Expediente da Faculdade de Direito do Sul de Minas
Programa de Pós-Graduação em Direito – v. 35, n. 1
ISSN (eletrônico) Nº 2447-8709

Editora-chefe: Prof. Pós-Dra. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz de Assis.

Periodicidade: O volume anual é composto de dois números, com periodicidade semestral.

Secretária: Natália Carvalho Campos Azevedo.

Editores associados: Érick de Freitas Mendes e Jéssica Yume Nagasaki.

Conselho Editorial:

Prof. Dr. Andrea Panzarola - LUM - Libera Università Mediterranea "Jean Monnet" Bari – Itália;
Prof. Dr. António Castanheira Neves - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
pProf. Dr. José Ignácio Martinez Estay - Universidad de los Andes;
Prof. Dr. José Lebre de Freitas - Universidade Nova de Lisboa;
Prof. Dr. José Manuel Aroso Linhares - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
Prof. Dr. Marcel Storme - Law Faculty of the University of Ghent (Bélgica);
Prof. Dr. Nicola Picardi - Universitàdegli Studi di Roma "La Sapienza";
Prof. Dr. Rodrigo Perez Lisisic - Universidade do Atacama – Chile;
Prof. Dr. Rui Manuel Moura Ramos - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
Profª. Dra. Paula Costa e Silva - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal);
Prof. Ms. Diego GermánMejía - Lemos – National University od Singapore, Faculty of Law, Singapur;
Luiz Inácio Lucena Adams – Advogado Geral da União;
Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – IDP e UCB – DF;
Prof. Dr. Celso Lafer – FAPESP e USP;
Prof. Dr. Fredie Didier Junior - UFBA;
Prof. Dr. Humberto Theodoro Junior – UFMG;
Prof. Dr. Jessé José Freir e de Souza – UFJF;
Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha – UFPE e UNICAP;
Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - UNISINOS;
Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo - PUC São Paulo;
Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho – UFPB;
Profª. Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola - UNISINOS;

Profª. Dra. Flávia Piovesan, PUC – SP e PR;
Profª. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha - UNISINOS;
Profª. Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro – USP;
Profª. Dra.Samyra Haydê e Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE;
Prof. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – UCB – DF.
Profª. Dra. Cidália Maria da Mota Lopes – Coordenadora da Coimbra Business School - ISCAC;
Prof. Dr. João Carlos Relvão Caetano – Universidade Aberta, Portugal.

Pareceristas atuantes:

Anderson Vichinkeski Teixeira – UNISINOS
Angela Araújo da Silveira Espindola – UFSM
Antônio Sá da Silva – UFBA
Arthur Roberto Capella Giannattasio – MACKENZIE
Aurélio Agostinho da Bôaviagem – FADIC
Bernardo Silva de Seixas – Universidad de Piza
Bruno Fraga Pistinizi – PUC/MG
Carina de Castro Quirino – UERJ
Carlos Alberto Simões de Tomaz – UVV
Carlos Marden Cabral Coutinho - UniChristus
Cícero Krupp da Luz – FDSM
Clara Cardoso Machado Jaborandy – UNIT
Clarissa Tassinari - UNISINOS
Claudio Ribeiro Lopes – UFMS/CPTL
Clovis Eduardo Malinverne da Silveira – UCS
Daniella Maria dos Santos Dias – UNIFESSPA
Danielle Anne Pamplona – PUC/PR
Dirceu Pereira Siqueira – Unifafibe
Elias Jacob de Menezes Neto – UNISINOS
Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez – UNIMEP
Flavio Luís de Oliveira – ITE
Germano Andre Doederlein Schwartz - UniRitter
Gianne Reis – UERJ
Henrique Mioranza Koppe Pereira - UNISC
Henrique Morgado Casseb – UNIRP
Henrique Weil Afonso – FADIC
Isaac Reis - UNB
Isabela Fadul de Oliveira - UFBA
Jair Aparecido Cardoso – USP
Jesualdo Eduardo de Almeida Junior - FIAETPP

João da Cruz Gonçalves Neto - UFG
João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira – UNICAP
José Alberto Antunes de Miranda - UNILASALLE
Jose Carlos Buzanello – UNIRIO
José Roberto Anselmo – ITE
Larissa Araújo Coelho – Universidade do Minho
Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira
Leonel Pires Ohlweiler – UNILASSALE
Lourival José de Oliveira – FACCAR
Lucas Tasquetto – UFRS
Malu Mendes- UNISEPE
Marcia Cristina de Souza Alvim – PUC/SP
Maria Auxiliadora Mirahim – UFBA
Mario Lúcio Garcez Calil - UEMS
Mônica Bonetti Couto – PUC/SP
Mônica Teresa Costa Sousa – UFMA
Nikolay Henrique Bispo - UNISINOS
Osvaldo Ferreira de Carvalho – PUC-GO
Rafael Alem Mello Ferreira – FDSM
Rafael Lazzarotto Simioni – FDSM
Rafael Zelesco Barretto - MACKENZIE
Roberta Kelly Silva Souza – Universidad de Piza
Roberto de Freitas Filho - UniCeub
Rosilene Paiva Marinho de Sousa - MACKENZIE
Samantha Ribeiro Meyer – UNINOVE
Sebastian Borges de Albuquerque - UFBA
Sérgio Tibiriçá Amaral – ITE
Tauã Lima Verdan Rangel – FAMESC
Thami Coratti Piaia - URI
Thais Novaes Cavalcanti – UNIFIEO
Theresa Rachel Couto Correia – UFC
Victor Hugo Tejerina-Velazques – UNIMEP
Wagner Wilson Deiró Gundim - MACKENZIE

Bibliotecária responsável: Zélia Nilva de Souza Chagas.

Missão: A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é um veículo de consolidação das linhas de pesquisas institucionais e tem por finalidade publicar trabalhos inéditos na área do Direito.

Linha editorial: Constitucionalismo e Democracia.

Política de responsabilidade: O corpo editorial da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas não se responsabiliza pelas opiniões expressas nos artigos, sendo estes de responsabilidade de seus autores.

Política de livre acesso: Todo o material publicado na Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é de acesso online e gratuito. Na versão impressa, é distribuída por permuta e doação a diversas instituições de ensino nacionais e estrangeiras. A cessão de artigos à revista é igualmente gratuita, não sendo cobradas, tampouco, taxas para a análise e publicação. A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas obedece aos termos da licença Creative Commons 3.0 (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/br/deed.pt), atribuição não comercial e sem derivações, em consonância com a legislação autoral brasileira, Lei 9.610/98.

Indexação: Assembleia de Minas; Latindex; Portal de Periódicos; Sumários.org; DOAJ; Diadorim; Blook.

Correspondência: Toda correspondência, incluindo artigos científicos a serem submetidos para avaliação, cartas aos editores, solicitação de cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada para revista@fdsm.edu.br. Endereço postal: Av. Dr. João Beraldo, 1075 - Centro - Pouso Alegre MG - CEP 37550-000 – Tel./Fax: (35) 3449-8106.

Normas para a submissão de artigos:
Disponíveis em: http://www.fdsm.edu.br/site/posgraduacao/diretrizes.php

Faculdade de Direito do Sul de Minas:
Diretor: Leonardo de Oliveira Rezende
Vice-Diretor: Rafael Tadeu Simões
Fundador: Evaristo Toledo
Coordenação Financeira: Luiz Otávio de Oliveira Rezende
Coordenação de Graduação: Elias Kallás Filho
Coordenação Científica e de Pós-Graduação: Rafael Lazzarotto Simioni

ISSN 1516-4551

REVISTA
da Faculdade de
DIREITO
do Sul de Minas

Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 35, n. 1: 1-487, jan./jun. 2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito – Pouso Alegre, MG, v. 35, n. 1 (jan./jun. 2019).

Semestral 2008
ISSN 1516-4551

Anual 1984-2007 – Resumo em Português e Inglês.

1. Direito – Periódicos. I Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação e Mestrado em Direito.

CDD 340.05

EDITORIAL

2019: CHEGAMOS AO SÉCULO XXI?

Aos desavisados, não foi na virada de 1999 para 2000 que iniciamos o século XXI; mas também decepcionamos aqueles que aguardavam revelações e grandes feitos no réveillon de 2000 para 2001. Assim como a maioridade civil e penal nos chega aos 18 anos e nada parece mudar no dia seguinte, o novo século se instalou e pareceu repetir aquilo que boa parte da geração viva conhecia do século passado.

Ainda que o ser humano teime em estabelecer ciclos antes mesmo de identificá-los, a história e o cotidiano não cedem aos nossos caprichos e vão desenhando os contornos sociais com a destreza e a paciência que nos faltam, sem preterir detalhes. Nessa tessitura, ao invés de nos adequarmos ao tempo, seguimos ansiosamente em busca dos fatores que poderão nos permitir afirmar coisas como "chegamos ao século XXI".

Como pesquisadora social, não fujo à regra, embora tenha (cons?)ciência dela e tento, nesse momento, ao invés de afirmar, questionar se é chegado o novo século.

O que me move nesse questionamento é observar, a partir do conjunto de textos desta edição e de outros conjuntos textuais em diferentes periódicos, o diálogo estreito entre as bases – vale dizer, os conceitos e discussões clássicas, como "princípio", "democracia", "constitucionalismo" – e as inovações, que, para Castanho[1],

> (...) é a ação de mudar. Alterar as coisas, pela introdução de algo novo. Não se deve confundi-la com invenção (criação de algo que não existia) ou com descoberta (ato de encontrar o que existia e não era conhecido). A inovação consiste na aplicação de conhecimentos já existentes (...).

Não se trata, portanto, de inventar teorias e interpretações, mas de observar o conjunto de conhecimentos e saberes que temos e buscar orquestrar e concertar outros arranjos para novos acordes que reverberem, inclusive, em acórdãos.

Parecemos estar em um momento intelectual e social que nos provoca a todo instante, questionando muitas de nossas certezas, apresentando diferentes

---

[1] CASTANHO, Maria Eugênia de Lima e Montes. Professores e inovações. In: CASTANHO, Sérgio; CASTANHO, Maria Eugênia de Lima e Montes (org.). *O que há de novo na educação superior*: do projeto pedagógico à prática transformadora. Campinas, SP: Papirus, 2000. p. 76 (Coleção Magistério Formação e Trabalho Pedagógico).

formas de lidar com velhos conhecidos, como a própria Constituição. Se são certos ou errados, não é a preocupação deste editorial, mas é certo que nos fazem pensar nesse sentido.

O contexto nos chama, então, a cuidar das bases, respeitando-as, percebendo os limites que apresentam, ainda que não gostemos muito deles. Convergir percepções científicas para avanços inovadores possíveis, que se distanciem da doxa, a fim de que não sejam confundidos com ela. A riqueza teórica plural desses encontros de conhecimentos e saberes é inenarrável, mas deve seguir algumas regras para manter-se científica.

É com esses pensamentos, nada claros, mas voltados à construção crítica e comprometida do conhecimento, em especial o jurídico, que os convido a ler nosso primeiro número de 2019. Que nossos autores possam instigá-los a novos e outros diálogos!

Profa. Dra. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis
FDSM e FE/Unicamp

SUMÁRIO / CONTENTS

Editorial ..... **III**

A interpretação *in malam partem* na execução penal de exceção **1**
The interpretation in malam partem *in the criminal enforcement of exception*
■ Klelia Canabrava Aleixo ■ Flávia Ávila Penido

A justiça política no Brasil contemporâneo: uma análise de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (2015-2017) à luz do caso de Weimar ... **21**
Political justice in contemporary Brazil: an analysis of Federal Supreme Court recent decisions (2015-2017) in the light of Weimar's case
■ Marcelo Barros Leal Victor ■ Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

A proteção processual do segurado: a tutela antecipada recursal na aposentadoria especial **47**
The procedural protection of the insured: the previous recursual protection in the special retirement
■ Luís Henríque Barbante Franzé ■ Mário Lúcio Garcez Calil
■ Larissa Fatima Russo Françoso

Ação comunicativa como paradigma de uma sociedade global inclusiva: o acolhimento de refugiados **59**
Communicative action as a paradigm of an inclusive global society: refugee reception
■ José Edmilson de Souza Lima ■ Roberto José Covaia Kosop

Aspectos históricos e funcionais da fundamentação judicial: da antiguidade às atuais democracias **81**
Historical and functional aspects of the judicial reasoning: from ancient times to current democracies
■ Antônio Rogério Lourencini ■ Gianluca de Almeida ■ Yvete Flávio da Costa

Aspectos relevantes da coisa julgada nas ações de família sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015 ..... **113**
Substantial aspects of the res judicata in family actions under the Civil Procedure Code of 2015
■ José Sebastião de Oliveira ■ Wilton Boigues Corbalan Tebar

British constitution and the role of cabinet in the uk legal system **143**
A constituição do Reino Unido e o papel do gabinete no sistema jurídico britânico
■ Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel

Cooperação no novo Código de Processo Civil e princípio jurídico da fraternidade..... 161
Cooperation in the new Civil Procedure Code and legal principle of fraternity
■ Yan Wagner Cápua da Silva Charlot ■ Carlos Augusto Alcântara Machado

Dados abertos governamentais e abertura democrática: o uso da tecnologia da informação na expansão da participação social 181
Open data and democratic opening: the use of information technology to expand social participation
■ Elias Jacob de Menezes Neto ■ Tiago José de Souza Lima Bezerra
■ Victoria Layze Silva Fausto

Do "concreto" ao "abstrato": a tendência de abstrativização do controle incidental de constitucionalidade no Brasil..... 211
A trend in brazilian constitutional law: the predominance of the abstract constitutional review over the concrete constitutional control
■ Moisés Coelho Castro ■ Daniel Damásio Borges

Incidente de resolução das demandas repetitivas: uma análise crítica à luz dos princípios constitucionais..... 235
Incident of demand resolution repetitive: a critical analysis from the optics constitutional principles
■ Sérgio Tibiriçá Amaral ■ Carolina Menck de Oliveira Cegarra
■ Bianca Thamiris Mizusaki

Laicidade e democracia: o abuso do poder religioso no processo eleitoral como ofensa aos postulados do estado democrático de direito..... 253
Laity and democracy: the abuse of religious power in the electoral process as an offense against the postulates of the democratic state of law
■ Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

Mediação, sensibilidade e cidadania: componentes estruturais de sustentabilidade comunitária 273
Mediation, sensitivity and citizenship: structural components of community sustainability
■ João Martins Bertaso ■ Alini Bueno dos Santos Taborda ■ Candice Nunes Bertaso

Negócios biojurídicos e seus limites..... 289
Biojuridic business and their limits
■ Juliana Carvalho Pavão ■ Paula Barbosa de Góis
■ Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a custódia da constituição . 317
The debate between hans kelsen and carl schmitt about constitution's custody
■ Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira ■ José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior

Os círculos restaurativos como instrumento de mediação dos conflitos nas escolas: a construção de uma nova cultura jurídica 335
The restaurant circles as a mediation instrument for conflicts in schools: a construction of a new legal culture
■ Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci ■ Claudia João Felício

Os fatores reais de poder como obstáculos ao acesso à educação de qualidade: análise a partir do atual cenário dos cursos jurídicos no Brasil 357
The real factors of power as obstacles to access to quality education: analysis from the current scenario of the legal courses in Brazil
■ Priscila Tinelli Pinheiro ■ Daury César Fabriz

Perícias técnicas, decisões jurídicas e gestão em sistemas setoriais no contexto dos novos direitos 381
Technical inspections, legal decisions and management in sectorial systems in the context of new rights
■ Leonel Severo Rocha ■ Rafael Lazzarotto Simioni

Reconhecimento e diferença na teoria ética de Axel Honneth: uma questão em forma de ensaio 403
Recognition and difference in Axel Honneth's ethical theory: an essay
■ João Maurício Martins de Abreu

Sentença arbitral: principais aspectos e motivos de invalidação 421
Arbitral sentence: main aspects and invalidation reasons
■ Fabiana Junqueira Tamaoki Neves ■ Stephanie Karoline Maioli Isogai

The "escola sem partido (non-partisan school)" movement standpoints 447
Os partidos da "escola sem partido"
■ Guilherme Perez Cabral

Uma década de Lei Arouca: temos algo a comemorar? 471
A decade of Arouca Law: do we have something to celebrate?
■ Taciana Damo Cervi ■ Jacson Roberto Cervi

A INTERPRETAÇÃO *IN MALAM PARTEM* NA EXECUÇÃO PENAL DE EXCEÇÃO

THE INTERPRETATION *IN MALAM PARTEM* IN THE CRIMINAL ENFORCEMENT OF EXCEPTION

Klelia Canabrava Aleixo*
Flávia Ávila Penido**

RESUMO

O presente texto apresenta o resultado de pesquisa que analisou as decisões tomadas por tribunais superiores em matéria de execução penal. Por meio da análise de algumas decisões, buscou-se comprovar que a suspensão da ordem jurídica, pelo Judiciário, em matéria de execução penal não é mera eventualidade. A hipótese que se confirmou é a tendência de se fazer prevalecer, dentre as possibilidades interpretativas, aquela menos favorável ao sentenciado, ao alvedrio da vedação à interpretação *in malam partem* decorrente do princípio da legalidade penal. Diante do que foi colhido, tornou-se possível afirmar o papel central que o Judiciário tem tido no agravamento do quadro de superlotação do sistema prisional brasileiro, na medida em que vem optando por interpretações que prolongam o encarceramento.

Palavras-chave: Execução penal; Interpretação *in malam partem*; Princípio da legalidade.

ABSTRACT

This paper presents the results of research that analyzed the decisions taken by higher courts on criminal enforcement. Through the analysis of some decisions, it is tried to prove that the suspension of the legal order, by the Judiciary, in matters of criminal enforcement is not mere eventuality. The hypothesis that has been confirmed is the tendency to make

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestra em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: kleliaaleixo@gmail.com.

** Professora assistente da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutoranda e mestra em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público. Advogada. E-mail: f.avilapenido@gmail.com.

prevail, among the interpretative possibilities, the one less favorable to the sentenced, to the despite of the fence to the interpretation *in malam partem* from the principle of criminal legality. In the light of what was collected, it became possible to affirm the central role that the Judiciary has had in aggravating the serious picture of overcrowding in the Brazilian prison system, since it has opted for interpretations that prolong the incarceration.

Keywords: Criminal enforcement; Interpretation *in malam partem*; Principle of legality.

INTRODUÇÃO

O presente texto visa apresentar o resultado da primeira pesquisa desenvolvida pelo *"Centro de Pesquisa e Extensão em Execução Penal"* (CEPEX), instituído no primeiro semestre do ano de 2017, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Pró-Reitoria de Extensão da PUC Minas.

