em “interpretar as leis, coordená-las em institutos, sistematizá-las em unidades maiores e cuidar dos processos de sua aplicação concreta”.

No que tange à virada linguística corresponsável pelo advento do neoconstitucionalismo, e com isso a superação de vez, do modelo positivo, tem-se que este se caracteriza pela percepção de Constituição como ferramenta, que deverá ter seu conteúdo confirmado ou não pela hermenêutica constitucional.

Nesse diapasão, cumpre destacar que a Constituição é elevada à condição de *Grundmethode*, ou, como aduz Streck (2007, p. 313) “uma regra que estabeleça a aplicação dos métodos insere-se no esquema subsuntivo-dedutivo, com clara inserção no paradigma metafísico-objetificante.”

Assim, segundo leciona Cambi (2007, p. 6-7) a ideia do neoconstitucionalismo significa dizer que as normas constitucionais tem forma normativa, devendo ser reconhecido o caráter jurídico imperativo de suas regras e princípios.

Observa-se, assim, o neoconstitucionalismo, como modelo jurídico que tem como fim a busca pela função antropológica do Direito em sua plenitude e a consecução do Estado Ideal, perquirido por Dworkin. Nesse jaez, Supiot (2007, p. 46):

Uma ordem jurídica só cumpre sua função antropológica se garante a todo recém-chegado à Terra, de um lado, a preexistência de um mundo já presente, que o assegure no longo termo de sua identidade, e, do outro, a possibilidade de transformar esse mundo e de lhe imprimir sua marca própria. Não há sujeito livre senão submetido a uma lei que o fundamente.

Ora, o neoconstitucionalismo inaugura o Estado Constitucional Moderno, ou dito de outra forma, a modernidade político-jurídica, que se consubstancia na vedação à negação constitucional da proteção jurídica e dos direitos humanos. Para Cruz (2006, p. 9) o Estado Constitucional, funcionando como mecanismo garantidor do princípio democrático, está constituído “por princípios, regras e instituições”.

O neoconstitucionalismo se destaca por levar a Constituição ao centro do ordenamento jurídico, fator que pode ser comprovado pelo fenômeno crescente de constitucionalização do direito ordinário.

A constitucionalização é consequência direta do advento do Estado Social, ou *Welfare State* que sobrepôs a supremacia da propriedade, primado do Estado Liberal ao interesse da coletividade. Oliveira, (2010, p. 113) firma que, ao passo que, sob o modelo Liberal, o Estado de Direito se submetia ao princípio da legalidade, no Estado Democrático de Direito, além da conformidade à Constituição Federal e à lei, a atividade administrativa deve estar pautada no respeito à legitimidade, proporcionando, assim, um viés principiológico que aproxima o Estado para com o cidadão.

Barroso (2006, p. 20) preleciona que, em decorrência do fenômeno de constitucionalização do direito, todos os principais ramos de direito infraconstitucional tiveram, em maior ou menor quantidade, previsão constitucional. Dispõe que “a catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário...” e mais além.

Vem a lume, no neoconstitucionalismo, o fenômeno de positivação dos princípios que, antes consubstanciados na forma de princípios gerais do Direito, agora possuem força normativa, visto terem sido contemplados nas Cartas constitucionais modernas. É certo que “os princípios constitucionais, que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceituações rígidas, que acabaram por transformá-los em regras”. (SILVA, 2011)

Por fim, compreende-se, como o faz Silva (2011, p. 293) que o neoconstitucionalismo tratou de introduzir no ordenamento jurídico elementos de natureza moral e axiológica. Por conseguinte, a proteção trazida pela Constituição Federal aos indivíduos, na virada do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo ultrapassa os fundamentos puramente principiológicos e transforma a ideia de justiça substantiva em dogma.

No seio do neoconstitucionalismo, observa-se que os princípios constitucionais são tidos como aspectos fundamentais na aplicação do direito ao caso concreto. Desta feita, ocorre uma verdadeira celeuma

doutrinária e jurisprudencial quando tais princípios, considerados norte, não tem seu conceito bem definido, tal qual ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3. A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana nos tribunais pátrios e o decisionismo judicial

A tentativa conceitual da dignidade da pessoa humana é atividade complexa, visto a universalização de sua significação e aplicabilidade numa sociedade multicultural. A norma principiológica da dignidade da pessoa humana, apesar da imprecisão de sua significância, não se concebe como vazio valorativo, visto que previsto na Carta Política. (art. 1º, III). Pelo contrário, sua normatização e aceção material é fruto dos diversos métodos de interpretação. Ora, apontam Herrera e Guilheme (2011, p. 51) que na era axiológica, critérios polivalentes constroem o conceito de cada jurista do sentido da dignidade da pessoa humana, formando assim um conceito líquido, plúrimo e impreciso.

A complexidade em precisar a dimensão material da dignidade da pessoa humana acaba por gerar um mal estar no seio do pós-positivismo e neoconstitucionalismo, uma vez que gera imprecisões na aplicação de todo o Direito.

Cumprir dizer, atualmente encontram-se artigos científicos e decisões judiciais sobre os diversos temas, tais como, meio ambiente, sonegação fiscal, partidos políticos, direitos das famílias, entre outros, em que a ausência normativa e impossibilidade de precisão técnico acerca da dimensão material da dignidade da pessoa humana, faz com que esta seja moldada de maneira amplamente discricionária pelo jurista.

Estuda-se, assim, alguns pontos de destaque na jurisprudência pátria. Nesse sentido, acerca da tutela jurídica regalada aos direitos dos animais, o Ministro Lewandowski (2011, p. 336) entendeu pela inconstitucionalidade da farra do boi, durante o julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.856-6 RJ. Malgrado seja manifestação cultural balizada como costume, o magistrado se filiou à opinião que estava “em jogo exatamente esse princípio básico da dignidade da pessoa humana.

Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana”

A nova virada ontológico-jurídica, como superação ao modelo apofânico (STRECK, 2010, p. 16) conduz a um modelo de compreensão da dignidade da pessoa humana, como metaprincípio, que possibilita que esta seja aplicada como fundamento tanto à tutela dos direitos dos animais, quanto a questões de relevância discutível, como a duração de espera em filas.

Com efeito, os exemplos supra, são situações válidas de discussão jurídica, todavia, devem ser analisadas por regras e princípios específicos, e não sob a égide da dignidade da pessoa humana, que, em tese, deveria ser levantada apenas como “última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social” (SARLET, 2007, p. 37)

Nesta esteira, remete-se ao julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84025, quando, em seu voto, o Min. Joaquim Barbosa, utiliza-se do princípio da dignidade da pessoa humana como sinônimo ao princípio da igualdade. Dispõe:

[...] ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviolável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal. [...] Ela (liberdade) importa o reconhecimento que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique em lesão a direitos alheios. Esta é uma ideia essencial ao princípio da dignidade da pessoa humana. (BARBOSA, p. 352-353)

O Min. Marcos Aurélio utiliza-se da dignidade da pessoa humana no julgamento do *Habeas Corpus* n.º. 85237 para destacar a irrazoabilidade da duração prolongada da prisão cautelar. Aduz:

É preciso reconhecer, neste ponto, que a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém, como sucede na espécie, ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade

da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1.º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Ou, em outras palavras, cumpre enfatizar que o excesso de prazo na duração irrazoável da prisão meramente processual do réu, de qualquer réu, notadamente quanto não submetido a julgamento por efeito de obstáculo criado pelo próprio estado, revela-se conflitante com esse paradigma ético-jurídico conformador da própria organização institucional do Estado brasileiro.

Nesse horizonte, percebe-se que não há no Supremo Tribunal Federal um consenso do conceito de dignidade da pessoa humana, vindo este a ser aplicado, em alguns casos, como sinônimo de liberdade de escolha ou liberdade de locomoção. Por conseguinte, o Min. Marcos Aurélio utiliza o termo em sentidos variáveis, como se pode compreender do trecho que se segue, em que dignidade da pessoa humana se vê atrelada à vedação ao anonimato.

(...) o preceito do art. 144 da Lei 8112/90 tem o escopo de preservar a dignidade do cargo público e constitui um direito dos servidores contra denúncias vazias, infundadas, perseguições políticas, agressões à honra perpetradas por desafetos por pessoas de má-fé, de modo a evitar que, sob o manto do anonimato, terceiros irresponsáveis venham a vilipendiar a imagem e a distinção de cidadãos que zelam e servem à coisa pública. (Mandado de segurança n.º 24405, p. 17)

Nesse diapasão, o Min. Gilmar Mendes redefine os parâmetros do princípio da dignidade da pessoa humana, ao estabelecer uma dignidade do servidor público, que se configura como “um direito subjetivo dos servidores contra denúncias vazias, infundadas, perseguições políticas, agressões à honra perpetradas por desafetos ou por pessoas de má-fé” (Mandado de Segurança n.º 24405, 2003, p.590) .

Todavia, na análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54 e do *Habeas Corpus* n.º 84768, o referido Ministro deu

outros contornos à dignidade da pessoa humana, totalmente dissociáveis da conceituação antes visto no julgamento do Mandado de Segurança n.º 24405. Ao discutir a ADPF n.º 54, o Min. Gilmar Mendes de limitou a citar a dignidade da pessoa humana, construindo um conceito pouco fundamentado. Já, ao discutir o mérito, no *Habeas corpus* n.º 84768, o magistrado vinculou dignidade da pessoa humana à vedação de atuação abusiva por parte do Estado, nos moldes dos direitos humanos de 1º dimensão.

Nota-se, conquanto, haja um fenômeno de modelação da significação da dignidade da pessoa humana, ocorre simultaneamente uma relativização da normativa legal, posto que muitas vezes, existe legislação própria atinente a ser aplicada no caso *in concreto*, que acaba por ser posta de lado, visto o entendimento unilateral de não coadunar com uma das – muitas – vertentes da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, observa-se a ampliação dos poderes discricionários do aplicador do Direito, fazendo com que, nas palavras de Streck, (2010, *passim*) a interpretação mais adequada passa a ser aquela “conforme minha consciência”.

O jus-positivismo se caracterizou por ser o movimento que, ultrapassado o legalismo positivista, “principlializou” tudo. Nesse aspecto, o agigantamento da dignidade da pessoa humana, diferente do que pode parecer, não espelha sua importância no seio de um Estado Democrático e Constitucional mas, pelo contrário, a banaliza.

Nesse sentido, preleciona Teifke (2010, p. 188) que “para proteger a dignidade humana de uma trivialização e de um uso inflacionário, parece razoável formular o conceito de dignidade humana tão estreito quanto possível”. Ainda, faz-se mister reduzir a aplicação conforme do princípio da dignidade à pessoa humana a nível de subsidiariedade. Vale dizer, aplicar-se-á a dignidade da pessoa humana apenas na ausência de lei, ou quando não, para completar; agregar à espécie normativa, e não no intuito de suspender os efeitos de uma espécie normativa, vigente e eficaz.

## Considerações finais

O princípio da dignidade da pessoa humana, malgrado tenha sido positivado em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos,

possui sua origem atrelada à ideia de direito natural. Com efeito, ao se tratar da dignidade da pessoa humana, primeiramente deve se aceitar o fato de que este princípio é inerente a todas as pessoas, sem distinção.

A Constituição Federal de 1988 se destacou ao trazer em seu art. 1º a consideração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa. Nessa esteira, conquanto o Estado Constitucional Moderno demonstre estar balizado consoante toda uma problemática axiológica, construída da virada do positivismo para o neoconstitucionalismo, a doutrina avançada falha em determinar a amplitude da significação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira, o neoconstitucionalismo traz a Constituição ao centro do ordenamento jurídico e essa é interpretada tal qual a hermenêutica constitucional defendida por Alexy. Por conseguinte, ao se falar em neoconstitucionalismo, fala-se em dignidade da pessoa humana e, em razão de sua natureza de sobreprincípio, observa-se cada vez mais a formação de uma jurisprudência de valores, que toma como fundamento algo que ainda não se encontra compreendido em sua plenitude.

Conforme se observou, a abstração de sentido do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana, aliado à discricionariedade dos Magistrados possibilitou a construção de uma jurisprudência que se vê fundamenta em algo que ninguém sabe ao certo o que é. A dignidade da pessoa humana que, em tese deveria funcionar como norte à aplicação do Direito e regular as questões mais íntimas do homem, se vê vinculada à aspectos que muito dissociam desse contexto.

Corroborá ainda para a tese levantada, o fato de que, muitas vezes a dignidade da pessoa humana, no Supremo Tribunal Federal, foi utilizada com sentidos dos mais diversos, o que demonstra uma clara banalização de sua essência.

A dignidade da pessoa humana, que outrora se figurava como metaprincípio do ordenamento jurídico ao ser incluído como argumento na falta de argumentos, viu sua normatividade relativizada e, ao invés de funcionar como primado do Estado Democrático de Direito, passou a ser fonte de angústia e simulacro no decisionismo jurisdicional.

## Referências bibliográficas

- ALVES, J.A. Lindgren. *O contrário dos Direitos Humanos* (explicitando Zizek). Lua Nova 55-56, 2002.
- ANDRADE, Paes, BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 8º ed. São Paulo: Editora, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Themis: **Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4 , n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.856-6 RJ*. Relator ministro Celso de Mello. Julgada em 26 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>, acesso em: 16/02/2014
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º. 54*. Relator Min. Marcos Aurélio. Julgada em 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21479719/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df-stf> acesso em 16/02/2014.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007.
- CANARIS, Claus-Wikhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro, 3º Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*, Livro III, XVII. São Paulo: Biblioteca Clássica, Atena Editora, 2ª, 1985.
- CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e Pós-Modernidade. **XV Congresso Nacional do CONPEDI. Anais, Manaus, 2006.**

- GARCÍA DE ENTERRA. *Reflexiones sobre La Ley y los Principios Generales Del Derecho*. Madrid: Editora Civitas, 1984.
- GUILHERME, Thiago Azevedo; HERRERA, Luiz Henrique Martim. *Retórica e Princípio da dignidade da pessoa humana*. Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber jurídico e Função Política do Direito. 1ª ed. Birigui - SP: Boreal Editora, 2011, p. 46-63.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 43 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *A dignidade da pessoa humana no Estado Constitucional*. Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber jurídico e Função Política do Direito. 1ª ed. Birigui - SP: Boreal Editora, 2011, p. 25-44
- MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: Eros Grau e Willis Santiago Guerra Filho (org). *Direito Constitucional Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides*. Malheiros Editora Ltda: São Paulo, 2001, p. 316.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª Ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2008

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Dimensões da dignidade humana: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-43.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 2012212789*. Apelante: Banco Bradesco S/A Apelado: Edinete Santana Dos Santos. Relator: Des. Cezário Siqueira Neto. Aracajú, 26/06/2012. Disponível em: <http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21948155/apelacao-civel-ac-2012212789-se-tjse> Acesso em: 16/02/2014.

STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2007. P. 166.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2007.

SILVA, João Carlos Carvalho da. Neoconstitucionalidade e discricionariedade judicial. In: *Tutela dos Direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber Jurídico e Função Política do Direito*. Boreal Editora, 2011.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 18ª Edição, Malheiros, 2011.

# Perspectivas histórico-antropológicas da apologia brasileira ao Estado Liberal e a constituição brasileira após seus 30 anos de vigência

*Tiago Ferreira Santos*

## 1 Análise crítica da apologia ao liberalismo por meio da leitura histórico-antropológica tradicional

A perspectiva dos caracteres atávicos do personalismo ibérico, do homem cordial, do Estado patrimonial-estamental-autoritário e do jeitinho brasileiro tem provocado, segundo Jessé Souza (2018a, p. 29-30), uma busca incorreta por soluções por basear-se em pressupostos inverídicos.

Importa ressaltar, em vez de pretender com essa parte da presente pesquisa negar a possibilidade de privatização de empresas em razão dessas críticas, tal qual é provavelmente imperativo se adotada a integridade das críticas de Jessé Souza, na verdade, pretende-se apenas refletir a partir dessa perspectiva acerca de qual a vontade da Constituição de 1988 após seus 30 anos de vigências.

Jessé Souza (2018a, p. 20) entende que, até aproximadamente o período de 1920, vigorava o racismo científico como diretriz a explicar o fundamento da superioridade dos povos brancos de olhos azuis do Atlântico Norte.

Exemplo de pensador inserido nessa corrente é Cesare Lombroso (2007, p. 197), para quem haveria uma certa fisionomia dos delinquentes, especificamente, “mandíbulas volumosas, assimetria facial, orelhas desiguais, falta de barba nos homens, fisionomia viril nas mulheres, ângulo facial baixo”.

Ocorre que, após essa fase, provavelmente em decorrência das críticas que lhe foram dirigidas, surgiu uma nova teoria pretensamente não racista, mas classificada por Jessé Souza (2018a, p. 20) como “a versão ‘culturalista’ do racismo”, a qual “parte da superioridade de certo ‘estoque cultural’ das sociedades do ‘Atlântico Norte’ como fundamento da ‘superioridade’ dessas sociedades”.

Seu caráter meramente ideológico, entretanto, é marcante. Afinal, embora se saiba que os seres humanos não são submetidos a um rígido determinismo biológico (SOARES, 2017, p. 15/16), essa perspectiva cultural pretende transformar a superioridade cultural dos povos do Atlântico Norte em quase insuperável, portanto, em um determinismo cultural rígido, algo inexistente.

Assim, “é construída uma separação ‘ontológica’ entre sociedades ‘qualitativamente distintas’, nas quais as diferenças não são de grau, ou seja, não são quantitativas, mas de essência” (JESSÉ, 2018a, p. 21) e as consequências dessa concepção são de todo negativas. Soluções político-jurídicas bem-sucedidas em um determinado contexto social não são consideradas viáveis para resolver idênticos problemas justamente em decorrência de uma dada inferioridade cultural.

Não se pretende com esse argumento defender uma importação acrítica de conceitos estrangeiros por serem todos os seres humanos e culturas iguais, mas repreender a perspectiva, como bem acentua Jessé Souza (2018b, p. 21), de que o “mercado é ‘divinizado’ pela mera oposição com o Estado, definido como corrupto” em definitivo no Brasil, extraída em parte dessas apontadas características culturais, quais sejam, cordialidade, patrimonialismo, personalismo ibérico, jeitinho malandro, interpretadas enquanto um rígido determinismo cultural incidente apenas nas relações públicas.

A hipótese subjacente a elas é a necessidade de privatização sempre que possível das atividades exercidas pelo Estado, ou seja, adota-se, portanto, o liberalismo econômico, como decorrência da “falsa oposi-

ção entre Estado demonizado e mercado – concentrado e superfaturado como é o mercado brasileiro -, como o reino da virtude e da eficiência” (SOUZA, 2018a, p. 10).

Essa constatação da cultura política brasileira vincula, portanto, “o tema da corrupção ao tema do Estado, sem perceber a corrupção que é praticada na dimensão da sociedade”, inclusive, no mercado (FILGUEIRAS, 2009).

Apenas assim pela privatização seria possível contornar os efeitos do “administrador cordial” (SILVA NETO, 2016, p. 67), caso se adotasse na integralidade essas leituras criticadas. Entretanto, já Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p. 67) difere dessa opinião, pois considerou não subsistir “corrupção sem corruptor, os agentes econômicos privados andam de braços dados com os corruptos do serviço público em direção ao altar da prevaricação e da rapinagem praticada contra o erário”.

Além disso, apontou, entre as medidas institucionais para melhorar o sistema político-jurídico brasileiro, a Lei da Ficha Limpa, a qual reputou “– com desculpas pelo bordão – como verdadeiro divisor de águas dentro do processo político-partidário no País” (SILVA NETO, 2016, p. 67).

Portanto, constata-se, na verdade, a necessidade de modernização do controle interno e externo acerca da gestão administrativa, não uma privatização de funções exercidas pelo Estado. Aliás, assim entendia também Jessé Souza, para quem o vício dessa perspectiva criticada consiste em não se preocupar devidamente com “a melhora do combate à corrupção por meio do melhor aparelhamento dos órgãos de controle” (SOUZA, 2018b, p. 33), pois realiza “uma dramatização da oposição mercado (virtuoso) e Estado (corrupto) construída como uma suposta evidência da singularidade histórica e cultural brasileira” (SOUZA, 2018b, p. 33).

O caráter ideológico dessas consequências extraídas de uma leitura radical dessa corrente de pensadores tradicionais é manifesto, pois, como se sabe, “nas poucas vezes em que se verificou historicamente qualquer preocupação política com as demandas das classes populares, estas sempre partiram do Estado” (SOUZA, 2018b, p. 33).

Célebre é a sustentação dos capitalistas ingleses contrária à redução da jornada de trabalho de seus empregados, já que supostamente lhes retiraria justamente a única hora de lucro, ou seja, como bem lembrou Karl Marx (2010, p. 81), afirmaram “que a décima segunda hora, aquela

que se queria tirar do capitalista, era exatamente a única hora de onde ele obtinha o seu lucro”.

Diante exatamente das nefastas consequências do liberalismo econômico, construiu-se historicamente a necessidade de intervenção do Estado na ordem econômico-social, com fins de proteção da dignidade da pessoa humana (SANTOS, 2018a). Portanto, não pesam razões para aqueles que o adotam como ideologia possivelmente salvadora da realidade brasileira no momento, ao contrário.

Nesse sentido, Francis Fukuyama (2013, p. 29) destacou que o “problema de se criar instituições políticas modernas foi descrito como o problema de se ‘chegar à Dinamarca’”. De um lado, reconheceu que “não está claro que a ordem política da Dinamarca possa criar raízes em contextos culturais muito diferentes” (FUKUYAMA, 2013, p. 29). De outro, afirmou que “os países pobres são pobres não pela carência de recursos, mas pela carência de instituições políticas eficazes” (FUKUYAMA, 2013, p. 29).

Mesmo sendo justas as críticas direcionadas à corrupção ou eventual excesso burocrático no Brasil, referido suposto padrão dinamarquês de qualidade de vida não pode ser obtido por meio da ausência do Estado, que é essencial até mesmo para o exercício de livre iniciativa, confirmando o equívoco do liberalismo econômico. Por exemplo, “aparecem buracos nas rodovias da cidade” (FUKUYAMA, 2013, p. 29), que são “tapados como que por mágica, para que ninguém tenha que se preocupar com a quebra de um eixo” (FUKUYAMA, 2013, p. 29).

Francis Fukuyama (2013, p. 28) assevera também que as utopias de “governo mínimo ou inexistente imaginadas pelos sonhadores de esquerda e direita não são fantasias; elas existem de fato no mundo em desenvolvimento contemporâneo”.

Em muitos desses países, o ideal das baixas alíquotas é realidade, mas, em “vez de liberar o empreendedorismo, [...] confere fundos insuficientes para serviços públicos básicos como saúde, educação e enchimento de buracos” (FUKUYAMA, 2013, p. 28). Além disso, falta “infraestrutura física da qual depende uma economia moderna, como as estradas, os sistemas de justiça e a polícia” (FUKUYAMA, 2013, p. 29).

Nenhuma novidade há em entender que o direito, inclusive, por meio da atuação do Estado no domínio econômico pode sim vir a promover o

desenvolvimento nacional, inclusive, já ensinou Orlando Gomes (1961, p. 27) que a “necessária intervenção do Estado no próprio processo de desenvolvimento econômico há de se fazer, acentuadamente, mediante reformas inteligentes da legislação”. Em outras palavras, o direito “e o desenvolvimento têm, com efeito íntima conexão” (GOMES, 1961, p. 27).

Assim, por meio da ausência de intervenção do Estado no domínio econômico e social não será solucionada nenhuma questão da modernidade, afinal, como bem acentuou Eros Roberto Grau (2017, p. 23), a “própria constituição do modo de produção capitalista dependeu da ação estatal. Em outros termos, não existiria o capitalismo sem que o Estado cumprisse a sua parte, desenvolvendo vigorosa atividade econômica”. Logo, há de se reconhecer que o Estado exerce certas funções constitutivas do mercado, a exemplo dos direitos de propriedade e dos contratos (GRAU, 2017, p. 18).

Eros Roberto Grau (2017, p. 19) enfatiza também que “ainda ao tempo do liberalismo o Estado era, seguidas vezes, sempre no interesse do capital, chamado a ‘intervir’ na economia”. Portanto, a defesa do Estado-mínimo torna-se completamente equivocada em uma análise histórica. Nesse sentido, há funções relacionadas à preservação do mercado, como legislação antitruste e sistema monetário (GRAU, 2017, p. 18).

Há de se reconhecer a indispensabilidade do Estado para a própria manutenção e preservação do mercado, especialmente, em uma época de globalização e alta especialização, em que “educação, transportes e comunicações” se tornam premissas da produção econômica (GRAU, 2017, p. 18).

Inclusive, enquanto defende-se uma redução do papel do Estado brasileiro por meio de enxugamento da máquina pública, países como Dinamarca e Noruega figuram exatamente no lado oposto em termos de quantidade proporcional de empregos públicos nas análises da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (OECD, 2015, p. 85).

A Dinamarca possuía 31,1% dos seus empregos mantidos pelo setor público em 2009, tendo aumentado em 2013 para 34,9%. Em linha similar, a Noruega mantinha 32% dos empregos dentro do setor público, em 2009, crescendo para 34,6% em 2013. Por essas performances, dos 32 países incluídos no resultado da pesquisa, eles eram os dois países com maiores índices em 2013 (OECD, 2015, p. 85).

Em sentido oposto, em 2013, o Brasil figurava com apenas 12,1% dos empregados mantidos no setor público, situação similar à do México com 11,8% e Chile com 10,7%, países situados na América Latina (OECD, 2015, p. 85).

Em uma análise de dados similares compilados pelo IPEA, mas incluindo os Estados Unidos da América e uma maior quantidade de países da América Latina, confirmou-se que a “comparação internacional com países ricos ilustra a falácia do ‘gigantismo’ ou ‘inchaço’ do Estado brasileiro” (MATTOS, 2011, p. 22). Na verdade, até mesmo os Estados Unidos da América, “a mais importante economia capitalista, caracterizada pelo seu caráter privatista e pelo seu elevado contingente de postos de trabalho no setor privado, o peso do emprego público (cerca de 15%) é maior que o do Brasil” (MATTOS, 2011, p. 22).

Conclui-se, ainda nesses estudos, que, “mesmo comparado a países latino-americanos, o peso relativo do emprego público não é alto no Brasil” (MATTOS, 2011, p. 23), aliás, “somente em países muito pobres do continente, como Bolívia e Equador” (MATTOS, 2011, p. 23) encontra-se um porcentual de empregados públicos significativamente inferior.

Na verdade, segundo Jessé Souza, as causas que ensejam a ausência de realização dos valores constitucionais são diversas do personalismo ou patrimonialismo apontados na literatura tradicional que justificam esse discurso apoiador do liberalismo econômico acima criticado.

Portanto, se as causas reais são diversas, elas deverão conduzir a soluções bem diferentes, mas sua análise não afasta a necessidade de melhorar os controles internos e externos da administração pública para dificultar ou impedir que a cordialidade manifeste-se, apenas recusa-se a acreditar que essa seja uma característica manifestada exclusivamente na sociedade brasileira, classificando as teorias daqueles que assim pretendem como racismo cultural, o qual, entretanto, não é explícito, mas implícito, como citação que segue:

Minha tese é que o nosso pensamento social muda o racismo explícito da cor da pele para um racismo implícito, e por conta disso torna-se muito mais perigoso. Onde reside o racismo implícito do nosso culturalismo? Ora, precisamente no aspecto principal de

todo racismo, que é a separação ontológica entre seres humanos de primeira e segunda classe. (SOUZA, 2018b, p. 10)

Decorrente dessa perspectiva, a sociologia do vira-lata surge como o discurso supostamente científico de uma “versão oficial do liberalismo conservador brasileiro” (SOUZA, 2018b, p. 15), possibilitando “a união do desprezo das elites internacionais em relação à periferia do capitalismo, com o desprezo das elites nacionais pelo seu próprio povo” (SOUZA, 2018b, p. 15).

Assim, por essa leitura tradicional possibilitar uma intensa crítica à atuação estatal, especialmente, por meio de uma percepção seletiva da corrupção, “sempre do Estado” (SOUZA, 2018b, p. 37), ela termina por fulminar as vias abertas de alteração da realidade social em prol das camadas populares. Mas, além disso, possibilita uma idealização dos Estados Unidos da América e da Europa completamente destoante da realidade.