O objeto da pesquisa foi as decisões tomadas no âmbito dos tribunais superiores desde o ano de 2010 em matéria de execução penal, que, pelo procedimento jurídico interpretativo, fizeram prevalecer a interpretação menos favorável ao sentenciado, inobstante a vedação à interpretação *in malam partem* decorrente do princípio da legalidade penal.

A violação a um dos princípios mais importantes do Direito caracteriza o que Agamben denominou estado de exceção. Este é verificado quando a lei é suspensa pelo soberano, criando um espaço de indiferença em relação a determinados indivíduos que, excluídos da condição de homens, são incluídos na esfera da vida nua.

Por meio de exemplificação de diversas decisões em que o judiciário lançou mão da interpretação *in malam partem*, busca-se comprovar que a suspensão da legalidade configura o estado de exceção, que não é mera eventualidade. Considerando a perenização da situação de exceção, sobrevém a figura do *campo*, plenamente aplicável à esfera da execução penal, conforme explicitado no primeiro tópico.

A identificação dos espaços de exceção torna visível o papel central que o Judiciário tem tido no agravamento do quadro de superlotação do sistema prisional brasileiro, na medida em que vem optando por interpretações que prolongam o encarceramento. O papel desempenhado pelo judiciário na configuração do *campo* de exceção da execução penal será analisado a partir do segundo tópico.

Nas situações apresentadas no terceiro tópico, verificar-se-á que bastaria que o procedimento interpretativo fosse alinhado à legalidade para que as decisões fossem favoráveis ao *status libertatis* da pessoa presa e garantido seu direito fundamental.

No entanto, a partir dos posicionamentos jurisprudenciais analisados por meio do procedimento metodológico-dedutivo, buscar-se-á demonstrar que a

interpretação *in malam partem* tem prevalecido e configurado a execução penal como *campo* de exceção que afirma a condição de *homo sacer* do preso.

A EXECUÇÃO PENAL COMO *CAMPO* DE EXCEÇÃO

Na contemporaneidade, dada a perenização da suspensão dos direitos do preso no *campo* prisional, é possível afirmar que a política prisional e a execução penal passaram a ser espaços preferenciais de exceção.

A execução penal tem configurado um *campo* de exceção, no qual emergem regras e entendimentos de violação e suspensão de direitos que reforçam a condição de *homo sacer* do preso como sendo aquele que não é lícito sacrificar, mas que pode ser considerado matável e que está fora do sistema legal de proteção. Verifica-se, pois, o desmonte do arcabouço jurídico previsto em lei e em documentos nacionais e internacionais acerca dos direitos do preso e a cotidiana afirmação da sua condição de *homo sacer*.

Agamben sinaliza que, hoje, a única forma de legitimação do poder tem sido a emergência, à qual se faz apelo ao mesmo tempo em que se trabalha secretamente para produzi-la.[1] Nesse contexto, o soberano decide sobre a suspensão da lei e instala o estado de exceção, e, ao fazê-lo, cria um espaço de indiferença sobre uma esfera da vida denominada vida nua.

Segundo o autor, o poder político sempre se funda na separação de uma esfera da vida nua no contexto das formas de vida, ao distinguir o povo, vida nua, do Povo com existência política. Exclusão e inclusão. Um mesmo termo nomeando a classe que está excluída da política e o sujeito político, na perpetuação do estado de exceção, que passa a ser a regra (AGAMBEN, 2015, p. 14-16 e 35-37).

Na relação de exceção, há uma esfera do agir humano em que atua a decisão soberana que suspende a lei no estado de exceção e, assim, implica no homem a vida nua. A vida nua é a identificação, no *homo sacer,* de uma esfera de vida exposta à morte que vai colocá-lo numa condição de matável. Cria-se uma esfera soberana na qual se pode matar sem cometer homicídio (AGAMBEN, 2014, p. 84-85).

Agamben (2015, p. 42-43) denomina *campo* "o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a se tornar a regra [...]. É a estrutura na qual o estado de exceção, sobre cuja decisão possível se funda o poder soberano, é realizado de modo estável". Por ser um espaço de exceção, no qual a lei é integralmente suspendida, nele tudo é possível. Considerando a permanência do estado de exceção, o poder tem, diante de si, a vida biológica despida da condição de sujeito

---

[1] O autor questiona: "Como não pensar que um sistema que pode agora funcionar apenas na base de uma emergência não esteja, do mesmo modo interessado em mantê-la a qualquer preço?" (AGAMBEN, 2015, p. 16).

político, reduzida à vida nua. Dada a aparência de normalidade, pode-se perfeitamente confundir o *homo sacer* com o cidadão (AGAMBEN, 2015, p. 43-44).

Ressalta-se que o questionamento mais importante não reside na objeção aos horrores cometidos nos *campos*, mas na indagação sobre "através de quais procedimentos jurídicos e de quais dispositivos políticos os seres humanos puderam ser tão integralmente privados de seus direitos e de suas prerrogativas, até que cometer nos seus confrontos qualquer ato não parecesse mais como um delito" (AGAMBEN, 2015, p. 44).

No *campo* da execução penal, a resposta passa, em alguma medida, pela *reificação* das pessoas presas, com a sua "inferiorização cívica" a partir da assunção, pelo Estado, de uma posição de supremacia especial, à qual é correlata a posição de sujeição especial de determinadas categorias de pessoas, incluídas as presas. Esta ideologia da *relação especial de sujeição*, presente desde o final do século XIX, ainda persiste, justificando, ao menos na *práxis* prisional, a "possibilidade de inobservância de direitos fundamentais e da flexibilização do princípio da legalidade com a permissão de trânsito em um campo inteiramente alheio ao direito, não valorado juridicamente" (ROIG, 2017, p. 51-54).

Esta *relação especial de sujeição* a justificar a suspensão da ordem jurídica (estado de exceção) serve de embasamento teórico-jurídico a reforçar a condição de *homo sacer* do indivíduo preso. A permanência da suspensão e violação de direitos no âmbito da execução penal denota a condição de *campo* em que não se questiona a ilegalidade dos atos praticados, já que o estado de exceção é convertido em regra, condição permanente e inerente àquele espaço.

Conforme explicitado por Agamben, afirma-se que a violação de direitos que estaria fora do ordenamento jurídico por compor o estado de exceção (com a suspensão da ordem jurídica) é por ele cooptada na medida em que, configurado o *campo*, o estado de exceção passa a ser realizado de modo estável e, portanto, incluído por meio de sua própria exclusão (AGAMBEN, 2015, p. 43).

Nesse processo de cooptação, o Judiciário tem desempenhado um papel central, na medida em que tem contribuído de maneira decisiva na consolidação de um estado de autorizado desrespeito aos direitos das pessoas presas que prevalece no *campo* da execução penal.

DO PAPEL DESEMPENHADO PELO JUDICIÁRIO NA CONFIGURAÇÃO DO *CAMPO* DE EXCEÇÃO

Dentre os procedimentos jurídicos empregados pelos quais as pessoas presas são privadas de direitos, destaca-se o interpretativo. Não obstante a lição basilar que norteia a aplicação do Direito orientada pelo Princípio da Legalidade, nas situações que serão analisadas no presente capítulo verificar-se-á que, dentre as opções interpretativas possíveis, vem prevalecendo, no âmbito dos tribunais

superiores, interpretações desfavoráveis ao sentenciado que culminam na adoção de posicionamento mais gravoso ao seu *status libertatis*.

Com isso, prolonga-se o encarceramento a partir de falsas justificativas jurídicas, contribuindo para a manutenção da superlotação das unidades prisionais, em nome do combate à impunidade e da salvaguarda da segurança pública.

Inobstante tenha declarado, no julgamento da ADPF n. 347, o *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro, o Judiciário vem tomando decisões que privilegiam o encarceramento, em detrimento de medidas voltadas a diminuir ou fazer cessar o período de submissão da pessoa presa às condições degradantes do sistema prisional.

Considera-se que o Judiciário tem desempenhado papel medular, que, com suas maneiras de pensar e atuar, consolidam um estado de autorizado menoscabo dos direitos básicos das pessoas presas no país. Por tal razão, Tavares ressalta que:

> A magistratura brasileira não é simples coadjuvante no processo de sistemática violação aos direitos fundamentais dos presos, senão seu elemento propulsor à medida que contribui ativamente para um projeto de ampla encarcerização – acionando voluntariamente a ordem jurídica vigente para estender, por via interpretativa, a aplicação de penas privativas de liberdade e de prisões cautelares – ao mesmo tempo em que consente, ainda que por omissão, a ofensa, por parte do Estado, aos direitos mais básicos dos presos (TAVARES, 2015, p. 19).

No âmbito da execução penal, a utilização da interpretação em prejuízo das pessoas condenadas tem sido lugar comum, conforme será demonstrado no tópico seguinte. Este fenômeno denota que, a cada situação em que se interpreta a lei de forma mais gravosa ao *status libertatis* do sentenciado, opera-se a suspensão da própria lei, na medida em que é violada a regra da legalidade.

A perenização da violação da legalidade, operada, inclusive, pelos tribunais superiores, mostra-se a serviço da configuração do *campo* da execução penal enquanto espaço de exceção permanente, realizado de modo estável.

Dado o prolongamento da condição de exceção, passa-se a ver a violação dos direitos da pessoa privada de liberdade com lentes de normalidade, tornando o preso um não sujeito.

No lugar da ordem jurídica que é suspensa por meio da violação do princípio da legalidade, insere-se o órgão jurisdicional como *auctoritas* apta a preencher o sentido que se quer dar à lei. Mas, se, ao interpretar, o judiciário reafirma a exceção com violação à legalidade, torna-se o soberano que decide pela "sacerização" do preso.

O próprio reconhecimento do *estado de coisas inconstitucional* do sistema carcerário brasileiro, sem a imediata soltura daqueles submetidos às inconstitucionalidades, indica o desprezo pela não vida (vida nua) da pessoa presa, na medida em que a exceção se torna a regra na execução penal.

DA INTERPRETAÇÃO *IN MALAM PARTEM* NA EXECUÇÃO PENAL

A interpretação que ultrapassa o previsto em lei e prejudica o condenado vem sendo realizada com frequência no âmbito da execução penal, o que nos permite verificar que o Princípio da Legalidade não tem cumprido as funções sistemática, hermenêutica e de garantia que lhes são assinaladas pelo pensamento dogmático, em razão de sua condição retórica de sentido. Tal condição é calcada na verossimilhança, que determina o aceitável, o que é apenas retoricamente verossímil (CUNHA, 1979, p. 115 e 117).

A condição retórica de sentido reside no fato de que:

> [...] ao tempo em que coloca o **princípio da reserva legal** como garantia de uma interpretação democrática (pressuposto do embuste), dele simultaneamente se utiliza para, **por lei,** dispensar a existência de **lei** nas hipóteses em que não haja normas escritas específicas à compulsória resolução judicial dos conflitos (LEAL, 2014, p. 247, grifo do original).

Como exemplo, observa-se a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942, com redação dada pela Lei n. 12.376, de 2010)[2], que, em seu artigo 4º, permite que o juiz decida de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, e, em seu artigo 5º, determina que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Incorporado ao contexto penal, permite-se que, em detrimento da legalidade, no momento da aplicação da lei, o julgador se coloque na posição de mediador dos anseios sociais e passe então a manejá-la segundo o seu senso de justiça, que acaba por culminar na violação de direitos dos sentenciados.

---

[2] Importante registrar que o Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), teve origem na Ditadura Vargas, sendo reafirmado no Código Civil de 2002, quando já em vigor a Constituição de 1988. Em 2010, o Decreto-lei foi substituído pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que preservou, em seu conteúdo, a integralidade do que já havia sido reafirmado pelo Decreto ditatorial. Verifica-se, então, que esta lei é resultado de uma metamorfose do Decreto da ditadura Vargas, que perpetuou no sistema jurídico brasileiro um fulcro aberto a admitir a decisão com base em códigos não jurídicos. É sintomática a insistência de ser manter no bojo do nosso ordenamento jurídico, mesmo após a promulgação da Constituição dita democrática, um texto com viés antidemocrático a partir da transmutação do Decreto-lei na LINDB. Isso como se fosse adequada à nova ordem constitucional uma lei cujo conteúdo foi estrategicamente elaborado em um regime ditatorial.

Conforme esclarecido por Eduardo Couture, a interpretação é um ato de vontade, e uma decisão política que pressupõe, ainda que inconscientemente, que o intérprete tome partido por uma concepção do Direito e, portanto, do mundo e da vida. Dado que "o raciocínio e a intuição pertencem a um determinado homem e, por isso, estão prenhes de subjetivismo, todo intérprete é, embora não o queira, um filósofo e um político da lei". Assim, considerando a complexidade natural do ato interpretativo, "embora pretenda o intérprete ser, absolutamente, neutro, não pode sê-lo", visto que sua operação é um ato vital que, como tal, está carregado, inconscientemente, de volições (COUTURE, 1994, p. 9-11).

Portanto, a interpretação não é livre, senão pautada pelas valorações subjetivas do intérprete, que vai atribuir o sentido normativo segundo o reconhecimento ideológico que fizer da leitura do dispositivo legal e dos dados do caso concreto.

O perigo reside no ato de equacionar a interpretação quando o princípio da legalidade é deslocado, por uma jurisdicional plasticidade (LEAL, 2008, p. 297), para uma dimensão em que o órgão jurisdicional se coloca como tutor do bem-estar social, a corrigir a lei em busca de fins nobres. A partir desta postura, o destino das pessoas privadas de liberdade é submetido a uma racionalidade justificante das decisões não mais a partir da lei, mas extraída de um suposto desejo unívoco de justiça e paz social, emanados do corpo social, que suplanta a própria legalidade.

Faz-se necessário observar que os ideais de justiça e paz social exercem uma função de estruturas estratégicas historicamente implantadas na consciência cultural de forma a difundir a convicção de uma moral (substratos de valores de retidão universal) supostamente inerente à natureza humana a ser captada pela sensibilidade do julgador (LEAL, 2010, p. 140).

Nas situações que serão apresentadas a seguir, será evidenciado que, seja na interpretação da Constituição como na interpretação da Lei de Execução Penal, os órgãos jurisdicionais vêm optando pela interpretação mais gravosa ao *status libertatis* do condenado, conformando o *campo* da exceção na execução penal e estimulando o contínuo processo de encarceramento em curso no país. O que se quer demonstrar é que bastaria a observância da regra da legalidade, com vedação à interpretação *in malam partem*, para que fossem tomadas decisões em sentido contrário.

Da exigência do exame criminológico

Em se tratando de jurisprudências em prejuízo aos apenados, há que se mencionar o restabelecimento da possibilidade de determinar a realização de exame criminológico como requisito subjetivo complementar à concessão da progressão de regime.

O exame criminológico estava previsto na redação original do parágrafo único do art. 112 da LEP, que previa a possibilidade de sua realização de forma facultativa, ao afirmar que "a decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, **quando necessário**" (grifo nosso). Em 2003, a Lei n. 10.792, do mesmo ano, alterou o artigo 112 da LEP, de maneira a exigir como requisito para a progressão de regime apenas o lapso temporal e o atestado de bom comportamento carcerário, elaborado pelo diretor do estabelecimento prisional, excluindo, pois, a previsão expressa da possibilidade de requerimento do exame criminológico. Esta é a previsão atual do artigo 112 da LEP e seu parágrafo único.

Ocorre que, mesmo diante da alteração legislativa que suprimiu o exame criminológico como requisito para a concessão da progressão de regime, o entendimento majoritário que se firmou nos tribunais superiores é que, se o magistrado entender necessário, diante do caso concreto, pode determinar a sua realização. É o que preveem a súmula vinculante número 26 do STF e a súmula 439 do STJ.

Para não escapar ao tema aqui proposto e, portanto, sem adentrar nos questionáveis fins e forma do exame, tampouco problematizando a impropriedade de seu objeto, analisar-se-á tão somente o impacto de tal atividade jurisdicional no cenário carcerário.

Fazendo coro ao ministro Marco Aurélio, único a questionar o trecho da súmula que dizia respeito ao restabelecimento da exigência do exame, afirma-se que a sua aprovação corresponderia à reintrodução de uma exigência prejudicial ao réu. Afirmou o ministro que:

> Esse texto foi expungido, ou seja, tendo em conta a realidade brasileira, [...] esse exame já se mostrava senão inócuo – quanto ao conteúdo de duvidosa propriedade –, inviável, porque oitenta mil presos aguardavam, havendo alcançado tempos para a progressão, o famigerado exame. Recordo, a imprensa veiculou a existência de trabalho visando, justamente, a dar àqueles que estão sob custódia do Estado tratamento digno, tratamento previsto na própria Constituição (BRASIL, 2010c, p. 8-9).

É de se observar que o ministro ressaltou, para além do ativismo de se restabelecer um requisito derrogado pela lei, o prejuízo causado pela demora na realização do exame, que prolonga ainda mais o encarceramento, já que os apenados são mantidos em regime mais rigoroso, esperando a ocasião de se submeter ao exame. Ao menos se houvesse acompanhamento contínuo do cumprimento da pena, os laudos estariam disponíveis para apreciação no exato momento em que eles implementassem o requisito objetivo para a concessão do benefício.

Ao contrário, o que se vê é que somente após o implemento do requisito objetivo é que se passa a investigar o implemento do requisito subjetivo, fazendo com que o apenado suporte longa espera para a realização da perícia.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), a partir do parecer elaborado por Valdirene Daufemback, destacou que a morosidade na realização do exame causa a descrença nas instituições públicas e a superlotação das unidades prisionais. Fazendo referência à legislação em sua redação original, quando o requisito era expressamente previsto em lei de maneira facultativa, afirmou que a "realização compulsória do exame criminológico, além de indevida, foi no passado a principal causa do atraso na concessão dos benefícios de progressão de regime, livramento condicional, comutação de pena e indulto" (DAUFEMBACK, 2008, p. 17).

Disso, verifica-se que o judiciário criou um requisito prejudicial ao apenado, ao alvedrio da atividade legislativa que modificou o texto da LEP para a supressão do exame.

Da exigência do cumprimento de 3/5 da pena pelo condenado reincidente

Com a publicação da Lei dos Crimes Hediondos, em 1990, e posterior alteração da sua redação pela Lei 11.464/2007[3], o requisito objetivo necessário à concessão da progressão de regime aumentou. Segundo a redação do parágrafo único do art. 2º da Lei 8.072/90: "a progressão de regime, **no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo**, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente" (BRASIL, 1990, grifo nosso).