Servem de exemplo de grandes esquemas internacionais conduzidos por empresas estrangeiras as “falcatruas globais do mercado financeiro americano, que ficaram públicas na crise de 2008, construídas para enganar os próprios clientes, lavar dinheiro em escala internacional e drenar o excedente mundial em seu favor” (SOUZA, 2018b, p. 18).

Além disso, poderiam ser listados casos de paraísos fiscais, cartelizações de diversos setores da economia, esquemas envolvendo o banco HSBC, a FIFA etc. Portanto, o raciocínio de privatização para os conglomerados estrangeiros sob a justificativa de evitar a prática de corrupção torna-se inadequado, sendo necessário enfrentar os problemas da administração pública por meio da modernização dos meios de controle interno e externo.

Entre as perspectivas trazidas por Jessé Souza (2018b, p. 15) qualificadas como sociologia do vira-lata, ganha destaque o estudo sobre o homem cordial de Sérgio Buarque de Holanda, ao qual se vincula a noção de Estado patrimonial de Raymundo Faoro, como segue:

A primeira ideia da sociologia do vira-lata é a percepção do brasileiro pensando genericamente, sem distinções de classe, enquanto pura negatividade na noção de homem cordial. A segunda é o alongamento da noção de homem cordial na noção de Estado patrimonial. (SOUZA, 2018b, p. 15)

A cordialidade consiste na qualidade do homem cordial, o qual “é emotivo e particularista e tende a dividir o mundo entre ‘amigos’, que merecem todos os privilégios, e ‘inimigos’, que merecerem a letra dura da Lei” (SOUZA, 2018, p. 32a).

Se essa característica residisse exclusivamente nas relações jurídicas da esfera privada, não haveria questionamentos maiores, entretanto, como bem afirma Jessé Souza (2018, p. 32a), é “o Estado dominado pelo homem cordial e particularista que se tornará o conceito mais importante da vida intelectual e política brasileira até hoje”.

Indica-se, desse modo, “um caminho ao Brasil: o do afeto e da emotividade pré-moderna” (SOUZA, 2018a, p. 45), afinal, “o Estado e seus agentes passam a agir como age o homem cordial na vida cotidiana: dando tudo aos amigos e reservando aos inimigos a letra dura da Lei” (SOUZA, 2018a, p. 48).

O contraponto do homem cordial, apontado como característica cultural brasileira praticamente naturalizada, visto sua qualidade praticamente intransponível, é o protestante ascético norte-americano (SOUZA, 2018a, p. 45), o qual possibilitou afirmar naquele país existir uma “cultura da autorresponsabilidade, da impessoalidade, da racionalidade e da solidariedade horizontal” (SOUZA, 2018a, p. 46).

Entretanto, a correção moral “protestante tinha muito mais de hipocrisia do que de realidade” (SOUZA, 2018a, p. 46). Nesse sentido, reconhece-se que aquelas qualidades não passam de “idealização dos Estados Unidos como uma espécie de ‘paraíso na terra’” (SOUZA, 2018a, p. 46) e, portanto, não correspondente à realidade.

Outra crítica dirigida à utilização do conceito do homem cordial consiste em ele não ter “classe social, mesmo em um país tão desigual como o Brasil sempre foi. Ou seja, desde o início, essa noção esconde conflitos sociais de toda espécie” (SOUZA, 2018a, p. 45).

Fernando Filgueiras (2009) anui, ainda que parcialmente, com essas críticas. Segundo ele, essa leitura da cordialidade “empobrece a análise e engessa a possibilidade de mudança social”, além de enquadrar “a explicação da corrupção à formação do caráter do brasileiro e sua natural desonestidade, com o risco de naturalizar a corrupção a partir da existência da família patriarcal” (FILGUEIRAS, 2009).

Por fim, há de se considerar que a cordialidade não é uma característica diferencial do povo e organização estatal brasileira, já que há “personalismo e relações pessoais fundando todo tipo de privilégio também nos Estados Unidos e Europa” (SOUZA, 2018b, p. 18). Assim, a presente pesquisa enriquece-se ainda mais, por tornar indispensável uma análise de direito comparado justamente para analisar como prevenir ou evitar práticas do administrador cordial, enquanto tipo que transcende a cultura brasileira.

Em sentido similar, o patrimonialismo destacado por Raymundo Faoro consiste em “uma vida institucional que tem como fundamento uma ‘elite estatal’, também pré-moderna, que parasitaria toda a sociedade” (SOUZA, 2018a, p. 29).

Para Jessé Souza (2018a, p. 32), o “patrimonialismo é uma espécie de amálgama institucional do personalismo”, sendo certo que “Faoro procura comprovar sua hipótese buscando raízes que se alongam até a formação do Estado português no remoto século XII da nossa era” (SOUZA, 2018a, p. 53).

Além disso, em resposta ao livro “Os donos do poder”, em que Raymundo Faoro sustenta a existência de um histórico personalismo lusitano no século XIV causador da configuração de um Estado brasileiro patrimonial-estamental-autoritário, para o qual a solução é a adoção de políticas liberais, tendentes a um Estado-mínimo, Jessé Souza (2018b, p. 17) formula o conceito de donos do mercado e, nitidamente, pretende imputar àquelas análises a aptidão de “tornar invisível a verdadeira corrupção dos donos do mercado que capturam o Estado e saqueiam o orçamento público”.

Em resumo, ele afirma que esses estudos ocultam a face de um “mercado capturado por oligopólios e atravessadores financeiros, cujos donos lograram dominar primeiro o mercado e depois o Estado e a sociedade” (SOUZA, 2018b, p. 17). Portanto, não propõe encontrar uma solução nem no mercado, nem no Estado tal qual atualmente postos, mas sim reformulá-lo e acentuar a realidade da desigualdade da economia brasileira que construiu uma subcidadania permanente.

Não apenas, Jessé Souza critica também incisivamente aqueles que pretendem transpor a formação histórica da identidade portuguesa para o território brasileiro, ao destacar a importância que a escravidão de negros e índios possuiu neste país. Em outros termos, “dizer que o Brasil é uma continuação de Portugal quando aqui, ao contrário de lá, a escri-

vidão era a instituição total que comandava a vida de todos [...] é um absurdo científico” (SOUZA, 2018a, p. 41).

Outra concepção correlata indispensável para compreensão da crítica formulada por Jessé Souza a Raymundo Faoro consiste no estamento, o qual é “uma camada social cuja solidariedade interna é forjada a partir de um estilo de vida comum e de uma noção de prestígio compartilhado” (SOUZA, 2018a, p. 56), tendo supostamente e equivocadamente se “consolidado a partir da crise política portuguesa de 1383-85” (SOUZA, 2018a, p. 56).

A noção básica para compreensão da palavra “estamento” na concepção de Raymundo Faoro é a honra, entendida como “conceito central das sociedades pré-capitalistas tradicionais” (SOUZA, 2018a, p. 56).

O problema que denota a perspectiva ideológica da opinião de Raymundo Faoro é que a categoria construída por ele “transmuta-se quase que imperceptivelmente na noção pura e simples de Estado interventor” (SOUZA, 2018a, p. 58), já que “sempre que temos Estado, temos um estamento que o controle em nome de interesses próprios, impedindo o florescimento de uma sociedade civil e empreendedora” (SOUZA, 2018a, p. 58).

Uma perspectiva intermediária entre Raymundo Faoro e a que se pretende adotar nesse trabalho é a de Francis Fukuyama (2013, p. 61), para quem a “tendência a favorecer parentes e amigos pode ser superada por novas regras e incentivos que obrigam, por exemplo, à contratação de um indivíduo qualificado em vez de um familiar”, no que se anui integralmente.

Entretanto, ele considera que “as instituições superiores são, em certo sentido, antinaturais” (FUKUYAMA, 2013, p. 61), opinião divergente da adotada, já que há de se reconhecer que o patrimonialismo é uma construção cultural em nada similar a um determinismo biológico.

Há outros estudos acerca da corrupção que demonstram o equívoco da noção patrimonial do Estado brasileiro desenvolvida por Raymundo Faoro. Nesse sentido, Fernando Filgueiras (2009) aponta que “a corrupção não pode ser explicada, hoje, pelo conceito de patrimonialismo de Faoro, porque não há, no Brasil, um sistema de legitimação tradicional e as práticas de corrupção não são apenas derivadas do poder estatal”.

O último dos principais conceitos tratados nesta pesquisa que sofreram uma severa crítica de Jessé Souza (2018a, p. 88) foi a noção de jeitinho brasileiro, malandragem ou jeitinho malandro.

Embora o vínculo dessas correntes analisadas com o jeitinho brasileiro não seja explícito, entende Jessé Souza, que essa “‘pré-modernidade’ é o núcleo, nunca explicitado, de noções hoje correntes como ‘jeitinho brasileiro’” (SOUZA, 2018a, p. 29). Inclusive, o desenvolver da presente pesquisa bem demonstra isso.

O jeitinho brasileiro é entendido enquanto um sistema binário. De um lado, frente a normas gerais, “seguimos sempre o código burocrático ou a vertente impessoal e universalizante, igualitária, do sistema” (SOUZA, 2018a, p. 75-76). De outro, em uma situação concreta, “seguimos sempre o código das relações e da moralidade pessoal, tomando a vertente do ‘jeitinho’, da ‘malandragem’ e da solidariedade como eixo de ação.” (SOUZA, 2018a, p. 75-76).

O problema do jeitinho, assim como, dos debates sobre cordialidade, personalismo e patrimonialismo, “é a ideia de que existem sociedades sem ‘jeitinho’, ou seja, sem influência de relações pessoais poderosas decidindo o destino de pessoas concretas, muito especialmente nessa sociedade conto de fadas para adultos que são os Estados Unidos” (SOUZA, 2018a, p. 88).

Afinal, como bem destacou Jessé Souza (2018a, p. 88) sobre inadequação dessa perspectiva, a história é narrada “como se o policial norte-americano não batesse com mais força no latino e nos negros pobres, como se o governo, na “mutreta” e sem assumir, não espionasse aliados e inimigos [...]”.

Assim, a leitura tradicional da sociedade brasileira empreendida pela cordialidade, personalismo lusitano, patrimonialismo e jeitinho malandro merece ser considerada com a devida cautela, evitando incorrer nos riscos de culpar o Estado por todos os problemas do país em virtude da suposta existência de donos do poder, até porque a solução decorrente dessa perspectiva não se demonstra adequada, qual seja, o liberalismo econômico com a redução do papel do Estado.

Além disso, a cautela deve ser reforçada sempre que se perceber argumentos de racismo cultural consistentes na existência de uma distinção culturalmente rígida entre os brasileiros e os povos de outros países, afinal, essa circunstância termina por desconsiderar a possibilidade de instituições sólidas serem aptas a mitigar a cordialidade e o patrimonialismo, assim como, de medidas pedagógicas nesse escopo.

## 2. Constituição de 1988

A Constituição de 1988 não possui disposição sequer próximas do liberalismo econômico, bem ao contrário. Desde os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, por exemplo, prevê que são objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (BRASIL, 1988, art. 3º).

Esses objetivos fundamentais são simplesmente irrealizáveis sem uma intervenção do Estado no âmbito social e econômico. Afinal, o liberalismo já se demonstrou historicamente um fracasso para atingi-los.

Estabelece, ainda, direitos sociais no capítulo segundo do título segundo, entre os quais, a educação, a saúde e a alimentação (BRASIL, 1988, art. 6o). Além disso, prevê direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a exemplo de seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário e fundo de garantia do tempo de serviço (BRASIL, 1988, art. 7o).

Não nos filiamos, entretanto, aqueles que defendem a existência de cláusulas pétreas implícitas que envolveriam os princípios fundamentais ou, até mesmo, a defesa de que os direitos sociais são cláusulas pétreas em razão de uma interpretação teleológica da Constituição.

Na verdade, o art. 60, parágrafo quarto, é claro ao dispor exatamente o seguinte:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Se tal rol não deve ser interpretado restritivamente, também não há motivos para fazer uma interpretação extensiva. Afinal, trata-se de conteúdo inatingível mesmo por um quórum qualificado de 3/5 em duas votações nas duas casas dos representantes do povo. Portanto, é

do jogo democrático, caso eventualmente desejem reduzir ou alterar o rol de princípios fundamentais ou direitos sociais.

O fato, entretanto, é que atualmente a proposta de um Estado mínimo que adote o liberalismo econômico por meio da redução de direitos sociais e abstenção de favorecimento de regiões ou categorias hipossuficientes viola frontalmente a Constituição.

Além disso, a Constituição prevê extenso rol de serviços públicos (BRASIL, 1988, Art. 175), restringe ao monopólio da união um rol de atividades econômicas (BRASIL, 1988, Art. 177) e ainda prevê a intervenção excepcional no domínio econômico em diversas hipóteses (BRASIL, 1988, Art. 173).

## Considerações finais

Ante o exposto, conclui-se:

1. A perspectiva histórico-antropológica tradicional propõe uma análise da corrupção como se ela fora exclusiva do Estado, qualitativamente vinculada às tradições do povo brasileiro, em oposição ao mercado divinizado âmbito da eficiência, assim como, dos Estados Unidos e Europa.
2. Essa leitura da sociedade ocorre por meio da imputação culturalmente rígida ao brasileiro da cordialidade, do personalismo lusitano, do patrimonialismo e do jeitinho brasileiro.
3. A crítica empreendida busca desconstruir essa idealização do mercado e dos Estados Unidos e da Europa, demonstrando que eles também são marcado por cordialidade, personalismo, patrimonialismo e jeitinhos, sendo que são principalmente as instituições que inibem tão prática e ajudam a moldar uma cultura democrática e republicana.
4. Assim, em resposta ao liberalismo econômico que propõe a privatização das riquezas nacionais, fruto de uma sociologia de vira-lata e de um racismo cultural, sugere-se a necessária melhora

das instituições, assim como, programas destinados a tornar a corrupção moralmente mais reprovável na sociedade brasileira.

5. Destaca-se, assim, que tal perspectiva crítica é a adequada à Constituição de 1988, que dispõe de princípios fundamentais que resguardam tal interpretação, inúmeros direitos sociais gerais e dos trabalhadores em especial, além de extenso rol de serviços públicos, quadro de atividades destinadas ao monopólio e possibilidade de excepcional intervenção do Estado na economia.

## Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2018.

FILGUEIRAS, Fernando. **A tolerância à corrupção no Brasil**: uma antinomia entre normas morais e prática social. Opin. Pública, Campinas, v. 15, n. 2, p. 386-421, Nov. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 06 Set. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762009000200005>.

FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política**: dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa. Tradução: Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

MARX, Karl. Salário, preço e lucro. In: MARX, Karl. **Trabalho assalariado e capital & salário, preço e lucro**. 2 ed. São Paulo : Expressão Popular, 2010

OECD. **Government at a glance**. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <[https://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2015/employment-in-the-public-sector\\_gov\\_glance-2015-22-en](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2015/employment-in-the-public-sector_gov_glance-2015-22-en)>. Acesso em: 14 set. 2018.

- SANTOS, Tiago. Estado instituído na Constituição de 1988, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. *In*: MATOS, Taysa; SANTANA, Selma; GOSTINSKI, Aline (Org.). **Dignidade da pessoa humana** : estudos para além do direito. 2. ed. Florianópolis: Torant Lo Blanch, 2018.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.
- SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. 2. ed. Rio de Janeiro: LeYa, 2018a.
- SOUZA, Jessé. **Subcidadania brasileira**: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro : LeYa, 2018b.



# Concepção de direito adequada à constituição de 1988: reflexões após seus 30 anos de vigência

*Tiago Ferreira Santos*

## Introdução

A questão que se põe é qual concepção de direito especialmente considerando a possibilidade de proximidade com a moral e outras formas de pensamento humano são adequadas à Constituição de 1988 após os 30 anos de sua vigência e de debates doutrinários?

Para responder a essa pergunta-problema, objetivo geral da presente pesquisa, alguns objetivos específicos tiveram de ser enfrentados preliminarmente.

Primeiro, verificar os traços da corrente positivista do direito seja o legalismo ou o normativismo de Hans Kelsen. Em seguida, analisar os métodos de interpretação formuladas pela Escola História do Direito, cujo expoente foi Savigny. Além disso, explicar os conceitos relacionados do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo. Esclarecer, ainda, as possibilidades de classificação de Robert Alexy acerca das variadas concepções do direito. Por fim, responder qual dessas concepções do direito são mais compatíveis com a Constituição de 1988.

O método adotado foi a análise bibliográfica qualitativa

## 1. Concepção do positivismo legalista

Para os adeptos do positivismo normativista, o direito é formado por um conjunto de normas postas hierarquicamente conforme indicado pelas entidades estatais. Obviamente, reconhece a possibilidade de normas jurídicas serem instituídas também por particulares, mas desde que estejam de acordo com as superiores. Adota, assim, a concepção monista, mesmo que a amplie para incluir normas jurídicas privadas elaboradas em conformidade com as estatais. No topo da pirâmide do direito nacional, figura a Constituição e, em seguida, as leis. É uma vertente de teoria da validade por afirmar que a norma inferior busca sua fundamentação na superior.

Importa destacar, essa corrente nada há a ver com o positivismo legalista. Sua abordagem equivocada apenas foi relevante no século XIX, ligado ainda às metas do jusnaturalismo racionalista do Iluminismo. Essa distinção é relevante para evitar equívocos, já que muitas das críticas direcionadas a Hans Kelsen decorrem disso.

A essência dessa corrente normativista tal qual aqui entendida, portanto, não se coaduna com a opinião de Carla Faralli (2006, p. 11), para quem há uma “identificação do constitucionalismo como teoria específica do direito e sua distinção do positivismo (ou legalismo)”.

Afinal, mesmo o incansavelmente combatido Hans Kelsen jamais recusou a conferir validade às constituições que possuíam, inclusive, ao menos dentro do Estado, “escalão de Direito positivo mais elevado” (KELSEN, 2006, p. 247), incumbindo sim ao intérprete lhes aplicar até mesmo do ponto de vista material, o que aliás é um dos traços do neo-constitucionalismo, que defende o reconhecimento da “supremacia material e axiológica da Constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 34), em vez de se afirmar a supremacia meramente formal.

Admitir a oposição de um positivismo a um constitucionalismo implica, portanto, considerar que Hans Kelsen jamais fora seu adepto. Na verdade, não é adequado o jurista propor arbitrariamente significado às palavras, ao contrário, como bem alerta permanentemente Edvaldo Brito (2016, p. 210), o método lógico-linguístico lhe é crucial. É sabido que a Constituição é uma norma de direito posto e, portanto, o constitucionalismo é um fenômeno do juspositivismo.

Essa oposição do constitucionalismo ao positivista possui pertinência àqueles que pretendiam fundar o direito baseado nos códigos que esgotariam a matéria jurídica e eram adeptos da corrente legalista, a qual nunca logrou êxito, encontrando sua ascensão e declínios em curto período.

Bem esclareceu Savigny (2018, p. 20) os traços da chamada Escola da Exegese, que teorizou sobre o positivismo legalista, por meio do qual “se pediam novos Códigos, os quais, com suas perfeições, deviam garantir uma mecânica exata na administração da justiça”. Nesses termos, “o magistrado, dispensado de todo juízo próprio, devia limitar-se a uma simples aplicação literal da lei” (SAVIGNY, 2018, p. 20). Sua crítica vigorosa lhe rendeu a inserção na chamada Escola Histórica do Direito, a seguir analisada.

## 2. Concepção historicista do direito

Desde o nascedouro da Escola da Exegese, seus adeptos receberam sua devida oposição, afinal, não é adequado cogitar de códigos “completamente livres de toda influência da história” (SAVIGNY, 2018, p. 20) e, por consequência, adaptados “a todos os povos e tempos” (SAVIGNY, 2018, p. 20).

O caráter histórico-cultural do direito apto a variar conforme o momento e o local é questão demonstrável, pois “a ordem jurídica deve ser compreendida em sua dimensão empírica” (SOARES, 2017, p. 236).

Em Savigny, a interpretação, embora inicie por uma leitura gramatical ou literal, nunca se esgota apenas em tanto, demandando uma análise respaldada na lógica, na história e nos sistemas nos quais a norma está inserida. Assim, “não são esses quatro tipos de interpretação, entre os quais você pode escolher de acordo com o gosto ou capricho, mas quatro operações diferentes, cuja reunião é indispensável para interpretar a lei” (SAVIGNY, 1878, p. 150).

Obviamente, isso não significa que, para uma decisão ou opinião juridicamente exposta ser bem fundamentada, tenha necessariamente de transpassar por todos eles, já que apenas é indispensável “não esquecer nenhum deles, porque em algumas circunstâncias é possível, sem diminuir a importância da interpretação, omitir qualquer, quando sua menção é inútil ou pedante” (SAVIGNY, 1878, p. 150).

Essas quatro mencionadas classes de interpretação são por Savigny explicadas respectivamente como elementos gramatical, lógico, histórico e sistemático na citação que segue transcrita:

O elemento gramatical da interpretação tem como objeto as palavras que o legislador utiliza para comunicar seu pensamento, isto é, a linguagem das leis.

O elemento lógico, a decomposição do pensamento ou as relações lógicas que unem diferentes partes.

O histórico tem como objeto o estado do direito existente sobre o assunto, na época em que a lei foi dada; determina o modo de ação da lei e a mudança introduzida por ela, que é precisamente o que o elemento histórico deve esclarecer.

Finalmente, o elemento sistemático tem como objeto o laço íntimo que une as instituições e regras de direito dentro de uma vasta unidade. (SAVIGNY, 1878, p. 150)

Há diversos arranjos que posteriormente foram realizados nessa exposição sistemática de Savigny acerca dos elementos de interpretação. Por exemplo, na sua concepção original, essas classes de interpretação destinavam-se apenas às leis normais, não às defeituosas, entre as quais se inseriam aquelas com expressões indeterminadas (SAVIGNY, 1878, p. 154/155). Para essas, a analogia e o direito comparado eram apontados como principais formas de remediá-las (SAVIGNY, 1878, p. 155).

Relevante contribuição foi trazida por Ricardo Maurício Freire Soares (2017, p. 335), que, com base em Savigny, mas atualizando a sua doutrina, expõe que há cinco “técnicas interpretativas: a gramatical, a lógico-sistemática, a histórica, a sociológica e a teleológica”.

Ele destaca que a “interpretação gramatical deve ser [...] apenas o ponto de partida e nunca sinalizar o término do processo hermenêutico, ante o risco de injustiças” (SOARES, 2017, p. 335), portanto, é importante debruçar-se “sobre as expressões normativas, investigando a origem etimológica dos vocábulos e aplicando as regras estruturais de concordância ou regência, verbal e nominal” (SOARES, 2017, p. 335), mas jamais deve o jurista contentar-se só com isso.

Nessa seara, traz a técnica lógico-sistemática, que “consiste em referir o texto ao contexto normativo de que faz parte, correlacionando, assim, a norma ao sistema do ordenamento jurídico inteiro e até de outros sistemas paralelos” (SOARES, 2017, p. 335).

Assim, de acordo com a sua doutrina, uma das principais fontes de compreensão das expressões normativas investigadas por meio da técnica lógico-sistemática consiste justamente no direito comparado, perspectiva de suma importância para bem compreensão a Constituição na atual globalização cada vez mais intensa.

Além disso, “munido da técnica histórica, o intérprete do direito perquire os antecedentes imediatos [...] e remotos do modelo normativo” (SOARES, 2017, p. 335). Não raro, as consequências jurídicas adequadas para resolver um caso são aclaradas diante da investigação das origens dos atuais institutos.

Já a técnica sociológica de interpretação consiste em atribuir uma eficácia técnico-jurídica ao texto normativo adequada “às relações sociais que lhe deram origem; elastecer o sentido da norma a relações novas, inéditas ao momento de sua criação; e temperar o alcance do preceito normativo, a fim de fazê-lo espelhar as necessidades atuais da comunidade jurídica” (SOARES, 2017, p. 336).

Por último, a técnica teleológica objetiva “delimitar o fim, vale dizer, a *ratio essendi* do preceito normativo, para a partir dele determinar o seu real significado” (SOARES, 2017, p. 336).

Sem dúvidas após esses 30 anos de vigência da Constituição brasileira de 1988 a interdisciplinaridade está mais destacada, demonstrando o acerto das críticas de Savigny ao positivismo legalista, que não é o adotado por Hans Kelsen, a seguir analisado.

### 3. Concepção do positivismo normativista

Diferentemente do legalismo, a concepção de Hans Kelsen já se demonstra bem mais adequada, sendo que seu principal erro foi adotar a tese da não-incorporação no que se refere à interpretação jurídica, ou seja, não admitiu a leitura interna ao direito de outros campos do pensamento.

A primeira e mais relevante fronteira erguida por Hans Kelsen foi a separação entre direito e moral, assim como, entre ciência jurídica e ética. Ele a justificou em virtude de a legitimação do direito por uma ordem moral distinta da ordem jurídica ser “irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas o conhecer e descrever” (KELSEN, 2006, p. 77).

Ocorre que principalmente com a Constituição de 1988, a qual prevê princípios fundamentais expressos e possibilita a justificação de inúmeros outros considerados implícitos, há inegável aproximação entre o direito e a moralidade, ensejando a necessidade de o jurista conhecê-la até mesmo para compreender o seu objeto de estudo, demonstrando o equívoco dessa redução gnosiológica.

Mais do nunca, há de se reconhecer a possibilidade de vinculação entre direito e moral. Com acerto acerca dessa relação, Claude du Pasquier entende que as normas jurídicas correspondem ao “mínimo de moralidade suscetível de ser imposto pela coerção” (PASQUIER, 1979, p. 316), embora haja também em seu rol “regras técnicas que não interessam à moralidade” (PASQUIER, 1979, p. 317).

Além dessa separação sustentada por Hans Kelsen, ele rejeita a existência, por exemplo, de uma sociologia no direito (leitura interna), sustentando meramente uma sociologia do direito (leitura externa). Em suma, criticou que “a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política” (KELSEN, 2006, p. 1).

Não o expôs, entretanto, em virtude da existência de uma fronteira intransponível entre o direito e a sociologia, ou seja, fê-lo “não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão” (KELSEN, 2006, p. 1-2), mas em virtude de intentar “evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza de seu objeto” (KELSEN, 2006, p. 2).

Pretender afastar argumentos morais, sociológicos, psicológicos e mesmo outros da atividade do jurista apenas serve para demonstrar o quanto restaria difícil interpretar o direito com tais fronteiras, já que as opções hermenêuticas restaram restritas.

Na verdade, o último capítulo do livro *Teoria pura do direito* é o que versa sobre a sua teoria da interpretação e nas pouco mais de dez páginas possui algumas das passagens mais esdrúxulas de suas opiniões.

Não só pela extensão, mas também pela qualidade, é seguramente o autor menos indicado para aprofundar esse assunto, o qual, entretanto, não deve desmerecer sua teoria da validade das normas jurídicas. Nesse sentido, o autor que possibilita iniciar os debates acerca da adequada interpretação da Constituição de 1988 à luz dos 30 anos de debates doutrinários durante a sua vigência é Savigny (1878, p. 150), por aproximar o direito da moralidade e admitir a existência de uma história e sociologia no direito (leitura interna), argumentos que serão cruciais para possibilitar uma ponderação dos princípios.

Se é verdade que havia uma fé na capacidade do método literal durante o positivismo jurídico legalista, o normativismo kelseniano já não incorre nesse erro ao reconhecer a necessidade de outros argumentos para aplicar as normas.

O equívoco de Hans Kelsen não é tanto negar a influência de outros argumentos ao direito, mas defender que ao jurista incumbe analisar apenas os argumentos jurídicos em sentido estrito. Por essa redução gnosiológica, limita indevidamente a atividade do acadêmico em direito, conferindo amplo leque de indeterminação. Segue transcrição:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência [...]. (KELSEN, 2006, p. 393)

Portanto, o normativismo é incompatível por incidir no equívoco de não considerar adequado que tais temas fossem estudados pelo jurista, porquanto não se tratariam de uma teoria pura do direito, já que incluiriam concepções da moralidade, da sociologia e da moral. Para ele, a tarefa jurídica se limitaria ao delineamento da moldura dentro da qual o intérprete/aplicador estaria livre para usar esses argumentos extrajurídicos, como se fosse possível dissociá-los.