A lei não especifica se a fração de 3/5 (três quintos), mais gravosa, aplica-se a reincidentes em crimes hediondos ou equiparados, ou a qualquer reincidente, ainda que o crime anterior não seja dessa natureza.

Considerando que a interpretação traz significativo impacto no cumprimento da pena, entende-se que o intérprete da norma deve se valer de um processo hermenêutico sistemático que perpasse pelos princípios que regem o Estado Democrático de Direito, evitando que a interpretação se dê *in malam partem*.

Em uma primeira empreitada hermenêutica, pautada em critério lógico-sistemático e amparada pelo princípio da especialidade, verifica-se que a reincidência, à qual se refere o § 2º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, é a

---

[3] Esta alteração legislativa teve origem no projeto de lei (PL) 6.793/2006, de autoria do Executivo (AV 270/2006), representado pelo então Ministro da Justiça Marcio Thomaz Bastos (BASTOS, 1990), com redação final correspondente ao texto substitutivo apresentado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), assinado pelo deputado José Eduardo Cardozo (CARDOZO, 2007). Na justificativa do Projeto, o Ministro explicou que seu objetivo era estabelecer uma forma mais rigorosa de progressão de regime prisional para os condenados por crimes considerados hediondos ou a eles equiparados, diferenciando-os dos crimes comuns (BRASIL, 2006).

específica. Isso porque o agravamento do requisito se deu por meio de legislação que alterou o texto da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), de forma que só pode aplicar-se a crimes desta natureza. Reconhece-se que a referida lei criou um sistema punitivo com regras especiais que regulamentam o disposto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Tais regras vão desde a identificação dos tipos penais considerados hediondos ou equiparados, passando pelo agravamento das penas até alcançar regras específicas do cumprimento de pena daqueles condenados por crimes desta natureza. Trata-se, pois, de lei especial voltada a este tipo específico de crime.

Na justificativa do projeto de lei que deu origem à alteração legislativa que instituiu o requisito mais grave, afirma-se que o objetivo é "estabelecer uma forma mais rigorosa de progressão de regime prisional para os condenados por crimes considerados hediondos ou a eles equiparados, diferenciando-os dos crimes comuns", como forma de responder "à necessidade de estabelecer tratamento mais severo para os crimes definidos como hediondos ou a eles equiparados" (BASTOS, 2006, p. 2). Observa-se que a justificativa do projeto remete a um tratamento mais rigoroso aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, de forma que o agravamento do requisito objetivo necessário para a concessão da progressão de regime deve alcançar os reincidentes em crimes que tenham tais características fundamentais.

Entender o contrário é, ante a omissão da lei, ampliar a restrição ao direito fundamental de liberdade sem amparo legal, pautando-se tão somente na interpretação *in malam partem*, em ofensa à hermenêutica basilar.

No entanto, segundo o entendimento jurisprudencial que se firmou, exige-se a fração de 3/5 (três quintos) do cumprimento da pena pelo condenado reincidente como requisito objetivo para a concessão da progressão de regime, a incidir sobre todas as condenações, ainda que o crime anterior não seja hediondo ou equiparado.

No STJ, reiteradas decisões dão conta de que "esta Corte firmou o entendimento de que o legislador, ao dar nova redação ao art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, não fez qualquer menção à necessidade de a reincidência ser específica em crime hediondo ou equiparado" (BRASIL, 2014b).

A 5ª turma do STJ também segue o mesmo entendimento:

> O legislador, ao impor a fração de 3/5 de pena cumprida aos reincidentes, para fins de obtenção da progressão de regime, não distinguiu as modalidades de reincidência, tendo apenas exigido a condição de primário àqueles agentes condenados pela prática de delito hediondo, para que o lapso temporal utilizado para o cálculo da concessão do benefício fosse o de 2/5 (BRASIL, 2012b).

Salta aos olhos a confissão de que a lei não distinguiu as espécies de reincidência para fins de aplicação da fração de 3/5, o que ensejaria uma interpretação mais favorável ao sentenciado. Não obstante, ciente da omissão legislativa, em uma hermenêutica às avessas, optou-se por interpretar pela reincidência genérica, aplicando a fração mais onerosa ao condenado, ainda que o crime anterior não seja hediondo.

O entendimento firmado pelo STJ é o que vem orientando a interpretação do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, nas instâncias inferiores.

Da interrupção do prazo para concessão de benefícios em razão da prática de falta grave

Há também o entendimento segundo o qual a prática de falta grave interrompe o prazo para concessão de benefícios. Igualmente, não há amparo legal para este entendimento, sendo ele uma criação jurisprudencial de um efeito prejudicial ao condenado, que prolongará seu encarceramento, sedimentada na súmula 534 do STJ, com aplicação rotineira nas instâncias ordinárias.

Não se questionam as hipóteses em que a falta grave acarreta a regressão de regime, ou quando esta falta consiste na fuga. Na primeira hipótese, porque o artigo 112 da LEP prevê que a progressão de regime será concedida ao preso que cumprir 1/6 da pena *no regime anterior*. Logo, se houve regressão de regime em razão da prática da falta grave (art. 118, I, LEP), será preciso o cumprimento de 1/6 da pena naquele regime mais grave para a obtenção de nova progressão. De outro lado, se a falta grave consiste na fuga, é razoável o reinício da contagem do período aquisitivo, uma vez que nesta hipótese houve a interrupção do cumprimento da pena.

O que se discute é a interrupção do período aquisitivo, com reinício da contagem do prazo para concessão de benefícios, na hipótese em que não houve a regressão de regime. Poder-se-ia, equivocadamente, entender que o art. 127 autorizaria a interrupção a partir da seguinte redação: "Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar". No entanto, o dispositivo legal trata especificamente da remição, estando, inclusive, inserto na seção IV da LEP intitulada "Da remição". Dessa forma, não há como sustentar que o recomeço da contagem de que trata o artigo refere-se à contagem do prazo para benefícios, mas tão somente à contagem da remição.

A matéria tinha tratamento divergente no STJ, e, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.176.486, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, considerando que a prática de falta grave acarreta a interrupção do prazo para concessão da progressão de regime. Na ementa, declarou-se que "se assim não fosse, ao custodiado em regime

fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução"[4] (BRASIL, 2012a).

Acompanhando o relator, o desembargador convocado Vasco Della Giustina argumentou que:

> [...] entender que a prática de falta grave no regime fechado não interrompe o lapso aquisitivo para a obtenção da progressão de regime, a meu ver, conferiria ao reeducando bônus perante a execução penal, já que a prática de falta grave não lhe acrescentaria maiores repercussões, pois as demais sanções advindas da insubmissão administrativa soar-lhe-iam brandas, ante a dispensabilidade de novo resgate de pena, o que, para muitos, seria um estímulo ao cometimento de infrações. Outrossim, assentir com a preposição de que a prática de infração disciplinar não constitui novo marco para a evolução prisional, quando cometida por reclusos que se encontram no sistema fechado, no meu entender, violaria o princípio da igualdade, já que o custodiado que cumpre pena no regime intermediário, ao ser punido por falta grave, deverá regredir ao regime fechado e nele cumprir o prazo necessário para a progressão, circunstância que não se exigirá do infrator, que já se encontra no modo mais gravoso (BRASIL, 2012a).

Discordando do relator, com voto bastante elucidativo, a ministra Maria Thereza de Assis Moura faz menção ao disposto no art. 57, parágrafo único, da LEP, segundo o qual: "nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos II a V do art. 53 desta Lei", quais sejam "a suspensão ou restrição de direitos; o isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo; a inclusão no regime disciplinar diferenciado". Denota-se que não há previsão legal de nenhuma forma de interrupção (BRASIL, 2012a).

Apropriando-se da mesma fundamentação, é possível verificar que, ao contrário do que argumentou o relator, aquele que pratica falta grave tem as punições previstas no art. 53, sem falar que o registro da falta constará em seu atestado carcerário, impedindo a imediata concessão de qualquer benefício por ausência de requisito subjetivo, até que haja a reabilitação. Assim, não se poderia vincular um requisito subjetivo ao requisito temporal, que é objetivo.

Quanto à interpretação que se faz do art. 127, que trata da remição, a ministra bem esclareceu que:

> (...) o fato do cometimento de falta grave implicar a perda do tempo remido não autoriza a conclusão, em verdadeira aplicação analógica em

---

[4] No mesmo sentido: STF. Primeira Turma. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Habeas Corpus 85.141/SP, j. 5 abr. 2005, *DJU* 12 jun. 2006.

> *malam partem*, de que uma vez praticada falta grave a contagem do lapso deva ser interrompida para fins de progressão. Uma coisa é afirmar que o trabalho não poderá ser computado como efetivo cumprimento da pena em virtude da prática de falta grave. Outra, diversa, é desconsiderar o cumprimento do lapso exigido pela lei para a progressão de regime em razão da falta (BRASIL, 2012a).

Por fim, a ministra lembra que a lei não faz previsão neste sentido – e não poderia "porque tal previsão fugiria totalmente ao espírito da lei, que é o da reintegração harmônica do condenado na sociedade, de forma paulatina, progredindo do regime mais rigoroso para o menos rígido, após o cumprimento do tempo exigido e dos requisitos subjetivos, dentre os quais a boa conduta" (BRASIL, 2012a).

Desta forma, torna-se evidente que se trata de interpretação *in malam partem* que, por afronta ao princípio da legalidade, não deve prevalecer. No entanto, este não foi o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça.

Do cumprimento de metade da pena para concessão do livramento condicional aos condenados reincidentes

O art. 83, II, do CP indica a necessidade de cumprimento de metade da pena para a concessão do livramento condicional na hipótese de condenado reincidente em crime doloso. Aos primários condenados por crimes não hediondos, esse requisito é reduzido para 1/3.

O que se tem visto na prática é que, com a unificação de condenações, sendo constatada a reincidência, tem sido aplicada a fração de metade da pena para o primeiro e o segundo delito. Neste sentido, manifestou-se o STJ, afirmando que "o tema posto em juízo já foi reiteradamente enfrentado por esta Corte" (BRASIL, 2017b):

> Uma vez reconhecida a reincidência, o apenado passa a ostentar tal condição, o que gera efeitos, de imediato, no cálculo dos futuros benefícios da execução criminal, inclusive quanto à incidência da fração de 1/2 para a concessão do livramento condicional (art. 83, II, do CP), não havendo falar na aplicação concomitante do patamar de 1/3 para a execução de pena aplicada ao tempo em que era primário e de 1/2 para as demais execuções. 4. *Habeas corpus* não conhecido (BRASIL, 2016).

Desconsidera-se que, em relação ao primeiro delito, o condenado era primário, de forma que, somente a partir da segunda condenação, é que se pode falar em reincidência, de forma que o requisito objetivo deve ser orientado pela condição que foi reconhecida por sentença, distinguindo as frações do crime praticado quando primário e quando reincidente.

Rodrigo Roig argumenta que o direito penal deve orientar-se a fatos e não a pessoas, de forma que o tratamento penal dispensado ao primeiro crime deve permanecer também durante a execução da pena. Isso, sob pena de ofensa à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), com a atribuição de "efeitos da subsequente condenação atingindo a primeira, já juridicamente consolidada". Ademais, acarretaria dupla punição em razão do mesmo fato: a reincidência que já foi responsável por majorar a pena na segunda condenação, também serviria para um acréscimo na fração para o livramento condicional (ROIG, 2017, p. 437).

Dessa forma, o que se defende é que a determinação do requisito objetivo necessário para concessão do livramento condicional seja orientada pela condição reconhecida na sentença: reincidência ou primariedade. Evita-se, com isso, que seja exigido o cumprimento de metade da pena em relação a todas as condenações, sem distinguir a condição do sentenciado em cada uma delas.

DA RECONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Na prática judiciária, é frequente a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade quando, ocorrendo a unificação, o novo regime de cumprimento de pena mostra-se incompatível com o cumprimento simultâneo de ambas.

Os tribunais têm promovido uma interpretação extensiva dos artigos 44, § 5º, do Código Penal, e 181, § 1º, da Lei de Execução Penal, para converter a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade na hipótese em que o sentenciado estiver cumprindo outra pena privativa de liberdade, sob o argumento de que a reconversão é necessária, pois há incompatibilidade entre a pena restritiva e a privativa. Nesse sentido, exemplifica-se o entendimento sedimentado no STJ com o seguinte excerto:

> Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a conversão poderá ocorrer quando houver incompatibilidade na execução da pena restritiva de direitos com a privativa de liberdade (art. 181, § 1º, alínea "e", da LEP e art. 44, § 5º, do Código Penal). 3. No caso concreto, o ora paciente cumpria pena privativa de liberdade (reclusão). Durante o cumprimento da reprimenda sofreu nova condenação à pena privativa de liberdade em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, razão pela qual o Juízo da Vara de Execuções Criminais converteu as penas restritivas em privativa de liberdade, em consonância com a legislação de regência da matéria (BRASIL, 2017c).

Não obstante o posicionamento firmado, defende-se que ambas as previsões legais (artigos 44, § 5º, do CP, e 181, § 1º, da LEP) somente se aplicam se, no curso da execução da pena restritiva de direitos, sobrevém condenação à pena

privativa de liberdade. Trata-se de hipótese em que a pena restritiva de direitos está sendo executada quando o sentenciado sofre nova condenação à pena privativa de liberdade. O artigo 44, § 5º, do Código Penal fala em "superveniência de condenação", e o artigo 181, § 1º, da Lei de Execução Penal trata da hipótese em que o sentenciado venha a "sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa".

Dito isso, afirma-se que a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade só será possível se a condenação pela prática de outro crime, a pena privativa de liberdade, for posterior à condenação ao cumprimento da pena restritiva, e que o sentenciado esteja cumprindo a pena restritiva de direitos quando da prática do crime que acarrete condenação à pena privativa de liberdade, hipótese em que terá descumprido as condições da pena restritiva que justifiquem sua reconversão em pena privativa de liberdade.

Afora tal hipótese, deve prevalecer o disposto no art. 76 do Código Penal, segundo o qual, no concurso de crimes, deve-se executar primeiro a pena mais grave, e, quando estiver em um regime compatível, ou terminada a pena privativa de liberdade, será iniciado o cumprimento da pena restritiva de direitos.

Portanto, o mesmo argumento em que se funda a reconversão serve para impedi-la. Se a privação da liberdade é incompatível com o cumprimento da pena restritiva de direitos, deve ser suspensa a execução da pena restritiva até que seja possível seu cumprimento, em vez de reconvertê-la em pena privativa de liberdade utilizando-se do argumento da incompatibilidade das penas. O entendimento contrário afasta-se do expressamente previsto em lei para, por meio de uma interpretação extensiva, prejudicar o condenado.

Da execução antecipada da pena

Em 1992, no julgamento do Habeas Corpus n. 69.964/RJ, publicado em julho de 1993 (BRASIL, 1993), ficou sedimentado o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da legitimidade da execução antecipada da pena.

O posicionamento foi invertido para, no Habeas Corpus n. 84.078/MG (BRASIL, 2010a), de relatoria do então ministro Eros Grau, firmar-se o entendimento de que haveria incompatibilidade entre a garantia constitucionalmente assegurada da presunção de inocência e a execução provisória de sentença penal condenatória. A partir de então, somente se justificaria a execução provisória para garantir a progressão de regime de cumprimento de pena quando o sentenciado estivesse respondendo ao processo preso, mas já por tempo suficiente à concessão da progressão, conforme a súmula 716 do STF.

Contrariando seus próprios fundamentos, o STF decidiu, por maioria, no julgamento do Habeas corpus n. 126.292/SP (BRASIL, 2017a), que a execução provisória da pena após o julgamento pela segunda instância não ofende o

princípio constitucional da presunção de inocência. Na ementa, afirmou-se que a "execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (BRASIL, 2017a).

Para além de se discutir os fundamentos que subsidiaram a decisão, o que se quer demonstrar é que a mais alta corte judiciária do país despendeu considerável esforço argumentativo para contrariar o que está expressamente previsto na Constituição da República.

A ministra Rosa Weber, voto vencido no julgamento em questão, fez referência ao Habeas corpus n. 69.964/RJ, julgado pelo órgão pleno em 1992, mencionando o voto do ministro Marco Aurélio, também vencido no mesmo julgamento, no qual afirmou que "mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição. (...) anoto a circunstância de o vocábulo "antecipada", inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada" (BRASIL, 2017a, p. 56).

Reafirmando o posicionamento anterior, no julgamento mais recente, o ministro Marco Aurélio foi taxativo ao afirmar que a interpretação é um ato de vontade, porém vinculado ao direito positivo. E o caso em apreço versa sobre uma garantia constitucional que expressamente prevê que "ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória", previsão que, segundo o ministro, não permite interpretações.

Nesse sentido, observa que:

> [...] há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção (BRASIL, 2017a, p. 77-78).

Verifica-se que, decidindo *in malam partem*, o STF considerou que não fere o princípio da presunção de inocência a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Mesmo diante de texto expresso na Constituição, incluso no rol das cláusulas pétreas, o tribunal supremo empreendeu grande esforço interpretativo para dar novo sentido ao que sequer demandava interpretação.

Em grande medida, referido posicionamento permitirá a decretação da prisão após o julgamento em segunda instância, tornando regra a prisão processual – uma vez que anterior ao trânsito em julgado –, sem que seja necessário demonstrar a presença, em concreto, dos elementos que evidenciam situação de cautelaridade a justificar a prisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas situações apresentadas, de forma exemplificativa, evidenciou-se que, dentre as interpretações possíveis, optou-se por aquela prejudicial ao *status libertatis* da pessoa presa. Houve um afastamento da regra hermenêutica basilar, segundo a qual a interpretação, em matéria penal, não pode se dar *in malam partem*.

A partir dos posicionamentos expostos, verifica-se que o Judiciário tem ocupado papel central na política de encarceramento em curso no país. Nas hipóteses trazidas, verifica-se que bastaria a observância do princípio da legalidade, com a consequente observância da vedação à interpretação *in malam partem*, para que se evitasse o prolongamento na duração do encarceramento.

A adoção de posicionamentos prejudiciais ao apenado tem conformado o espaço da execução penal como *campo* de exceção, no qual emergem regras e entendimentos de violação e suspensão de direitos que reforçam a condição de *homo sacer* do preso, que está fora do sistema legal de proteção.