Esse debate desenvolvido até o presente situa-se ainda numa perspectiva hermenêutica tradicional, apta, a partir das críticas realizadas à perspectiva do positivismo legalista e normativista com esboço na

exposição dos métodos interpretativos de Savigny, a possibilitar a divagação sobre as perspectivas pós-positivistas relacionadas ao neoconstitucionalismo, abordadas no tópico seguinte

#### 4. Concepção pós-positivista ou neoconstitucionalista

Esta corrente influenciada por Ronald Dworkin e Robert Alexy está mais adequada à Constituição de 1988, especialmente, após os seus 30 anos de vigência. Afinal, o jurista não é limitado apenas às normas de direito positivo, e nem pode assim ser em qualquer hipótese. Argumentos principiológicos, políticos, morais e interdisciplinares de forma ampla são utilizados para resolver diversos casos sem os quais seria impossível concluir seguramente acerca de qual a melhor decisão, relegando às autoridades uma ampla discricionariedade que não se coaduna com o direito na contemporaneidade, ainda que haja inegavelmente situações de maior ou menor grau de vinculação à juridicidade.

Até o momento, foram expostas questões que possuem relevância prática para esta pesquisa. Entretanto, há de se reconhecer que uma parte do debate que se desenvolve sobre o conceito de direito tem caráter meramente teórico, especialmente, diante do contexto normativo de uma Constituição democrática que dispõe positivamente os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil já no seu art. 1º, como segue:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Assim, ao menos no contexto brasileiro atual em que o marco filosófico pós-positivista foi adotado, buscando conciliar o jusnaturalismo (legitimidade material por meio dos valores) com o juspositivismo (segurança jurídica por meio da positivação do direito) por meio da inscrição de prin-

cípios jurídicos na Constituição, algumas controvérsias foram solucionadas para outras tantas surgirem. No sentido de demonstrar esse caráter sintético, Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 127) assim leciona:

[...] uma das características mais marcantes do neoconstitucionalismo, expressão do pós-positivismo jurídico no Direito Constitucional, consiste na frequente utilização de princípios jurídicos no embasamento de processos hermenêuticos e decisórios, como espécies normativas que permitem conciliar as estimativas de justiça (legitimidade), típicas do jusnaturalismo, com as exigências de segurança (legalidade), própria do positivismo jurídico.

A valorização desses princípios jurídicos vem sendo acompanhada, *pari passu*, pela progressiva constitucionalização desses cânones éticos

Feitas essas investigações preliminares, importa agora abordar as relações entre o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo.

Defende-se que houve a constitucionalização do direito no seio do movimento do pós-positivismo jurídico fundamentado especialmente nas concepções de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. Entretanto, a forma que se desenvolveu essa corrente jurídica neste país diferencia-se das ideias daqueles autores especialmente em virtude do caráter sincrético adotado aqui.

Por um lado, o pós-positivismo jurídico é proclamado o marco filosófico desses debates. Por outro, o neoconstitucionalismo é definido como a repercussão de seus argumentos nessa seara.

Essa referência à influência de Ronald Dworkin, americano, e Robert Alexy, alemão, como pilares da teoria neoconstitucional pode levar a crer que a doutrina brasileira está desinteressada ou sem atuação marcante nessa seara, o que é de todo uma inverdade.

Embora seja reconhecida a proeminência desses expoentes e usualmente apontado o período posterior à Segunda Guerra Mundial como marco histórico do neoconstitucionalismo na Europa, sendo que no Brasil ele se daria apenas em 1988 (BARROSO, 2016, p. 279), é inegável que essa corrente teórica encontra amplo respaldo no Brasil, região em que se acentua a existência de um pós-positivismo, considerado “marco

filosófico do novo direito constitucional [...] ou neoconstitucionalismo” (BARROSO, 2016, p. 281 e 284).

Importa destacar, inclusive, que essa expressão, pós-positivismo, muito utilizada pela doutrina brasileira, não é de uso frequente de Ronald Dworkin, nem de Robert Alexy, embora não seja de uso limitado ao Brasil.

Nesse sentido, por exemplo, Carla Faralli (2006, p. 8), italiana, utiliza expressamente essa terminologia, fazendo menção seguramente a essa corrente bem descrita pela doutrina brasileira, o que demonstra que não é de todo adequado o comentário realizado por Dimitri Dimoulis (2006, p. 48), no sentido de que “a pesquisa da bibliografia indica que o termo é praticamente desconhecido fora do Brasil”.

De qualquer modo, os debates sobre o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo são intimamente relacionados na doutrina brasileira, a qual afirma consistir em uma corrente do direito marcada essencialmente pelo seu sincretismo teórico-metodológico por ser, “em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista” (BARROSO, 2016, p. 282), mas também por corresponder a um momento de crise do paradigma ainda vigente sem estabelecimento uniforme de uma doutrina que o suceda. Em resumo, como bem ensinou Luís Roberto Barroso (2016, p. 283):

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética.

Desse modo, a heterogeneidade normal em crises paradigmáticas é nota do chamado pós-positivismo. Não à toa, ele encontra especial guarida na doutrina brasileira, que, por razões culturais, tende a conciliar autores aparentemente incompatíveis, como demonstrou Sérgio Buarque de Holanda (2014, p. 185-186).

Há de se reconhecer, entretanto, que não é uma corrente brasileira, ainda que os termos equivalentes mais utilizados numa perspectiva similar ao pós-positivismo preferido pela doutrina brasileira, seja o não-positivismo (doutrina alemã) ou antipositivismo (doutrina anglo-americana).

De qualquer modo, eventuais nuances na concepção de direito em cada uma das regiões escapam aos objetivos do presente trabalho que pretende essencialmente apenas conhecer a melhor concepção do direito para a Constituição de 1988 após seus 30 anos de vigência.

Consoante visto, um dos temas centrais nessa perspectiva é justamente a incorporação dos cânones éticos no direito, consistindo na superação entre a dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo por meio da aproximação do direito com a moralidade. Importa verificar, neste momento, quais concepções dessa interação entre esses dois campos do saber, na classificação de Robert Alexy (2015, p. 304-308), possibilitam resultados adequados aos debates acerca da Constituição de 1988, após os 30 anos de maturidade doutrinária.

Há de se excluir categoricamente o positivismo jurídico exclusivo, perspectiva adotada por Joseph Raz, já que ele “sustenta que a moral é necessariamente excluída do conceito do direito” (ALEXY, 2015, p. 304). Entretanto, já que os princípios jurídicos inegavelmente incorporam questões da moralidade no direito, no ordenamento jurídico brasileiro, essa é uma linha inadequada, especialmente, em virtude do art. 1º, da Constituição, estabelecer os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Se o positivismo jurídico exclusivo é inapropriado, há de se reconhecer que o positivismo jurídico numa perspectiva inclusiva já não é. Afinal, ele defende que a “inclusão é tomada como um assunto contingente ou convencional, voltando-se para aquilo que o direito positivo, de fato, disser” (ALEXY, 2015, p. 305).

No caso brasileiro, a incorporação ampla dos princípios jurídicos ao direito positivo é integral em virtude da cláusula de abertura adotada expressamente no art. 5º, parágrafo segundo, da Constituição, que possibilita a existência de princípios até mesmo implícitos “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A presente pesquisa não se limitará a descrever as normas jurídicas infraconstitucionais postas, mas também as avaliará axiologicamente, em virtude primeiramente dessa aproximação realizada entre direito e moralidade e também de um debate interdisciplinar. Fá-lo-á, é verdade, à luz dos princípios fundamentais expostos positivamente na Constituição de forma explícita ou implícita.

Portanto, o positivismo inclusivo é adequado, já que a origem da argumentação sempre será princípios constitucionais, portanto, volta-se “para aquilo que o direito positivo, de fato”, diz (ALEXY, 2015, p. 305).

Similarmente, o não-positivismo jurídico na vertente superinclusiva também corresponde a uma teoria apta a conduzir as diretrizes da presente pesquisa. Segundo essa proposta, “a validade jurídica não é afetada de forma nenhuma pelos vícios morais” (ALEXY, 2015, p. 306), em virtude de possuir uma conexão necessária, mas apenas classificatória, não qualificadora, cujo efeito é a possibilidade de verificação da “falibilidade jurídica” (ALEXY, 2015, p. 306).

Do ponto de vista de uma conciliação entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, tal como proclamado pela corrente pós-positivista que pretende superar essa dicotomia, esse não-positivismo superinclusivo é uma concepção relativamente adequada ao direito brasileiro. Afinal, diante da positivação dos cânones éticos na condição de princípios constitucionais, torna-se possível afastar a incidência de uma norma jurídica de consequências jurídicas injustas no caso concreto por meio da justificação no direito posto.

Assim, o não-positivismo superinclusivo é interessante porque é sabido que os princípios constitucionais possuem uma margem de determinação que impede certas soluções injustas em virtude de seu caráter deontológico e vinculante, mas também possuem um campo de indeterminação, no qual os órgãos constitucionalmente definidos serão competentes para lhe preencher o conteúdo. Portanto, haverá a possibilidade de verificação da “falibilidade jurídica” (ALEXY, 2015, p. 306) por meio da alteração do texto normativo.

O exercício classificatório continua ao expor o não-positivismo inclusivo, perspectiva adotada por Robert Alexy (2015, p. 307), para quem sob determinadas condições qualquer norma jurídica deve ser considerada in-

válida, trazendo o critério da extrema injustiça. Além dessas concepções, há também o não-positivismo jurídico exclusivo, perspectiva em que qualquer injustiça prejuzga a validade da norma (ALEXY, 2015, p. 305-306).

Para essas duas últimas correntes, a solução jurídica, assim como para o não-positivismo superinclusivo, pode ser justificada nos cânones éticos incorporados ao direito posto, exceto na hipótese de indeterminação principiológica, momento em que elas se demonstram incompatíveis com a Constituição brasileira.

## Considerações finais

Ante o exposto, conclui-se:

1. Inadequação do positivismo legalista, especialmente, em virtude do caráter ahistórico e universal imputado ao direito pela sua doutrina, assim como, pela crença de que a atividade jurídica poderia ser privada da axiologia, tornando-se mecânica;
2. Adequação dos métodos tradicionais de interpretação e das críticas formuladas ao positivismo legalista por Savigny, mais ilustre integrante da Escola Histórica do Direito, para iniciar os debates sobre a concepção de direito adequada à Constituição de 1988, especialmente, após a atualização de Ricardo Maurício Freire Soares;
3. Adequação parcial da teoria de Hans Kelsen para compreensão da Constituição de 1988. Por um lado, concorda-se com a supremacia material e formal das normas constitucionais. Por outro, recusa-se à redução gnosiológica empreendida no positivismo normativista em que reconhece a existência de necessária interdisciplinaridade, mas não considera pertinente que a investigação seja empreendida na atividade do jurista.
4. Adequação integral da Constituição brasileira de 1988 com a corrente pós-positivista (marco filosófico) que promove um neoconstitucionalismo (reinterpretação do direito constitucional) por meio de uma aproximação do direito com a ética, a moral

e outros argumentos interdisciplinares, especialmente, pela inscrição de princípios fundamentais no seu texto normativo.

## Referências

- ALEXY, Robert. Não positivismo inclusivo. *In: Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Organizadores: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. 1. Ed. Florianópolis: Qualis, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2018.
- BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev, ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.
- FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. Tradução: Candice Premaor Gullo. Revisão da tradução: Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- PASQUIER, Claude du. **Introduction à la théorie Générale et à la philosophie du Droit**. Paris: Delachaux & Niestlé S.A., 1979.

SAVIGNY, M. F. C. de. **De la vocación de nuestro siglo**. Disponível em: <<http://fama2.us.es/fde/ocr/2012/deLaVocacionDeNuestroSiglo.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

SAVIGNY, M. F. C. de. **Sistema del derecho romano actual**, tomo I. Tradução: M. Ch. Guenoux. Madrid, F. Góngora y Compañía, 1878. Disponível em: <<https://archive.org/stream/BRes1421811#page/n185/mode/1up>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.



# **TEMAS CONSTITUCIONAIS ATUAIS**



# “Animal crush” a nova aposta cruel da indústria pornográfica

*Débora Nicodemo*

## Introdução

Ao longo da história os animais por muitas vezes foram vistos como deuses e outras como um simples objeto de troca, nesta perspectiva os direitos dos animais começou a ser discutido apenas em 1635, onde se iniciou as primeiras regras contra a crueldade até chegar em 1978 onde ocorreu a assinatura da Declaração Universal dos direitos dos animais, que trouxe uma série de cuidados, dando a eles dignidade e o direito de não serem maltratados.

Porém, muitas vezes tais regramento são desrespeitados, os animais são utilizados como um objeto de trabalho, ou como entretenimento ao público e é nesta perspectiva que surge o “animal crush”, criado pela indústria pornográfica que hoje tem como foco de seus lucros a violência assistida, o “animal crush” surge como um destes ramos de violência paga para a satisfação sexual de telespectadores.

O “animal crush” é uma pornografia sádica, onde as cenas são de mulheres com pouca ou nenhuma roupa que enquanto fazem danças sensuais estrangulam animais até a morte.

Estes animais podem ser vertebrados, invertebrados, coelhos, cachorros ou insetos, cada cena tem um animal específico diferente que

após passar por diversos maus tratados é morto pelos mais diversos modos e o que é mais assustador, tais cenas são para um único fim: a satisfação sexual de um telespectador sádico bem como a obtenção de lucros de uma indústria doentia.

O que se vê nestas cenas do “animal crush” é um completo desrespeito aos animais, que são maltratados até chegarem a morte para o entretenimento sexual da pornografia.

A presente pesquisa buscará sintetizar o tema e trazer algumas discussões sobre o “animal crush” em confronto com os direitos dos animais na atualidade.

## 1. A proteção dos direitos dos animais na história

Desde o princípio da existência humana, animais e pessoas convivem juntos, porém a relação entre ambos ao longo da história sempre foi questionável, em alguns momentos os animais foram vistos como bens sagrados em outros foram tratados como coisas, desta forma no presente momento será discutido a relação histórica entre os animais e os seres humanos.

No princípio homens e animais se enfrentavam na disputa por alimentos e espaço, porém aos poucos os seres humanos foram tomando a frente, tornando os animais inferiores a eles pela justificativa de sua racionalidade e supremacia (Tetu, 2008).

Já na antiguidade os animais eram considerados divinos, tinham um valor significativo na sociedade e na religião da época. Os sofistas viam os animais como seres dignos e eram tratados como irmãos e professores dos animais humanos, porém na filosofia clássica, pensamentos como de Platão e Aristóteles visavam o ser humano como centro do mundo, objetificando assim dentre outras coisas os animais. (Tetu, 2008).

Na Grécia havia a pirâmide, onde os homens eram vistos abaixo dos deuses, depois vinham as mulheres e crianças e por últimos os animais, como base da pirâmide eles existiam para servir aqueles que estavam nos graus superiores, eram vistos como seres sem alma e que não sabiam distinguir o que era justo daquilo que era injusto e que os tornava sem merecimento moral (Silva, 2014).

No império romano os animais eram vistos como *res*, como coisas, recebiam então o mesmo regime jurídico dado aos objetos inanimados (Silva, 2014).

A Roma ainda se aproveitou dos animais para a política do pão e do circo, onde estes eram colocados como espetáculo de violência e assim humanos e animais lutavam até a morte para o divertimento da população romana. (Silva, 2014)

Após a queda do império romano, o tratamento aos animais foi diferenciado, cabendo a eles poder de capacidade processual, desta forma eles foram tratados como os seres humanos, cabendo a eles as penas que eram aplicadas a todos os seres humanos, os animais eram citados a comparecer ao tribunal e caso não comparecessem eram condenados à revelia.

Já após a implantação da raiz judaica- cristã os animais passaram a ser vistos como seres que mereciam ser dominados (Tetu, 2008).

Conforme diz Edna Cardoso Dias:

As atitudes generalizadas de maus-tratos aos animais nasceram sobretudo da crença bíblica de que Deus outorgou ao homem o domínio sobre todas as criaturas e do um pensamento filosófico que se desenvolveu — assentado numa dualidade ontológica —, o qual vem legitimando toda sorte de exploração dos animais. Assim seguiram o romantismo, o humanismo e o racionalismo, que colocaram o homem no centro do Universo. (2000)

Desta forma grandes influenciadores da igreja Católica como Tomas de Aquino e Agostinho Hipona pautavam- se na hierarquia de superioridade entre os seres humanos e os animais (Tetu, 2008).

Por fim, por muito tempo a teoria de que os animais não tinham os mesmos direitos que os seres humanos foram colocados em pratica, a proposta de direitos aos animais só veio a ser positivada em 1635 na Irlanda.

A primeira legislação contra a crueldade foi aprovada na Irlanda em 1635 que tinha como lei a proibição de arrancar os pelos das ovelhas e amarrar arados nos rabos dos cavalos (Abreu, 2015).

Em 1641 foi aprovado o primeiro código legal que protegia os animais domésticos na América onde proibia a crueldade aos animais. Na Inglaterra nesta mesma época foram proibidas brigadas de galo, de cachorro

e touradas, porém, com a entrada de Charles II foram autorizadas novamente e depois apenas em 1822 voltaram a ser proibidas (Abreu, 2015).

A grande revolução ocorreu mesmo no século XIX que foi quando os estudos foram potencializados nos direitos a comunidade vulnerável como crianças, idosos, deficientes e assim também se iniciou os estudos dos direitos animais (Abreu, 2015).

Em 1933, os nazistas criaram diversas leis para a proteção dos animais, onde Hitler defendia que nenhum animal deveria ser tratado de forma cruel. Porém após a segunda guerra mundial, onde a procura por produtos de origem animal teve um grande crescimento e assim a alimentação passou a ser pautada em carne o que fez mudar a indústria, que hoje mata bilhões de animais por ano (Abreu, 2015).

Peter Singer em 1975 lança o seu livro intitulado de “Animal Liberation” que se torna o livro de luta aos direitos dos animais e então em 1978 a Unesco cria a declaração Universal dos direitos dos animais. A declaração dos direitos animais foi um grande marco, por iniciar –se os direitos dos animais de forma universal, prevendo artigos que dão a estes seres dignidade e direito (Abreu, 2015).

Tal declaração traz em seus artigos que os animais devem ser tratados de forma digna e que não devem ser mortos sem motivo e dentre outros que os animais devem ser tratados com respeito.

Desta forma a partir de 1978 a luta pelos direitos animais foi iniciada e assim cada estado-membro vem lutando para criar leis que garantam os direitos mínimos aos animais.

## 2. Os direitos animais no Brasil

A sistematização das normas de proteção aos animais ocorreu em 1924 com o Decreto nº 16.590, onde proibia qualquer tipo de diversão que causassem sofrimentos aos animais. Após 10 anos, um novo decreto é criado, onde foi estabelecido medidas de proteção aos animais (Silva, 2014).

Já em 1967, veio a Lei de proteção a fauna, onde transformou a caça em crime, veio ainda muitas outras leis, regulando funcionamento de zoológicos, proibindo a pesca e molestamento de animais marinhos (Silva, 214).

Com a nova constituição em 1988, o artigo 225, instruiu a proteção da fauna, bem como reforçou a proibição da crueldade contra os animais. A lei criada em 1998, lei dos crimes ambientais passou a considerar crime as condutas de crueldade contra os animais, fazendo com que o Brasil fosse um dos países mais avançados em leis de proteção ao direito ambiental. (Silva, 2014).

### 3. Os direitos dos animais x atrocidades recorrentes no século XXI

Os animais tornaram-se, ao longo dos anos, vítimas silenciosas da violência perpetrada pelos seres humanos, que lhes impingem sofrimento desnecessário, através de maus-tratos, abate indiscriminado, exploração do trabalho, utilização dos produtos de origem animal e uso em experimentos de caráter científico em laboratórios. (Xavier, 2013).

O que pode se perceber conforme afirma (Xavier, 2013) é que mesmo os animais tendo proteção jurídica nos dias atuais ainda sofrem muitos tipos de violência, tanto os maus-tratos como o abuso das indústrias para a realização de testes em produtos cosméticos, bem como no abatimento de animais que muitas vezes é cruel e desumano para com os estes seres e ainda a indústria do entretenimento se aproveita dos animais para obter lucros, como as vaquejadas e ainda o pouco conhecido vídeos pornográficos intitulado de “animal crush” e por fim são utilizados também em filmes.

Uma grande polemica que abriu uma discussão sobre os animais em filmes foram as gravações do filme “4 vidas de um cachorro “ onde houve imagens divulgadas na internet de maus-tratos ao cachorro que seria o personagem principal, um outro filme que menciona a pouca preocupação com os animais é as filmagens do filme “ as aventuras de PI”, onde em um e-mail uma funcionária do AHA descreve que em uma das cenas que estavam sendo filmadas o tigre das imagens quase morreu afogado ( Insecta, 2017).

No entretenimento muitas vezes os animais são utilizados também em zoológicos, mesmo que os ambientes sejam bem organizados, os animais permanecem presos e longe de seus habitats naturais, o que gera um so-

frimento enorme para estes animais em prol apenas de entretenimento humano, algo muito cruel (Watanabe, 2016).

Manter animais em cativeiro, em zoológicos, circos e atrações turísticas, gera um enorme sofrimento para qualquer animal, um esgotamento físico e mental, capaz de ocasionar graves problemas mentais, como crises de depressão profunda geradas pela solidão e o confinamento. O uso de animais, principalmente os silvestres (mais difíceis de encontrar na natureza), visando lucro leva à extinção de várias espécies, tanto terrestres como marinhos (Watanabe, 2016).

Há também os casos das vaquejas, touradas e cavalgas momentos estes onde os animais são torturados, encurralados e por muitas vezes tem seus chifres cortados sem anestesia para o simples entretenimento de seres humanos (Watanabe, 2016).

Por fim, há uma nova indústria que também tem investido arduamente no entretenimento animal de forma um pouco mais sádica do que as anteriores e talvez de certa forma até mais cruel trata-se do investimento da indústria pornográfica no “animal crush”.

#### 4. A indústria pornográfica e o “animal crush”

Hoje a pornografia se tornou uma indústria que arrecada bilhões de dólares por ano e como uma indústria ela precisa investir no mercado e trazer novas perspectivas, hoje as cenas pautam-se em violência, o sexo apenas com a penetração já não mais atrai o público e é neste contexto que surgem cenas violentas e por muitas vezes assustadoras como por exemplo o “animal crush”.

O “animal crush” nada mais é do que crueldade com animais, as cenas pautam-se em geralmente mulheres com pouca roupa que esmagam insetos, botam fogo em animais, cortam patas e pescoço de bichos e os rasgam e dentre outras atrocidades que tem por natureza um único fim: o prazer sexual daquele que está do outro lado da tela.

Tais cenas podem ser encontradas facilmente em sites conhecidos do universo pornográfico, como o pornhub ou redtube, uma realidade

cruel que pode ser encontrada em apenas uma pesquisa rápida pela web em “animal crush”.

As cenas pautam-se em mulheres que são filmadas até uma determinada parte do corpo (os rostos nunca são mostrados), onde por cerca de 20 minutos, animais vertebrados são sacrificados para a satisfação sexual de internautas, durante os minutos que se passam os animais são torturados de forma lenta com estiletes ou seus ossos são quebrados para que no final sejam esmagados até a morte.

Este tipo de conteúdo se divide em dois conceitos: Hard crush: são abusos que ocorrem de forma mais violenta com animais de maior porte e geralmente são vertebrados, podem ser qualquer tipo de animal deste porte desde aves a répteis, já o soft crush é um conteúdo voltado a cenas com animais menores, em sua maioria invertebrados e que são esmagados até a morte (Aidanimals, 2015).

As descrições são sempre de violência e crueldade contra os animais, tais vídeos podem ser vistos com o pagamento de aproximadamente 60 dólares, infelizmente este é o valor da vida de um animal para um produtor e um telespectador doente que procura nestas cenas incitação sexual.

Neste trecho presente em uma reportagem sobre animal crush é possível verificar o nível de crueldade existente, retirado do texto de Sirin Kale:

Nas filmagens, uma mulher está em uma cozinha, torcendo um filhote de cachorro pitbull até a morte. Ela golpeia o cachorro repetidamente com uma faca de carne, corta uma pata e corta a cabeça e o pescoço. Após 13 minutos de tortura sem sentido, ela decapita o cachorrinho. Finalmente, ela urina sobre seu corpo sem vida. (2012)

Tais descrições são de Suzanne Hollifield, um membro do departamento de polícia de Houston, a crueldade aos animais é grande demais e assustadora, cada cena compartilhada é um pedido de socorro destes animais que estão servindo de fetiches sexuais para a indústria pornográfica (Kale, 2016).

A internet por ser “terra de ninguém”, onde conteúdos imorais e ilegais são postados e compartilhados sem uma interferência legislativas, sofrem com a falta de fiscalização deste conteúdo, por isso para as autoridades é muito difícil visualizar quem são os autores deste tipo de pornografia. Desta forma por muitas vezes quem investiga estes atos são organizações que lu-

tam pelos direitos dos animais, uma delas que tem lutado incessantemente para denunciar casos de cenas de “animal crush” é PETA (Kale, 2016).

A PETA ainda conta com organizações menores que também as auxiliam nas investigações contra a crueldade animal no mundo pornográfico, eles verificam as cenas e tentam de alguma forma localizar qual é o país é necessário focar em quais construções estão as cenas gravadas, bem como a língua falada com estes itens por muitas vezes já se é suficiente para descobrir o paradeiro dos criminosos. (kale, 2016)

Este crime cruel é praticado em diversos países e muitas vezes as mulheres filmadas que cometem tal atrocidades são mulheres e crianças traficadas, não é raro nas notícias em que relatam os autores deste crime de esmagamento animal estarem também associados ao tráfico de mulheres e crianças, há muitos vídeos de crianças semi- nua cometendo o “animal crush” (Lee, 2014). O que se pode verificar é um excessivo número de crimes graves contra a pessoa e contra os animais.

## 5. O tratamento legislativo frente a prática do animal crush

Em primeiro ponto é necessário citar novamente a Declaração Universal dos direitos dos animais, um importante marco para os direitos dos animais e uma garantia mundial de que os animais devem ser tratados de forma digna.

Quando se lê cada um de seus artigos é possível a identificação de que basicamente todos os direitos dos animais são feridos tratando-se do “animal crush”.

Por ser uma atividade um tanto nova, o esmagamento animal tem lei específica em pouquíssimos países.

Nos Estados Unidos em 2010, o congresso aprovou a lei que proibia o vídeo de animal crush, tal lei foi sancionada pelo presidente Barack Obama onde criminaliza a criação, a venda e o marketing desses tipos específicos de vídeos, a pena é pautada em até sete anos de prisão (Mears, 2010).

Conforme já mencionado anteriormente, leis específicas tipificando o próprio crime de esmagamento animal e a divulgação dos vídeos é rara, porém mesmo sem uma lei que trate deste tema de forma literal, as

leis que estão no ordenamento dos países já podem ser suficientes para punir os culpados por uma crueldade tão grande como estes casos.

## Conclusão

A presente pesquisa procurou demonstrar como a indústria pornográfica cresceu e se tornou uma indústria que vende violência e dentro destas os animais também foram vítimas, onde a sua morte é utilizada como um alimento para o prazer sexual de telespectadores doentes, que procuram na violência seu objeto de prazer.

O “animal crush” é um completo desrespeito aos direitos dos animais e precisa ser parado, se faz necessário criar políticas internacionais de combate a tal modalidade de pornografia bem como ampliar as buscas por estes produtores de cenas e puni-los devidamente.

Como exemplo dos estados unidos que criou lei própria sobre o “animal crush”, outros países precisam se espelhar e fazer a diferença também, auxiliando ONGS que lutam contra este tipo de crime cruel contra os animais.

É necessário também mais discussões acerca deste assunto, pois muito pouco se fala desta modalidade de pornografia e enquanto isso, mais animais morrem por causa desta indústria.

E se pode concluir ao fim da pesquisa é que realmente se precisa parar com esta modalidade insana de pornografia que vende a vida de animais a mercê de satisfação sexual, é cruel, degradante e acima de tudo é ilegal, estes produtores precisam ser punidos e estes telespectadores precisam ter uma consciência do que assistir esta modalidade de pornografia tem consequências estrondosas aos animais.

## Referências

Abreu, Natascha Christina Ferreira de. *A evolução dos Direitos dos Animais: um novo e fundamental ramo do direito*. 2015. Disponível: <<https://jus.com.br/artigos/45057/a-evolucao-dos-direitos-dos-animais-um-novo-e-fundamental-ramo-do-direito>>. Acesso em 04 de jun. de 2018.

Aidanimals. **Crush Videos**. 2015. Disponível em < <https://aidanimals.com/animal-cruelty/crush-videos>>. Acesso em 02 de jul. de 2018.

Conti, Allie. **A Houston Woman Just Became the First Person Convicted Under an Anti-Animal Crush Porn Law**. Disponível em < [https://www.vice.com/en\\_us/article/bnpdv5/the-feds-successfully-prosecuted-a-houston-woman-for-animal-crush-porn-this-week-909](https://www.vice.com/en_us/article/bnpdv5/the-feds-successfully-prosecuted-a-houston-woman-for-animal-crush-porn-this-week-909)>. 2015. Acesso em 01 de jun. de 2018.

Dias, Edna Cardozo. **Tutela Jurídica dos animais**. Disponível em < <https://www.passeidireto.com/arquivo/19996385/tutela-juridica-dos-animais>>. 2000. Acesso em 02 de Jul. de 2018.

Griffiths, Mark. **The beast inside: The psychology of animal torture**. Disponível em < <https://drmarkgriffiths.wordpress.com/2016/06/27/the-beast-inside-the-psychology-of-animal-torture/>> . 2018. Acesso em 03 jun. de 2018.

Griffiths, Mark. **What drives people to torture animals?** Disponível em < <https://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/features/what-drives-people-to-torture-animals-9844721.html>>. 2014. Acesso em 01 jun. de 2018.

Insecta. **Animais usados para entretenimento: uma história escondida de maus tratos**. Disponível em <<https://www.insectashoes.com/blog/animais-usados-para-entretenimento-uma-historia-escondida-de-maus-tratos/>>. Acesso em 05 de out. De 2018.

Kale, Sirin. **‘Sometimes They’re Boiled Alive’: Inside the Abusive Animal Crush Industry**. Disponível em < [https://broadly.vice.com/en\\_us/article/d3gv7q/inside-abusive-animal-crush-fetish-industry](https://broadly.vice.com/en_us/article/d3gv7q/inside-abusive-animal-crush-fetish-industry)>. 2016. Acesso em 02 de Jul. de 2018

Lee, Sally. **Filipino couple jailed for life for making ‘crush’ fetish videos where animals are slaughtered for sexual kicks... but who is Australian mastermind behind vile tapes?** Disponível em: < <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2774942/Filipino-couple-jailed-life-making-crush-fet>

ish-videos-animals-slaughtered-sexual-kicks-Australian-master-mind-vile-tapes.html>. 2014. Acesso em 03 jul. de 2018

Malisow, Craig. **What We Learned From the Crush Video Trial – UPDATED.** Disponível em < <http://www.houstonpress.com/news/what-we-learned-from-the-crush-video-trial-updated-8158284>>. 2016. Acesso em 01 de jun. de 2018

Mears, Bill. **Obama signs law banning ‘crush videos’ depicting animal cruelty.** Disponível em <[edition.cnn.com/2010/POLITICS/12/10/animal.cruelty/indx.html](http://edition.cnn.com/2010/POLITICS/12/10/animal.cruelty/indx.html)>. 2010. Acesso em 08 de jun. de 2018

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos Animais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

Palmer, Ewan. **Filipino Couple Sentenced to Life for Extreme Animal Cruelty ‘Crush’ Fetish Videos.** Disponível em : < <https://www.ibtimes.co.uk/filipino-couple-sentenced-life-extreme-animal-cruelty-crush-fetish-videos-1467737>>. 2014. Acesso em 03 de jun. de 2018.

PIRES, Marco Túlio. Animais também têm Consciência, dizem neurocientistas. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/ciencia/grupo-deneurocientistas-admite-que-animais-nao-humanos-tambem-tem-consciencia>>. Acesso em: 01 out. de 2018.

Rodrigues, Danielle Tetu. *O direito e os animais: uma abordagem ética, filosófica e legislativa.* Editora Juruá. 2008.

Silva, Chiara Michelle Ramos Moura da. **Direito animal: uma breve digressão histórica.** 2014. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-animal-uma-breve-digressao-historica,48729.html>>. 2014. Acesso em 02 jun. de 2018.

UNESCO. **Declaração Universal dos direitos dos animais.** Disponível em < <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em 24 de jun. de 2018.

Watanabe, Ingrid. **O que o entretenimento com animais esconde: Animais não são divertimento, embora muitos acreditem que sim.** Disponível em <<http://www.impactounesp.com.br/2016/08/o-que-o-entretenimento-com-animais.html>>. Acesso em 05 de out. de 2018.

Xavier, Claudio. **Direito dos animais no século XXI: uma abordagem, filosófica e jurídica das questões que envolvem os direitos dos animais.** Disponível em <<https://docplayer.com.br/7750961-Direitos-dos-animais-no-seculo-xxi-uma-abordagem-ambiental-filosofica-e-juridica-das-questoes-que-envolvem-os-direitos-dos-animais.html>>. Acesso em 01 de jun. de 2018.

# Benefício de prestação continuada da lei orgânica da assistência social (bpc/loas): a causuística da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro

*Eliane Silva de Souza Castro*

*Jefferson Correia da Rocha*

## Introdução

A princípio a Seguridade Social iniciou-se como regime protetivo baseado nas lutas de trabalhadores por qualidade de vida. Preliminarmente as normas editadas, apresentavam caráter eminentemente assistencial.

A primeira disposição legal a respeito da Seguridade Social referiu-se num posicionamento na Alemanha, sendo uma posição em relação do seguro doença. No ano seguinte, tornou-se compulsória a cobertura estabelecida para os acidentes de trabalho. Concomitantemente no país, foi acordado em 1889, o seguro invalidez e velhice.

No Brasil, a Seguridade Social, a respeito da gestão do Regime Geral da Previdência, é sistematizada pelo Ministério da Previdência Social, carecendo de uma execução do Instituto Nacional do Seguro Social, ajudada pelas secretarias estaduais de assistência social, encontrando-se

envolvidos, ademais, o Ministério da Saúde (as secretarias dos estados da federação) e Ministério do Trabalho e Emprego.

Hoje, no Brasil, o idoso tem grande dificuldade de manter a sua renda, dado que nesse período (velhice), o mercado de trabalho e as disposições laborais se reduzem mais que a metade. Desse modo, o idoso, acaba recorrendo à esfera pública, o qual tem competência direta para corrigir distorções entre o meio privado e as pessoas.

Nesse sentido, a busca por subsídios ou benefícios governamentais torna-se uma jornada penosa para pessoa classificada como de terceira idade. Falta de informações, nível de escolaridade, políticas públicas direcionadas, patologias diversas, e a própria sensibilização governamental, são barreiras para que o idoso consiga manter uma renda que dê para sobreviver.

O trabalho justifica-se por sua relevância esclarecedora informativa, pois, demonstra a importância do Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social (BPC/LOAS) para o idoso, o qual poderá relativamente subsidiar uma vida digna ao assistido. Desse modo, o exame profundo e detalhado desse instrumento de seguridade social é importante, pois, garante ao idoso uma base de renda mínima para as suas necessidades mais básicas.

É incontestável, como se faz necessário demonstrar os requisitos para o idoso adquirir o benefício assistencial. As formas pelas quais uma pessoa com mais de 65 anos de idade, se mostra num ponto chave e determinante de averiguar as suas necessidades.

O Benefício de Prestação Continuada, apenas é concedido para os portadores de deficiência e maiores de 65 anos de idade, com os quais não existam outros meios financeiros para se sustentares, assim como não possuem qualquer outro ente familiar que possa ajudar com a sua subsistência, como garantir o mínimo existencial.

Diante o exposto, pesquisou-se sobre uma abordagem de como o idoso adquirir o benefício assistencial, requisitos legais para a concessão do Benefício de Prestação Continuada à pessoa idosa, desde a concessão até a evolução plena de sua implantação nos dias atuais.

Hoje, no Brasil, o idoso tem grande dificuldade de manter a sua renda, dado que nesse período (velhice), o mercado de trabalho e as disposições laborais se reduzem mais que a metade. Desse modo, o idoso, acaba

recorrendo à esfera pública, o qual tem competência direta para corrigir distorções entre o meio privado e as pessoas.

Nesse sentido, a busca por subsídios ou benefícios governamentais torna-se uma jornada penosa para pessoa classificada como de terceira idade. Falta de informações, nível de escolaridade, políticas públicas direcionadas, patologias diversas, e a própria sensibilização governamental, são barreiras para que o idoso consiga manter uma renda que dê para sobreviver. Nessa perspectiva, qual seria o mecanismo ideal ou instrumento, que poderia possibilitar uma renda benéfica ao idoso?

Assim, o artigo tem como objetivo mostrar a importância do Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social (BPC/LOAS) para o idoso, conforme a legislação brasileira vigente. Especificamente, identificando a legislação vigente que tutela a concessão do benefício ao idoso, demonstrando os quesitos necessários para idoso obter o benefício assistencial e expondo quais os caminhos da requisição até a concessão do benefício.

Desse modo o tema justifica-se por sua relevância esclarecedora informativa, pois, demonstra a importância do Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social (BPC/LOAS) para o idoso, o qual poderá relativamente subsidiar uma vida digna ao assistido. O exame profundo e detalhado desse instrumento de seguridade social é importante, pois, garante ao idoso uma base de renda mínima para as suas necessidades mais básicas.

## 1. História da seguridade social

A Seguridade social, iniciou-se como regime protetivo, a partir das lutas de trabalhadores por qualidade de vida. Inicialmente normas protetivas editadas, possuíam caráter eminentemente assistencial (KERTZMAN, 2015).

Para Kertzman (2015), o primeiro ordenamento legal sobre seguridade social foi posicionado na Alemanha, por Otton Von Bismarck, em 1883, a posição do seguro-doença. No segundo ano, foi estabelecida a cobertura compulsória para os acidentes de trabalho. Nesse mesmo país, foi estabelecido em 1889, o seguro invalidez e velhice.

Segundo os doutrinadores Delgado, Jaccoud e Nogueira (2018) em 1952, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) colocou em vigor a Convenção nº 102, que define o termo Seguridade Social e estabelece padrões mínimos a serem cumpridos pelos países ratificantes. Cabe salientar que o termo possui interpretações divergentes de país para país, conforme as necessidades e os consensos sociopolíticos locais.

Assim, a proteção social se afigura no conceito de seguridade social, segundo o qual se torna necessário um direito social garantido na Constituição Federal com iniciativas do Poder Público.

Desse modo, a proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos (BRASIL, 1988).

O BCP/LOAS é um benefício de renda básica no valor de 01 (um) salário mínimo. Por se tratar de uma renda básica, não tem previsão de pagamento de abono natalino ou 13º salário, sendo esta uma das principais diferenças práticas utilizadas para explicar ao leigo a diferença entre um benefício de natureza assistencial (sem abono anual) e um benefício previdenciário (com abono anual).

## 2. Saúde, assistência e previdência social

### 2.1 Saúde

A Constituição Federal de 1988 diante das transformações e redefinições do perfil histórico da assistência social no País, demonstra que política de Seguridade Social está contida no Art. 194, da CF/88.

Conforme Kertzman (2015, p. 27) cita que a “[...] saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”. E ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (KERTZMAN, 2015).

A saúde é administrada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), vinculado ao Ministério da Saúde. Este órgão não guarda qualquer relação com

o INSS ou com a previdência social. A confusão é bastante frequente no meio popular já que, no passado a saúde e a previdência fizeram parte da mesma estrutura (KERTZMAN, 2015).

De acordo com o § 3º, do Art. 198, da Constituição Federal, lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada 5 anos, estabelecerá:

I - os percentuais mínimos de que tratam os incisos II e III do §2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

Por último, a Constituição determina que a lei deverá dispor sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (KERTZMAN, 2015).

## 2.2 Saúde

A Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social. Aqui, o requisito básico é a necessidade do assistido pelo Art. 203, da CF/88.

Para o doutrinador Ivan Kertzman (2015, p. 30), ao analisar a finalidade da assistência social diz que, “[...] estes compreendem serviços prestados e benefícios concedidos”. A assistência social assegura o benefício de um salário mínimo ao idoso e/ou deficiente que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (KERTZMAN, 2015).

Todavia, que apesar do dispositivo da Instrução Normativa 20/07 obstruir a concessão do benefício assistencial para os estrangeiros não naturalizados, há farta jurisprudência no sentido de que tal dispositivo é inconstitucional, por ofender o princípio da igualdade (KERTZMAN, 2015).

## 2.3 Previdência Social

A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá Art. 201, da CF/88.

Ainda para o doutrinador Kertzman (2015, p. 32) as contribuições são “[...] gerenciadas pelo Ministério da Previdência Social - MPS com ajuda do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, autonomia federal responsável pela administração dos benefícios previdenciários”.

Assim o doutrinador Ketzman (2015) considera que, o regime de previdência social aquele que ofereça aos segurados, no mínimo, os benefícios de aposentadoria e pensão por morte. Do ponto de vista financeiro, os regimes de previdência social podem ser financiados de duas formas: repartição simples ou capitalização.

Segundo Ivan Kertzman (2015, p. 33) no Brasil existem “[...] três tipos de regimes previdenciários: Regime Geral da Previdência Social - RGPS; Regimes Próprios de Previdência Social; e, Regime de Previdência Complementar”.

Ainda, os Regimes de Previdência Complementar, pode ser de dois tipos: a) Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos; b) Regime de Previdência Privada Complementar. Considerando ainda, o Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos, (Art. 40, §§ 14 e 16, CF/88) e de acordo com o art. 202, § 3º, CF/88.

Com a alteração no padrão de proteção social, faz imprescindível o assentimento de leis orgânicas afim de regularizar e legalizar os avanços ascendidos na Constituição Federal de 1988.

## 3. História, definição e caracterização do benefício assistencial de prestação continuada

Desde os primórdios da civilização, a preocupação com o futuro tem sido uma constante na escala de prioridades do ser humano. Não é de hoje que procuramos nos preparar para enfrentar os momentos de adversidades da vida, como fome, doenças, velhice, dentre outros.

Ao ser criado em 1974 pela Lei nº 6.179, o benefício assistencial era conhecido como amparo previdenciário e correspondia à metade do salário mínimo (MARTINS, 2010).

O doutrinador João Ernesto Aragonés Vianna (2007, p. 38), ao tratar em sua obra sobre o funcionamento do benefício em comento, naquela época, dispõe que “era devida ao maior de 70 anos ou ao inválido que não exercesse atividade remunerada e que comprovasse não possuir meios de provar sua própria subsistência ou tê-la provida por sua família”.

Ibrahm (2009) informa que foi na família que a proteção social teve seu início. Na época em que precedeu a formação do Estado, os laços familiares eram mais fortes e duradouros, a sociedade era constituída por grupos familiares, os clãs, de modo que era incumbência dos mais jovens cuidar dos mais velhos e incapacitados.

Deste modo, para Brasil (BRASIL, 1993) os princípios são elementos norteadores da assistência social, devendo ser sempre seguidos e cumpridos como se lei fossem. No entanto, a própria lei da assistência social traz cinco princípios básicos dispostos no Art. 4º da Lei nº 8.742/93.

Nesta acepção o Gomes (2005, p. 61) o BPC encontra sua identidade na proteção básica, pois visa garantir aos seus beneficiários o direito à convivência familiar e comunitária, “[...] bem como, o trabalho social com suas famílias, contribuindo para o atendimento de suas necessidades e para o desenvolvimento de suas capacidades e de sua autonomia”.

Finalmente, pode-se dizer que o Benefício de Prestação continuada (BPC) tem por objetivo proteger as pessoas idosas e as pessoas com deficiência, em face de vulnerabilidades decorrentes da velhice e da deficiência agravadas pela insuficiência de renda. Quer dizer, favorecendo o acesso às políticas sociais e a outras aquisições, bem como a superação das desvantagens sociais enfrentadas e a conquista de sua autonomia (GOMES, 2005).

#### 4. Benefício assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência

O benefício assistencial movimenta uma renda para idosos ou pessoas com deficiência incapacitadas para atividade laborativa e a vida independente, cuja renda familiar per capita seja inferior a um quarto

do salário mínimo. Disposto no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal de 1988, o benefício encontra-se em vigor no Brasil desde 1993. O valor da renda equivale a um salário mínimo mensal. Os valores independem de contribuições prévias para o sistema de seguridade social e não são condicionadas a qualquer complemento (BRASIL, 2018).

Todas as pessoas hipossuficientes acima de 65 anos, deficientes ou não, são aptas a receber ao benefício. No caso dos deficientes não idosos, apenas aqueles hipossuficientes incapacitados para a vida independente e laborativa podem receber o BPC, embora na prática a capacidade de praticar atos da vida cotidiana (banhar-se, comer, vestir-se, caminhar) tenha deixado de ser determinante para o benefício após a Ação Civil Pública nº 2730000002040/AC, de 11 de abril de 2007 (SILVA, 2013).

O indivíduo não pode possuir outros rendimentos ou outros benefícios, embora sua família, em propósito, possa. Na realidade, entretanto, isso não ocorre devido à focalização na hipossuficiência: o programa atende, basicamente, pessoas em famílias que não recebem nenhum outro tipo de benefício (FORTES, 2009).

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) é o principal meio de transferência de renda para a população com deficiência. Embora no contexto constitucional da Seguridade Social, o BPC seja parte da assistência social, sua administração e operacionalização foram delegadas ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), entidade que tem como principal finalidade administrar os direitos previdenciários e não os assistenciais (BRASIL, 2007).

Para Kertzman (2015), benefício assistencial de prestação continuada foi, então, instituído pela Lei 8.742/93, a chamada Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS. Note-se que esta Lei foi substancialmente alterada pelas Leis 12-435, de 06/07/2011 e 12.470, de 31 /08/2011.

O benefício assistencial da LOAS corresponde a um cumprimento de uma obrigação de um salário-mínimo, devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais que afirme não possuir meios de prover a própria subsistência e também não possa tê-la provida por sua família (KERTZMAN, 2015).

## 5. Resultados e discussões

### 5.1 A legislação vigente que tutela a concessão do benefício ao idoso

A legislação nº 8742, de 7.12.1993, que tutela esse benefício é a Constituição Federal, art. 203, Inciso V, a Lei Orgânica da Assistência Social, que visa a concessão do benefício identificado por uma triagem feita pela Secretaria de Assistência Social de cada Município. Nessa triagem verifica-se a renda per capita do núcleo familiar, fazendo um estudo daquele grupo para o idoso venha se arvorar do direito ao programa de Benefício Assistencial.

Assim, se mostra na legislação vigente Lei 12435/11 que o direito do idoso é tutelado por um amparo legal, em conformidade com a Constituição Federal e a Lei Orgânica da Assistência Social, justificada que o idoso tem o seu direito tutelado em meio uma vertente eficaz ao ser identificado para a integração do programa.

O benefício assistencial, na condição de prestação continuada, está prognosticado no art. 203, V, da Constituição Federal é cabido, no valor de um salário mínimo ao idoso e ao deficiente que demonstrem não possuir meio de prover o próprio sustento ou de tê-la provida por sua família. Este benefício tem a finalidade de, independentemente de colaboração para a Seguridade Social, beneficiar idosos e deficientes incapacitado de sobreviver sem o auxílio do Governo.

Enquanto, um dispositivo que merece distinção é o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003), o qual prevê que o benefício de prestação continuada já permitir a qualquer idoso do grupo familiar não será apurado para fins da soma da renda familiar per capita a que se refere a LOAS.

Destarte, em respeito aos princípios da igualdade e da razoabilidade, o Superior Tribunal de Justiça acredita que deve ser eliminado do cálculo da renda familiar per capita qualquer benefício de valor mínimo auferido por maior de 65 anos, independentemente se assistencial ou previdenciário, aplicando-se, analogicamente, o disposto do parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso.

## 5.2 Os quesitos necessários para idoso obter o benefício assistencial

É incontestável, como se faz necessário demonstrar os requisitos para o idoso adquirir o benefício assistencial. As formas pelas quais uma pessoa com mais de 65 anos de idade, se mostra num ponto chave e determinante de averiguar as suas necessidades.

O auxílio se dá de forma para beneficiar os idosos que não possuem renda para sua subsistência, ele deve ter mais de 65 anos de idade, seu grupo familiar não poderá ultrapassar  $\frac{1}{4}$  de um salário mínimo, pois a pretensão social para que o benefício assistencial para que o idoso seja assistido financeiramente. E com isso não passe por eventuais necessidades.

Ainda, o idoso deverá procurar comprovar todos os quesitos necessários para que ele adquira o benefício assistencial, ou seja, hipossuficiente, ter mais de 65 anos de idade, ter uma renda mínima ou não possuir renda alguma para sua subsistência.

Destarte, a qualidade que se faz em observar todos esses quesitos se coaduna de formas nas quais vem se demonstrando o quão se faz necessário este benefício para o idoso.

Nesse sentido, se leva a demonstrar que o beneficiário poderá exercer sua autonomia substancial, colaborando com seu sustento e do núcleo familiar, pois necessitam de uma renda para a sua subsistência.

Ademais, o idoso deverá requerer administrativamente o benefício assistencial, o requerente poderá também solicitar na Previdência Social, caso ele seja indeferido, poderá ser por via judicial. Para que seja constatado a vulnerabilidade o idoso, pode haver a necessidade de uma perícia, podendo ser na esfera administrativa ou judicial.

A comprovação da renda familiar, no processo administrativo é meramente declaratória, sendo que esta renda familiar por pessoa, é a soma núcleo familiar, dividida pelo número de membros que fazem parte do grupo familiar, vivendo na mesma casa, as pessoas que podem fazer parte deste grupo são:

- Esposa/Esposo;
- Companheiro/Companheira;

- Filhos/Filhas, menores de 21 anos ou inválidos;
- Irmãos/Irmãs, menores de 21 anos ou inválidos;
- Pai/Mãe.

Assim, havendo uma pessoa com um benefício que seja componente do núcleo familiar, este ficara fora desse grupo, pois este valor não entra no computo da renda familiar, abrangendo que nesta situação o idoso já recebia qualquer outro tipo de benefício.

Portanto, quanto aos componentes do núcleo familiar recebe algum benefício previdenciário ou quanto a renda per capita familiar ultrapassa o limite legal, uma pratica que tem se tornado habitual, para obtenção do auxílio, a declaração de hipossuficiência sobre a composição desse grupo familiar, que informa que esse idoso vive sozinho e que nem mesmo sua família pode ajudá-lo na sua subsistência, obtendo assim o benefício.

### 5.3 Os caminhos da requisição até a concessão do benefício

O Benefício de Prestação Continuada, apenas é concedido para os portadores de deficiência e maiores de 65 anos de idade, com os quais não existam outros meios financeiros para se sustentares, assim como não possuem qualquer outro ente familiar que possa ajudar com a sua subsistência, como garantir o mínimo existencial.

Contudo, o critério de hipossuficiência é questionado de maneira recorrente no diz respeito à inflexibilidade do artigo 20, § 3º da Lei Orgânica de Assistência Social (8.742/93), que estabelece como critério no qual se encaixa no quesito de miserabilidade a renda per capita do núcleo familiar seja inferior a  $\frac{1}{4}$  de salário mínimo vigente no país.

Acontece que, em determinados casos, os cidadãos são impedidos de obter esse benefício pelo simples fato de o órgão responsável por concedê-lo, o INSS, não considerar a situação de extrema pobreza, analisando incisivamente cada critério estabelecido pelo artigo.

Consoante os assuntos da Constituição Federal, é garantida em diversos momentos a inegável o mínimo existencial, sendo elas o artigo 1º, III,

quando demonstra como objetivo a eliminação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais, e, enfim, no seu artigo 6º, na ocasião que detalha os direitos sociais dos indivíduos, evidenciando a passagem que menciona como direito social a assistência aos desprotegidos.

A Secretaria de Assistência Social entrega um encaminhamento para ir ao INSS ao idoso com idade completa de 65 anos. Ao chegar no INSS teve uma entrevista com assistente social, e entregou todos os documentos (RG, CPF, CTPS, Certidão de Nascimento, Título de Eleitor, Comprovante de residência), perguntou quantas pessoas moravam na casa e aguardou 90 (noventa) dias para obter o benefício, não teve nenhuma visita do assistente social em casa.

Quando finalmente foi liberado o benefício a idosa recebeu todo o retroativo ao qual tinha direito. A idosa vem recebendo o benefício assistencial até então, mas não tem direito a décimo terceiro, pois o benefício ele cobre os doze meses do ano, assim amparando a idosa financeiramente.

A determinação deste benefício se atribui pela Lei n. 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), e pelo Decreto n.1744/95. Assim, os requisitos para a concessão do benefício assistencial são:

- comprovação da deficiência ou da idade mínima de 65 anos para o idoso não-deficiente;
- renda familiar mensal inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo por pessoa;
- não receber benefício de espécie alguma.

Constata-se que a idade mínima de 65 anos para o idoso não-deficiente passou a contar a partir da entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), ou seja, a partir de 1/1/2004. Sucedendo-se a princípio, a idade mínima era de 70 anos (até 31/12/97), depois passou para 67 anos (de 01/01/98 até 31/12/2003), até chegar aos atuais 65 anos.

Portanto, observa-se que o fator renda per capita familiar está atualizado tanto na análise do BPC Idoso como na do BPC Deficiente. A única discordância é que o idoso deve certificar a idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos e o deficiente deve legitimar que é inapto para a vida independente e para o trabalho.

## Considerações finais

Diante o exposto, pesquisou-se sobre uma abordagem de como o idoso adquirir o benefício assistencial, requisitos legais para a concessão do Benefício de Prestação Continuada à pessoa idosa, desde a concessão até a evolução plena de sua implantação nos dias atuais.

As políticas públicas de assistência as pessoas desprotegidas começam com medidas voluntaristas até surgir em um momento atual em que a mesma é reconhecida como um direito subjetivo fundamental a cidadania, das quais o ápice, deve-se assim concluir, foi um prognóstico de um benefício a pessoa idosa desde que hipossuficiente.

Uma vez que, não são todos os idosos que constituem ao benefício em questão. Aqueles que atingirem a idade prevista e que comprovarem a condição de extrema pobreza que serão aqueles que faram jus ao benefício assistencial, demonstrando, com o enquadramento imposto pelos diplomas legais infraconstitucionais, o caráter rígido da Assistência Social.

Nos termos da Lei Orgânica de Assistência Social, somente o idoso, atualmente aquele maior de 65 anos de idade, considerando que ele e seu grupo familiar seja hipossuficiente, para que tenha o seu direito postulado para a obtenção de um salário mínimo mensalmente a ser pago pelo Governo.

Sucedo, ainda, que em certas regiões do Brasil, o ingresso à Justiça Federal é muito difícil, além disso, para um idoso ou uma pessoa portadora de deficiência, fato que leva o solicitante a desistir de interpelar no Judiciário o indeferimento administrativo, impossibilitando-se de um direito que poderia ser revelado por determinação judicial.

Por fim, o Instituto Nacional do Seguro Social e relatos de práticas ocorridas dentro do Centros de Referência de Assistência Social compreende preconceito, principalmente no campo de atendimento fornecidos aos segurados desamparados.

A lei garante atendimento a qualquer pessoa desde que esteja dentro dos padrões indicados para a concessão do benefício assistencial que é possuir os requisitos essenciais para que o idoso logre o êxito da concessão.