Pensar em uma execução penal que não seja *campo* de exceção, de violações de direitos e de morte, mas que considere o direito enquanto forma de afirmação da dignidade da pessoa encarcerada, perpassa necessariamente pela atuação de um outro Judiciário, capaz de ir além da declaração do já exaustivamente conhecido e*stado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro. Sobretudo, não o agravando por meio de decisões que prolongam o encarceramento e fazendo cessá-lo, colocando em liberdade aqueles que estão ilegalmente presos por estarem sendo mantidos neste *campo*.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer:* o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim:* notas sobre a política. Tradução de Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

BASTOS, Marcio Thomaz. *PL 6793/2006*. Dá nova redação ao art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ADC7ECB2F09203003D877CB4C6F9A180.proposicoesWebExterno2?codteor=382965&filename=PL+6793/2006>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo regimental em Habeas Corpus n. 2016/0332250-8. Relator Ministro Jorge Mussi. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 01 ago. 2017b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=livramento+condicional+reincidente+&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus n. 176.123/MS. Relator Ministro Gilson Dipp. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 20 mar. 2012b.

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001082030&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus n. 411098 / SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 26 set. 2017c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701946555&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus n. 238.592/RJ. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 17 fev. 2014b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201200702407&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus n. 336.860/RS. Relator Ministro Nefi Cordeiro. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 16 fev. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201502403999&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Embargos de divergência em Recurso Especial n. 1.176.486/ SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 28 mar. 2012a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12853996&num_registro=201001585670&data=20120601&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 09 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Proposta de súmula vinculante 30, Distrito Federal. Diário de Justiça da União*. Brasília, 26 de fevereiro de 2010c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_26__PSV_30.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2017.

BRASIL. Lei 11.464 de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 mar. 2007. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11464.htm>. Acesso em: 31 jan. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 31 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 254.255/MG. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 14 jun. 2014a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35122577&num_registro=201201940344&data=20140514&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 101.023/RS. Relator: Ricardo Lewandowski – Primeira Turma. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 09 mar. 2010b. Disponível

em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609656>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus 85.141/SP Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. *Diário de Justiça eletrônico,* Brasília, 12 jun. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358697>. Acesso em: 09 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 26. Para efeitos de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 23 de dezembro de 2009. Seção Plenária. p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 69.964/RJ Relator: Ministro Ilmar Galvão. *Diário de Justiça*, Brasília, 01 jul. 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72111>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. *Diário de Justiça*, Brasília, 25 fev. 2010a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. *Diário de Justiça*, Brasília, 07 fev. 2017a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12369525>. Acesso em: 07 mar. 2017.

CARDOZO, José Eduardo. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *PL 6.793/2006:* Parecer às Emendas de Plenário. Brasília: Palácio do Congresso Nacional, 14 fev. 2007. [Parecer às Emendas de Plenário pelo Relator, Dep. José Eduardo Cardozo (PT-SP), pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que conclui pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; e, no mérito, pela rejeição das emendas apresentadas, com Substitutivo. Relator: José Eduardo Cardozo]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=436046&filename=Tramitacao-PL+6793/2006>. Acesso em: 09 jul. 2017.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

Daufemback, Valdirene. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária: *Parecer CNPCP sobre exame criminológico para progressão de regime*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F1AD397ITEMID2D0D9AD 3507E 4A849A6385DC6AD105D5PTBRIE.htm>. Acesso em: 09 jul. 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte: Nova Fase, 1962, n. 53, p. 295-316, jul./dez. 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo:* primeiros estudos. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Corte Superior. *Incidente de Uniformização de Jurisprudência 1.0704.09.136730-7/002*. Relator: Silas Vieira. Belo Horizonte, 14 set. 2012. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelho-Acordao.do;jsessionid=C25FBCBAED23FEACDAE61E9C1D994A10.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0704.09.136730-7%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 13 abr. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Criminal. Agravo em execução 1.0000.07.457659-6/001. Relator: Herculano Rodrigues. *Diário Oficial de Minas Gerais,* Belo Horizonte, 22 jul. 2009. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.07.457659-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 09 jul. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Criminal. Agravo em execução 1.0000.09.501692-9/001. Relatora: Beatriz Pinheiro Caires. *Diário Oficial de Minas Gerais,* Belo Horizonte, 26 fev. 2010. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.09.501692-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 09 jul. 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal:* teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, Juarez. *Parecer na ADPF n. 347/2015*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/267050676/Parecer-Sistema-Carcerario-Versao-Final>. Acesso em: 02 nov. 2017.

Data de recebimento: 17/12/2017

Data de aprovação: 30/07/2018

A JUSTIÇA POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE DE RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2015-2017) À LUZ DO CASO DE WEIMAR

POLITICAL JUSTICE IN CONTEMPORARY BRAZIL: AN ANALYSIS OF FEDERAL SUPREME COURT RECENT DECISIONS (2015-2017) IN THE LIGHT OF WEIMAR'S CASE

Marcelo Barros Leal Victor*

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima**

Judicial power does not fall from the sky; it is politically constructed. I believe that constitutionalization of rights and the fortification of judicial review result from a strategic pact led by hegemonic yet increasing threatened political elites, who seek to insulate their policy preferences against changing fortunes of democratic politics, in association with economic and judicial elites who have compatible interests (HIRSCHL, 2004, p. 49).

RESUMO

Este trabalho objetiva averiguar se o Supremo Tribunal Federal tem contribuído recentemente à implementação de uma justiça política, consubstanciada no exercício desigual da jurisdição, em relação a atores políticos de partidos diferentes. Para contextualizar o fenômeno, estudou-se um caso histórico de justiça politizada ocorrido durante a República de Weimar, em que o judiciário serviu de instrumento para movimentos de direita descontentes com a queda da monarquia. Com a análise qualitativa do discurso de decisões recentes do Supremo, atestou-se que, ao julgar causas envolvendo políticos do Partido dos Trabalhadores, os ministros adotam postura ativista, indo além dos limites estabelecidos

* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: marceloblvictor@gmail.com.

** Doutor em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Procurador do Município de Fortaleza. E-mail: barreto@unifor.br.

constitucionalmente, e que, em situações similares implicando atores políticos de outros partidos, surge uma preocupação com a necessidade de contenção judicial. Conclui-se que a incoerência do Supremo tem contribuído para a justiça política no Brasil contemporâneo.

Palavras-chave: Justiça política; Politização da justiça; Judicialização da política; Supremo Tribunal Federal; República de Weimar.

SUMMARY

This paper aims to ascertain if the Federal Supreme Court has contributed recently to the implementation of a political justice, embodied in the unequal exercise of jurisdiction, in relation to political actors of different parties. In order to contextualize the phenomenon, we studied a historical case of politicized justice that took place during the Weimar Republic, where the judiciary functioned as an instrument for right-wing movements discontented with the fall of the monarchy. Through qualitative analysis of discourse in the Court recent decisions, we attested that, when judging cases involving members of the Workers' Party, the judges adopt an activist positioning, reaching beyond constitutionally established limitations, and that, in similar situations implying political actors from other parties, a concern with the necessity of judicial constraint arises. We conclude that the Federal Supreme Court incoherence has played a role in the political justice in contemporary Brazil.

Key words: Political justice; Politicization of justice; Judiciary of politics; Federal Supreme Court; Weimar Republic.

INTRODUÇÃO

A judicialização da política é um tema que se difundiu tanto na academia, especialmente nas áreas do Direito e da Ciência Política, quanto no cotidiano da mídia e da opinião pública. No nível acadêmico, o fenômeno foi primeiramente examinado, em alcance internacional, por Tate e Vallinder, em sua obra *The global expansion of judicial power*, de 1995. De lá para cá, a quantidade de pesquisas relacionadas ao tema tem crescido gradualmente.

No Brasil, o fenômeno foi estudado por Werneck Vianna, Carvalho, Melo e Burgos, em sua obra conjunta *A judicialização da política e das relações sociais*, de 1999. Apresentando uma visão favorável a esse novo quadro sociopolítico, tem-se uma pesquisa fundada em análise empírica sobre o comportamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no desempenho do controle abstrato de constitucionalidade e dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais em sua competência ordinária, concluindo que o Poder Judiciário seria, no Brasil, uma nova via política para o fortalecimento da democracia.[1]

---

[1] WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Bauman. *A judicialização da política e das relações sociais.* Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 260.

Outra dimensão da atuação política do Judiciário, menos debatida hoje do que a judicialização da política, diz respeito à justiça política (ou politização da justiça). Esse termo foi utilizado, no significado relevante para este trabalho, por Otto Kirchheimer, em sua obra *Political justice: the use of legal procedures for political ends*, de 1961, contendo análise da utilização do Judiciário para a consecução de fins políticos, condutores do fortalecimento da posição do grupo no poder. Uma abordagem semelhante é encontrada na obra *Behemoth: the structure and practice of national socialism 1933-1944*, de Franz Neumann, no que diz respeito à atuação dos juízes e tribunais alemães durante a República de Weimar e posteriormente durante o regime nazista.

A tese defendida no presente artigo é a de que o STF, para além do fenômeno da judicialização da política, contemporaneamente tem participado da implementação, em algum grau, de uma justiça política no Brasil.

Entende-se que o avanço da justiça política possui ligações com o fenômeno da judicialização da política, razão pela qual, no primeiro capítulo do presente trabalho, serão feitas considerações sobre essas duas formas de atuação política pelo Judiciário, expondo o seu significado central, segundo a doutrina, com o propósito de distingui-las.

No segundo capítulo, para fins argumentativos, será empreendido um exame bibliográfico com o fito de caracterizar o comportamento judicial alemão na República de Weimar, enfocando a desigualdade do tratamento dado a golpes de Estado da esquerda revolucionária e da direita monarquista. Uma análise mais detida da justiça política em Weimar servirá para melhor contextualizar tal fenômeno, fornecendo elementos de comparação para com a realidade brasileira.

As evidências para a arguição central desta pesquisa serão apresentadas e interpretadas no terceiro capítulo, em que se buscará demonstrar que o STF tem atuado de modo incoerente quando do julgamento de casos semelhantes. Para tanto, será efetuada uma análise qualitativa da fundamentação de quatro decisões recentes da Corte. A pesquisa é bibliográfica e documental, com recurso às fontes primárias de repositório oficial da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

DOIS SENTIDOS DA ATUAÇÃO POLÍTICA DO JUDICIÁRIO NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

Podem-se abordar as possibilidades de atuação política do Judiciário nas democracias contemporâneas sob duas perspectivas distintas. Uma delas se dá no contexto do fenômeno chamado judicialização da política. A segunda consiste em sua atuação como justiça política, em que a Corte desvirtua-se de sua posição de isenção e passa a atuar em cumplicidade aos interesses de um dos polos da arena político-partidária, em detrimento da equidade necessária ao hígido desenrolar da atividade política. Será examinada inicialmente a primeira dessas espécies.

A judicialização da política pode ser definida como a expansão do campo de atuação das cortes ou juízes, em detrimento dos políticos e administradores, consistindo, assim, numa transferência de poderes decisórios do Legislativo e Executivo para o Judiciário.[2] Trata-se de uma tendência quase global, surgida após a Segunda Guerra Mundial, e evidenciada, por exemplo, na Itália, na França, no Leste Europeu e nos Estados Unidos, com a intervenção da Suprema Corte americana na controvérsia eleitoral do caso Bush *vs.* Gore.[3]

Segundo Lenio Streck,[4] a judicialização da política "é um fenômeno inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais poderes". Já o ativismo judicial, comumente confundido com o fenômeno acima delineado, é por ele definido como uma corrupção na relação entre poderes, que consiste numa extrapolação dos limites da atuação do Judiciário por meio de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos. Essa ultrapassagem ativista dos limites institucionais concernentes à atuação judicial, muitas vezes, ocorre no âmbito de matérias moral e politicamente controversas,[5] tradicionalmente atinentes às atribuições dos parlamentos, o que demonstra que o ativismo judicial e a judicialização da política são fenômenos que caminham juntos.

Para Luis Roberto Barroso,[6] as causas da judicialização, no Brasil, seriam as seguintes: 1) a redemocratização brasileira, consubstanciada na Carta Constitucional de 1988, que haveria transformado o Judiciário em um poder político, livrando-o de um papel institucional meramente técnico; 2) um aumento na abrangência das matérias constitucionalizadas, com a sua consequente retirada do alcance das maiorias políticas; 3) o atual sistema de controle de constitucionalidade, que seria um dos mais amplos do mundo. Portanto, percebe-se que, para Barroso, o avanço do processo de judicialização está diretamente ligado às escolhas políticas e jurídicas consolidadas nas normas da Constituição Federal de 1988.

Werneck Vianna[7] apresenta uma distinção entre judicialização da política e judicialização das relações sociais. Enquanto a primeira consiste numa maior intervenção do Judiciário no campo de atuação dos outros Poderes da República, a outra

---

2 TATE, C. Neal; VALLINDER, Tornbjörn. *The global expansion of judicial power:* the judicialization of politics. New York: New York University Press, 1995. p. 13.

3 FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems*, vol. 65, n. 3, p. 41-68, 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/ vol65/iss3/3>. Acesso em: 30 out. 2017. p. 1.

4 STRECK, Lenio. *Verdade e consenso:* constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed. rev. mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65.

5 Por exemplo, a ADPF n. 54 (sobre aborto de fetos anencéfalos), a ADI n. 4277 (sobre uniões homoafetivas) e a ADI n. 3510 (sobre pesquisas com células-tronco).

6 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn] Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 6 abr. 2018. p. 3-4.

7 WERNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais, cit., p. 149.*

manifesta-se numa expansão do alcance judicial referente à esfera da vida social, cuidando de temas como mulheres vitimizadas, pobreza, meio ambiente, crianças e adolescentes em situação de risco, dependência química, e assim por diante.

Há, por outro lado, cientistas políticos críticos à utilização da expressão "judicialização da política" para o estudo das relações entre o Judiciário e os demais Poderes. Nesse sentido, afirma-se que tal termo seria "parcial e enviesado, porque enfatiza mudanças no Judiciário, as quais são apenas uma parte de um conjunto mais amplo de mudanças na política contemporânea".[8] Ademais, há autores que compreendem que a aplicação de tal noção não traz qualquer precisão científica, haja vista sua adoção não ocorrer de maneira unívoca na teoria política. Veja-se, por exemplo:

> Em especial, é preciso tratar o tema das relações entre judiciário e política na democracia brasileira sem o recurso ao conceito pouco preciso, mas de rápida circulação pública, de judicialização da política. Há, pois, espaço para conceitos mais específicos para a elaboração de problemas de pesquisa.[9]

A judicialização é ainda reforçada, no contexto brasileiro, pela consagração, na Constituição Federal de 1988, de normas constitucionais de conteúdo semântico aberto e forte conotação ética, o que tem levado à defesa, por parte de autores neoconstitucionalistas, de que o Judiciário não pode se omitir quanto à efetivação dessas normas, mesmo que, para tanto, tenha que utilizar técnicas decisionistas de duvidosa legitimidade. Segundo Daniel Sarmento,[10] o advento do movimento neoconstitucionalista implica as seguintes mudanças rupturais: a) reconhecimento da normatividade dos princípios e sua implementação na aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e adoção de métodos mais abertos de raciocínio jurídico, como a ponderação, teorias da argumentação etc.; c) irradiação das normas e valores constitucionais, especialmente direitos fundamentais, sob todo o ordenamento; d) reaproximação entre Direito e moral; e) judicialização da política e das relações sociais, com o Judiciário ganhando cada vez mais protagonismo nas relações institucionais.

---

8 KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Orgs.). *O Estado Democrático de Direito em questão:* teorias críticas da judicialização da política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 159.

9 MACIEL, Daniela; KOERNER, Andrei. Sentidos de judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102--64452002000200006&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em 6 abr. 2018. p. 130-131.

10 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional:* estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008. Disponível em <http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>. Acesso em: 12 jul. 2017. p. 1.

Ingeborg Maus[11] tece contundentes críticas ao modo com que o Tribunal Federal Constitucional Alemão tem aproveitado a abertura semântica de dispositivos constitucionais para implementar uma ordem moral própria, agindo como uma figura paterna para a "sociedade órfã" – críticas que se ajustariam perfeitamente às práticas do STF. Segundo a autora, no sopesamento de valores realizado pelo Tribunal, é comum o recurso argumentativo a critérios extrajurídicos que não encontram nenhum apoio no texto constitucional. Por essa via, é possibilitado ao Judiciário impor uma agenda política e moral ilegítima.

Um indício da problemática acima delineada é encontrado no pensamento de Barroso,[12] ministro da Corte, para quem o STF deve exercer o papel de "vanguarda iluminista" ou "agente da história". Essa asserção representa uma visão condescendente em relação ao povo, que tem sua capacidade de autodeterminação desprezada em prol de uma pretensa superioridade intelectual da elite de julgadores. Nessa seara, há quem entenda que uma das causas da judicialização da política seria uma autopercepção dos magistrados como elite intelectual.[13]

Com a evolução da judicialização da política, exponencia-se o desrespeito à democracia e à soberania popular. Em detrimento da lei e de todo seu significado político, institui-se um governo de sábios, no sentido platônico, composto por juízes sem legitimidade para comandar um povo. Nesse sentido, Tate e Vallinder[14] afirmam:

> The contributors to this book are, by and large, more sophisticated than the anonymous defenders of judicialization just described. (...) They are much more concerned about the implication of the expansion of judicial power for the viability of democracy and the robustness of majority rule. They are, in general, skeptical about the wisdom of judicialization. They see the expansion of judicial power as most likely to weaken majoritarian democratic institutions and sustain the rule of privileged and unrepresentative elites, shutting out those who should be represented in a democratic state from effective access to policy-making processes to effective, responsive administration.

Por outro lado, o forte debate intelectual europeu sobre o controle da constitucionalidade enfrentava toda sorte de argumento. Desde a promulgação da

---

11 MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, p. 183-202. 11/2000. p. 20.

12 BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos. *Os Constitucionalistas*. 5 abr. 2017. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas. com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>. Acesso em: 25 jul. 2017.