## Referências

- ARAÚJO, Francisco Carlos da Silva. Seguridade social. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1272, 25 dez. 2006.
- BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. Panorama e concretização constitucional da assistência social. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 83, p. 211, abr.2013.
- BONFIM, Symone Maria Machado. A luta por reconhecimento das pessoas com deficiência: Aspectos teóricos, históricos e legislativos. Dissertação de mestrado, Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2018.
- BRASIL. Presidência da República. Lei n. 8742. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Assistência Social. Diário Oficial da União, Brasília, 8 de dezembro de 1993.
- DELGADO, Guilherme; JACCOUD, Luciana; NOGUEIRA, Roberto Passos. Seguridade Social: Redefinindo o alcance da cidadania. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4347/1/bps\\_n17\\_vol01\\_seguridade\\_social.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4347/1/bps_n17_vol01_seguridade_social.pdf)>. Acesso em 06 mai. 2018.
- DOMINGOS, Adilson Moyhano Huambo. Seguridade social à luz dos direitos e garantias fundamentais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 147, abr 2016. Disponível em: <
- FLEURY, S., BAHIA, L.; AMARANTE, P. Fundamentos da reforma sanitária. Rio de Janeiro: Cebes, 2008.
- FORTES, Simone Barbisan. Conceito aberto de família e seguridade social. In: Direito da Previdência e da Assistência Social: elementos para uma compreensão interdisciplinar. Organizadores: Paulo Afonso Brum Vaz e José Antonio Savaris. Conceito Editorial, 2009.

\_\_\_\_\_. O Decreto Legislativo no 269/2008 ratificou os 87 artigos da Convenção no 102 – publicado na edição do Diário Oficial da União (DOU) de 19 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2008/decretolegislativo-269-18-setembro-2008-580870-publicacaooriginal-103716-pl.html>>. Acesso em mai. 2018.

[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17047&revista\\_caderno=27](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17047&revista_caderno=27)>. Acesso em maio 2018

IBRAHIM, Fábio Zambite. Curso de Direito Previdenciário. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

IBRAHIM, Fábio Zambite. Curso de Direito Previdenciário. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.742, 7 de dezembro de 1993. Lei Orgânica de Assistência Social. Brasília, DF: Senado Federal, 1993.

KERTZMAN, Ivan. Curso Prático de Direito Previdenciário. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. 3.ed, LTR, São Paulo.

\_\_\_\_\_. Princípios de direito previdenciário. 4 ed. São Paulo: LTr, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA, P. A. P. Necessidades humanas: subsídios à crítica aos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2006.

SILVA, Luís Fernando Pinotti. Abono Anual, Seguro Desemprego e Acidente de Trabalho. 1ª ed. São Paulo. Know How, 2013.

SOARES JÚNIOR, Jair. O conceito de família para fins de benefícios assistenciais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2863, 4 maio 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19037>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

VIANNA, João Ernesto Aragonês. Curso de direito previdenciário. 2 ed.  
São Paulo: LTr, 2007.

# Uma nova Constituição. A quem interessa? (ou Trinta anos de Constituição. Muitas felicidades, muitos anos de vida!)

*Humberto Alves Coelho*

*Marcelo José Das Neves*

Foi bonita a festa, pá! E foi bonita mesmo. Uma contagiante euforia. Afinal, 559 pessoas se propuseram a escrever, em nome do povo<sup>233</sup>, um novo capítulo de sua história; um recomeço na longa caminhada republicana-democrática. Natural, portanto, o anseio libertário, retesado por mais de duas décadas de repressão a direitos elementares de primeira dimensão. A Constituição de 1988 refletiu, pois, e em certa medida, um retrato fiel do poder popular; poder que estabeleceu num horizonte, que queria próximo, parâmetros que assegurassem direitos humanos de forma até então inédita<sup>234</sup>. Liberdade de pensamento e de

---

233. Após assumir o governo em decorrência da morte do presidente eleito, José Sarney cumpriu o compromisso anteriormente assumido e enviou ao Congresso Nacional a Emenda Constitucional 26, convocando a Assembleia Nacional Constituinte que, entretanto, seria composta pelos mesmos parlamentares a serem eleitos no pleito do ano seguinte.

234.- Numerosos grupos populares apresentaram várias emendas, como aquela que garantia a todos os brasileiros a possibilidade de continuarem encaminhando outras emendas à Constituição após sua promulgação. Grupos de mulheres apresentaram propostas sobre igualdade de gênero, aposentadoria para as donas de casa etc. Houve muitos outros mo-

manifestação acima de tudo, e uma gama de direitos sociais (saúde, educação, moradia, proteção à maternidade, à mulher, ao indígena, à infância, ao trabalhador, ao consumidor etc.).

Numa construção figurada, imagética, pode-se mesmo vislumbrar o povo, corporificado, num sentido rousseauiano o mais próximo possível, a exorcizar toupeiras, numa pequena escrivania em uma praça qualquer, redigindo, ele mesmo, o texto que o deveria reger, a Constituição que ele, o povo, há muito ansiava, legitimada até o mais elementar discurso, porque dele, o povo, provinha. O documento da liberdade, da dignidade, da democracia e da justiça social, como sintetizou Ulysses<sup>235</sup> no discurso da promulgação há trinta anos. Ainda que não tenha avançado à extensão máxima discutida pela Assembleia Nacional Constituinte, parece não haver maiores dúvidas de que o texto que dali erigiu faz jus à alcunha de Constituição Cidadã<sup>236</sup>.

Uma carta essencialmente popular, com instrumentos de participação jamais vistos<sup>237</sup> e, sobretudo, comandos auto-executáveis relativos à definição de parcelas orçamentárias obrigatórias. Uma obra-prima, inclusive, e especialmente, na esfera coletiva, que constitucionalizou direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e deu aval para a proteção infraconstitucional dos direitos individuais homogêneos, contemplando, em seu espectro máximo, as ondas de acesso à justiça de CAPPELLETTI. Um texto profundamente ousado. E aí está sua grandeza, base de uma verdadeira revolução

---

vimentos; foram muitas as bancadas (perdoe-nos o termo, usamos apenas porque está na moda). A bancada indígena, por exemplo, chegou ao ponto de garantir sua legitimidade para a propositura de ações coletivas, numa muito feliz exceção. Uma festa democrática; movimentação de grupos em defesa do meio ambiente, movimentos de negro, de religiosos, de homossexuais, de trabalhadores rurais etc. Enfim, um verdadeiro acerto de contas.

235.- Considerando nossa (ocidental) formatação cultural binária, dentre gregos e troianos do século XX, também nós (brasileiros) tivemos nosso Ulysses.

236.- Vale lembrar, no entanto, que a ordem econômica e social já havia sido incorporada no texto da Constituição de 1934, expressando-se, pela primeira vez no plano constitucional, mediante título exclusivo (Ordem Econômica e Social), reiterada daí por diante, ainda que entre idas e vindas, em maior ou menor intensidade, até a universalização da seguridade social em 1988.

237.- Nem mesmo as mais avançadas Constituições a tanto ousaram (citam-se, apenas a título ilustrativo, as de Weimar, as Constituições mexicana de 1917, os textos indiano e colombiano e, num passado mais recente, a Constituição socialista portuguesa de 1976).

social<sup>238</sup>. A sociedade brasileira reavaliou sua forma de lidar com questões raciais e de gênero; reviu posturas relacionais não só do ponto de vista passivo, mas, preponderantemente, ativo, num movimento intenso de políticas de enfrentamento da discriminação e de inclusão social<sup>239</sup>. Um texto que não se limitou a mero instrumento de organização estatal, a simples manual de política e de governo, mas que visou antes que qualquer outra intenção a transformar radicalmente as relações sociais.

Para muitos, esse movimento pendular pós-ditatorial teria enviesado a Constituição de uma onipresença que lhe fez mal. Desconfiado, o povo tudo quis regular, reduzindo o limite de atuação política, notadamente legislativa, gerando inevitável corrida ao judiciário. É verdade. Verdade, no entanto, que não lhe fere de morte. Seu detalhismo encontra-se legitimado, principalmente como salvaguarda à discricionariedade administrativa, à época ainda sem o delineamento conceitual que a segregasse, por completo, de uma eventual arbitrariedade. Ademais, cômico da quantidade de normas que cunhou, providenciou, por outro lado, maior flexibilidade<sup>240</sup>, contrabalançando a severa rigidez do núcleo essencial que atomizou<sup>241</sup>, esse, sim, revolucionário.

O embate ideológico que após três décadas ainda transpassa a análise de numerosos especialistas em republicanismo e democracia, com mais vindas que idas, retrocessos que avanços, e que hoje sofre o influxo de um desalento globalizado que dá voz a uma perigosa tendência mundial extre-

---

238.- Nesses trinta anos, todos os indicadores sociais melhoraram sensivelmente. Com a universalização da saúde, houve redução de mais de 50% na mortalidade infantil; com a universalização do ensino fundamental, passou-se de 78 para 99% das crianças nas escolas; e a partir de 2002, houve uma redução muito forte da extrema pobreza. Tudo possibilitado por este giro constitucional.

239.- Um bom exemplo pode ser colhido pela discriminação benigna, também chamada de reversa, presente no inciso VIII do artigo 37 da Constituição, com a criação da obrigatoriedade de previsão de cota, por lei, para preenchimento dos cargos e empregos públicos por pessoas com deficiência.

240.- Contrapondo-se o atual artigo 60, §3º, que exige votação de três quintos, com o anterior 48, que seguia a tradição de dois terços, e tendo em vista a atual composição do Congresso Nacional, a Constituição de 1988 exige 357 parlamentares para sua alteração, enquanto a Constituição outorgada em 1969 exigiria 396.

241.- O contraponto aqui se faz entre os artigos 60, §4º, da Constituição de 1988, e 47, §1º, da Constituição de 1969.

mista conservadora, mostra de forma bastante evidente a que veio a Constituição de 1988. À ingovernabilidade já alardeada pelo então presidente da república pós-ditadura, embora ainda legitimado de forma indireta<sup>242</sup>, contrapunha-se a luta não mais pela liberdade, porque reconquistada, mas pela igualdade, por direitos sociais. Discurso de ingovernabilidade<sup>243</sup> que, ademais, não se configurou de imediato, como apregoado<sup>244</sup>.

Luta por mais república, luta por mais cidadania (CARVALHO: 2018). Ideário configurado num novo paradigma, que deveria ser buscado de forma intensa, incessante e contínua<sup>245</sup>. Se naquele momento o desejo incontido de cidadania não sopesou as condições materiais e financeiras para a viabilização dos direitos traçados pelas mãos do povo (BOBBIO: 2004), se o passo dado, largo em direção a uma sociedade fraterna e mais justa, foi então maior que a possibilidade real, nada disso pode ser capaz de obscu-

---

242.- Embora rejeitada na Câmara dos Deputados por uma apertada diferença de 22 votos, a Emenda Dante de Oliveira serviu como base legitimadora da vontade do povo, manifestada no movimento “diretas já”. Movimento vitorioso mesmo antes da retomada da eleição direta para a presidência da república em 1989, considerando que, naqueles anos iniciais pós-ditadura, e mesmo sujeito a escrutínio indireto, Tancredo Neves emplacou uma campanha presidencial como se direta fosse a eleição, percorrendo o país com comícios e discursos públicos. Era o sinal de novos tempos, de *auctoritas*, sim, autoridade legitimada pela vontade popular, mas não de autoritarismo. No aspecto político e social, a Constituição foi liberal, isso, por si, não se configura como um mal. O importante é que a Constituição de 1988 rompeu com o antigo medo em torno da liberdade. A identidade nacional do brasileiro havia sido construída sempre a partir da autoridade, e havia chegado o momento de a reconstruir a partir da liberdade.

243.- Discursos que Ulysses retrucava, dizendo que ingovernável são a miséria e a fome. A Constituição, com as correções que faremos, será a guardiã da governabilidade. A governabilidade está no social. A fome, a miséria, a ignorância, a doença inassistida [é que] são ingovernáveis, dizia.

244.- Fora do ambiente político, a Constituição também foi recebida com muita descrença no meio jurídico. Além dos episódios e questionamentos em relação à última eleição presidencial (2014) e os prognósticos de embate quanto à próxima (2018), a sociedade brasileira experimentou um período de certa trégua democrática. Mesmo crises que deram ensejo a *impeachments*, como no início dos anos 1990, foram superadas sem muitas dificuldades, sendo claro exemplo desse amadurecimento a serena transição de poder em 2003.

245.- Não há propriamente um conceito de democracia. Democracia é um ideal a ser alcançado. O que há são modelos mais ou menos democráticos, mais ou menos próximos daquele ideal, conforme alguns parâmetros definidos, que variam no tempo e no espaço, fazendo com que determinado país avance ou retroceda em relação àquele ideal (DAHL: 2005).

rantizar o leito retomado e desassoreado. Esse é o grande legado da Constituição de 1988, arquétipo a ser defendido às últimas consequências. Afinal, em direitos sociais não se pode retroceder jamais uma braça sequer<sup>246</sup>.

Não se olvida que o baixo nível de implementação dos direitos ali previstos pode ser tomado como importante fator de frustração coletiva<sup>247</sup>. Tampouco pode passar despercebido que, dos 382 dispositivos constitucionais passíveis de regulamentação, 119 deles sequer foram ainda regulamentados<sup>248</sup>. A noção de Constituição simbólica (NEVES: 1994) capta de maneira certa esse desaponto da sociedade. Contudo, valendo-se de uma concepção sartriana, não se pode jamais perder de vista que tudo está em movimento e, por isso mesmo, cidadania tem que ser tomada, sempre, como conceito em construção, eternamente inacabado. Sua existência, portanto, precede a essência. Logo, e por mais importante que tenha sido a virada dinâmica neoconstitucionalista nas décadas finais do século XX, por mais relevante que tenha se mostrado a ideia de plenitude de eficácia das regras e dos princípios constitutivos, a decepção pela

---

246.- Essa é a razão pela qual o então deputado-constituente e relator Bernardo Cabral ressalta ainda hoje que “o trabalho da Assembleia Nacional Constituinte deu as condições para que o país suportasse as crises políticas posteriores. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2018/09/22/constituicao-30-anos-relator-diz-que-texto-aprovado-criou-bases-para-a-superacao-de-crisis.ghtml>> Acesso em 01 out. 2018.

247.- Em 1988, a população brasileira era de 141.382.535, passando para 208.033.000 em 2018 (aumento de 47,14%), indo de 75.813.519 para 147.272.095 eleitores (aumento de 94,25%). Analfabetos que eram 18,5% (19.848.808), hoje são 7% (11.466.000). 70,9% (23.530.918) das casas tinham saneamento básico, hoje são 85,7% (59.809.000), mediação feita em 2017. O salário mínimo, em valores atualizados, subiu de R\$ 598,78 para R\$ 954,00 (aumento real de 59,32%), a renda *per capita* de U\$ 2.250,00 para U\$ 8.860,00, medida em 2016 (aumento de 294%), e a expectativa de vida de 64,55 para 75,5 anos, medida em 2016 (aumento de 16,96%). Já a inflação diminuiu de 916,46%, medida em 1994, para 2,86% a.a. (acumulado de 12 meses divulgado em junho de 2018), e a dívida externa de U\$ 113,5 bilhões para 38,52 bilhões. O desemprego, que era de 3,8%, no entanto, está hoje em 13,1% (primeiro trimestre de 2018). Fontes PNAD, IBGE e TSE. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/09/22/constituicao-30-anos-analistas-veem-texto-generoso-em-direitos-mas-sem-aplicacao-plena.ghtml>>. Acesso: 01 out. 2018.

248.- Desses 119 dispositivos não-regulamentados, 29 ainda não foram objeto nem mesmo de proposições dentro do Congresso Nacional, conforme informações retiradas do seguinte link da Câmara de Deputados: <<http://www.camara.leg.br/internet/infdoc-novoconteudo/html/leginfra/Leginfra.asp>> Acesso em 13 out. 2018

expectativa criada e ainda não satisfeita não pode invalidar essas mesmas normas, não pode deslegitimar o caminho até então percorrido. Até porque direitos ainda não efetivados justamente em função da aferrada reação à preponderância do princípio maior da vedação ao retrocesso<sup>249</sup>.

Tudo isso para dizer que nada justifica o discurso cíclico que toma novamente corpo no meio político, quanto à necessidade de uma nova Constituinte. Necessidade ficcional, sendo que, nas palavras de Carlos Ayres Britto, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, qualquer convocação de Constituinte seria feita à margem da Constituição.<sup>250</sup> Discurso particularmente perigoso em momentos de apreensão social. Discurso temerário que soa sutil, na medida em que ressalta apenas o desalento em torno dos direitos não concretizados, sem dar o merecido crédito à aspiração popular. Aspiração que jamais se pretendeu plena e imediatamente eficaz, porque, evidentemente, sujeita à realidade, à materialidade, às tensões de poder; enfim, à dinamicidade do mundo contemporâneo. Porque tão somente um instrumento colocado à disposição da sociedade para atingir o padrão daquilo que essa mesma sociedade entendia por cidadania. Discurso dissimulado, portanto, que chama a atenção apenas para aquilo que não foi, e põe em risco a grandeza daquilo que foi ou que pretende ser, no que diz respeito às conquistas sociais pós-1988. Movimento contrarrevolucionário clássico de retenção do avanço popular e manutenção do *status quo* vigente que, naturalizado num prisma profundamente liberal, passa despercebido às mentes que a contemporaneidade individualizou ao máximo.

---

249.- Usa-se aqui o conceito de Gomes Canotilho, pela notória luta popular por liberdade e igualdade do povo português ao longo do século XX, húmus que fomentou valorosa teoria constitucionalista, com decisiva contribuição para a construção do princípio da vedação do retrocesso. Princípio que, exatamente em razão das dificuldades materiais decorrentes das crises econômicas contemporâneas, foi mitigado pelo próprio criador, que o concebeu dentro do limite daquilo que vem denominando como princípio da concórdia prática. No mesmo sentido COUTINHO (2013).

250.- Nas palavras do ex-ministro, o Congresso não tem poderes constitucionais para convocar uma assembleia constituinte porque nenhuma Constituição tem vocação suicida. Nenhuma Constituição convoca o coveiro de si mesmo. Qualquer um que convoque a Constituinte vai fazer à margem da Constituição”. Link: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/juristas-questionam-proposta-de-constituente-para-reforma-politica.html>> Acesso em 13 out. 2018

Ademais, tal simulacro ofende a segurança jurídico-constitucional, elemento supremo, frontal e estruturante das relações societárias próprias da democracia moderna - a dos direitos sociais e econômicos - que, como nos ensina BELLUZZO (2005, p. 03), nasce e se desenvolve ao abrigo do Estado de Direito contra os processos impessoais e antinaturais de acumulação da riqueza na economia capitalista, sem embargo de frustrar a atuação do legitimado poder reformador e a aplicação da mutação constitucional<sup>251</sup>.

Não se pretende aqui reduzir a discussão ao plano ideológico e apenas trocar o sinal do discurso. O mundo não é verdadeiro, mas real. Daí a necessidade de se partir da materialidade das relações sociais, da complexa imbricação de poder nas estruturas que reproduzem assimetrias. Idealismo à parte, não se faz possível falar em direitos fundamentais sem se ater à marginalização de grande parte da população. Do mesmo modo, não é possível discutir gênero, cor ou outra forma qualquer de discriminação, sem alteridade. Assim como também não se pode falar de proteção à infância, à juventude, à mulher e à educação sem desnaturalizar as mortes violentas e diárias de crianças, jovens e mulheres, sem se ater ao fato de que escolas fecham por esses e outros tantos motivos quase todos os dias. Enfim, como falar em pleno emprego diante da Lei nº 13.467/17 e ante a ausência de regulamentação de dispositivos constitucionais elementares de valorização do primado do trabalho?

Contrapondo-se verdade e realidade, a Constituição, de fato, é o que é. A Constituição é a ausência de médicos nos hospitais públicos; a Constituição são os 60.000 brasileiros mortos anualmente pela violência<sup>252</sup>; a Constituição são os 13 milhões de desempregados<sup>253</sup> etc. Nada impede, porém,

---

251.- As mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação (MENDES et all: 2008, p. 130).

252.- Segundo dados divulgados este ano pelo Atlas da Violência, 553 mil pessoas sofreram mortes violentas no Brasil num período de 11 anos; número que supera a quantidade de mortos na guerra da Síria. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=33410&Itemid=432](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432)>. Acesso em: 21 set. 18.

253.- Taxa de desemprego para o trimestre encerrado em junho de 2018, segundo dados divulgados pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, por meio de pesquisa Pnad-contínua. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novopor>

que o texto constitucional defina padrões e tipos de cidadania que pretende alcançar. Quer isso dizer que a realidade econômica não é capaz de objetá-los a ponto de exigir outra Constituição. São os óbices burgueses e não os desejos do povo que devem ser removidos. À evidência, não se está aqui partindo da dicotomia entre Constituição formal e material, mas antes propondo um giro epistemológico, um movimento contrário à concepção clássica jurídico-moderna de abstração-realidade, a ponto de concebê-la primeiro materialmente. Num breve resumo, pode-se dizer, portanto, que a Constituição é o que dela fazem na realidade. E se essa realidade é diversa do mundo ideal e abstrato previsto, são aqueles que no mundo material dela fazem aquilo que fazem, espelho desajustado da abstração por ela mesma perquirida, que devem ser chamados à responsabilidade.

De efeito, o novel sentimento constitucional experimentado pelos cidadãos brasileiros, que se situa acima das contraposições ideológicas e dos instáveis estados de opinião, face, mormente, à preponderância da natureza garantista e compromissária da Constituição, está a reclamar, ainda no estio do brado de Ulysses, fica; fica para ficar, pois com ela ficará a democracia, a liberdade, a pátria como a casa de todos, com todos e para todos.

Aliás, como bem pontificou Celso de Mello, ministro do Supremo Tribunal Federal, ao abordar a insuficiência do valor do salário mínimo quando do exame da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1442/DF, tem-se que a violação negativa do texto constitucional, resultante da situação de inatividade do Poder Público, que deixa de cumprir ou se abstém de prestar o que lhe ordena a Lei Fundamental B representa, notadamente em tema de direitos e liberdades de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), um inaceitável processo de desrespeito à Constituição, o que deforma a vontade soberana do poder constituinte e que traduz conduta estatal incompatível com o valor ético-jurídico do sentimento constitucional, cuja prevalência, no âmbito da coletividade, revela-se fator capaz de atribuir, ao Estado Político, o necessário e indispensável coeficiente de legitimidade social.

Mas o frenesi cívico, barulhento que só, havia de chamar atenção; havia de dar azo a embates políticos e ideológicos que ultrapassaram os

---

tal/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=22193&t=destaques>. Acesso em: 01 out. 2018.

limites assembleares e se arrastam até os dias de hoje. Em que pese o alto preço pago nas duas décadas anteriores e a cinesia multifacetada que transformou os espaços de debates públicos em verdadeiros salões de festa democrática, não se podia esperar, por evidente, que tamanha reviravolta social fosse passar incólume, sem reação de setores conservadores. Os resquícios da formação histórica brasileira, sobretudo o escravismo, o patriarcalismo e o paternalismo, que ainda hoje condicionam a distinção de classes, opuseram severa resistência. Se alguma crítica pode ser estabelecida, advém ela do resultado desse movimento de contrar-reforma e não propriamente do texto constitucional. Movimento que acabou por impregnar à força um verniz de natureza contraditória que a Constituição definitivamente não possuía.

Além de optar por uma economia de mercado livre, o texto constitucional vertebra-se numa teia de direitos sociais que reclamam proteção e exigem efetiva atuação regulatória aos limites do poder econômico. Não há contradição alguma nisso. Entretanto, e apesar de notadamente progressista, seus vigorosos instrumentos de re/distribuição de riqueza acabaram por se transformarem em poderosos mecanismos de regressão e acumulação. Aqui, sim, está a contradição por todos apontada. A mesma Constituição que distribui riquezas, com dispositivos voltados à assistência social, mediante acesso universal à saúde, à previdência, à educação etc., também possui apetrechos de concentração de renda, sobretudo do ponto de vista tributário<sup>254</sup> e do serviço da dívida pública<sup>255</sup>. Aspectos que explicam de certo modo seu pouco avanço no que se refere à efetividade social, mas que muito longe estão de justificar uma ampla revisão em nível

---

254.- Relatório do Ministério da Fazenda em 2017: 0,1% dos mais ricos, que corresponde a pessoas que ganham acima de R\$ 123.000,00 mensais, pagam alíquota média do imposto sobre a renda de 9%. 1% dos mais ricos, consideradas as pessoas que ganham acima de R\$ 20.000,00 mensais, pagam em média 18%. Entre os 10%, aqueles que ganham acima de R\$ 7.000,00, pagam 25%). Trata-se de um sistema absolutamente regressivo. Tudo isso sem contar que mais da metade de toda a arrecadação é mediante tributação indireta, que capitais de dividendos não são taxados etc.

255.- Em 2015, foram pagos 251 bilhões de reais de juros para detentores de papéis do governo, valor equivalente a mais de 10 anos do benefício bolsa-família. A tanto pode ser somada a política descontrolada dos juros subsidiados pelo BNDES etc.

constituente originário. Conquanto seja regra nela mesma prevista, a pessoas e não à Constituição deve ser cobrada a responsabilidade.

Enfim, contrarreformas constitucionais (e mesmo infraconstitucionais) sufocaram o viço, a rejuvenescência do texto aprovado em outubro de 1988<sup>256</sup>, mesmo à vista do enorme esforço de fiscalização da constitucionalidade efetuado pela sociedade civil organizada, impondo ao futuro do país uma série de medidas fiscais conservadoras, fomentadoras de acumulação de riquezas, evidenciando o caráter ofensivo e desmesurado a direitos sociais. E apenas para ficar no último grande ataque, a recente alteração da legislação do trabalho (a assim chamada reforma trabalhista) é só mais um exemplo de ruptura do sistema institucional de equalização social. Daí porque nem mesmo governos tidos como de esquerda, que embora tenham elevado o patamar dos níveis sociais, conseguiram reduzir a desigualdade no país<sup>257</sup>. Desigualdade que impacta o Estado de Direito e subverte suas estruturas, ante a desproporção de forças que inviabiliza qualquer energia deliberativa, qualquer relação de reciprocidade.

O mesmo poder destrutivo que a desigualdade social tem sobre a democracia tem sobre o Estado de Direito, sobre a república. E é essa mesma desigualdade social, intensa, que possibilita a alguns poucos setores da sociedade, endógenos e exógenos, comandar importantes fatias de poder; que propicia a interferência de tal maneira na máquina administrativa, que a leva a uma eficácia seletiva, fazendo-a operar de modo inverso, regressivamente, embora constitucionalmente arquitetada para atuar de forma progressiva (o sistema tributário é um exemplo clássico<sup>258</sup>).

---

256.- Das 99 Emendas Constitucionais aplicadas até o presente momento à Constituição Republicana, 20 delas referem-se à tributação/orçamento público e à ordem econômica e financeira.

257.- Segundo dados divulgados em março de 2017 pelo Pnud - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o Brasil ocupa a 790 posição entre 188 países no ranking do IDH. E o Pnud afirma que se for levado em conta o IDH ajustado à desigualdade, o Brasil cai mais 19 posições. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/em-79-lugar-brasil-estaciona-no-ranking-de-desenvolvimento-humano-da-onu.ghtml>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

258.- Ainda à sombra do *welfare state*, a Constituição tomou como norte princípios de política tributária com mais justiça fiscal e social, como solidariedade, universalidade, isonomia, progressividade, capacidade contributiva, essencialidade etc (SALVADOR: 2010, p. 08). Mas é consenso que o sistema tributário brasileiro é injusto. De uma maneira geral,

As contrarreformas sociais, portanto, não foram meros acidentes<sup>259</sup>, tampouco proporcionadas pela frondosidade da Constituição. Desde a promulgação, a Constituição de 1988 sofreu intenso ataque às suas disposições econômicas, subvertendo a diretriz traçada pelo constituinte. Se a ideia do constitucionalismo implementado no século XX é justamente a alteração da estrutura econômica até então existente, a concentração em torno da Constituição financeira representa grave afronta aos objetivos descritos na Constituição de 1988 (BRAGA: 2014, p. 09). Agressivo processo de desfiguração das conquistas sociais, começando pelas leis complementares e ordinárias, que deveriam regulamentá-las, e terminando por se explicitar, não como um simples enfraquecimento dessas conquistas, mas como sucumbência destas (PEREIRA: 2012, p. 735). Suspiros sociais foram paulatinamente abafados por ações conservadoras<sup>260</sup>, não só no ambiente constitucional, mas, por igual, na ordem

---

a regressividade da carga tributária brasileira é um clássico exemplo de desigualdade. Em estudo fundado na pesquisa de orçamentos familiares do IBGE para os anos de 2002/2003. No mesmo sentido, ZOCKUN (2007) apontou que famílias com renda total de até dois salários mínimos pagam em média o equivalente a 48,8% do seu rendimento em impostos, enquanto famílias com renda maior que trinta salários mínimos pagam o equivalente a 26,3%. Alguns indicadores da contrarreforma tributária: 1- lucros e dividendos de sócios capitalistas estão isentos de IR desde 1996; 2- juros têm tributação exclusiva e menor que trabalhadores assalariados; 3- a MP n1 281/06 reduziu a zero as alíquotas de IR e da CPMF para investidores estrangeiros no Brasil; 4- os rendimentos de capital possuem alíquotas inferiores aos demais rendimentos e não se submetem à tabela progressiva; 5- a Lei n1 11.033/04 reduziu as alíquotas do IR para aplicações financeiras. Resumo da contrarreforma: 1- aumento da regressividade, com maior incidência de tributos sobre o consumo de bens e serviços; 2- incidência cada vez maior da tributação direta sobre a renda dos assalariados (valendo-se de mecanismos, por exemplo, como a não correção da tabela do IR); e isso apesar da baixa participação da renda dos salários sobre o total da renda.