13 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político do Judiciário e suas implicações, cit., p. 56.*

14 TATE, C. Neal et al. O *The global expansion of judicial power:* the judicialization of politics, cit., p. 527.

Constituição de Weimar, a intelectualidade germânica da ciência política e do constitucionalismo debatia sobre um novo tipo de tribunal que exercesse uma jurisdição política, que praticasse uma forma de controle da constitucionalidade sobre a política. Um dos mais importantes produtos deste debate deu-se no Colóquio de Viena de 1928 (*Wiener Tagung*), cujo tema foi a "Essência e Desenvolvimento da Jurisdição do Estado".[15] De um lado, teóricos do Estado, como Heinrich Triepel, condenavam a possibilidade de uma jurisdição constitucional por seu "caráter verdadeiramente político"; Hans Kelsen e Adolf Merkel compreendiam a necessidade de competências constitucionais definidas para o necessário exercício desta jurisdição. Outro expressivo resultado deste debate materializa-se pela publicação de *O guardião da constituição* (*Der Hüter der Verfassung*), de Carl Schmitt, em 1929; e a resposta de Hans Kelsen a este escrito, em 1930-31: "Quem deve ser o Guardião da Constituição" (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*). Em todo caso, no ano de 1932, não era a discussão sobre controle político de atos de governo estranha ao constitucionalismo germânico. Este debate chegou mesmo a caracterizar não somente o Direito Constitucional na Alemanha como também a Teoria do Estado de Weimar, e de forma "violenta" (*heftig*).[16]

A transferência de poder decisório da arena dos poderes políticos para o Judiciário tem como consequência, portanto, a análise da necessidade da decisão política, e daqui decorre o decisionismo político do Executivo, que Schmitt defenderá ardorosamente, como representante mais significativo do pensamento autoritário conservador de Weimar. Para Schmitt, na incapacidade de o Legislativo e o Judiciário tomarem decisões que garantam a estatalidade (*Staatlichkeit*), restaria ao Executivo, na pessoa do Presidente do *Reich* (*Reichspräsident*), a efetivação desta mesma estatalidade. Por isso, é que, para Schmitt,[17] a garantia da existência do poder do Estado e de sua ação deveria decorrer de um "poder central" (*Zentralgewalt*), em que repousaria a autoridade sobre a guarda da constituição, de forma eficaz e rápida, jamais sobre um tribunal ou sobre o Legislativo. Evidente que a crítica de Schmitt percorre itinerário autoritário, mas é também reveladora da desconfiança e dos riscos de a decisão política ficar nas mãos de tribunais.

Outra dimensão da atuação política pelo Judiciário, ligada à judicialização da política,[18] consiste na instauração de uma justiça política. Por esse termo,

---

15 STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Recht in Deutschland*. Dritter Band. München: Verlag C.H. Beck, 1999. p. 117.

16 KOENEN, Andreas. *Der Fall Carl Schmitt:* sein Aufstieg zum „Kronjuristen des Dritten Reiches". Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1995. p. 122.

17 SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985. p. 76.

18 O risco de o Judiciário ir em direção a uma politização da justiça é incrementado pelo aumento do ativismo judicial. Esse é o entendimento em FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações, cit., p. 16: "o ativismo, além disto, se importa necessariamente na politização da atividade jurisdicional, pode degenerar na partidarização

quer-se referir ao exercício desigual da jurisdição, ao longo do tempo, em relação a atores políticos filiados a diferentes correntes político-partidárias. Configura-se, assim, numa incoerência politizada quanto ao resultado das decisões prolatadas pelos juízes.

Sobre a justiça política, pode-se dizer que, nessa situação, o Judiciário atua como arma política de uma corrente ideológica em desfavor de seus opositores. Advertindo sobre os efeitos negativos da politização da justiça, Neumann[19] declara:

> When it becomes "political", justice breeds hatred and despair among those it singles out for attack. Those whom it favors, on the other hand, develop a profound contempt for the very value of justice; they know that it can be purchased by the powerful. As a device for strengthening one political group at the expense of others, for eliminating enemies and assisting political allies, law then threatens the fundamental convictions upon which the tradition of our civilization rests.

Segundo Kirchheimer,[20] a finalidade da justiça política é alargar a área de ação política utilizando-se dos tribunais em favor de objetivos políticos, concretizando-se pela submissão ao escrutínio das cortes de ações de indivíduos e de coletividades. Os responsáveis por essa politização do Judiciário, ou seja, o grupo no poder, buscam, com isso, fortalecer suas próprias posições e enfraquecer a de seus adversários.

A JUSTIÇA POLÍTICA CONSERVADORA DURANTE A REPÚBLICA DE WEIMAR

A República de Weimar, estabelecida em 1918 por esforços revolucionários, foi o primeiro governo democrático da história alemã, tendo sobrevivido até a ascensão de Hitler, em 30 de janeiro de 1933. Apesar de ter passado por um período de relativa estabilidade, durante os anos de 1924 a 1929, o *Reich* sofreu uma série de tentativas de tomada do poder, tanto de autoria de movimentos da esquerda quanto da direita.

---

dessa atividade. Este ativismo – acaba-se de ver – faculta a ideologização da justiça. Ora, as ideologias são assumidas pelos partidos. Assim, a passagem do plano ideológico para o plano partidário é quase insensível. Pois bem, se durante muito tempo, a luta pelo aprimoramento do Judiciário teve em mira libertá-lo dos condicionamentos partidários – o ativismo apresenta-se, portanto, como um regresso. O risco de tal partidarização é ainda agravado, se tem o partido detentor do poder meios de afeiçoar à sua linha órgãos fundamentais da estrutura governamental". Assim, não é absurdo afirmar que o estabelecimento de uma justiça política é facilitado pelos avanços do ativismo judicial e da judicialização da política.

19 NEUMANN, Franz. *Behemoth:* the structure and practice of national socialism 1933-1944. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 21.

20 KIRCHHEIMER, Otto. *Political justice:* the use of legal procedure for political ends. New Jersey: Princeton University Press, 1961. p. 419.

Elaborada num "contexto político cujo equilíbrio era precário e instável",[21] Weimar procurou construir um mínimo consenso possível numa sociedade e num Estado que não conheciam democracia, como era a Alemanha guilhermina. Não bastasse este conjunto desfavorável para a Alemanha, a democracia que viria com Weimar traduzia derrota e humilhação. A sociedade que se reivindicava científica, cultural e tecnologicamente herdeira do Renascimento italiano durante a *Belle Époque* achava-se numa situação econômica e política desfavorável, imposta por adversários – França e Inglaterra – que julgavam inferiores.

A democracia não encontrava muitas chances com Weimar. Dentre os principais opositores da intelectualidade jurídica de Weimar estava Carl Schmitt,[22]para quem a Constituição "não continha nenhuma decisão", o que levaria ao seu fracasso, tarefa a que seguramente Schmitt dedicou boa parte de sua produção científica.

Resultado de uma revolução ocorrida em grande parte por conta da derrota na Primeira Guerra e das pesadas sanções impostas pelas negociações de paz,[23] a Constituição de Weimar abolia a monarquia constitucional até então vigente, pondo em seu lugar uma república parlamentarista. Hugo Preuss, o principal proponente da Constituição de Weimar, por influência de Max Weber, propôs que, como contrapeso à importância dos parlamentares, fosse instituído um Presidente eleito democraticamente e com amplos poderes, incluindo as prerrogativas de dissolver o Parlamento e de suspender a aplicação da Constituição, com base no seu art. 48.[24]

Franz Neumann[25]afirma que, em Weimar, o Judiciário esteve no centro da contrarrevolução, e que a perversão da justiça para fins políticos esteve ligada ao aumento do poder dos juízes, ano após ano. Neumann realiza uma comparação entre o resultado dos julgamentos dos responsáveis pelo golpe que estabeleceu a República Soviética da Bavária (esquerda revolucionária) e de indivíduos envolvidos no *Kapp Putsch* (um golpe da direita imperialista).

Em 7 de novembro de 1918, Kurt Eisner liderou um movimento revolucionário, incluindo membros dos partidos da esquerda SPD e USPD, que tomou a cidade de Munique, proclamando a queda da dinastia Wittelsbach e o

---

21 BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. p. 26.

22 SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Achte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. p. 28.

23 KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*. Trad. P. S. Falla e R. J. Park. 2nd ed. New York: Routledge, 2005. p. 21.

24 KITCHEN, Martin. *A history of modern Germany:* 1800 to the present. 2nd ed. Chichester: Blackwell Publishing, 2012. p. 201.

25 NEUMANN, Franz. *Behemoth:* the structure and practice of national socialism 1933-1944, cit., p. 21.

estabelecimento da República Soviética da Bavária.[26] Segundo Mitchell,[27] a revolução bavariana não pode ser considerada uma mudança fortuita, mas, sim, uma liberação de longas tensões sociais geradas: pela transição incompleta para o parlamentarismo, pela frustração com a reforma constitucional, pelo atrito das condições sociais em transformação, pela antipatia popular pela hegemonia militar e econômica da Prússia, e, acima de tudo, por uma demanda urgente por paz, haja vista que a Primeira Guerra Mundial ainda não estava terminada.

A República Soviética da Bavária teve seu fim em maio de 1919, após uma guerra civil entre o exército revolucionário e a *Freikorps*, um grupo de mercenários que reprimia diversos movimentos de esquerda. Mesmo após a resistência bavariana rapidamente desmontar, alguns dos mercenários quebraram a formação com o intuito de "limpar meticulosamente" a cidade de Munique. A brutalidade dos invasores prolongou-se esporadicamente por alguns dias, inclusive com a execução sumária de prisioneiros políticos e de civis que erroneamente foram considerados soldados.[28]

Após a queda da República Soviética da Bavária, os tribunais prolataram as seguintes sentenças: 407 pessoas foram condenadas ao aprisionamento num forte, 1737 foram enviadas à prisão, e 65 indivíduos foram submetidos ao aprisionamento com trabalho forçado. Qualquer um que tivesse tido uma simples conexão com o malsucedido golpe da esquerda foi sentenciado.[29] Quanto à tentativa de golpe levada a cabo pela direita, a resposta judicial se deu noutra direção.

Em março de 1920, o governo alemão dos sociais-democratas compreendeu o plano para sua deposição. As mentes do golpe eram Wolfgang Kapp (daí o nome *Kapp Putsch*) e o capitão Waldemar Pabst, tendo suporte militar fornecido pelo Barão von Lüttwitz, o general comandante do exército em Berlim, e pelo Capitão Hermann Ehrhardt, líder dos *Freikorps*. As tropas adentraram Berlim adornando suásticas (que já eram usadas por nacionalistas extremistas e antissemitas) em 13 de março, levando à fuga para Dresden do então Presidente Friedrich Ebert e do gabinete de Gustav Bauer. Com o prolongamento do golpe, o governo teve que fugir novamente para Stuttgart. Percebendo a gravidade do momento, uma gigantesca greve, protagonizada pelos sindicatos de nítida influência dos sociais-democratas e comunistas, fez com que o *Kapp Putsch* fosse derrotado, quando o governo retornou para Berlim. O golpe não obteve duradouro sucesso, tendo

---

26 KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*, cit., p. 9.

27 MITCHELL, Allan. *Revolution in Bavaria 1918-1919:* the Eisner regime and the Soviet Republic. New Jersey: Princeton University Press, 1965. p. 33.

28 MITCHELL, Allan. *Revolution in Bavaria 1918-1919:* the Eisner regime and the Soviet Republic, cit., p. 330-331.

29 NEUMANN, Franz. *Behemoth:* the structure and practice of national socialism 1933-1944, cit., p. 21.

os seus líderes cedido após quatro dias, também devido à resistência da burocracia ministerial em reconhecer legitimidade aos militares golpistas.[30]

Quinze meses após o *Kapp Putsch*, o Ministro da Justiça do *Reich* declarou oficialmente, em 21 de maio de 1921, que 705 acusações de alta traição foram examinadas. Delas, 108 se tornaram obsoletas em virtude da morte do réu ou de outras razões, 174 não foram levadas adiante, 11 foram inconclusas e 412 foram julgadas pelas Cortes como prejudicadas pela Lei de Anistia de 4 de agosto, embora essa lei expressamente excluísse de seu alcance os líderes dos movimentos golpistas. Nenhum envolvido foi punido.[31]

A parcialidade político-ideológica do Judiciário alemão durante a república de Weimar, tal como visto acima, não é um fato desconhecido. Nesse sentido, vale a constatação de Kolb:[32]

> The verdict in the Erzberger case was not the first, but a particularly striking example of a long series of judgements that have made the "political justice" of the Weimar Republic distressingly famous. Many judges, whose political and social attitudes were stamped with the values and conservative ideology of imperial time, questioned the legitimacy of the new order. Protected by the privilege of irremovability, which the revolutionary government left unchallenged and which was then enshrined in the new constitution, they handed down many judgements which openly expressed their aversion to the Republic and its loyal supporters. In this way the judiciary bears a large share for the collapse of the Republic…

No mesmo sentido, analisando o tratamento das anistias políticas pelo Judiciário em Weimar, Otto Kirchheimmer[33] realiza uma leitura que revela a atuação política das cortes e juízes germânicos. Vale a transcrição de suas palavras:

> But there was a further problem, quasi-built into the whole judicial system, which made agreement on terms and formulations of amnesties especially difficult. It was by then well known that prosecuting agencies and courts contained many partisans who measured left and right with different yard-sticks. It was certain in advance that leftists brought to book for homicide and qualified assault committed in open battle with army and police would be convicted. It was also known that few of the rightist ring leaders of the coup d'état, though explicitly excluded from the terms of the amnesty, would ever be caught or, if caught, convicted.

---

30 KITCHEN, Martin. *A history of modern Germany:* 1800 to the present, cit., p. 202.

31 NEUMANN, Franz. *Behemoth:* the structure and practice of national socialism 1933-1944, cit., p. 21-22.

32 KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*, cit., p. 37.

33 KIRCHHEIMER, Otto. *Political justice:* the use of legal procedure for political ends, cit., p. 412.

Levando em conta a análise aqui empreendida, é possível afirmar que, durante a República de Weimar, o Judiciário alemão serviu como arma política de movimentos da direita descontentes com a queda do Império Germânico. É possível verificar uma sistêmica leniência no julgamento de processos criminais contra indivíduos envolvidos em mobilizações reacionárias, quando se leva em consideração a severidade punitiva dispensada aos revolucionários da República Soviética da Bavária. O quadro histórico examinado, portanto, demonstra um comportamento ideologicamente tendencioso por parte dos juízes e tribunais alemães da época, o que permite afirmar que, durante a República de Weimar, imperou uma justiça política.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUSTIÇA POLÍTICA NO BRASIL: ANÁLISE DE RECENTES DECISÕES (2015-2017)

Neumann[34] afirma que o Direito talvez seja a mais perniciosa de todas as armas em lutas políticas, exatamente por conta da aura que circunda os conceitos do correto e do justo. Ademais, adverte que as possibilidades de perversão da Justiça por fins políticos estão presentes em todos os sistemas jurídicos. Portanto, qualquer indício de atuação politicamente enviesada por parte do Judiciário, especialmente quando se trata da Corte no ápice da hierarquia judicial, deve ser percebida com seriedade.

Quatro decisões recentes do STF, tomadas entre o final de 2015 e meados de 2017, cujos principais envolvidos são pessoas atuantes no cenário político brasileiro contemporâneo, podem ser demonstrativas do momento que se vive no Brasil. Dois dos julgamentos consistem na análise de pedidos de prisão preventiva, de autoria do Procurador-Geral da República, contra dois Senadores da República, no exercício de seus respectivos mandatos, e os outros dois dizem respeito à nomeação de indivíduos alvos de investigações criminais para o cargo de Ministro de Estado, dotando-os de foro por prerrogativa de função. Trata-se de decisões tomadas no contexto da Operação Lava Jato, a realizar investigações de crimes de corrupção supostamente praticados por ocupantes ou ex-ocupantes de cargos políticos no topo da hierarquia dos Poderes da República.

A Ação Cautelar 4039-DF teve como requerente o Procurador-Geral da República e nela foi requerida a prisão preventiva do Senador Delcídio do Amaral (Senador do Partido dos Trabalhadores (PT) pelo Estado do Mato Grosso do Sul, e Líder do PT no Senado Federal), dentre outros indivíduos, e, subsidiariamente, o seu afastamento do exercício do mandato eletivo. Segundo o Ministério Público Federal (MPF), o Senador Delcídio teria atuado ativamente "para

---

[34] NEUMANN, Franz. *Behemoth:* the structure and practice of national socialism 1933-1944, cit., p. 20-21.

dissuadir Nestor Cerveró de firmar acordo de colaboração com o Ministério Público Federal ou, quando menos, para evitar que ele o delatasse e a André Esteves, controlador do Banco BTG".[35] Para tanto, segundo o Procurador-Geral da República, o Senador teria oferecido uma quantia mensal de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), além de oferecer uma intercessão perante ministros do STF a fim de libertar Nestor Cerveró de seu aprisionamento. Tais alegações estariam corroboradas por gravações ambientais realizadas pelo filho de Nestor Cerveró, as quais incriminariam o Senador Delcídio.

O Relator da ação, Ministro Teori Zavascki, em julgamento ocorrido em 24 de novembro de 2015, entendeu que estavam presentes indícios robustos da materialidade da prática delitiva que autorizariam a decretação da prisão cautelar. Ademais, compreendeu que também se encontrava satisfeito o requisito do art. 312 do Código de Processo Penal, que prevê as hipóteses excepcionais de aplicação da preventiva. Nas palavras do Ministro:

> Nesta seara, está nitidamente demonstrada necessidade de garantir a instrução criminal, as investigações e a higidez de eventuais ações penais vindouras, tendo em vista a concreta ocorrência e a possibilidade de interferência no depoimento de testemunhas e na produção de provas, circunstâncias que realmente autorizam a decretação da custódia cautelar, nos termos da jurisprudência desta Corte[36] (...)
> Assim, presente a necessidade de resguardar a ordem pública, seja pelos constantes atos praticados pelo grupo (cooptação de colaborador, tentativa de obstrução de decisões judiciais favoráveis, obtenção de documentos judiciais sigilosos), pela fundada suspeita de reiteração delitiva, pela atualidade dos delitos […], ou ainda pela gravidade em concreto dos crimes, que atentam diretamente contra os poderes constitucionalmente estabelecidos da República, não há outra medida cautelar suficiente para inibir a continuidade das práticas criminosas, que não a prisão preventiva[37].

Com essa fundamentação, o Relator, Min. Teori Zavascki, decretou a prisão do Senador Delcídio do Amaral.