259.- O texto já sofreu mais de uma centena de emendas; curiosamente, entretanto, 119 dispositivos, que constituem seu núcleo social duro, sequer foram regulamentados como exigido. Dentre eles, e apenas a título de exemplo, as garantias contra dispensa arbitrária do emprego.

260.- Citam-se, a exemplo, a criação da Secretaria do Tesouro Nacional, o congelamento do saldo da conta-movimento do Banco do Brasil e a instituição do Plano Bresser, medidas posteriormente consolidadas no próprio texto constitucional, assim como a centralização do orçamento, a consolidação da unificação orçamentária com a privatização dos bancos estatais, a centralização da autoridade monetária no Bacen - Banco Central do Brasil, a criação, dentre outros mecanismos, da LRF - Lei de Responsabilidade Fiscal

infraconstitucional, de baixo para cima, numa interpretação às avessas da Constituição (CUNHA: 2008, p. 48).

Mesmo após tragédias humanas retratadas pela História, insiste-se em desumanizar a ciência, retirando a questão social de seus cadinhos. O economicismo das análises que isolam condições econômicas é um vício metodológico que recusa em se reconhecer como ideologia (OLIVEIRA, 1998, p. 19). O novo regime fiscal, as reformas da previdência, do ensino médio e a reforma trabalhista, comprimindo gastos públicos e transferindo para o Estado os custos da extensão da pobreza derivados do subemprego e/ou desemprego, concernente à elevação do índice de doenças e acidentes, com forte pressão sobre a seguridade social<sup>261</sup>, refletem o triste retrato social do Brasil.

Se você trabalha amarrado, não desce de uma vez, se agarra, seja o que for; mas sem nada, sem segurança nenhuma, é assustador [...] Furamos a terra, morremos debaixo dela para tirar o ouro;

---

(LC nº 101/00) e da DRU - desvinculação das receitas da União, e mais recentemente, com o advento da Emenda Constitucional nº 95, a instituição do Novo Regime Fiscal, que vigorará por vinte exercícios financeiros, por meio do qual se estabeleceu, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias do Poder Executivo, do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Poder Legislativo, do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público e, por fim, da Defensoria Pública da União, equivalente à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2%.

261.- Estima-se que foram gastos cerca de 2,8 trilhões de dólares de indenizações decorrentes de acidentes e doenças do trabalho (4% do PIB mundial). 160 milhões de novos casos de doença surgem por ano no mundo, cerca de 2% da população mundial (AMARAL: 2017, p. 535). Segundo dados do relatório do governo federal (documento Estratégia Nacional para Redução dos Acidentes do Trabalho 2015/2016 do MTE - Ministério do Trabalho e Emprego), foram notificados 14.566.870 acidentes e doenças do trabalho entre 1988 a 2013; 47.597 mortes entre 1996 e 2011. Consoante registro da Anamatra, mais de 700 mil brasileiros e brasileiras são afastados todos os anos do trabalho. Com números que se equiparam aos de uma guerra, o Brasil ocupa a quarta posição mundial, ficando atrás apenas da China, Índia e Indonésia. Estima-se, aqui, gastos de cerca de 71 bilhões de reais anuais com aposentadoria precoce, sequelas, próteses, reabilitação, tratamento etc.

nosso mundo real é outro, pesado, tem cheiro de morte [...] Laborava das 08 às 23 horas, de segunda a sexta-feira, e nos finais de semana e feriados; mas passei a laborar [apenas] até às 19 horas após retorno de licença médica [...] Chego às 06 horas da manhã; trabalhei esta noite inteira, não dormi, e quando trabalho a noite inteira, não recebo nada a mais por isso, e nem sempre tenho 01 hora inteira para o almoço<sup>262</sup>.

Há uma acelerada constitucionalização dos interesses do capital, assegurando expropriações e formas desregradadas de extração de valor, além de garantir os rendimentos dos proprietários da dívida pública. A Constituição vale, sobretudo, quando convém aos interesses dos reais fatores de poder (brasileiros ou estrangeiros). É esse modelo que assenta o atual desenho político-social brasileiro. Apesar do paradigma histórico alcançado, a Constituição de 1988 veio a lume nos estertores do desenvolvimentismo, sem condições de tardar o crescimento do poder do capital financeiro que, aparentemente prescindindo da fábrica, distancia-se cada vez mais do potencial humano de bem-estar. Em trabalho de óbito, os anos dourados do curto século XX perderam o brilho, e o mundo experimentou um constante retrocesso das conquistas sociais, sobretudo nos países em desenvolvimento.

O padrão garantista e programático daquilo que a doutrina constitucional europeia, sobretudo a portuguesa, denominou como dirigente<sup>263</sup>,

---

262.- Na ordem exposta estão dois depoimentos de trabalhadores na construção civil e na mineração de carvão, colhidos, respectivamente, em 2005 e 1981 (FORTES et al: 2006, pp. 28 e 44), um depoimento prestado em 2017 na Reclamação Trabalhista 0011667-39.2014.5.01.0066 e, por fim, um relato feito em inquéritos parlamentares realizados para apuração das condições de trabalho nas olarias de Staffordshire em 1863, transcrito por MARX (2013, p. 406). Permitiu-se excepcionalmente fazer a todas as citações uma única referência em nota de rodapé tão somente para viabilizar a intenção buscada na construção do parágrafo. Este parágrafo inicial é composto por apertadas sínteses de relatos extraídos de fontes distintas, propositadamente embaralhadas no espaço e no tempo, na medida em que objetiva primordialmente adequar o lugar de fala do trabalhador e da trabalhadora e mostrar a permanência da expropriação do mais-valor do trabalho ao longo dos séculos. A ideia, portanto, é assentar a realidade que se pretende analisar, sublinhando que, independentemente dos meios utilizados, a intensificação do trabalho permanece como eixo de extração de mais-valor em benefício exclusivo do detentor dos meios de produção.

263.- Adota-se, aqui, o conceito de CANOTILHO (1999, p. 213) para Constituição dirigente, considerando tratar-se de texto fundamental que se apoia, sobretudo, em normas

passou a sofrer constantes ofensivas do novo liberalismo, dando ensejo a claros movimentos de contrarreforma, que inverteram a lógica da direção socioconstitucional<sup>264</sup>, fazendo prevalecer a Constituição financeira em detrimento da Constituição econômica-social<sup>265</sup>, desarticulando-as, como se não integrassem o mesmo sistema constitucional, como se não pertencessem à mesma Constituição política (BERCOVICI e MASSONETTO: 2006).

É necessário que se tenha uma íntima ligação entre o direito financeiro e o direito social e econômico (BRAGA: 2014, p. 246). Tanto que apesar da alteração do modelo de acumulação, a função do Estado como principal financiador da riqueza do capital permaneceu intacta. Do contrário, o cenário construído acirrou ainda mais a disputa pelo fundo público, tornando-o imprescindível. Consoante argumentação keynesiana, transformou-se em *ex ante* das condições de reprodução de cada capital particular e das condições de vida, em lugar de seu caráter *ex post* típico do capitalismo concorrencial (OLIVEIRA: 1998, pp. 08/09). Característica que lhe dá natureza estrutural no processo de acumulação, operando nos dois polos da formação do capital. Repita-se que nenhum governo brasileiro, nem mesmo os que se identificavam com projetos de esquerda, e ainda que eleito diretamente pelo povo, conseguiu romper com os mandamentos neoliberais. A presença do fundo

---

programáticas, que visam a ações futuras tendentes à melhoria das condições sociais e econômicas da população, plano normativo-material global, portanto, que determina tarefas, estabelece programas e define fins. Ao classificar a Constituição portuguesa de 1976 como uma constituição programática, Canotilho lembra que este modelo contém numerosas normas-tarefa e normas-fim [...], definidoras de programas de ação e de linha de orientação dirigidas ao Estado [...] A ideia de ‘programa’ associa-se ao caráter dirigente da Constituição. A Constituição comanda a ação do Estado e impõe aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas [...]

264.- Toda a ordem econômica encontra-se isolada de seus instrumentos financeiros, cuja efetividade é medida em si mesma, sem qualquer relação com os objetivos da política econômica estatal ou da ordem econômica constitucional (BERCOVICI e MASSONETTO, 2006, p. 71).

265.- Também se tomam, aqui, os conceitos de Constituição econômica e social definidos por CANOTILHO, considerando aquela como o conjunto de disposições constitucionais, regras e princípios, que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia, e esta às mesmas disposições referentes à natureza social formalmente plasmada na Constituição (2003: pp. 345 e 347/348).

público na reprodução da força de trabalho e nos gastos sociais é, pois, uma questão estrutural do capitalismo.

Experimenta-se atualmente uma forte tendência de regressão não só no Brasil, mas no mundo de uma forma geral. A luta é contínua; não se pode arrefecer. Há a necessidade de se buscar mecanismos para proteger os avanços conquistados (um amadurecimento *à la* Honoré que não pode ser desprezado) e dar mais passos à frente. A expressão *don't throw the child with the dirty water* nunca foi tão apropriada politicamente, no que concerne à lei que não precisa ser totalmente revogada, mas apenas adequada em alguns tópicos. É importante, pois, bastante cautela para não jogar fora o bebê com a água do banho<sup>266</sup>.

Há que ser cuidadosamente resguardado o grande avanço da Constituição de 1988, que passa, é verdade, por um teste bastante difícil. Teste que tem em sua base principal uma forte crise financeira e fiscal, com a redução da capacidade de arrecadação e a inviabilidade de concretização daquilo que prometeu. Os mais jovens, inseridos numa cultura mais democrática que a de seus pais, perceberam que também suas expectativas emancipatórias foram revertidas. Daí a variedade dos *slogans* levantados nas manifestações populares mais recentes<sup>267</sup>. Manifestações, entretanto, que também decorreram diretamente da

---

266.- Há, evidentemente, parcelas de Constituição passíveis de reforma e (re) interpretação; sujeitas, no entanto, como, aliás, já ocorreu numerosas vezes, ao poder constituído. O Congresso não se renova por conta do mecanismo de acesso ao poder e pela resistência à reforma política. Soma-se a tanto a complexidade de nossa federação, um pacto que cria conflitos competenciais e orçamentários, incita guerra fiscal, torna os entes federados em crise autônomos, faz a União agir como verdadeiro banqueiro etc. A população é posta em conflito. O servidor público passa a ser o grande responsável pela crise econômica. Somam-se a tanto a estranha tributação com mais da metade da arrecadação de forma indireta, a ausência de emprego num país rico, sem prêmio nobel mas com extensa lista de (bi)milionários, um país jogado diretamente na modernidade, ao capitalismo, sem as bases da medieval lealdade, sem educação, mas com a segunda maior frota de aeronaves particulares do mundo, um país sem memória, em especial após o incêndio que atingiu o MHN-RJ etc.

267.- Sustentadas basicamente pelo desejo não de superação deste ou daquele regime de governo, mas por serviços públicos de qualidade, por uma representação melhor, pela aplicação da lei a todos indistintamente etc.

Constituição de 1988, que refundou a sociedade; uma sociedade que, embora desigual, não mais tolera a desigualdade.

Em História não há bola de cristal. História analisa-se no plano material, de frente para trás. O máximo que se pode fazer são prognósticos; são análises de tendência. Nesse sentido, falar em um novo processo constituinte, com o nível de regressão das ideias democráticas que vivemos não só no Brasil, mas em todo o mundo, gera necessariamente um profundo temor<sup>268</sup>. Tornando a Ulysses, que há trinta anos enfatizava a existência de três dívidas que deveriam ser resgatadas perante a nação (a primeira era a Constituinte; a segunda, a Constituinte; e a terceira, a Constituinte), uma proposta de nova Constituinte há que ser prévia e fruto de uma real ruptura com ordem vigente, ainda assim profundamente analisada sob a perspectiva da resposta à pergunta que intitula este artigo: a quem interessaria?<sup>269</sup> E parafraseando o brasileiroíssimo Odisseu, apenas três pessoas estão aptas a respondê-la: a primeira, o povo; a segunda, o povo; e a terceira, o povo. Porque a festa democrática ainda não acabou; porque dentro de ti, oh cidade, é o povo [ainda] quem mais ordena<sup>270</sup>, povo que, como imortalizou Cazusa em sua poesia musical, ainda espera nas filas dos pontos de ônibus, procurando aonde ir. Correm para não desistir dos seus salários de fome. É a esperança que eles têm neste filme como extras. Todos querem se dar bem, num trem para as estrelas, depois dos navios negreiros outras correntezas.

---

268.- A EC 95/16 foi uma verdadeira revisão da Constituição ambiciosa e generosa. Um constitucionalismo em crise? O *impeachment* de um presidente recém-eleito é uma violência ao sistema político. O mesmo se diga em relação à aplicação da lei igual de forma desigual. Um país que vive de golpe em golpe, que não permite seja votado aquele que detém 40% das intenções de voto. Um país que traça incontáveis privilégios e diferenças em direitos naturais (auxílios alimentação, transporte, educação, moradia etc. diferenciados, partem necessariamente do pressuposto que determinadas pessoas devem ingerir mais e melhores nutrientes que outras, devem circular pela cidade de forma mais rápida e mais confortável que outras, devem instruir-se a si e a seus filhos com mais e melhores informações que outras, devem se abrigar das intempéries do tempo de forma mais protetiva e confortáveis que outras; enfim, que há na sociedade igual pessoas "mais iguais" que outras).

269.- LASWELL, H. D. *Politics: who gets what, when, how*. Cleveland: Meridian Books, 1936/1958.

270.- Grândola Vila Morena. Autor Zeca Afonso. Álbum Cantigas de maio, 1971.

Há, como exposto, muito a ser feito em termos de eficácia e efetividade de direitos dentro do campo jurídico-constitucional vigente, o que reclama votos, esperança e ação por vida longa à nossa Constituição.

## Referências bibliográficas:

ÁVILA, H. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BERCOVICI, G.; MASSONETTO, L. F. *A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica*. In Boletim de Ciências Económicas, vol. XLIX. Lisboa: Impactum Coimbra University Press, 2006, pp. 57/77.

BELLUZO, L. G. Excerto do prefácio a GRAU, E. R. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 30 edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2005

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAGA, P. V. B. *A DRU e a constituição dirigente invertida. O direito econômico e social à disposição do direito financeiro*. In Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 05, 2014, pp. 239/254. Disponível em

<[http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/60/73](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/60/73)>. Acessado em 01 dez. 2017.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 30 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Trad. NORTHFLEET, E. G. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, J. M. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. 240 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

- CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro* - 20 edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- COUTINHO, D. *O direito nas políticas públicas*. In MARQUES, E. C. L.; FARIAS, C. A. P. *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013.
- DAHL, R. A. *Poliarquia e oposição*. São Paulo: Editora USP, 2005.
- CUNHA, A. T. F. B. *Os direitos sociais na Constituição vinte anos depois. As promessas cumpridas, ou não*. In COELHO, H. A.; NEVES, M. [orgs]. *Direito público do trabalho: estudos em homenagem a Ivan D Rodrigues Alves*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 33/82.
- EMANUEL, S. L. *Emanuel law outlines. Constitucional law*. 340 edição. New York: Wolters Kluwer, 2016.
- FUX, L. *Jurisdição constitucional: democracia e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GRAU, E. R. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação. Aplicação do direito*. 30 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NEVES, M. *Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- OLIVEIRA, F. *Crítica à razão dualista. O ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Os direitos do antivalor: a economia política da hegemonia imperfeita*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- PEREIRA, P. A. *Utopias desenvolvimentistas e política social no Brasil*. In Serviço Social & Sociedade. n1 112, São Paulo: out/dez 2012, pp. 729753.

SALVADOR, E. *Fundo público e políticas sociais na crise do capitalismo*. In Serviço Social & Sociedade, n. 104. São Paulo: out/dez 2010, pp. 605631. Disponível em

<[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010166282010000400002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010166282010000400002&script=sci_arttext)>. Acesso em 19 dez. 2017.

VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

ZOCKUN, M. H. *Simplificando o Brasil: propostas de reforma na relação econômica do governo com o setor privado*. São Paulo: FIPE, 2007.



# Trinta anos da Constituição federal de 1988 e a necessidade de uma nova constituinte?

*João Paulo Marques dos Santos*

## Aspectos preliminares

Eis o trigésimo aniversário da Constituição Federal de 1988. E com essa magnífica data, o Brasil vivencia um ano incomum. É um ano em que, sob à bandeira do combate à corrupção, viola-se direitos e garantias fundamentais. É o ano em que ocorre a primeira eleição para o cargo de Presidente da República, após o escândalo generalizado de corrupção nas mais diversas áreas de atuação do Estado.

E, por ser o primeiro ano após esses escândalos, verifica-se vários candidatos que concorrem ao cargo de Presidente da República defenderem propostas que põe em risco a Constituição de 1988, já que supostamente a culpa de todos esses problemas seria ela.

Hamilton Mourão, candidato a Vice-Presidente de Jair Bolsonaro, defende que o início à crise que vem passando o país se deu com a Constituição em 1988, necessitando, na sua visão, de uma nova constituinte, porém, mais *clean*, privilegiando princípios e valores imutáveis, devidamente elaborada por uma comissão de notáveis, sendo dispen-

sada a presença do povo<sup>271</sup>. Fernando Haddad, por sua vez, candidato à Presidência da República, vai trabalhar para viabilizar a criação de uma nova Constituição<sup>272</sup>. Embora essas propostas, em si, não sejam objeto do presente estudo, elas representam uma preocupação real de dilaceração dos direitos que foram conquistados com a Constituição Federal de 1988, ou seja, um verdadeiro retrocesso jurídico.

Apesar disso, a presente investigação terá como escopo responder às questões que antecedem à instituição de uma nova Constituição, ou seja, o poder constituinte, cujo fim será responder aos seguintes questionamentos: (i) é possível a inauguração de uma nova ordem constitucional no âmbito do Brasil? (ii) uma nova Constituinte é necessária? (iii) os problemas enfrentados pelo constitucionalismo brasileiro, hodiernamente, serão superados com uma nova Constituição?

Não há, como é de conhecimento dos “notáveis”, Constituição sem a participação do povo, e a construção de uma nova, dificilmente será melhor do que esta que o Brasil possui (BARROSO, 2018). Uma Constituição rica em direitos e diretrizes, jamais será o problema, mas a solução. O problema, na verdade, está nos seus intérpretes e, neste ponto, sabe-se que isso pode ser mudado.

## 1. A Constituição federal de 1988

A promulgação da Constituição Federal de 1988 é fruto de um sonho que parecia distante para aqueles que vivenciaram os horrores da ditadura, em especial por que esse regime já perdurava por mais de vinte e cinco anos sem ser contestado (STRECK, 2018, p. 152).

Esse período de silêncio findou a partir da edição do Ato Institucional n. 5, por meio da criação do Movimento Democrático Brasileiro que era uma oposição pacífica àquele regime e até mesmo a criação de grupos violentos, semelhantes a uma resistência (STRECK, 2018, p. 152). Esses movimentos se intensificaram na década de 70 até nos primeiros

---

271. In.: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/vice-de-bolsonaro-defende-nova-constituicao-sem-constituinte.shtml>. Acesso em: 28 set. 2018.

272. In.: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/haddad-diz-que-vai-criar-condicoes-para-nova-constituicao.shtml>. Acesso em: 28 set. 2018.

anos da década de 80, já com os novos partidos políticos, onde se buscavam a realização de eleições diretas para o cargo de Presidente da República (STRECK, 2018, pp. 152-153).

Essas organizações sociais findaram com a vitória de Tancredo Neves que, embora assassinado antes de tomar posse, seu sucessor deu seguimento ao projeto de governo, isto é, com a promulgação da Emenda à Constituição para instituir a Assembleia Nacional Constituinte, o que foi feito em 27 de novembro de 1985 (STRECK, 2018, p. 153).

Após o complexo processo de elaboração da Constituição de 1988, esta foi promulgada em 5 de outubro de 1988. Na visão de Silva (2005, p. 89) esta Constituição traduziu, à época da sua promulgação, um texto razoavelmente avançado, com inovações importantes para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Por outro lado, Streck (2018, p. 154) já afirma que ela é o mais avançado texto jurídico-político do Brasil, posição esta que Barroso (2018) também ratifica e acrescenta: “(...) só quem não soube a sombra não reconhece a luz.”.

Não só avançada à época, mas distinta de qualquer outra Constituição que o Brasil já possuiu na sua história constitucional, tanto no seu conteúdo, quanto na sua elaboração, a qual foi estatuída com ampla participação popular (SILVA, 2005, p. 90).

É uma Constituição com muitos direitos, porém, não desnecessários, pois essa carta política é um documento histórico que marca a cessação de um período totalitário para alçar a era democrática (TAVARES, 2017, p. 112; ABOUD, 2013, p. 45). Maraca, aliás, uma era de estabilização das instituições frente as mais adversidades imaginadas (BARROSO, 2018).

Assim, todos esses direitos jamais serão estorvos, mas compromissos firmados pelo Estado em prol do combate às suas violações. É com base nesses compromissos que Streck (2018, p. 154) alude que ela está filiada ao constitucionalismo dirigente, compromissário e social.

Apesar dos avanços no âmbito dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 precisa superar muitos percalços, a caminhada ainda não chegou ao fim e sequer está perto de acabar. Um deles, sem dúvidas, é o limite da interpretação que, por vezes, leva à mutilação do conteúdo constitucional em prol de interesses que não foram abarcados pela Magana Carta, mas pelo clamor popular ou, até mesmo, pelo apelo midiático. O

outro, é a ausência de uma teoria da decisão previamente elaborada pelo ordenamento jurídico, conduzindo os intérpretes e os estudiosos do direito a presenciar várias situações complexas e absurdas, como a execução provisória da pena após o segundo grau, a qual, sem dúvidas, manchou a virilidade do princípio da não culpabilidade (STF - ARE 964.246).

A despeito desses problemas, uma coisa é certa, a solução não é uma nova Constituinte e quiçá os “jeitinhos” que pretendem dar alguns candidatos ao cargo de Presidente da República para contornar direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988. A solução a esses problemas, embora óbvia, não pode ser outra, senão a de cumprir a Constituição, já que ignorá-la, conduzirá a sociedade brasileira ao Absolutismo e ao Autoritarismo, dos quais o Brasil já se desvinculou em 1988.

Seguindo esse modo de pensar Abboud (2013, p. 45) alude que:

Frise-se, a Constituição Federal sozinha não é um ponto de Arquimedes que ao ser descoberta elimina as mazelas da sociedade. Acontece que dificilmente se constrói uma democracia sem a correspondente Constituição. A Inglaterra não tem Constituição escrita. Entretanto, desde 1215, com a Carta Magna a sociedade inglesa tem construído, historicamente, um tecido constitucional para proteger o cidadão dos desmandos e do excesso do Poder Público. Talvez, por não ser escrita, a Constituição Inglesa seja aquela que possui maior normatividade, uma vez que se confunde com a própria história do povo Inglês. Os EUA têm uma Constituição enxuta que cresceu com algumas emendas, mas sua essência e seu respeito são pontos fundamentais do constitucionalismo norte-americano. A Alemanha não teve uma Constituição escrita a partir de um Poder Constituinte genuíno. Contudo, no pós-guerra, em razão de uma sólida atuação do Tribunal Constitucional alemão, foi possível conferir *status* constitucional a sua lei fundamental.

O Brasil não é a Inglaterra, nem os EUA e tampouco a Alemanha. Ainda assim, possui um Texto Constitucional mais rico e generoso na concessão de direitos e garantias ao cidadão do que os três mencionados países. Portanto, se existisse um *culpômetro* para apontar as razões de a nossa democracia ser mais incipiente do que a inglesa, americana ou alemã, a menos culpada seria nossa Constituição vigente. Assim, se com um texto generoso, como o da Constituição de 1988, ainda não concretizamos os requisitos

básicos de uma democracia, sem nenhum exagero, é possível afirmar que, sem ela, rumaríamos para a barbárie.

Acertada a posição do autor, mas não se pode olvidar as conquistas já alcançadas pela atual Constituição, devidamente elencadas por Barroso (2018): (i) estabilidade institucional - a superação do autoritarismo, da hiperinflação, vários escândalos de corrupção e dois impeachments de Presidentes da República, certamente é um ponto de estabilidade da Constituição; (ii) estabilidade monetária com o plano econômico real adotado em 1994; (iii) inclusão social – o Programa Bolsa Família é um ótimo exemplo de conquista deste item; e (iv) avanço dos direitos fundamentais por meio da proteção ininterrupta da Suprema Corte do Estado. São várias as conquistas alcançadas e também são vastos os pontos a serem melhorados, entretanto cessar essa caminhada seria abandonar um objetivo da nação para aventurar-se em outro, cujos resultados seriam incertos.

Por essas razões que o constitucionalismo brasileiro, embora em desenvolvimento, andou bem ao instituir a Constituição Federal de 1988, pois além de generosa, buscou abarcar a maior quantidade de direitos possíveis com o fim de evitar a maior quantidade possíveis de violações, já presenciadas no período autoritário. Portanto, compactuar com discursos populistas e contrários à Constituição é atentar contra democracia e todos os valores e direitos conquistados em 1988.

## 2. A possibilidade/necessidade de uma nova constituinte

O poder constituinte manifestou-se histórica e revolucionariamente no final do século XVIII com o fim de substituir a utopia de que o poder era concedido por Deus aos Monarcas, pelo real destinatário do poder, o povo (BONAVIDES, 2004, p. 141).

A bem da verdade, o poder constituinte decorre da teoria do poder, donde pode ser definido, segundo Morais (2014, p. 191), como “o ato de vontade política, cuja força ou autoridade permite estabelecer a Constituição de um Estado”, rompendo com a ordem jurídica instituída anteriormente. Logo, a natureza jurídica do poder constituinte originário é

ser um poder de fato, pois não está sujeito a nenhuma limitação oriunda do mundo do direito (BULOS, 2014, p. 400). Nas suas palavras:

O poder constituinte originário não tem como referencial nenhuma norma jurídica que o precedeu. Posta-se acima do plano legislativo, afinal, é a produção legiferante do Estado que se lastreia nele. Resultado: o ordenamento jurídico nasce a partir do momento em que ele cria a constituição. (BULOS, 2014, p. 400)

Sendo um poder antecedente e desvinculado das normas antecessoras, o constituinte originário constitui um poder: (i) inicial, porque antecede e origina a ordem jurídica do Estado; (ii) soberano, pois se trata de um poder autossuficiente, sua força decorre de si mesmo; (iii) incondicionado, por não está vinculado a nenhuma norma antecedente, o seu exercício não sofre condicionamentos formais ou jurídicos; (iv) latente, consiste em um poder contínuo, podendo ser acionado a qualquer momento; (v) instantâneo, a potência de seu poder é cessado tão logo alcance o seu objetivo, a promulgação de uma Constituição; (vi) inalienável, a sua não utilização não significa que esse poder seja disponível, um verdadeiro poder permanente; e, (vii) especial, já que não elabora leis comuns, mas apenas uma Constituição (BULOS, 2014, p. 401).

Tais características são importantes para concluir que o contrato social firmado pelo Estado para com o seu povo sempre estará sujeito a novas pactuações que não são compatíveis com meras atualizações, sendo necessária a intervenção de uma nova constituinte. Isso é possível em razão de se poder gozar do elemento da permanência – latência -, o que permite ao povo, sempre que o povo achar necessário, chamar uma nova Constituinte.