Posteriormente, essa decisão monocrática foi referendada pela Segunda Turma do STF, em 25 de novembro de 2015. No mesmo dia, o Senado Federal concordou com o STF: 59 Senadores autorizaram a prisão do Senador, contra o

---

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar n. 4.039-DF*. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Julgamento: 24/11/2015. Não foi publicada no *DJE* (segredo de justiça). Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-prender-delcidio.pdf> Acesso em: 24 jul. 2017. P. 182.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar n. 4.039-DF*, cit., p. 195.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar n. 4.039-DF*, cit., p. 198.

voto de 13 que discordaram da decisão do STF. O impacto da repercussão da notícia foi determinante para tal fato. Não havia precedentes no constitucionalismo brasileiro de prisão de Senador da República no pleno exercício de seu mandato. Com poucas vozes contrárias à decisão do STF, como a do criminalista e ex-Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) José Roberto Batochio, praticamente inexistia qualquer chance de o Senado Federal rever a decisão do STF em desfavor do Senador Delcídio do Amaral:

> Para Batochio, senador só poderia ser preso se fosse pego oferecendo dinheiro. **"Flagrante perpétuo".** Batochio, que redigiu a Emenda Constitucional 35/2001, a qual alterou a redação do artigo 53 da Constituição, discorda do entendimento de Teori e de seus colegas de STF sobre o flagrante permanente: "Trata-se de um conceito tão abstrato, tão fluido, tão aberto, que bastaria dizer então que numa determinada situação operada por duas ou quatro pessoas existe situação de flagrante permanente e perpétua a todos", afirmou ao *Brasil 247*. A seu ver, "a justiça está inovando". O criminalista explicou que o caso de Delcídio só poderia ser considerado flagrante se o senador tivesse sido pego oferecendo dinheiro e sugerindo a rota de fuga ao ex-diretor da Petrobras Nestor Cerveró, conforme a Polícia Federal acusa que fez. Para o ex-presidente da OAB, as gravações de uma conversa entre o petista, o banqueiro André Esteves, do BTG Pactual, e o filho de Cerveró, Bernardo, não permitem que se conclua que a consumação do crime de organização criminosa estivesse ocorrendo no presente. "Ela não alonga a ação de nenhum agente no tempo [para ser considerado crime permanente]. Como é que se prova que a voz é de quem se afirma ser senão depois de uma perícia, uma análise técnica? Dizer que um gravador pode mudar a natureza de um crime instantâneo para um crime permanente é realmente forçar muito a situação", criticou.[38]

A pressão midiática sobre o caso empurrou o Senado Federal para a decisão, que restou aplaudida pela maioria dos meios de comunicação e de setores da OAB, como pelo Presidente do Conselho Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, Marcelo da Costa[39], em nota pública:

> O Brasil, mais uma vez, dá um exemplo incontestável do funcionamento de suas instituições. A prisão de um senador da República, em plena vigência do mandato, não significou corrosão institucional nem mesmo

---

38 CONSULTOR JURÍDICO. Constituição não permite prisão processual para parlamentar, afirma Roberto Batochio. *Consultor jurídico*. 25 nov. 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-nov-25/autor-regra-tema-batochio-ataca-prisao-delcidio>. Acesso em: 21 out. 2017.

39 COSTA, Marcelo. Em nota, OAB de São Paulo comemora prisão de senador do PT. *Consultor Jurídico*. 26 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-26/nota-oab-sao-paulo-comemora-prisao-senador-pt>. Acesso em: 21 out. 2017.

> gerou tensões insuperáveis entre os Poderes da República. O STF, do alto de suas funções constitucionais e, em atendimento a ação do Ministério Público Federal, ordenou a detenção de um líder do Parlamento, expressando interpretação elástica do conceito de flagrância, pela qual um ato contínuo de obstrução de investigação é motivo para detenção de pessoas com foro privilegiado. O Senado da República, por sua vez, também cumprindo seu dever constitucional, realiza votação em torno da decisão emanada pelo Supremo. E, na demonstração de que mantém estreita sintonia com o espírito social, decide fazer uma votação em aberto. Desta forma, o Senado Federal também deu exemplo de funcionamento eficaz e republicano, evitando confronto com a mais alta Corte do país.

Após o caso do Senador Delcídio do Amaral, outro Senador da República viu-se envolvido no mesmo tipo de situação. A Ação Cautelar 4327-DF, de requerimento do Procurador-Geral da República, teve por objeto a decretação da prisão preventiva do Senador Aécio Neves, do Partido da Social Democracia Brasileira de Minas Gerais (PSDB-MG), por seu suposto envolvimento em crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro, constituição e participação em organização criminosa e obstrução à investigação de organização criminosa. O pedido do Procurador-Geral da República sustentou-se na delação premiada de Joesley Batista, dono do frigorífico JBS, além de gravação que contém o Senador Aécio pedindo ao delator a quantia de 2 milhões de reais para pagar seus custos com advogados.[40] Ademais, de acordo com o Procurador-Geral, o Senador Aécio empenhou-se em obstruir a investigação efetuada pela Operação Lava Jato. Para tanto, intentou substituir o Ministro da Justiça e aprovar diplomas legislativos que o livrassem da persecução criminal, tais como a anistia ao caixa dois eleitoral e a tipificação do abuso de autoridade.[41] Nas gravações ambientais, também é possível ouvir o ex-candidato à Presidência aventando a possibilidade de assassinar um intermediário, seu primo, caso ele resolvesse delatá-lo.[42]

Nessa ação, o Relator, Min. Edson Fachin, em 17 de maio de 2017, entendeu que estavam presentes requisitos para a imposição de medidas cautelares alternativas, mas não determinou a prisão preventiva do Senador, em que pese a

---

40 CONSULTOR JURÍDICO. Fachin afasta Aécio e Loures; pedidos de prisão preventiva foram negados. *Consultor Jurídico*. 18 mai. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-18/fachin-afasta-aecio-deputado-pedidos-prisao-plenario>. Acesso em: 24 jul. 2017.

41 FOLHA. Ministro do STF devolve mandato de Aécio e nega prisão do senador. 4 abr. 2017. *Folha*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1897359-ministro-do-stf-devolve-mandato-de-aecio-no-senado-e-nega-prisao-do-senador.shtml>. Acesso em: 24 jul. 2017.

42 G1. Dono da JBS gravou Aécio Neves pedindo R$ 2 milhões, diz jornal; senador nega. 17 maio 2017. *G1*. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/dono-da-jbs-gravou-aecio-neves-pedindo-r-2-milhoes-diz-jornal.ghtml>. Acesso em: 24 jul. 2017.

semelhança com o caso do Senador Delcídio do Amaral. Impôs, então, ao Senador da República pelo PSDB, a suspensão do exercício de funções parlamentares ou de qualquer outra função pública, a proibição de contatar outro investigado ou réu no processo e a de ausentar-se do País, com entrega do passaporte.

Após trâmite processual, a ação chegou ao Min. Marco Aurélio sob a forma de Agravo Regimental dentro da Ação Cautelar (4327-DF), tendo ele decidido na ocasião pela reversão das restrições impostas ao Senador Aécio Neves, determinando o seu imediato retorno ao mandato de Senador da República. Em sua decisão, afirmou:

> O processo não revela quadro favorável à imposição de medida acauteladora, muito menos de afastamento do exercício do múnus parlamentar. [...] É impróprio potencializar a capacidade de interferência de Senador na organização de outro Poder, ao qual cumpre, de forma independente, a nomeação de Ministro. [...] É dizer: eventual ingerência do agravante na atuação do Executivo seria meramente reflexa, com nexo causal remoto, incapaz de constituir obstrução real a investigação (pp. 11-12). No tocante ao recolhimento do passaporte, surgem ausentes elementos concretos acerca do risco de abandono do País, no que saltam aos olhos fortes elos com o Brasil. O agravante é brasileiro nato, chefe de família, com carreira política elogiável – Deputado Federal por quatro vezes, ex-Presidente da Câmara dos Deputados, Governador de Minas Gerais em dois mandatos consecutivos, o segundo colocado nas eleições à Presidência da República de 2014 – ditas fraudadas – com 34.897.211 votos em primeiro turno e 51.041.155 no segundo, e hoje continua sendo, em que pese a liminar implementada, Senador da República. [...] **A todos os títulos, há de prevalecer a autocontenção judicial, virtude essencial sobretudo em tempos estranhos.** [...] Em síntese, o afastamento, em liminar, sem a existência sequer de processo-crime contra o parlamentar, do exercício do mandato é incabível, valendo notar que, no âmbito da Casa Legislativa, do Senado, há de ser resolvida a questão[43] (Grifo nosso).

Constata-se, portanto, que, em situações semelhantes, o resultado do julgamento do STF tem sido divergente, dependendo da filiação partidária do político envolvido. Em ambos os casos havia indícios da intenção de obstruir uma investigação criminal, corroborados, inclusive, por gravações ambientais. Contudo, somente em um deles, o que concernia ao Senador Delcídio do Amaral,

---

[43] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Terceiro Agravo Regimental na Ação Cautelar n. 4.327-DF.* Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 30/06/2017. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Ainda sem publicação no *DJE* (segredo de justiça). Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/aecio-neves-voltar-senado-determina.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017. p. 13.

afiliado ao PT, a decisão do STF foi no sentido de determinar o recolhimento prisional. No caso do Senador Aécio Neves, do PSDB, o Ministro Relator desconsiderou a necessidade de prisão preventiva e, em momento posterior, foram revertidas todas as cautelares impostas, inclusive o seu afastamento do exercício das funções parlamentares.

Mas o que chama a atenção, além da nítida diferença de tratamento entre um e outro Senador tanto pelo Senado Federal quanto pelo STF? No caso de Delcídio do Amaral, simplesmente inexistiu questionamento sobre a possibilidade de o afastamento de um Senador da República dar-se apenas por força de decisão do STF. Para o caso do Senador Aécio Neves, este questionamento veio à tona, e sua repercussão política nos meios de comunicação foi intensa. No dia 11 de outubro de 2017, o STF entendeu então que sua decisão de afastar Senador da República no exercício do mandato deveria ser apreciada pelo Senado Federal, o que não se deu no caso do Senador Delcídio do Amaral. Caso o Senado Federal expresse outro entendimento distinto daquele do STF, prevalecerá aquele do Senado Federal. A decisão do STF, nos termos do acórdão vencedor, afirma que:

> O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, assentando que o Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal, vencido o Ministro Marco Aurélio, que, ao assentar a premissa da inaplicabilidade da referida norma legal a parlamentares, declarava o prejuízo do pedido. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, deliberou que se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição, a decisão pela qual se aplique medida cautelar, sempre que a execução desta impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar, vencidos no ponto os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes.[44]

No dia 17 de outubro de 2017, por 44 votos a 26, o Senado Federal discordou do entendimento do STF, o que tornou possível o retorno do Senador Aécio Neves ao pleno exercício de seu mandato, suspendendo, ainda, as medidas coercitivas do art. 319 do Código de Processo Penal, como a reclusão noturna, a proibição de contatar os demais investigados e a vedação de ausentar-se do país.

---

[44] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5526*. Relator Min. Edson Fachin. Relator para o Acórdão Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 11/10/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=238&dataPublicacaoDj=19/10/2017&incidente=4982736&codCapitulo=2&numMateria=30&codMateria=3>. Acesso em: 21 out. 2017. p. 1.

Outra comparação parece oportuna relativamente ao julgamento, pelo STF, da nomeação do ex-Presidente Luis Inácio Lula da Silva à posição de Ministro-chefe da Casa Civil realizada pela então Presidente Dilma Rousseff (PT), e a decisão relativa à nomeação de Moreira Franco ao cargo de Ministro-chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República pelo Presidente Michel Temer (PMDB). Como se sabe, o então Vice-presidente de Dilma Rousseff, Michel Temer, foi incansável para que o *impeachment* da Presidente a destituísse do cargo, já que era ele o primeiro na linha sucessória. Entre os explícitos apoios aos planos de Michel Temer, figurava abertamente o do Ministro Gilmar Mendes, do STF.

No julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070-DF, no dia 18 de março de 2016, impetrado pelo Partido Popular Socialista (PPS), o Relator, Ministro Gilmar Mendes, considerou que a nomeação do ex-Presidente Lula como Ministro de Estado, realizado pela então Presidente Dilma Rousseff, foi levada a efeito com o objetivo de impedir o avanço da persecução criminal sobre ele, transferindo a competência dos juízos criminais de 1ª instância para o STF. Levou em conta, para tanto, interceptações telefônicas de conversas entre os dois e afirmou que:

> É notório que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva era pessoa de interesse em duas grandes investigações relativas a fatos ocorridos no seu governo: Operações Zelotes e Operação Lava Jato. Em 4.3.2016, medidas ostensivas no âmbito da Operação Lava Jato revelaram que o ex-Presidente estava sob investigação. […] Ou seja, pairava cenário que indicava que, nos próximos desdobramentos, o ex-Presidente poderia ser implicado em ulteriores investigações, preso preventivamente e processado criminalmente. **A assunção de cargo de Ministro de Estado seria uma forma concreta de obstar essas consequências**[45] (Grifo nosso).

Com base nessa fundamentação, portanto, o Ministro Gilmar Mendes suspendeu a eficácia da nomeação do ex-Presidente Lula para o cargo de Ministro-chefe da Casa Civil. Em uma ocasião posterior, após o *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff, entretanto, o STF decidiu de maneira contrária, mesmo estando diante de caso equiparável ao acima descrito.

O Partido Rede Sustentabilidade impetrou Mandado de Segurança com Medida Cautelar (34.609), tendo por pretensão a sustação de decreto presidencial, de autoria do Presidente Michel Temer, que nomeou Wellington Moreira Franco ao cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da

---

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.070-DF*. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 18/03/2016. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. *DJE* n. 54, divulgado em 22/03/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/ portal/processo/ verProcessoPeca.asp?id=308995627&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017. p. 23-24.

República. Segundo o impetrante, tal nomeação teria ocorrido com o intuito de impedir os regulares desenvolvimentos da investigação criminal, no âmbito da Operação Lava Jato, sobre atos de corrupção supostamente cometidos por Moreira Franco. Ainda segundo o Partido Rede Sustentabilidade, a intenção de obstruir a justiça ficaria ainda mais clara pelo fato de dito Ministério ter sido criado quatro dias após a homologação de delações premiadas do caso da Construtora Odebrecht que incriminavam Moreira Franco.[46]

Em sua decisão, tomada no dia 14 de fevereiro de 2017, o Relator, Min. Celso de Mello, entendeu que a mera condição de investigado de alguém nomeado para o cargo de Ministro de Estado não tem o condão de, por si só, configurar desvio de finalidade do ato administrativo nomeador, e que as provas trazidas pelo impetrante não obtiveram êxito em comprovar a intenção fraudulenta por parte do Presidente da República Michel Temer. Ademais, afirmou que a transferência da competência de um juízo de primeiro grau para o STF não implica qualquer vantagem para o investigado, razão pela qual não faria sentido arguir a ocorrência de qualquer desvio de finalidade no ato de nomeação. Em suas palavras:

> (...) a mera outorga da condição político-jurídica de Ministro de Estado não estabelece qualquer círculo de imunidade em torno desse qualificado agente auxiliar do Presidente da República, pois mesmo investido em mencionado cargo, o Ministro de Estado, ainda que dispondo da prerrogativa de foro *ratione muneris*, nas infrações penais comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, não receberá qualquer espécie de tratamento preferencial ou seletivo, uma vez que a prerrogativa de foro não confere qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela seja titular.[47]

A partir dessa *ratio decidendi*, o Ministro Celso de Mello indeferiu o pedido feito pelo impetrante, mantendo a nomeação realizada pelo Presidente Michel Temer. Portanto, em que pese Wellington Moreira Franco ser investigado pela prática de crimes de corrupção no âmbito da Lava Jato,[48] o tratamento conferido pelo STF ao ato de sua nomeação foi completamente diverso daquele dispensado ao ato que nomeava o ex-Presidente Lula.

---

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.609-DF*. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 14/02/2017. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. *DJE* n. 31, divulgado em 15/02/2017. Disponível em: <http://stf. jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=311226749&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017. p. 1-2.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.609-DF*, cit., p. 17.

48 G1. Delação da Odebrecht: Moreira Franco é suspeito de pedir propina para a campanha eleitoral de 2014. 11 abr. 2017. *G1*. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica /operacao-lava-jato/noticia/delacao-da-odebrecht-moreira-franco-e-acusado-de-pedir-propina-para-campanha-eleitoral-de-2014.ghtml>. Acesso em: 24 jul. 2017.

Ao julgar causas envolvendo atores políticos filiados ao PT, a Corte Suprema adota postura ativista, além dos limites constitucionais, para determinar a prisão de um Senador da República e anular a nomeação de um Ministro de Estado. Quando as mesmas situações fáticas têm como envolvidos políticos do PSDB e PMDB, surge a preocupação com a necessidade de contenção judicial e uma maior exigência de provas.

A partir da classificação feita por Kirchheimer[49] das possíveis motivações para a intervenção judicial na política, pode-se concluir que a atuação do STF se enquadra na espécie de "por questões de conveniência". Tratando desse tipo de atuação judicial partidarizada, afirma o autor que ocorre quando um regime deseja ganhar, estabilizar ou destruir posições políticas, com a utilização de julgamentos políticos para manipular negativamente a percepção do público. Mais importante do que as sanções concretas impostas aos adversários políticos é o efeito psicológico gerado na opinião pública e nos outros partidos. Dessa maneira, o grupo no poder busca influenciar a configuração da ação política futura em desfavor de seus opositores.[50]

É possível ver que o STF atuou, nos casos examinados, de modo a corresponder às expectativas do movimento político que levou ao *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff. Não se tem verificado atuação politicamente isenta do STF: há uma tendência de severidade em relação ao PT e maior tolerância com PMDB e PSDB. Razões para que se conclua pela ocorrência da justiça política não faltam.

Pode ser objetado que essa incoerência seria fruto da diferença de percepção entre os Ministros, haja vista que os julgamentos se deram sob a roupagem de decisão monocrática. Essa observação, entretanto, em nada afeta a argumentação desenvolvida neste trabalho. O fato de que o STF, considerado em seu conjunto, tem dado respostas incoerentes aos casos concretos ligados a políticos de diferentes afiliações partidárias demonstra que tal órgão judiciário é responsável pelo quadro de politização judicial, independentemente de as decisões provirem de uma decisão colegiada ou monocrática.

O crescente protagonismo das decisões monocráticas na resolução de questões institucionais de peso é, sem dúvidas, um dos pontos passíveis de crítica no comportamento atual do STF. Conrado Hübner Mendes[51] afirma que o desgoverno procedimental do Supremo deve-se ao fato de que seus Ministros podem,

---

49 KIRCHHEIMER, Otto. *Political justice:* the use of legal procedure for political ends, cit., p. 419.

50 KIRCHHEIMER, Otto. *Political justice:* the use of legal procedure for political ends, cit., p. 422.

51 FOLHA. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. 28 jan. 2018. *Folha de S.Paulo.* Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador--diz-professor.shtml>. Acesso em: 1º mar. 2018.

se quiserem, impedir a decisão de uma causa (com pedidos de vista), ou decidir liminarmente de acordo com seu juízo de oportunidade, sujeitando todo o tribunal. Nas palavras do autor, "[o STF] tornou-se um tribunal de 11 bocas e 11 canetas dotadas de poder para, sozinhas, tomar decisões (ou não decisões) que geram efeitos irreversíveis".