No entanto, a possibilidade e a disponibilidade não podem ser confundidas com a necessidade. Embora o povo tenha esse poder à sua disposição, não há necessidade de se buscar uma nova constituinte atualmente, em razão dos seguintes motivos:

(i) a Constituição Federal de 1988 apesar de ter completado 30 (trinta) anos, ainda é muito jovem frente a uma gama de Constituições. Aliás, a única conclusão que pode ser tirada desse período, é a de que os compromissos, os objetivos e os direitos fundamentais de “eficácia programática” não foram implementados na sua totalidade e estão muito longe do ideal;

(ii) o rol de direitos que foram elencados pela Constituição traduz-se na obrigação que o Brasil firmou para com o seu povo, com o fim de evitar um retorno àquela era autoritária e absolutista que o Estado vivenciou. Todavia, o modelo de sociedade perquirida pela Constituição de 1988 ainda não foi alcançada, aqueles tempos difíceis da Ditadura, embora não em voga, ainda está presente por meio de outros atos de constante violação dos direitos humanos. Um exemplo é a declaração do Estado de coisas inconstitucional pelo STF com relação à vida carcerária (ADPF n. 347); e

(iii) a ausência de uma conscientização constitucional é algo a ser temido. Como querer que uma Constituição alcance todos os seus objetivos se não dá o conhecimento mínimo ao cidadão acerca dos seus direitos e deveres constitucionais? A maioria dos destinatários dos direitos constitucionais é formada por uma classe de parco poder aquisitivo e de pouco recursos educacionais, desta monta como exigir desse povo que defenda a sua Constituição? Por outro lado, aqueles que a conhece, utilizam a Constituição somente para fundamentar os seus próprios interesses, negligenciando os deveres que a própria Magna Carta imputa (SANTOS; BRASIL, 2018, p. 360-361. ABOUD, 2013, p. 45). Portanto, como garantir que uma nova Constituinte será a panaceia dessas mazelas? Não há como garantir!

De fato, ser Constituição no Brasil não é fácil, principalmente, quando ela é utilizada apenas na parte que é benéfica, negando-a quando vai de encontro aos interesses do beneficiário. Ora, a Constituição não seria semelhante à “Geni” (ABBOUD, 2013, p. 45) aludida por Chico Buarque?

Sendo ou não, a Constituição é Constituição na “alegria e na tristeza”, no ônus e no bônus. Logo, não há um melhor “ângulo” da Constituição, ela é o pacto social por um motivo, garantir uma carta de direitos e deveres a todos os cidadãos. É uma linha a ser seguida por toda e qualquer pessoa no âmbito de um Estado, é a limitação deste nas relações jurídicas firmadas com o seu povo.

Não há razão para se pensar em uma nova Constituinte, a solução para os problemas constitucionais não é uma nova Constituição, porque o problema continuará sendo o mesmo. Streck (2018), inclusive, faz um alerta sobre essa mentalidade:

A lógica no Brasil parece ser a seguinte: como o Judiciário tomou conta da Constituição, então vamos mudá-la. Quem deseja alterar

radicalmente a Constituição deveria lembrar de Sócrates. No fundo, Críton (personagem que representa o senso comum e quem não acredita na lei da polis), ao propor que Sócrates fugisse, misturou a lei da polis com aquilo-que-disseram-sobre-a-lei-da-polis. E Sócrates não fugiu, porque bem sabia que o problema não era o direito da polis, mas, sim, o modo como ele foi interpretado. Estou sendo sutil o suficiente? Ou explícito demais?

O Brasil não precisa de uma nova Constituição, mas de uma nova mentalidade, uma política pública de conscientização dos deveres e direitos constitucionais destinados a todo o povo. E àqueles que já conhecem os seus termos, é necessária uma atualização constante das novas interpretações e entendimentos da jurisdição constitucional, cientificando que nela não há apenas direitos, mas também deveres.

Não pode olvidar que ao passo que a Constituição pode ser utilizada como escudo, ela também pode ser manobrada como lança. A Constituição deve ser utilizada de acordo com a sua integralidade e não apenas com aquela parte que lhe é mais benéfica. Isso é Constituição.

Streck (2018) ao analisar a necessidade de uma nova Constituinte chega admoestar que:

Na minha modesta e jurássica opinião, quem sabe devemos reconhecer que o maior erro foi não termos sido ortodoxos com esta, a melhor Carta que já fizemos. Todavia, teremos que ter claro que, enquanto tivermos intérpretes que aceitem que a voz das ruas valha mais do que a Constituição ou que neguem o seu caráter compromissório e normativo, jamais teremos esta, a Constituição, como limite do poder.

Numa palavra: Enquanto a Constituição disser X e os interpretes disserem Y, ela não será limite para nada. Enquanto não voltarmos a ensinar Direito nas faculdades e pararmos de (des)moralizar o Direito, ficaremos fazendo discursos tautológicos. E procurar soluções mágicas. Na busca do Santo Graal da política. Esquecendo que, sem o Direito, teremos... bem, teremos o que temos.

É paradoxal pensar que a uma nova Constituição será a panaceia dos problemas que enfrenta o Brasil e o seu constitucionalismo, na verdade não

será. Se não foram respeitados e cumpridos os direitos, os objetivos, as diretrizes e os compromissos firmados pela Constituição de 1988, quais garantias serão dadas de um futuro diferente com a nova Constituinte? Não há certezas no que tange ao futuro, mas no que pertine ao passado e o presente, o povo brasileiro pode constatar que não houve um sentimento fraterno no cumprimento dos direitos e deveres trazidos pela Magna Carta atual.

Nesse cenário, a culpa não pode ser atribuída apenas a uma única pessoa, mas à sociedade como um todo. Quando se fala da necessidade de uma conscientização, precisa-se que as Instituições passem a envidar esforços para informar o cidadão dos seus direitos e penalizar aqueles que tentem violá-los.

Precisa de um Poder Judiciário que não se valha de mecanismos que burlem os interesses da Constituição e da Lei para satisfação dos interesses da mídia, da sociedade ou de qualquer outra pessoa.

O mesmo vale ao Poder Legislativo que, por meio dos seus parlamentares, busca a satisfação dos interesses dos patrocinadores de suas campanhas eleitorais, em detrimento da vontade do povo, aprovando leis que beneficiam pessoas específicas. A título de exemplo vide as ações diretas de inconstitucionalidade n. 4.887, 4.888 e 4.889, que estão em pauta para julgamento no Supremo Tribunal Federal. Não há democracia quando ela é alcançada por meio da venda de atos legislativos. Onde está a moralidade administrativa exigida pela Constituição (art. 37, *caput*)?

Quanto ao Poder Executivo, cuja função típica é a gestão, possui o mesmo dever de consecução dos compromissos firmados pela Constituição, todavia, a diferença consiste na implementação material dos direitos, por meio da disponibilização de estrutura, recurso humanos, materiais de expedientes etc. Essas medidas compõem o mínimo que ele deve prover, sob pena de ter a sua responsabilidade apontada pelos demais Poderes.

Portanto, ainda que tenham vários pontos a serem alterados para consecução dos compromissos constitucionais, o cumprimento dos deveres institucionais por parte dos vários participantes da vida constitucional é o ponto de partida mais basilar para que se tenha uma Constituição Federal 1988 mais saudável. Não sendo este o pensar, deve-se instaurar a nova Constituinte e iludir-se com a proposta de solução milagrosa de todas as mazelas sociais que hoje assolam a sociedade. As alternativas estão postas

à mesa. Mas adotar a segunda, é uma medida de covardia, pois nega o problema atual para não o resolver no futuro. Eis o paradoxo.

## Considerações finais

As argumentações levantadas no presente trabalho possibilitaram realizar uma análise do binômio – possibilidade e necessidade – da instauração de uma nova Constituinte, haja vista as recentes manifestações feitas pelos candidatos à Presidência da República, onde buscam: (i) soluções milagrosas, visando contornar os valores e princípios adotados pela Constituição de 1988; ou (ii) a instauração de uma nova Constituinte. Todavia, nem uma e nem a outra são opções válidas para o atual contexto constitucional.

De um modo geral, pode ser afirmado que a solução, apesar de óbvia, ainda é o cumprimento das normas constitucionais, na forma como proposta pelo Constituinte de 1988 e suas alterações pelo processo democrático de alteração da constituição.

A bem da verdade, o problema nunca foi a Constituição, mas as pessoas que a utilizam de forma inadequada, ou seja, a utiliza para: (i) garantir a efetivação dos próprios interesses, os interesses da sociedade ou da mídia etc., (ii) esquivar-se de obrigações impostas a si.

A Constituição é Constituição, é o pacto social firmado entre a sociedade e o Estado para regular as mais diversas temáticas no âmbito das relações sociais. Não há um “jeitinho” para a sua consecução, o seu texto é para ser cumprido em sua integralidade. Não há que se falar em clamor popular ou pressões midiáticas para alterar o texto ou a interpretação da Constituição.

Os intérpretes e, principalmente, os atuais candidatos à Presidência, devem entender que a Constituição é a Carta que garante a eles a legitimidade de estar em tal cargo, pensar de forma distinta é retornar ao período autoritário e arbitrário que o Brasil vivenciou nas décadas de 60, 70 e 80.

Há uma necessidade de uma conscientização e moralização constitucional a todos os cidadãos que desconhecem o seu conteúdo ou conhecem parcialmente. Por outro lado, àqueles que tem conhecimento pleno da Constituição mas que tendem a pensar de forma a ser criada uma nova Constituinte, quando a atual sequer chegou ao seu auge ou sequer foi implementado 1/3 (um terço) dos direitos e objetivos lá elen-

cados, resta uma “reciclagem” do que foi a Constituição passada e a que o Brasil possui atualmente.

Portanto, a solução não é radicalização, mas moralização para se utilizar, de modo adequado, os direitos que estão na Constituição.

## Referências

- ABBOUD, Georges. 25 anos da Constituição Federal: Parabéns à Geni. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 938/2013, p. 45, dez., mensal, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Trinta anos da Constituição Federal: a República que ainda não foi. 2018. In.: **Consultor Jurídico**. [online]. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-out-06/barroso-30-anos-constituicao-republica-ainda-nao-foi>>. Acesso em: 08 out. 2018.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social**. T. II, V. 2. Coimbra: Coimbra, 2014.
- SANTOS, João Paulo Marques; BRASIL, Júlio César Mendes. Fazenda Pública e a revelia: Uma relação de incompatibilidade mitigada. **Revista de Processo**, vol. 276, p. 353-369. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro, 2018.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. ECA no lixo e licença para matar... É? Um candidato pode dizer isso? In.: **Consultor Jurídico**. [online]. 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-ago-30/senso-incomum-eca-lixo-licenca-matar-candidato-dizer-isso>>. Acesso em: 08 set. 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

# De mutação à *mutilação* constitucional: um instrumento perigoso do ativismo que coloca em risco a Constituição federal de 1988

Larissa da Silva Peres

## Aspectos preliminares

Fenômeno criado na vigência do *Reich*, a mutação constitucional presta-se à efetuar mudanças informais em seio das Constituições escritas, quando, em virtude de mudanças no campo social, norma e realidade se dissociam, gerando, então, controvérsia quanto à sua aplicabilidade.

Doutrarte, a mutação constitucional tem sido um fenômeno amplamente deturpado pelo Poder Judiciário brasileiro, o qual invoca tal instituto jurídico para dar esteio às discricionariedades aplicadas em momento do *decisum* judicial, fazendo prevalecer o entendimento isolado do magistrado quanto à norma, e não, o entendimento real seguido pela sociedade e por todo ordenamento jurídico.

Criado para ser um mecanismo lúdimo para aplicação da justiça social, hodiernamente, a mutação vem sendo palco de arbitrariedades investidas de legitimidade, e é diante dessa afirmação que se pauta o presente trabalho. Buscar-se-á definir, em termos simples, o conceito e

origem do fenômeno, seus problemas quando mal utilizado, e a necessidade de se implementar mecanismos para sua aplicação livre de vícios.

## 1. Hermenêutica e mutação constitucional: um breve delinear histórico

Na mitologia grega, Hermes era um semideus que fazia a intermediação da linguagem entre os deuses e os mortais, nunca se soube, na história, o que os deuses diziam, só se sabia o que Hermes disse e o que os deuses falavam (STRECK, 2018).

É solar a incidência da hermenêutica na ocorrência do fenômeno da mutação constitucional, sabe-se que o papel da hermenêutica é, em suma, estudar dos valores axiológicos da norma, de maneira a nortear sua aplicação de acordo com a pretensão do constituinte/legislador ao elaborá-la, bem como, interpretar a norma sob um enfoque prático, de maneira a melhor aplicá-la na sociedade em que se vive.

Dessa forma, os textos frios, sejam da Constituição ou dos Códigos, possuem limite semântico, de modo que a nada se prestam sem antes serem interpretados conforme a consciência daquele que irá aplicá-lo. Nesse momento, cumpre parafrasear Lenio Streck (STRECK, 2009. p.164-165):

Texto é evento; textos não produzem “realidades virtuais”; [...] Eis a especificidade do direito: **textos são importantes**; textos nos importam; não há norma sem texto; **mas nem eles são “pleni-potenciários”, carregando seu próprio sentido** [...] e nem são desimportantes, a ponto de permitir que sejam ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto. [...] **o texto é inseparável de seu sentido**; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade [...] norma é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido.

**(Negrito nosso)**

Sabendo do elo inseparável existente entre hermenêutica e norma, concluímos, para tanto, que hermenêutica é a compreensão da razão de ser da norma, e por que não dizer que hermenêutica é a pedra de toque da mutação? Parece-nos que a asserção é verdadeira.

Dito isto, o fato da norma não ser independente, de maneira que necessita da complementação da hermenêutica para que haja sua aplicabilidade, trazemos a seguinte problemática: o que ocorre quando, realizado o procedimento da hermenêutica, seu resultado for diverso do texto posto da norma? Ou seja, o que ocorre quando a aplicabilidade da norma, segundo ditames hermenêuticos, for no sentido de ampliação de seu sentido ou da desmistificação da norma literal? É exatamente onde entra a mutação constitucional.

À vista disso, quando a estrutura lógica do texto não der conta de todo o processo de conhecimento norma, de modo que necessite do processo cognitivo da hermenêutica, encontramos a necessidade de aplicar o fenômeno da mutação, para que assim, a norma constitucional não venha a cair em desuso ou ser reformada (STEIN, 2004, p. 11-21).

Adentrando em seio histórico, os imbrólios geradores da necessidade da mutação constitucional começaram a ser examinados ao final do século XIX, por meio de doutrinadores da Escola Alemã de Direito Público, Paul Laband e Georg Jellinek (PANSIERI; SOUZA, 2018, p. 46). Esse fenômeno transmutador originou-se na vigência da Constituição do Império Alemão, datada de 1871, a qual desequilibrou as normas autônomas dos Estados-membros, que variavam de monarquias absolutistas a cidades livres, acabando por realizar a revogação tácita de grande parte dos dispositivos sediados nessas constituições (URRUTIA, 2000, p. 105).

Noutro giro, notou-se que as mudanças ocorridas nas Constituições dos Estados advieram sem o acionamento dos mecanismos formais de modificação, com efeito, Paul Laband denominou esse fenômeno de “mutação constitucional”. Laband reconheceu que o poder do Estado poderia transformar suas normas, sem a necessidade de modificação formal, à vista da mudança de seu sentido prático (PANSIERI; SOUZA, 2018, p. 46).

Verificou-se, naquele momento, que não só as normas ordinárias passavam por processos de modificação em seu entendimento, demonstrando, assim, que as Constituições, pelo simples fato de serem normas basilares de um ordenamento jurídico, não gozavam de estabilidade privilegiada, apesar do desejo que a tivessem (PANSIERI; SOUZA, 2018, p. 44).

Segundo Bonavides (BONAVIDES, 2004, p. 173), há nas Constituições um sentido modificador, presente em seu próprio espírito, que tem natureza dinâmica e flexível, visando assegurar a estabilidade das relações jurídicas.

À vista desse entendimento, seria ilógico propor que os aspectos estático e imutável sejam dispostos em seio das Cartas Constitucionais, vez que estes aspectos impedem que as Constituições se mantenham atualizadas e adaptadas às necessidades dos seus cidadãos. Ora, as Constituições são criadas para, *a priori*, reger *ad eternum*, todas as normas de comportamento social e de estrutura do Estado, quesitos estes que necessitam, por óbvio, da frequente transmutação de seu texto e da interpretação conforme a sociedade atual (BOBBIO, 2014, p. 53).

Nesta senda, pressupõe-se que as mutações constitucionais expressariam a necessidade de atualizar os dispositivos constitucionais frente às contradições entre a norma posta e a situação constitucional vigente, abrindo margem à alteração do texto desacompanhada de procedimento formal (PANSIERI; SOUZA, 2018, p. 46).

Transpassada a origem histórica do fenômeno da mutação, este ainda é utilizado nos dias de hoje, entretanto, ao mesmo tempo que se presta à buscar a aplicação da plena justiça, presta-se à legitimar ações inconstitucionais, que se contrapõem ao próprio núcleo da norma maior em prol da discricionariedade do atuante.

Ainda sobre o embasamento teórico da mutação constitucional, cumpre elucidar sua ocorrência no ordenamento jurídico brasileiro, nos conformes da Teoria das Constituições.

Na Teoria das Constituições, existem dois poderes constituintes, o primeiro, denominado de Poder Constituinte Originário, que é aquele poder político e inicial o qual investe-se da origem à uma nova ordem constitucional, pautando seus limites e regramentos a partir daquele momento (PANSIERI; SOUZA, 2018, p. 34). Este, por sua vez, subdivide-se em: de primeiro grau ou fundacional<sup>273</sup> e de segundo grau ou pós-fundacional<sup>274</sup>.

Por outro lado, em decorrência do primeiro Poder *supra* elencado, provém o Poder Constituinte Derivado, que seria aquele estritamente jurídico, caracterizado pela superveniência à Constituição, dotado de limites impostos pelo Poder Originário. (PANSIERI; SOUZA, 2018, p. 35) Ademais, tal poder subdivide-se em: Reformador, Decorrente, Revisor e Difuso.

---

273. Primeira Constituição de determinado Estado. No Brasil, por sua vez, foi a Constituição de 1824, ainda em tempos imperiais.

274. Demais constituições instituídas. No Brasil, as Cartas de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988.

Pontualmente, no presente trabalho, o cerne da questão circunda sobre o Poder Constituinte Derivado Difuso, na terminologia proposta por Georges Burdeau (BURDEAU, 1969, p. 246-247; BARROSO, p. 128), que se intitula aquele poder de alterar a interpretação das normas constitucionais, sem, contudo, efetuar mudanças de cunho formal: a mutação em si.

Entendida a origem e a definição da mutação constitucional, abordar-se-á sua necessidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, a necessidade de se implementar o fenômeno de maneira correta, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade.

## 2. Mutação constitucional: necessidade ou deleite?

Conforme cediço, a mutação constitucional seria, nada mais, que a atuação do Poder Constituinte Derivado Difuso na realização de mudanças involuntárias e estritamente informais na hermenêutica da norma constitucional. Ou seja, mutação é todo método que, sem modificar a letra posta constitucional, altere ou modifique o sentido e o alcance desta, sem, no entanto, contrariar seu núcleo existencial, a custo de se estar realizando mutação *inconstitucional* (FERRAZ, 2011, p. 791).

Sob o mesmo enfoque, leciona Bulos que a mutação constitucional corresponde a um fenômeno, do latim *phaenomenon*, que se classifica como sendo um fato passível de observação e explicação, investido de informalidade. Isto é, simboliza um processo informal de mudança das constituições (BULOS, 2014, p. 231). No entanto, Bulos adverte que a mutação constitucional só acontecerá se derivada de fatos involuntários, de forma alguma podendo ser planejada, sob pena de se descaracterizar (BULOS, 2014, p. 231).

Destarte, a mutação deve ocorrer, precipuamente, em seio de sistemas positivistas, como é o brasileiro, sob o pena de se ter uma constituição análoga à uma mera folha de papel, como já diria Lassalle: a ausência de transformação dos escritos na Carta em fatores reais de poder, à nada se presta (LASSALLE, 2016, p. 35)

Nesta senda, sabe-se que a base de todo ordenamento jurídico é pautada sob a égide de uma Carta Constitucional, que segundo Bobbio (BOBBIO, 2014, p. 14), serve como brado à perquirir a estabilidade das relações jurídicas, bem como, a segurança do bem estar comum daqueles que se encontram no território soberano.

Não obstante, a Constituição, por, justamente, servir como base da sociedade local, não se deve manter estática frente às mudanças ocorridas em meio social, (VERONESE, 1999, p. 27) sob pena de se tornar inútil e caminhar, até, pelo entendimento da ocorrência de sua revogação tácita. Conforme leciona Jorge Miranda:

A modificação das Constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposto pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis, as Constituições são modificadas.

À luz desse entendimento, conclui-se que a mudança em âmbito constitucional, seja ela formal ou informal, deve ocorrer como necessidade de se manter o ordenamento jurídico estável, tal qual, de se procurar alcançar todas as necessidades de sua população.

No entanto, devemos maior atenção à aplicação dessas mudanças informais, pois, como todo instituto jurídico, o fenômeno da mutação constitucional deve ser utilizado de maneira comedida, não devendo servir como esteio à arbitrariedades judiciais, à custo de se prestar, assim, não às necessidades sociais, mas ao mero deleite do Poder Judiciário quando da aplicação de sua bel vontade sem precedentes de cunho formal ou costumeiro.

### 3. Os perigos da mutação constitucional: o que a transforma em *mutação* constitucional/mutação inconstitucional?

Conforme Hsü DAU-LIN, sabendo que a mutação constitucional é um processo *sui generis* e passível de deturpação, o escritor, inteligentemente, elenca quatro possíveis maneiras para a sua realização: (a) como uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; (b) mediante a impossibilidade de exercer certos direitos assegurados; (c) como uma prática estatal que caia em contradição com a Constituição e; (d) de acordo com a sua interpretação (URRUTIA, 2000, p. 126). Por sua vez, o nascedouro do ativismo judicial, mecanismo que desvirtua a prática da mutação constitucional, encontra-se no item (c).

Sendo cediço que a maneira incorreta de se realizar a mutação constitucional é fruto da atividade inidônea do Estado por meio do Poder Judiciário, e que esta, por sua vez, nomeia-se de ativismo judicial, é mister esclarecer seu significado: o ativismo, nada mais é que toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais do intérprete em detrimento da legalidade vigente. Nas palavras de Bulos (BULOS, 2014, p. 443):

O ativismo judicial [...] abusa da interpretação, da construção e da manipulação, propiciando fraudes constitucionais, e, não raro, mutações inconstitucionais.

Sem embargo, não se pode afastar que, para a ocorrência da mutação constitucional, é mister que se trate de evento involuntário e desprovido de ação humana. Por conseguinte, é oportuno rememorar as condutas desempenhadas pelos membros do Poder Judiciário brasileiro, que muitas vezes desejam, *sponte propria*, elaborar mutações constitucionais e acabam por desconfigurar o fenômeno que se presta à aplicar a justiça em meio social e passam a utilizá-lo como um artifício perigoso à ordem constitucional (BULOS, 2014, p. 232).

Em linhas simples, quando determinada norma constitucional dispor sobre “X”, e o magistrado der o entendimento “Y” sem consultar previamente o Poder Legislativo, não ocorrerá mutação constitucional, mas sim, ativismo ensejador de *mutilação* constitucional.

Sintetizando, sabe-se que, quando a interpretação dada à norma contrariar seu próprio núcleo existencial, não haverá a necessidade (ou melhor, o *deszelo*) de se fazer um “remendo” hermenêutico a fim de sanar o problema da aplicação prática, mas sim, dever-se-á realizar reforma constitucional, ou seja, alteração de seu próprio texto, pelo Poder então competente.

Conquanto exemplificações teóricas se faça, já existe, na vida prática, exemplos de ambas as maneiras - adequadas e inadequadas - de se realizar a mutação constitucional, é o que segue.

No ano de 2015, a Suprema Corte dos EUA decidiu o caso *Obergefell vs. Hodges*, pela autorização do casamento entre pessoas do mesmo sexo. O STF, por sua vez, enfrentou o mesmo tema no julgamento da ADIn 4277-DF. Entretanto, mesmo *prima facie* tratar-se de decisões

idênticas quanto aos seus resultados, há diferença sutil entre ambas no âmbito da fundamentação (ABBOUD, 2016, p. 711).

Os estados americanos de Michiga, Kentucky, Ohio e Tennessee definiam o casamento como sendo uma união entre homem e mulher, assim como o Estado brasileiro o define legalmente. Os peticionários americanos, por sua vez, ajuizaram processo nas cortes federais de seus estados de origem alegando que os estados violaram a Emenda n. 14 ao negar-lhes o direito ao casamento.

A decisão final sobre o caso foi de que a Emenda n. 14 não restringiria os direitos fundamentais dos cidadãos, devendo-se interpretar extensivamente os direitos fundamentais, de forma que não poderiam os estados legislar de forma a restringi-los (ABBOUD, 2016, p. 711).

Doutra forma, o STF, ao julgar a ADIn 4277-DF, autorizou imediatamente a equiparação de união estável às relações homoafetivas, decidindo contra texto expresso do artigo 226, parágrafo terceiro da Carta de outubro (ABBOUD, 2016, p. 714-715).

Recapitulando: se o texto constitucional é o limite intransponível para qualquer interpretação realizada pelo STF, para que fosse correta a autorização de equiparação da união homoafetiva à união estável e casamento, seria necessária a confecção de emenda constitucional, portanto, estar-se-ia diante do fenômeno da Reforma Constitucional, não tendo o que se falar em uma forçosa caracterização da Mutação Constitucional.

Em suma, ao julgar a ADIn 4277, o Supremo poderia ter agido sem incorrer em ativismo e assegurar os direitos civis decorrentes das relações homoafetivas; ele poderia ter reconhecido a legitimidade dessas uniões, e, em seguida, fazer comunicar o Legislador da necessidade de alteração do dispositivo, para que assim fosse providenciada a necessária emenda constitucional para se modificar o §3º do art. 226 da CF (ABBOUD, 2016, p. 715).

Ou seja, o STF asseguraria os direitos, mas não incorreria em ativismo. Apesar de efeitos práticos idênticos, a fundamentação do STF seria diferente, e sabemos, a *ratio decidendi* possui larga importância quando dos julgamentos posteriores à ela, eis que geradora e precedente, e aqueles estarem adstritos aos fundamentos dados em primeiro momento.

Voltando à comparação, apesar de existirem várias diferenças entre a decisão da Suprema Corte dos EUA para a do STF, a principal delas

reside no fato de nos EUA não haver nenhum óbice constitucional para se converter imediatamente união homoafetiva em casamento, já no Brasil, é questão de especificidade constitucional seguir um procedimento correto, seja para a mudança na interpretação, seja para a alteração formal do artigo (ABBOUD, 2016, p. 715-716).

Dito isto, tal precedente que alterou dispositivo estabelecido pelo Poder Constituinte Originário é digno de temor da ordem jurídica. Ora, se o Judiciário pode, ao seu bel prazer, mudar o entendimento pautado nos dispositivos constitucionais, o próprio Estado Democrático de Direito corre riscos! Se o Estado não se submete às suas leis, ainda existirá segurança jurídica? A resposta certamente é negativa.

Mais um exemplo digno de temor da Carta Social de 1988, é o recentemente estabelecido pelo Pretório Excelso sobre a “mutação” ocorrida no artigo 52, inciso X da CR, o qual será discorrido superficialmente a seguir.

Dispõe a Constituição, no art. 52, X, que: “compete privativamente ao Senado suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.” Ao fazer a leitura, nota-se que o dispositivo só se aplica em casos de Controle Difuso de Constitucionalidade, pois, em sede de Controle Concentrado, é regra que a decisão final emanada tem efeitos *erga omnes*.

Entendido isto, após diversas decisões *voluntárias* que deram margem ao escanteio da aplicabilidade do disposto no artigo 52, inciso X, o STF, em Reclamação 4.335-5/AC, relatada pelo ministro Gilmar Mendes, com voto acompanhado pelo ministro Eros Grau, seguiu o entendimento no sentido de que o artigo supramencionado sujeitou-se à mutação constitucional (BULOS, 2014, p. 230)

Vejamos parcialmente o voto do ministro Eros (STF, Pleno, Recl. 4.335-5/AC, Rei. Min. Gilmar Mendes, voto vista, proferido em 19-4-2007), *in litteris*:

Note-se bem que S. Exa. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro.

[*Omissis*]

Aqui passamos em verdade de um texto ‘compete privativamente ao Senado Federal **suspender** a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal’ a outro texto ‘compete privativamente ao Senado Federal dar **publicidade** à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de Lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo>.

**(Negrito nosso)**

Erroneamente, o Ministro Eros Grau, com a devida vênia, aduz em seu voto que: na mutação constitucional, o próprio texto normativo é substituído por outro. Ora, viu-se até aqui que a mutação constitucional é um procedimento informal na mudança interpretativa da norma, nada tendo a ver com alterações de cunho formal!

É temerário que seja seguido o entendimento externado pelos eminentes ministros, que afirmam ocorrer - quando, em verdade, não ocorre - a mutação constitucional, sem lembrar do próprio significado do fenômeno mutacional, e aplicá-lo deliberadamente em suas decisões, no intento de fazer valer sua própria discricionariedade, investidos em verdadeira juristocracia (STRECK, 2012).

Conforme já descrito, conquanto seja um procedimento necessário para a estabilidade constitucional, a mutação não é uma ciência imediata, pois nasce de uma longa transmutação social e involuntária (BULOS, 2014, p. 232). Pois, em sendo voluntária, como é no caso do artigo 52, inciso X da Constituição, não há o que falar em mutação constitucional, e sim, em necessidade de reforma constitucional.

Para melhor elucidação, cumpre parafrasear Bulos (BULOS, 2014 p. 232):

Os juízes podem proferir decisões paradigmáticas, alegando a tese da mutação constitucional. Mas, se o fenômeno inexistir, de nada adianta o magistrado dizer o contrário. Expliquemos: **qualquer mutação planejada, arquitetada, programada, não é mutação**. O fenômeno só pode ser percebido de modo natural e espontâneo, quando comparamos o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos afastados no tempo.

**(Negrito nosso)**

Inobstante, aduz Lenio Streck, sobre a “mutação” realizada no art. 52, inciso X da Constituição Republicana (STRECK, 2011, p. 19), que “a supressão da função do Senado contribui para que se torne claro que o Supremo Tribunal Federal age como uma Corte Constitucional com poderes constituintes permanentes”, e finaliza aduzindo que “um tribunal não pode mudar a constituição nem inventar o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”.

Analizados os mecanismos corretos da mutação, bem como, os perigos de sua utilização sem critérios estabelecidos, chega-se à conclusão de que, à vista da necessidade de alterar o sentido das normas, tendo como escopo a estabilidade social, dever-se-á estabelecer mecanismos mínimos para a regular incidência da mutação constitucional, a fim de se evitar que tais pleitos legítimos tornem-se atos violadores da Carta Maior.

O Direito, por ser algo demasiado complexo e mutável (GÈNY, 1919, II, p. 324), é um verdadeiro fenômeno social, sendo, acima de tudo, um produto da sociedade e não apenas do Estado. Tendo isso em vista, as regras, em geral, devem buscar se adequar às necessidades supervenientes, mas, sempre a partir do estudo da sociedade em que se baseia, e não, da vontade do julgador.

## Considerações finais

Verificada a origem histórica da mutação constitucional, seu conceito e a necessidade de sua ocorrência no sistema jurídico para fim de que se obtenha normas compatíveis com a sociedade em que vige, a mutação é fenômeno lúdico de adequação da realidade prática com a teórica, mas que, infelizmente, vem sendo utilizado pelos seus guardiões para lesar sua própria ordem.

Notou-se que, apesar de ser necessária a ocorrência da mutação constitucional, mais importante que sua existência, é a necessidade de se criar mecanismos adequados a serem seguidos em ocasião de sua configuração. A criação de critérios nada tem a ver com quesitos de rigidez ou flexibilidade, mas sim, com a necessidade de levarmos o texto constitucional a sério. Como bem leciona Lenio Streck (STRECK, 2010, P. 76): “A Constituição é feita em momentos de “sobriedade” po-

lítica para defender o Estado e a sociedade exatamente destas erupções episódicas de paixões e desejos momentâneos”.

Decerto que devem haver mudanças na Constituição Republicana de 1988, mas estas não podem se dar de maneira deliberada, uma vez que pautadas nos limites impostos pelo Poder Constituinte Originário, o qual impõe óbice intransponível que se presta a resguardar o núcleo da norma de porvindouras arbitrariedades.

As deturpações praticadas pelo Poder Judiciário, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, eis que guardião da Constituição, nos leva à conclusão de que, passadas três décadas da promulgação da Constituição, ainda não sabemos o que fazer com ela, como lidar com suas restrições e, o pior, como respeitá-la.

## Referências bibliográficas

- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer; apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior - São Paulo: EDIPRO, 2 ed. 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. rev. e atual de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014.
- BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*, 1969, v.4, p. 246-247. In: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2ª ed.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.) **Doutrinas essenciais de direito constitucional: teoria geral da constituição**. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GÈNY, François. Méthode d'interprétation et sources du droit positif. 2 Ed. Paris: L.G.D.J., 1919, p. 324. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer; apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior - São Paulo: EDIPRO, 2 ed. 2014.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** CL EDIJUR, Leme/SP - 1ª edição, 3ª tiragem, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Revisão Constitucional**, 1983.

PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. **Mutação constitucional: À luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Justiça Viva #37 - Quadro do Superior Tribunal de Justiça**. In.: Superior Tribunal de Justiça (STJ). [online] Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2HIUMYGM-S6Y&feature=youtu.be>

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. RJ: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. BARRETO, Vicente de Paulo. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”** - Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, Franca-SP, n.1, 2010. v.1.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BARRETO LIMA, Martonio Mont"Alverne. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revis>

ta/texto/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso> Acesso em: 30 setembro 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **A juristocracia do novo Código de Processo Civil**. In.: Consultor Jurídico. [online] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>. Acesso em: 28 set. 2018.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2 ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. **Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto**. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 58, p. 105-135, janeiro-abril. 2000.

VERONESE, Osmar. **Constituição: reformar para que(m)?**, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

# Buen vivir e fraternidade, princípios basilares para além da constituição

*Nadine Amabile Pasta*

*Silvia Helena Arizio*

## Introdução

Ambos os conceitos apresentados no presente artigo podem ser encontrados diretamente no preâmbulo da Constituição Federal Brasileira de 1988, demonstrando dessa forma que sua apresentação preliminar, não apenas indica a sua necessidade para construção da sociedade, mas também indicando que a interdisciplinaridade entre esses é o fim ao qual se busca.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bemestar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil

Desse modo, é possível observar a necessidade de traçar e delimitar ambos os conceitos, para que assim fique visível em que ponto se interligam para constituir não só a base da legislação de maior hierarquia de um país, mas também para traçar aquilo que é buscado como um ideal de convivência fundado nesses conceitos.

A presente pesquisa visa não apenas categorizar e identificar cada um desses conceitos, mas também demonstrar como esses são apresentados na sociedade, demonstrando a sua necessidade não só por manutenção do Meio Ambiente, mas também por ser um meio de identificação dos povos, assim como uma maneira de trazer a convivência tradição e consciência coletiva, frisando que não basta a sua implementação na sociedade, mas também em âmbito jurídico.

Assumir essa relação entre os processos de afirmação e implementação de direitos contribui para que haja uma percepção adequada da emergência de dispositivos nos ordenamentos jurídicos latino-americanos voltados à garantia de direitos de povos e comunidades tradicionais. Essa relação também enseja a reflexão acerca das tendências que esses processos reconhecedores de direitos tomarão. (NETO, 2015, p. 401)

## 1. Buen vivir

O conceito de Buen Vivir, contempla a visão de que tanto a vivência e convivência em comunidade da qual se faz parte necessita de integração, ao mesmo tempo que deve existir uma interdependência. Desse modo, suas estruturas têm por base os princípios da Solidariedade, Respeito e Fraternidade no diálogo dos saberes das sociedades tradicionais, como a dos indígenas.

A comunidade ao sinalizar esta realidade, da experimentação do Buen Vivir, tem uma perspectiva ambiental bastante avançada, pois para o Buen Vivir a riqueza não consiste em acumular bens possíveis, mas manter o equilíbrio entre as necessidades e os recursos disponíveis para o satisfazer vital.

Nesse sentido, a boa vida consiste como premissa maior a responsabilidade ambiental e como premissa menor criar espaços que favoreçam reflexões do que é melhor para o planeta, a comunidade, para as gerações futuras e para todos que habitam na Terra.

Assim, a partir da herança dos povos andinos propõem no Buen Vivir descrevendo um conjunto de práticas cotidianas como a conexão entre o humano e não-humano, em comunhão harmoniosa para vida em plenitude.

A abundância vital, a manutenção de ambiente saudáveis para todos os seres vivos é uma prerrogativa inalienável. Toda resiliência ecológica- seja nos seres humanos ou não-humanos, bióticos ou abióticos- demanda fatores mínimos para sua estabilidade (...) viver e conviver são as estratégias com bases nas quais perpetuam-se os diálogos entre a trindade indivíduo-sociedade-espécie e a Terra equilíbrio e harmonia naquilo que se torna fundamental, comum ao bem-viver de todos com tudo. A fórmula descrita pelos andinos e demonstrada por Huanacuni rememora a expressão: “somos um em todos, todos em um”. (AQUINO, 2015, p. 214 e 216)

Percebe-se que o caráter revolucionário, paradigma de mudança e de resgate das tradições de saberes fraternos, solidários, diferente da atual dimensão antropocêntrica – o homem é o centro do universo e os demais gravitam em seu entorno – mas sim em consonância com a vida ecocêntrica, em que o homem é um ser que pertence à Biosfera.

O conceito de Buen Vivir está intrinsecamente ligado a uma mudança de consciência e comportamento, não como uma disciplina ou plano de ação, mas, sim, num conjunto de ideias sensíveis, inseridas a um nível substancial de harmonia no qual convivem os seres humanos entre si e com a Natureza. Esta proposta comunga com saberes tradicionais dos povos ancestrais indígenas, anticolonialistas e plurinacionais, onde não prevalece a ideia de dominados e dominantes. Prioriza-se o bem viver e conviver que se ampliam para outros espaços e para além das fronteiras nacionais.

Para Gudynas (2015), o Buen Vivir representa a influência de várias origens do conhecimento, a partir de pensamentos que correspondem a cada contexto social e ambiental. Em complemento, explica Boff que o Bem Viver ou Viver Bem é uma categoria da cosmologia andina que visa:

a uma ética da suficiência para toda a comunidade e não apenas para o indivíduo. O “bem viver” supõe uma visão holística e integradora do ser humano inserido na grande comunidade terrenal que inclui além do ser humano, o ar, a água, os solos, as mon-

tanhas, as árvores e os animais; é estar em profunda comunhão com a Pacha Mama (Terra), com as energias do universo e com Deus[...] O bem viver nos convida a não consumir mais do que o ecossistema pode suportar, a evitar a produção de resíduos que não podemos absorver com segurança e nos incita a reutilizar e reciclar tudo o que tivermos usado. Será um consumo reciclável e frugal. Então não haverá escassez. (BOFF, 2016)

O viver bem/bem viver rompe com a visão de desenvolvimento econômico desenfreado e permite a reconstrução de um novo despertar, sustentado no valor da Vida e na trajetória histórica dos povos originários da América Latina, que, mesmo saqueados culturalmente, resistiram e mantiveram em suas territorialidades uma relação harmonia com a Natureza. O viver bem/bem viver é um campo de ideias em construção a respeito da importância da manutenção da integridade do ecossistema, por meio do reconhecimento moral e legal da Natureza. Nesse sentido, preleciona Acosta:

El Buen Vivir, sin olvidar y, menos, si manipular sus orígenes ancestrales, puede servir de plataforma para discutir, concertar y aplicar respuestas frente a los devastadores efectos de los cambios climáticos a nivel planetario y las crecientes marginaciones y violencias sociales en el mundo. [...]El Buen Vivir – en tanto filosofía de vida – abre la puerta para construir un proyecto emancipador. Un proyecto que, al haber sumado muchas historias de luchas de resistencia y de propuestas de cambio, al nutrirse de experiencias locales, nacionales e internacionales, se posiciona como punto de partida para construir democráticamente sociedades sustentables en todos los ámbitos. (ACOSTA, 2011, p. 199)

Em comunhão, Justiça Ecológica e Bem Viver inauguram uma estratégia política e jurídica no continente sul-americano, onde o mundo natural é sujeito dotado de personalidade jurídica, e, portanto, parte legítima para limitar os abusos humanos e assim coibir sua própria depreciação.

Esse cenário desvela um desafio ecocêntrico<sup>275</sup>, que abriga a Justiça Ecológica para além do antropocentrismo, categoria que domina o debate

---

275. Ecocêntrico em sua essência propõe um novo contexto ideológico, sustenta no sentido de que o homem é um ser que pertence à Biosfera, assim como os demais seres vivos

político sobre Desenvolvimento Sustentável. Esse modelo de desenvolvimento é estruturado na inversão da lógica capitalista e da perpetuação do progresso pelo aproveitamento dos elementos naturais a qualquer custo.

O desenvolvimento, nestes moldes, significa manter o ritmo do progresso, onde a Natureza está a serviço do Homem, apenas como objeto e recurso a ser explorado. No momento presente, a posição antropocêntrica precisa ser superada. Para Ferry:

Para nós, modernos, a resposta não deixa dúvidas. Ela decorre de uma evidência que acreditamos facilmente ser “natural”: parecemos simplesmente insensato tratar os animais, seres da natureza e não de liberdade, como pessoas jurídicas. Consideramos óbvio que apenas estas últimas sejam, por assim dizer, “dignas de um processo”. A natureza é para nós letra morta. No sentido próprio: ela não nos fala mais, pois deixa há muito tempo – no mínimo desde Descartes – de lhe atribuir uma alma e de acredita-la habitada por forças ocultas. Ora, a noção de crime implica a nossos sistemas jurídicos concederem “circunstâncias atenuantes” em todos os casos que a inflação da lei for cometida “sob violenta emoção”, sob o império da natureza inconsistente, portanto distante da liberdade de uma vontade soberana. Verdade ou novo imaginário que, por sua vez, fará sorrir as gerações futuras? Pode bem acontecer, com efeito, que separação do homem e da natureza, que conduziu o humanismo mantenha sido apenas uns parênteses, em vias de se reformar. Eis aí um indício. (FERRY, 2009)

Nestas linhas, observa-se a necessidade de superar o pensamento antropocêntrico e egoístico, pois o interesse humano não está acima de tudo. O esgotamento da Natureza é um sinal de que a relação entre ser humano e mundo natural precisa, urgentemente, de um redimensionamento. É necessário repensar, como argumenta Douzinas, a evidência do domínio do Homem sobre a Natureza e de sua própria retificação.

Para compreender o paradigma de Viver Bem e viver em plenitude, é importante compreender a diferença entre o Viver Bem e o Viver Melhor, que segundo Mamani, deve-se compreender na complementariedade, no equilíbrio entre a comunidade e individualidade,

El vivir mejor significa el progreso ilimitado, el consumo inconsciente; incita a la acumulación material e induce a la competencia; una competición con los otros para ser mejor y tener cada vez más, para crear más y más condiciones para “vivir mejor. Sin embargo. Para que algunos puedan “vivir mejor”, millones y millones tienen y han tenido que “vivir mal”. Es la contradicción capitalista. (MAMANI, 2010, p. 48)

Nesse sentido, Acosta esclarece que “O desenvolvimento pode, inclusive, não ter conteúdo, mas justifica os meios e até os fracassos. Tudo se tolera em nome de sair do subdesenvolvimento”. Portanto, nega-se o Buen Vivir, para propiciar um cenário de desencontros criando um abismo entre os seres humanos e levando a humanidade a um panorama de insensibilidade, acreditando numa promessa da modernidade<sup>276</sup>.

Em contraposição à exploração, cita-se aquilo que enuncia o paradigma do Buen Vivir. Esse saber ancestral andino sobre a relação dos Humanos e não Humanos, a qual favorece o cumprimento e o exercício das aproximações pretendidas, enaltece a Pachamama como “ser próprio” e não como simples objeto a ser constantemente explorado. Essa construção desvela a defesa dos valores próprios ou intrínsecos da Natureza e desenvolve, mais e mais, um espaço no qual abriga todas as vidas.

O Viver bem/bem viver, significa segundo Pellenz, o princípio jurídico ordenador do Direito, herança dos ancestrais, que regem a preservação da Natureza em todas suas dimensões.

A partir do que os povos indígenas e andinos propõem, o Equador demonstrou a viabilidade político-jurídica dos direitos da Natureza, enfatizando, no mundo da vida e na Constituição, a Pachamama, da qual todos fazem parte e que é vital para a existência humana. [...]. Dessa forma, o Princípio jurídico ordenador do Direito passa a ser a sabedoria ancestral, qual seja o Buen Vivir,

---

276. Segundo Fernando Huanacuni Mamani, la modernidad está sumergida en el paradigma individualista y la humanidad está en crisis, es importante escuchar y practicar la herencia de nuestros abuelos: esta cosmovisión emergente que pretende reconstituir la armonía y el equilibrio de la vida con la que convivieron nuestros ancestros, y que ahora es la respuesta estructural de los pueblos indígenas originarios: el horizonte del vivir bien o buen vivir. p. 6

centrado na preservação do Meio Ambiente em todas as suas dimensões. (PELLENZ, 2017, p. 76)

Nesse sentido reforça Gudynas (2015), que não pode haver Buen Vivir sem uma natureza protegida e conservada, uma vez que para que haja harmonia não basta a existência da natureza, mas também o seu cultivo e proteção, ambos aliados para manter e progredir não no sentido das produções em massa, mas sim na produção consciente e interligada ao crescimento ecológico.

A sociedade se estrutura nas relações sociais das diferentes áreas, economia, jurídica, educativa, sociais e outras, que são formas de existência e essa relação, esse pensamento estrutura a sociedade e o Estado. Para que o Estado possa reconstruir o conceito de Buen Vivir, precisa a existência de uma estrutura comunitária, ou seja, a comunidade é identificada a partir dos seres humanos e não humanos, que são interdependentes, a exemplo a montanha, a água, o animal, o ser humano, a pedra, que habitam o mesmo lar e, portanto, e necessitam viver em equilíbrio e harmonia.

Assim, o importante é o todo comunitário, o todo e necessário a vida, é importante a integração de todos, uma visão multidimensional, concebida na diversidade do pensamento, de culturas, de expressão de vida, enfatizado no equilíbrio relações. Sedimentando uma sociedade mais justa e harmoniosa, sem discriminação nem exploração, com a plena justiça social, para consolidar as identidades plurais.

A partir de então, quando precisa-se em comunidade viver em equilíbrio e para tanto é importante o consenso que deve ser fomentado na comunidade com a escuta ativa entre todos, pois se um divergir também será importante, poderá que tenha razão e que traga aspectos de corroboração para o Buen Vivir e, assim escutando a todos a resposta será em benefício de todos

Para assim, garantir a proteção e a dignidade dos povos e das comunidades, fomentando o diálogo e a escuta, restabelecendo a necessidade de replantar os aspectos educacional, da saúde, da produção para o equilíbrio de qualquer sociedade, mesmo com as dificuldades encontradas e impostas pelos meios de vida na era modernista.

## 2. Fraternidade

O valor Fraternidade, oriundo do Cristianismo, está inserido no contexto social e familiar e seus ensinamentos remontam ao assistencialismo, à caridade, à ajuda mútua e à compaixão. Anteriormente a isso, a *philia* aristotélica<sup>277</sup> já ensaiava um conceito de Fraternidade, diferenciando-a da amizade, que seria direcionada a uma pessoa específica, enquanto a Fraternidade não teria um determinada número de pessoas. Disseminou-se a Fraternidade como valor, no eixo cristão, segundo Baggio, 2008 “mas foram os iluministas que fundamentaram a trilogia na cultura pagã pré-cristã, devido à intensa batalha contra a Igreja e seus desmandes”

Em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como consequência da Revolução Francesa, a Fraternidade ficou evidenciada, ao lado dos ideais de liberdade e igualdade. No tripé da Revolução, em que pese o fato da Fraternidade aparecer em primeiro plano, juntamente e ao lado da igualdade e da liberdade, esta segundo Savagnone, 2009 “[...] não ocupou papel importante na cultura política do Ocidente”. Isso aconteceu porque a igualdade e a liberdade foram facilmente incorporadas como categorias jurídicas e políticas, sendo que a Fraternidade que ficou deslocada em virtude do teor cristão que lhe era característico. Assim, não adquiriu status jurídico nem político, permanecendo como uma ideologia erguida na bandeira da Revolução Francesa apenas como motivação religiosa.

Em 1948, a Fraternidade tornou-se elemento chave na modernidade com a universalização do princípio. Com o fenômeno da constitucionalização, o princípio da Fraternidade passou a ser observado na ordem jurídica interna dos países. A Fraternidade adquiriu um novo status em um novo momento histórico: o pós-guerra. Neste sentido:

---

277. o conceito aristotélico de amizade é bastante amplo, uma vez que abarca a utilidade, o prazer, o bem e a amizade entre os desiguais. Em todos os tipos de amizade por ele propostos fica clara a exigência da reciprocidade, pois sem ela não será possível falar-se em amizade. No entanto, para o trabalho que está sendo desenvolvido o mais importante é a amizade enquanto qualidade política. O homem é um ser político e viver em comunidade o torna assim. Daí que a amizade enquanto qualidade política deve ser vista como uma forma a possibilitar novos sujeitos sociais, novos modos de existir e de conviver ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Título original: Ethikon Nikomacheion. Tradução de Mário da Gama Cury. 3. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 32.

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo (BOBBIO, 1992, p. 29 e 30)

A presença da Fraternidade, em 1948, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, como no caso da brasileira atual, que a invoca já no seu Preâmbulo ações neste sentido. É importante mencionar que não se pode deixar de considerar a Fraternidade como princípio que possui dimensões que vão muito além daquela inserida no preâmbulo da Constituição. Assim, o resgate histórico feito até aqui permite compreender por que, comumente, a Fraternidade está associada, segundo o senso comum, a perspectivas ligadas à filosofia e à religião<sup>278</sup> mas raramente como categoria jurídica, até as Constituições Modernas.

A análise histórica da Fraternidade é muito relevante neste contexto, pois ela deve ser enfrentada como, segundo IGHINA, 2009 “[...] um princípio/valor norteador da liberdade e da igualdade, implicando assim um primeiro passo à cidadania”. O Princípio da Fraternidade e sua dimensão jurídica devem coexistir em harmonia, à fim de promover aquilo que seria fraternamente legal, efetivando os direitos fundamentais e permitindo que a República Federativa do Brasil alcance os objetivos calçados desde o Preâmbulo do texto constitucional. Por esta razão, Direito e Fraternidade possuem um caráter de complementaridade que atravessa séculos e que possivelmente, se perpetuará no tempo, como forma de

---

278. A religião, comumente, lembra-se da bondade e da compaixão para com o próximo.

realização da vida em comunidade e da harmonização social. Segundo Marco Aquini, a Fraternidade é um valor jurídico fundamental e:

[...] compromete o homem a agir de forma que não haja cisão entre os seus direitos e os seus deveres, capacitando-o a promover soluções de efetivação de Direitos Fundamentais de forma que, não, necessariamente, dependam, todas, da ação da autoridade pública, seja ela local, nacional ou internacional (AQUINI, 2008, p. 138-139)

Em que pese o fato de a Fraternidade estar sedimentada como categoria jurídica, é preciso retomar as condições de Fraternidade, que há séculos está inserida no corpo social, a fim de viabilizar a cooperação mútua entre as pessoas, em momento de crise onde o individualismo e o egoísmo imperam de maneira cada vez mais presente. Sob esta perspectiva, constata-se que a forma como se vive hoje é insustentável e a Fraternidade pode ser uma alternativa para estas questões. Assim:

A Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida. (BRITTO, 2007, p. 98)

Sua característica de princípio norteador coloca o sujeito como membro do corpo social, capaz de prover a igualdade e o bem estar dos cidadãos através de um olhar horizontal que promova a alteridade e a não discriminação, pois a categoria é uma “[...] condição humana, ao mesmo tempo dada – e por isso, constitui um ponto de partida – mas também a ser conquistada, com o compromisso e colaboração de todos”.

## Conclusão

Atualmente, vive-se o ideal da Fraternidade como o ideal da “participação democrática, ou seja, da conexão da ideia de fraternidade com a de cidadania”. Desse modo, a Fraternidade encontra-se inserida no contex-

to social, como categoria jurídica, religiosa, política e social, consolidando a igualdade e a liberdade através da responsabilidade entre as pessoas e a formação de suas próprias identidades.

No contexto latino-americano essa condição fica mais evidente pois a categoria é uma condição humana, capaz de fomentar a comunhão universal e fortalecer o vínculo antropológico comum. O vínculo antropológico comum a todos os seres humanos deve ser resgatado porque “ninguém pode se conhecer totalmente por si mesmo. São os outros, sempre, que completam a visão que nós – como indivíduos e como povos – temos de nós mesmos”. Nesse ponto, em terras latino-americanas, a Fraternidade apresenta-se como uma dimensão de integração entre os povos, capaz de unir os semelhantes os diferentes em uma perspectiva de tolerância em espaços comuns e compartilhados.

A sua forte ligação por ser uma condição humana por fortalecer o vínculo antropológico por sua vez é capaz de fomentar a reflexão do cidadão inserido em uma sociedade, para além da busca da sua identidade, assim como da compreensão que não se encontra sozinho, mas também tendo isso como entendimento e conclusão de que para o futuro não deve ter a visão como único indivíduo e assim não moldar sua visão segundo os preceitos do antropocentrismo, para que desse modo os conceitos de fraternidade e bem viver descritos no preâmbulo constitucional venham a se consolidar para além do âmbito jurídico.

A fraternidade se relaciona com o conceito de buen viver na medida em que um é pressuposto do outro, pois não é possível viver numa sociedade fraterna na qual não se tenha em mente a relevância da manutenção da integridade do ecossistema. Porquanto, a degradação ambiental decorrente da inexistência do buen viver não propiciaria uma sociedade na qual a fraternidade pudesse alçar-se como propulsor da cidadania.

## Referências

ACOSTA, Alberto. El Buen Vivir: sumak Kawsay, uma oportunidade para imaginar otros mundos.

AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In. Antônio Maria Baggio (org.). O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão

atual das ciências políticas. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BAGGIO, Antônio Maria (org.). O Princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. O viver melhor ou o bem viver? Disponível em: <http://www.diogenes.jex.com.br/cultura/o+viver+melhor+ou++viver+bem++texto+de+leonardo+boff>. Acesso em: 04 abr. 2016.

FERRY, Luc. A Nova Ordem Ecológica: a árvore, o animal e o homem. Tradução de Rejane Janowitz. Rio Janeiro: DIFEL, 2009.

GUDYNAS, Eduardo. In: Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva constitución.

IGHINA, Domingo. “Unidos ou dominados”. Sobre uma leitura da fraternidade em função latino-americana. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O princípio esquecido/2. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009.

MAMANI, Fernando Huanacuni. Vivir Bien/ Buen Vivir: filosofia, política, estratégia y experiencias regionais. Peru: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI), 2010.

NETO, Joaquim Shiraiishi; ARAUJO, Marlon. “Buen vivir”: notas de um conceito constitucional em disputa. Pensar-Revista de Ciências Jurídicas, v. 20, n. 2.

Pellenz, Mayara. Metamorfoses da Cidadania. 2017: Editora Deviant.

Erechim.

SAVAGNONE, Giuseppe. Fraternidade e comunicação, com especial referência à comunicação jornalística. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O princípio esquecido/2. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009.

1º EDIÇÃO *Janeiro de 2019*  
FORMATO *16x23cm*  
MIOLO *Papel Offset 75g/m<sup>2</sup>*  
CAPA *Papel Supremo 250g/m<sup>2</sup>*  
TIPOGRAFIA *Linux Libertine*  
IMPRESSÃO *Gráfica Multifoco*