Em resposta às críticas de Mendes, o Ministro do STF Luis Roberto Barroso[52] chega a reconhecer que a corte passa por um processo de "monocratização", apontando como sua causa a enorme carga de processos que chega à cúpula do judiciário, o que impediria que todos fossem julgados no plenário. Segundo ele, algumas das soluções para esse problema passariam, dentre outras medidas, pela diminuição do número de Recursos Extraordinários admitidos anualmente e um acordo de cavalheiros entre os julgadores, no sentido de não decidirem questões institucionalmente relevantes na forma monocrática.

De fato, é preocupante que pautas de grande relevância para o Estado brasileiro sejam decididas por um único indivíduo sem legitimidade democrática, em que pese compor o órgão judicial máximo do país.[53] Ainda mais quando se verifica que esse fenômeno crescente de "monocratização" pode estar contribuindo para a politização da jurisdição do STF explorada neste artigo.

Não se ignora, do mesmo modo, que é impossível obter neutralidade plena dos julgadores. Cada juiz possui experiências de vida e convicções diversas. Não há como afastá-las completamente no momento de julgar. O que se recomenda, numa perspectiva republicana, não é que magistrados sejam neutros, já que tal posição é impossível. O que se exige é que sejam imparciais e, nesta condição, enviem claras e inequívocas mensagens à sociedade por meio de seus votos e decisões. Onde reside a autoridade de qualquer órgão do Poder Judiciário? No respeito às decisões, na certeza de que foram tomadas de maneira imparcial e que a aplicação de hoje será também a de amanhã.

CONCLUSÃO

A judicialização da política e a justiça política são noções que devem ser distinguidas. Esta pesquisa foi movida pela preocupação de que a politização da justiça representa um problema considerável para as democracias contemporâneas, especialmente no Brasil, haja vista a juventude da democracia brasileira.

---

52 FOLHA. "Operação Abafa" tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. 23 fev. 2018. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>. Acesso em: 3 mar. 2018.

53 Embora o desvendamento das causas dessa "monocratização" não caiba no propósito do presente trabalho, pode-se imaginar que a forma de indicação, eminentemente política, dos ministros da Corte tenha alguma influência nisso.

Entendeu-se que a exposição dos acontecimentos de Weimar poderia lançar luzes sobre a nova perspectiva de compreensão das formas de atuação política do Judiciário. Após pesquisa bibliográfica do comportamento dos juízes e cortes alemãs nessa fase histórica, reconheceu-se o funcionamento de uma justiça política, que julgava com benevolência movimentos políticos reacionários, enquanto aos envolvidos em atividades políticas da esquerda e centro-esquerda foram impostas penas criminais severas.

Examinando-se decisões recentes do STF, referentes à possibilidade de decretação de prisão preventiva contra Senadores da República e à nomeação de investigados criminalmente para o cargo de Ministro de Estado, concluiu-se que houve uma incoerência nos julgamentos, tendo o resultado variado de acordo com a filiação partidária dos envolvidos. Mesmo diante de situações fáticas equivalentes, como visto, o STF decidiu favoravelmente a membros do grupo político que assumiu o poder – PMDB e PSDB – após o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, e contrariamente a filiados ao PT, situado atualmente na oposição. Com base nisso, pode-se concluir que a instauração de uma justiça política não possui somente a forma já conhecida dos tempos de Weimar. A justiça política também pode ocorrer entre nós, em diversas e distintas roupagens.

Não esteve entre as pretensões deste artigo defender que o comportamento politizado do STF equipara-se em grau à situação do Judiciário de Weimar, mas, sim, que um estado político-institucional da mesma espécie – a politização da justiça – pode ser visto no Brasil atual. De fato, objetivou-se demonstrar que a recente atuação do STF deve levantar suspeitas sob suas supostas imparcialidade e externalidade às movimentações político-partidárias.

Ao impor uma punição legal somente a um dos polos do jogo político, não a aplicando a outro, o STF facilita que o grupo protegido prevaleça, agindo, dessa forma, de maneira partidária. As sanções legais, se impostas exclusivamente ao PT, ocasionam gravames a apenas uma organização partidária, a permitirem que seus adversários restem em situação mais confortável perante a opinião pública.

Não cabe aos juízes interferir no resultado do jogo político-partidário em qualquer grau ou forma. Aos partidos políticos, representantes do povo, soberano e plural, deve ser conferido tratamento igualitário. Qualquer invasão ilegítima do Judiciário na esfera da política, seja no tocante à judicialização ou à justiça política, deve ser vista com censura em um Estado Democrático que valoriza o pluralismo e a soberania popular.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: o Supremo, seus papéis e seus críticos. *Os Constitucionalistas*. 5 abr. 2017. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o--supremo-seus-papeis-e-seus-criticos>. Acesso em: 25 jul. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 6 abr. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente:* atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar* n. 4.039-DF. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Julgamento: 24/11/2015. Não foi publicada no *DJE* (segredo de justiça). Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao--prender-delcidio.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.070-DF*. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 18/03/2016. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. *DJE* n. 54, divulgado em 22/03/2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=54&dataPublicacaoDj=28/03/2016&incidente=4948823&codCapitulo=6&numMateria=36&codMateria=2>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.609-DF*. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 14/02/2017. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. *DJE* n. 31, divulgado em 15/02/2017. Disponível em: <http://stf. jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=311226749&tipoApp=.pdf> Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Terceiro Agravo Regimental na Ação Cautelar n. 4.327-DF*. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 30/06/2017. Órgão Julgador: Decisão Monocrática. Ainda sem publicação no *DJE* (segredo de justiça). Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/aecio-neves-voltar-senado-determina.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5526*. Relator Min. Edson Fachin. Relator para o Acórdão Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 11/10/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=238 &dataPublicacaoDj=19/10/2017&incidente=4982736&codCapitulo=2&numMateria=30&codMateria=3>. Acesso em 21 out. 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. Constituição não permite prisão processual para parlamentar, afirma Roberto Batochio. *Consultor Jurídico*. 25 nov. 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-nov-25/autor-regra-tema-batochio-ataca-prisao-delcidio>. Acesso em: 21 out. 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. Fachin afasta Aécio e Loures; pedidos de prisão preventiva foram negados. *Consultor Jurídico*. 18 maio 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-18/fachin-afasta-aecio-deputado-pedidos-prisao-plenario>. Acesso em: 24 jul. 2017.

COSTA, Marcelo. Em nota, OAB de São Paulo comemora prisão de senador do PT. *Consultor Jurídico*. 26 nov. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-26/nota-oab-sao-paulo-comemora-prisao-senador-pt>. Acesso em 21 out. 2017.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems*, vol. 65, n. 3, p. 41-68, 2002. Disponível em: <*https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol65/iss3/3*>. Acesso em: 30 out. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações. *Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, ano 1, n. 2, p. 55-71, 2009.

FOLHA. Ministro do STF devolve mandato de Aécio e nega prisão do senador. 4 abr. 2017. *Folha de S.Paulo.* Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1897359--ministro-do-stf-devolve-mandato-de-aecio-no-senado-e-nega-prisao-do-senador.shtml>. Acesso em: 24 jul. 2017.

FOLHA. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. 28 jan. 2018. *Folha de S.Paulo.* Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>. Acesso em: 1º mar. 2018.

FOLHA. "Operação Abafa" tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. 23 fev. 2018. *Folha*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo--ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>. Acesso em: 3 mar. 2018.

G1. Dono da JBS gravou Aécio Neves pedindo R$ 2 milhões, diz jornal; senador nega. 17 maio de 2017. *G1.* Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/dono-da-jbs--gravou-aecio-neves-pedindo-r-2-milhoes-diz-jornal.ghtml>. Acesso em: 24 jul. 2017.

G1. Delação da Odebrecht: Moreira Franco é suspeito de pedir propina para a campanha eleitoral de 2014. 11 abr. 2017. *G1.* Disponível em: <http://g1.globo.com/politica /operacao-lava-jato/noticia/delacao-da-odebrecht-moreira-franco-e-acusado-de-pedir-propina-para-campanha-eleitoral-de-2014.ghtml>. Acesso em: 24 jul. 2017.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy:* the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

KIRCHHEIMER, Otto. *Political justice:* the use of legal procedure for political ends. New Jersey: Princeton University Press, 1961.

KITCHEN, Marti. *A history of modern Germany:* 1800 to the present. 2nd ed. Chichester: Blackwell Publishing, 2012.

KOENEN, Andreas. *Der Fall Carl Schmitt:* sein Aufstieg zum „Kronjuristen des Dritten Reiches". Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1995.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Maurício (Orgs.). *O Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

KOLB, Eberhard. *The Weimar Republic*. Trad. P. S. Falla e R. J. Park. 2nd ed. New York: Routledge, 2005.

MACIEL, Daniela; KOERNER, Andrei. Sentidos de judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102--64452002000200006&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 6 abr. 2018.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 183-202.

MITCHELL, Allan. *Revolution in Bavaria 1918-1919:* the Eisner regime and the Soviet Republic. New Jersey: Princeton University Press, 1965.

NEUMANN, Franz. *Behemoth:* the structure and practice of national socialism 1933-1944. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional:* estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008. Disponível em <http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>. Acesso em: 12 jul. 2017.

SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*: Achte Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

STOLLEIS, Michael. *Geschichte des* öffentlichen *Recht in Deutschland*. Dritter Band. München: Verlag C.H. Beck, 1999.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso:* constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev. mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Tornbjörn. *The global expansion of judicial power:* the judicialization of politics. New York: New York University Press, 1995.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Bauman. *A judicialização da política e das relações sociais*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Data de recebimento: 06/04/2018

Data de aprovação: 06/07/2018

A PROTEÇÃO PROCESSUAL DO SEGURADO: A TUTELA ANTECIPADA RECURSAL NA APOSENTADORIA ESPECIAL

THE PROCEDURAL PROTECTION OF THE INSURED: THE PREVIOUS RECURSUAL PROTECTION IN THE SPECIAL RETIREMENT

*Luís Henríque Barbante Franzé**
*Mário Lúcio Garcez Calil***
*Larissa Fatima Russo Françoso****

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é, por meio de pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa, por meio do procedimento dedutivo, analisar as hipóteses nas quais o segurado faz jus à aposentadoria especial, os documentos necessários à sua obtenção e a possibilidade de, após uma sentença de mérito, obter a tutela recursal antecipada. Justifica-se o presente estudo, tendo em vista que é dever dos órgãos jurisdicionais garantir a eficácia pro-

* Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2011). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (2001). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (1990). Atualmente é advogado militante; professor nos programas de Mestrado e graduação do Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha (Univem) e professor na graduação da Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). Líder do grupo de pesquisa Constitucionalização do Direito (Codip). Relator na 10ª Turma do Tribunal de Ética da OAB-SP. Líder do grupo de pesquisa "Constitucionalização do Direito (CODIP)", vinculado ao Programa de Mestrado em Direito do Univem. E-mail: lhbfranze@gmail.com.

** Estágio pós-doutoral e estudos em nível de pós-doutorado pela Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Mestre em Direito. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Univem. Professor Adjunto IV da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Vice-líder do grupo de pesquisa "A intervenção do poder público na vida da pessoa", vinculado ao Programa de Mestrado do Univem. E-mail: mario.calil@yahoo.com.br.

*** Mestranda em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (Univem). Bolsista CNPq sob orientação do Prof. Dr. Lafayette Pozzoli. Integrante do grupo de estudo e pesquisa Direito e Fraternidade, vinculado ao CNPq-Univem. Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Presidente da Comissão das Mulheres Advogadas da subseção de Osvaldo Cruz/SP. Advogada. E-mail: larissa.francozo@hotmail.com.

cessual, especialmente nas demandas previdenciárias, notadamente nos casos de aposentadoria especial, contexto no qual a tutela recursal antecipada demonstra ser capaz de amenizar a morosidade jurisdicional. Concluiu-se que a tutela recursal antecipada é instrumento hábil para efetivar o direito à aposentadoria especial, iniciando os pagamentos do benefício, essenciais à sobrevivência do segurado, bem como sua retirada do ambiente danoso.

Palavras-chaves: Aposentadoria especial; Tutela recursal antecipada; Benefício; Sobrevivência; Retirada do ambiente danoso.

ABSTRACT

The objective of this study is, through a bibliographical research, a qualitative approach, through the deductive procedure, to analyze the hypotheses in which the insured is entitled to the special retirement, the documents necessary to obtain it and the possibility after a judgment of merit, obtain the pre-trial remedy. The present study is justified, since it is the duty of the courts to guarantee procedural efficiency, especially in social security claims, especially in the case of special retirement, a context in which recourse to recourse to early appeals proves to be liable to reduce delays in the courts. It was concluded that early recourse protection is a skillful tool to effect the right to special retirement, initiating the benefits payments, essential to the survival of the insured, as well as their removal from the harmful environment.

Keywords: Special retirement; Pre-trial remedy; Benefit; Survival; Withdrawal from the harmful environment.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é, por meio de pesquisa bibliográfica, de caráter qualitativo, por procedimento dedutivo, analisar as hipóteses nas quais o segurado tem direito à aposentadoria especial, quais os documentos necessários à sua obtenção e a possibilidade de, após uma sentença de mérito, lograr a tutela recursal antecipada.

Durante sua vida laboral, o trabalhador contribui para a seguridade social, preenchendo, ao final dela, os requisitos legais para a aposentadoria, como o tempo de carência e o reconhecimento da natureza especial das atividades desempenhadas. Apesar disso, o INSS, em boa parte dos casos, nega esse direito na via administrativa.

Apesar de o judiciário dever reformar esse tipo de decisão, proporcionando aos jurisdicionados a concretização tempestiva de seus direitos, compatível com a velocidade dos tempos atuais, em boa parte das vezes, o segurado especial, ao socorrer-se da jurisdição, tem de aguardar, por anos, o trânsito em julgado da decisão, inutilizando o provimento.

Ocorre que a morosidade é ainda mais prejudicial no contexto dos processos nos quais se pleiteia a aposentadoria especial, nos quais o jurisdicionado se encontra exposto a algum tipo de agente prejudicial à sua saúde ou à sua integridade física, de modo que a tutela recursal antecipada é um método processual apto a acelerar o processo, tornando-o mais justo.

Na tutela de recursal de urgência, busca-se antecipar os efeitos de uma futura decisão, concretizando a pretensão daquele que se socorre do judiciário, amenizando os efeitos da morosidade processual e dividindo os ônus do tempo do processo, de modo que o jurisdicionado possa obter com o processo um resultado útil.

Nesse sentido, a tutela recursal antecipada deve ser efeito do recurso, diferentemente do efeito suspensivo que comumente se aplica aos recursos, inclusive, no que concerne às consequências de cada um dos institutos a respeito do benefício previdenciário em questão. Verifica-se, nesse sentido, que a tutela antecipada recursal é um mecanismo eficaz.

Justifica-se o presente estudo, tendo em vista que é dever dos órgãos jurisdicionais garantir a eficácia processual, especialmente nas demandas previdenciárias, notadamente nos casos de aposentadoria especial, contexto no qual a tutela recursal antecipada demonstra ser capaz de amenizar a morosidade jurisdicional.

APOSENTADORIA ESPECIAL: CONCEITOS INICIAIS

No Brasil, há vários tipos de benefícios previdenciários, dentre eles, a aposentadoria especial, conhecida como "espécie 46", prevista, especificamente, nos arts. 57 e 58 da Lei 8.213/91, concedida aos que laboraram quinze, vinte ou vinte e cinco anos em condições insalubres, penosas ou perigosas.[1]

Para a concessão do benefício, é necessário que, durante o período de contribuição, o trabalhador tenha, ininterruptamente, ficado exposto a condições nocivas à saúde ou à integridade física[2], não podendo, desse modo, serem acrescentados na contagem atividades comuns, o período de gozo de benefícios por incapacidade, ou período rural.[3]

Assim, é necessário que o trabalhador tenha exercido suas funções em ambientes nocivos à saúde ou à integridade física. São considerados nocivos os

---

1 "Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei" (BRASIL, *Lei 8.213,* 1991, n.p.).

2 "Art. 57. [...] § 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado" (BRASIL, *Lei 8.213,* 1991, n.p.).

3 "Somente se durante todo o período contributivo o trabalhador estiver exposto à condições nocivas ou perigosas à sua integridade física e/ou saúde é que fará jus à aposentadoria especial; caso contrário, o tempo trabalhado sujeito a condições especiais deverá ser convertido em tempo de serviço comum e, consequentemente, será deferida a aposentadoria por tempo de serviço comum (integral ou proporcional, conforme o caso)" (GODOY, Fabiana Fernandes. *Manual prático da advocacia previdenciária*. 7. ed. Leme: JHMizuno, 2017. p. 139).

agentes químicos, físicos, biológicos e os perigosos. A exposição também deve ser habitual e permanente, de modo que o segurado labora, todos os dias, durante toda a jornada de trabalho, exposto à nocividade.[4]

Por isso é que, para a concessão do benefício, não basta apenas a carência exigida, como também o é a comprovação da efetiva exposição aos agentes nocivos, que se encontram relacionados na Portaria 3.214, de 8 de junho de 1978, que versa sobre as denominadas NRs (Normas Regulamentadoras).

Essa comprovação deve ser realizada pelo Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), de acordo com o art. 58 da Lei 8.213/91,[5] regulamentado pelo Decreto 3.048/99. É um formulário do qual constam as informações do empregado e da empresa, a atividade exercida, a eventual exposição a riscos e a descrição, intensidade e concentração do agente nocivo.

O PPP deve ser preenchido com base no Laudo Técnico das Condições Ambientais de Trabalho (LTCAT), que auxilia as agências do INSS a caracterizar o exercício de atividades especiais. Os métodos e procedimentos de levantamento ambiental dos agentes nocivos são regidos pelas Normas de Higiene Ocupacional (NHO) da Fundacentro.[6]

---

4 "Considera-se tempo de trabalho para fim de aposentadoria especial os períodos correspondentes ao exercício de atividade permanente e habitual (não ocasional nem intermitente), durante toda a jornada de trabalho, em cada vínculo, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física" (TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 170).

5 "Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo. § 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista. § 2º Do laudo técnico referido no parágrafo anterior deverão constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo. § 3º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta Lei. § 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento" (BRASIL, 1991, n.p.).

6 "O Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é um formulário que possui campos a serem preenchidos com todas as informações relativas ao empregado, como por exemplo, a atividade que exerce, o agente nocivo (como ruído, calor, poeiras, vibrações etc.) ao qual está exposto, a intensidade e a concentração do agente, exames médicos clínicos, além de dados referentes à empresa. A partir de 1º de janeiro de 2004, conforme estabelecido pela Instrução Normativa INSS/DC n. 9, de 5 de dezembro de 2003, a Previdência Social determinou às empresas o preenchimento do formulário de PPP, em substituição aos formulários antigos" (OLIVEIRA,

Os limites de tolerância são estabelecidos pela NR-15 do Ministério do Trabalho e Emprego. O PPP deve ser concedido a cada trabalhador, independentemente de se encontrar exposto ao meio ambiente nocivo à saúde e à integridade física, pois somente esse documento pode dizer sobre as condições de trabalho do segurado.[7]

A permanência do trabalhador em um ambiente nocivo é drástica, de modo que a aposentadoria especial busca reparar financeiramente o segurado pelos males a ele causados.[8] Em decorrência da diminuição do tempo para a concessão da aposentadoria e pela nocividade do trabalho, a aposentadoria especial é uma subespécie da aposentadoria por invalidez.[9]

Tanto é que, ao se aposentar nessa modalidade, o segurado deve se afastar das atividades prejudiciais. Essa retirada deve ocorrer porque os agentes maléficos diminuem sua expectativa de vida útil, causando-lhe lesões, doenças ou sequelas que, muitas vezes, são irreversíveis, de modo que essa obrigatoriedade busca proteger o trabalhador, retirando-o do ambiente nocivo.

Assim, a redução do tempo de contribuição para a concessão do benefício de aposentadoria especial ocorre porque o ambiente de trabalho é excessivamente agressivo à saúde ou à integridade física do trabalhador, de modo que é necessária a sua saída antecipada, de modo a evitar danos irreparáveis.

DIFERENÇAS ENTRE OS EFEITOS RECURSAIS SUSPENSIVO E ANTECIPATIVO

A tutela antecipada recursal, também denominada efeito "antecipativo", difere do efeito suspensivo dos recursos, também conhecido como efeito "ativo" ou "suspensivo ativo". Trata-se de uma forma de antecipação de tutela, aplicada ao âmbito recursal, que busca concretizar os efeitos da decisão recorrida, antes do seu trânsito em julgado.

Uanderson Rébula de. *Perfil Profissiográfico (PPP), Laudo Técnico (LTCAT) e aposentadoria especial*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 10).

7 OLIVEIRA, Uanderson Rébula de. *Perfil Profissiográfico (PPP), Laudo Técnico (LTCAT) e aposentadoria especial*, cit., p. 10-11.

8 "A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Ou seja, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas" (VACARO, Jerri Estevan; PEDROSO, Fleming Salvador. Reabilitação profissional e a aposentadoria especial nas doenças ocupacionais. *Revista Brasileira de Medicina do Trabalho*, n. 11, v. 2, p. 50-56, 2013. p. 53).

9 "Para alguns, este benefício seria uma espécie de aposentadoria por invalidez antecipada, na medida em que proporciona a aposentação antes do segurado ser efetivamente incapacitado pelos agentes nocivos a que está exposto" (IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de direito previdenciário*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 552).

O efeito suspensivo somente impede que a decisão *a quo* produza efeitos: uma vez que determinou o pagamento do benefício de aposentadoria especial, desde a data do requerimento administrativo, o efeito suspensivo impedirá que o INSS comece a pagar ao segurado a sua aposentadora até o julgamento do recurso.[10]

A suspensão da exigibilidade da sentença é, portanto, uma consequência do efeito suspensivo.[11] Nos casos em que o jurisdicionado obteve resposta favorável ao seu pedido de aposentadoria especial, a concessão desse efeito produziria danos imensos, pois o segurando ainda precisaria permanecer no ambiente nocivo até o julgamento do recurso.

Mutatis mutandis, nos casos em que os juízes negam o pedido inicial nas ações previdenciárias que buscam a aposentadoria especial, o efeito suspensivo nada significaria, pois é impossível suspender os efeitos de uma decisão que em nada alterou o mundo fenomênico.

O recorrente que teve o seu pedido negado em primeiro grau, ao pleitear a tutela recursal antecipativa, busca que o juízo *ad quem* decida em um sentido "positivo", substituindo a decisão *a quo*, adiantando efeitos que somente seriam atingidos no julgamento final do recurso, antecipando, portanto, os efeitos de uma decisão que ainda não existe.

Caso a parte interponha recurso e pleiteie a antecipação da tutela recursal, o juízo que o recebe deverá verificar se, na decisão atacada, estão presentes os pressupostos para a concessão da tutela de urgência[12] ou da tutela de evidência[13] para, somente então, conceder o efeito almejado.

---

10 "O efeito suspensivo é aquele que provoca o impedimento da produção imediata dos efeitos da decisão que se quer impugnar. É interessante notar que, antes mesmo da interposição do recurso e pela simples possibilidade de sua interposição, a decisão ainda é ineficaz. Isso porque não é o recurso que tem efeito suspensivo, tendo antes o condão de prolongar a condição de ineficácia da decisão" (DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 141).

11 "Há decisões que somente produzem efeitos depois de escoado o prazo recursal para sua impugnação – como, por exemplo, a sentença. Nestes casos, afirma-se que o recurso é recebido no efeito suspensivo, embora esse não suspenda propriamente os efeitos da decisão recorrida (uma vez que ainda não foram gerados), mas evite que a decisão produza efeitos até o julgamento do recurso (art. 995)" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo. RT, 2015. v. 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum, p. 5424).

12 "Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão" (BRASIL, Código de Processo Civil, 2015, n.p.).

13 "Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito" (BRASIL, *Código de Processo Civil*, 2015, n.p.).

Desse modo, a tutela antecipativa é também um efeito do recurso, pois o juízo *ad quem*, ao recebê-lo, depara-se apenas com os pedidos das partes, por meio de suas respectivas peças processuais, de modo que deverá antecipar o resultado do futuro julgamento que será realizado pelo Tribunal.

Ficam evidentes, então, as diferenças entre o efeito suspensivo e efeito antecipativo, uma vez que um tem a capacidade de suspender a eficácia de uma decisão proferida na primeira instância, enquanto o outro antecipa o julgamento do recurso, o que impede a confusão entre as naturezas de ambos.

No contexto da aposentadoria especial, tratar a antecipação de tutela recursal como efeito do recurso equivale a garantir ao segurado uma decisão que concretiza o seu direito, concedendo o benefício e retirando-o do ambiente nocivo, cumprindo os requisitos da Lei 8.213, de 1991.

A TUTELA RECURSAL ANTECIPADA NA APOSENTADORIA ESPECIAL

Para obter o benefício, o segurado deve procurar uma das agências do INSS para protocolar seu pedido de aposentadoria especial, instruído pela documentação obrigatória e documentação complementar, a exemplo do LTCAT, e os holerites dos quais constem os adicionais de periculosidade ou insalubridade.

Mesmo assim, no momento da perícia médica, o INSS, muitas vezes, deixa de enquadrar os períodos requeridos como atividade especial, sob fundamentações vagas e padronizadas, o que faz com que o segurado seja forçado a procurar o Poder Judiciário, na tentativa de obter uma solução devida.

Desse modo, o segurado vai à Jurisdição com o objetivo de concretizar sua pretensão à concessão da aposentadoria especial e, consequentemente, o pagamento mensal do benefício e a saída do ambiente de trabalho nocivo. Em decorrência da natureza do pedido, a tutela jurisdicional deveria ser célere e efetiva, tendo em vista a natureza urgente do pedido.

Ocorre que, para decidir com força de coisa julgada, deverá exarar um juízo de cognição exauriente. Nesse contexto, as partes dispõem de várias formas e procedimentos probatórios, almejando a imutabilidade da sentença de mérito, "[...] após os meios adequados e razoáveis de participação dos litigantes na formação do convencimento do juiz".[14]

Assim, para reunir condições de sentenciar, aplicando, adequadamente, o direito ao caso dos autos, o julgador deverá analisar as alegações de fato e de direito apresentadas pelas partes, fixar os pontos controvertidos que merecem

---

[14] ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 21.

solução, apreciar as provas, interpretar os princípios e os dispositivos legais para, então, determinar a norma para o fato concreto.[15]

Se o jurisdicionado obtém êxito em sua pretensão, por meio da concessão do benefício de aposentadoria especial, ocorre a maior aproximação possível entre o magistrado e a realidade, no sentido de um alto grau de probabilidade do preenchimento os requisitos legais para a referida concessão.

Nas ações previdenciárias de aposentadoria especial, as petições iniciais chegam ao Poder Judiciário instruídas com várias provas do preenchimento desses requisitos, bem como, no decorrer do processo, é construída e juntada prova pericial, feita por engenheiro imparcial, nomeado pelo magistrado.

Mesmo assim, há casos nos quais o magistrado não concede a tutela antecipada voltada a determinar o pagamento imediato do benefício, ou defere efeito suspensivo ao recurso interposto pelo INSS, o que fará com que o segurado fique mais tempo exposto ao ambiente nocivo de trabalho.

Caso não seja concedida a antecipação da tutela, a decisão somente produzirá efeitos após o trânsito em julgado. Se, *v.g.*, a sentença foi impugnada por apelação com efeito suspensivo, sua eficácia ficará sobrestada. Ocorre que, não raramente, os recursos demoram anos para ser julgados.

Assim, a tutela recursal antecipada é um meio apto à concretização do direito à aposentadoria especial, uma vez que antecipará os efeitos da decisão do tribunal e, consequentemente, permitirá ao trabalhador que cesse de frequentar o meio nocivo à sua saúde, também dividindo os ônus do tempo do processo entre as partes.

A antecipação dos efeitos do provimento é uma modalidade de tutela jurisdicional diferenciada. Se a tutela for entregue apenas no final de um processo moroso, a partir do trânsito em julgado da ação, o passar do tempo poderá fazer com que a decisão perca seus efeitos práticos.

No caso em que o juiz de primeira instância reconhece o direito à aposentadoria especial, sem, contudo, determinar que o INSS arque de imediato com o benefício, não há motivo para que o juízo *ad quem* não conceda a tutela recursal antecipada, uma vez que o resultado do processo corrobora a necessária segurança jurídica, bastando que se torne efetiva.

Essa situação deve ser denominada "efeito antecipativo", pois permite o adiantamento das consequências do pedido realizado nas razões recursais,

---

15 "Embora a verdade deva ser perseguida, o importante é que o processo seja capaz de municiar o julgador com todos os elementos relevantes para justificar a sua decisão, aproximando-o da maior medida possível da realidade retratada nas alegações das partes, nos limites do empiricamente alcançável, e conduzindo-o a um juízo máximo sobre as premissas fáticas necessárias para o julgamento: o juízo de certeza" (BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 30).

adiantando os efeitos do futuro julgamento do recurso.[16] Trata-se de algo necessário, tendo em vista ser a morosidade judicial uma constante no Brasil.

Nas ações previdenciárias, o tempo de espera do julgamento é ainda maior, pois Tribunais Regionais Federais abarcam grandes regiões. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontou que o TRF 4 apresenta o menor tempo de baixa dos processos na fase de conhecimento (1,4 anos), porém, o maior tempo da fase de execução (7,5 anos).[17]

De modo a amenizar esse tempo de espera, dividindo os ônus da morosidade judicial e evitando a inutilização do direito material pleiteado, existe a tutela recursal antecipada: "[...] se encaramos a medida antecipativa recursal como efeito do recurso, teremos meios mais palpáveis a sua aplicabilidade".[18]

Nesse sentido, ao pleitear o benefício da tutela antecipada recursal, com a decisão favorável do magistrado para que seja concedida, ocorrerá a imediata saída do trabalhador do ambiente nocivo à sua saúde e integridade física, cumprindo o objetivo constante do art. 57, § 8º, da Lei 8.213/91.[19]

Nesses casos, a antecipação da tutela recursal atende a uma situação de emergência, qual seja, a retirada do trabalhador do meio nocivo e a necessária concessão do benefício previdenciário mensal. Assim, afasta o perigo de dano e de ineficácia ao direito em função da demora na prestação da tutela definitiva.

As ações previdenciárias têm evidente caráter alimentar, tendo em vista que buscam o pagamento de benefício financeiro, voltado à sobrevivência do trabalhador. Como se não bastasse, muitos segurados se encontram em idade avançada, realidade que torna comuns os pedidos de habilitação de herdeiros após a morte do requerente.

Nesse sentido, o indeferimento do pedido de antecipação da tutela recursal acarreta gigantescos danos aos segurados previdenciários. Mais do que isso, a jurisdição deve proporcionar aos cidadãos a rápida concretização de seus direitos,

---

16 "Para exemplificarmos a relação de dependência dentre o recurso e a tutela antecipativa de seus efeitos, podemos usar o inc. III do art. 527 do CPC, que outorga poderes ao relator, inclusive, para '(...) deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal. Comunicando ao juiz sua decisão'. Ora, nesse exemplo, o agravo de instrumento é condição necessária para a concessão da medida antecipativa recursal. O mesmo ocorre em relação aos demais recursos, pois, se inexistirem, não será possível a concessão do efeito antecipativo. Essa dependência nos levou a conclusão de que a medida antecipativa recursal (que denominamos efeito antecipativo) é um efeito do recurso, que incide na presença dos pressupostos do art. 273 do CPC, isto é, trata-se de efeito de incidência dependente" (FRANZÉ, Luis Henrique Barbante. *Tutela antecipada recursal.* 4. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 162-163).

17 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números.* Brasília: CNJ, 2016.

18 FRANZÉ, Luis Henrique Barbante. *Tutela antecipada recursal*, cit., p. 164.

19 "Art. 57. [...] § 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei" (BRASIL, *Lei 8.213,* 1991, n.p.).

pois a sociedade brasileira é regida pela rapidez, muitas vezes incompatível com a morosidade judicial.[20]

Ao contrário, porém, os órgãos jurisdicionais devem assegurar a máxima eficácia à tutela jurisdicional, de modo que o jurisdicionado obtenha o máximo proveito de seu direito. Nesse sentido, a concessão da tutela recursal antecipada é uma maneira de o segurado fruir de seu benefício de forma célere e efetiva, retirando-se também do ambiente nocivo.

CONCLUSÃO

Terá direito à aposentadoria especial o segurado que labore quinze, vinte ou vinte e cinco anos exposto a ambientes nocivos à sua saúde ou integridade física, sendo considerados nocivos à saúde os agentes físicos, biológicos, químicos e perigosos, conforme definido nas NRs aprovadas pela Portaria 3.214, de 8 de junho de 1978.

Para a concessão do benefício acima citado, é recomendado que o segurado instrua seu pedido no INSS com os holerites dos quais conste o pagamento de adicional de insalubridade ou periculosidade, o PPP, e, se possível, o LTCAT, a fim de comprovar a efetiva exposição aos agentes nocivos à sua saúde e integridade física.

Mesmo comparecendo com toda a documentação, o INSS muitas vezes nega aos trabalhadores o benefício em questão, por exemplo, sob alegação de que os períodos não foram enquadrados como atividades especiais, com fundamentações padronizadas e vagas. Nessas situações, apenas resta ao segurado procurar o Poder Judiciário.

A Jurisdição decidirá sobre a questão, determinando as medidas necessárias à concretização, à manutenção ou à reparação do direito lesionado. Para tanto, faz-se necessário que a tutela jurisdicional se dê em tempo hábil, para que o segurado possa fruir do pagamento mensal, bem como para se retirar, o quanto antes, do ambiente nocivo de trabalho.

Muitas vezes, contudo, anos se passam até a obtenção de uma sentença de mérito que, mesmo assim, não assegura o direito pleiteado, pois o juízo *ad quem* ainda pode rever a decisão. No mesmo sentido, caso o segurado não tenha obtido sua pretensão, também poderá recorrer. Os prejuízos com a demora no provimento, todavia, são inteiramente suportados pelo segurado.

O efeito suspensivo, ao ser concedido, impede que o pronunciamento produza os seus efeitos, de forma que o segurado, que trabalha em condições danosas

---

[20] "Considera-se, assim, efetivo o processo que confere no menor lapso de tempo a solução adequada ao conflito levado à submissão decisória da justiça. Compõe-se o binômio 'fazer bem e depressa' ou 'rapidez e segurança', a que se referia a doutrina clássica do processo cautelar. O processo, enfim, será tanto mais eficaz quanto mais rápido for o seu resultado" (FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 52).

há anos, continuará em contato com os agentes nocivos ainda por um longo tempo, até a obtenção da decisão definitiva, caso sobreviva.

Nesses termos, o efeito suspensivo não deve ser confundido com a tutela recursal antecipada, já que são institutos diversos, com consequências diferentes, já que este tem o condão de adiantar os efeitos de uma decisão futura, especialmente quando o juiz, apesar de deferir o benefício, não concede, na sentença, a antecipação dos efeitos do provimento.

Diante disso, a tutela recursal antecipada é um meio eficaz para amenizar a morosidade judicial e, consequentemente, aumentar a efetividade do processo, especialmente nas demandas previdenciárias visando à aposentadoria especial, tendo em vista que é capaz de assegurar, o quanto antes, a saída do segurando do ambiente prejudicial.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. *Código de Processo Civil*. 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. *Lei 8.213/1991*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 mar. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador. Editora Juspodivm, 2016.

FRANZÉ, Luis Henrique Barbante. *Tutela antecipada recursal*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GODOY, Fabiana Fernandes de. *Manual prático da advocacia previdenciária*. 7. ed. Leme: JHMizuno, 2017.

IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de direito previdenciário*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

OLIVEIRA, Uanderson Rébula de. *Perfil Profissiográfico (PPP), Laudo Técnico (LTCAT) e aposentadoria especial*. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. *Aposentadoria especial*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VACARO, Jerri Estevan; PEDROSO, Fleming Salvador. Reabilitação profissional e a aposentadoria especial nas doenças ocupacionais. *Revista Brasileira de Medicina do Trabalho*, n. 11, v. 2, p. 50-56, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Data de recebimento: 15/03/2018

Data de aprovação: 24/04/2018

AÇÃO COMUNICATIVA COMO PARADIGMA DE UMA SOCIEDADE GLOBAL INCLUSIVA: O ACOLHIMENTO DE REFUGIADOS

COMMUNICATIVE ACTION AS A PARADIGM OF AN INCLUSIVE GLOBAL SOCIETY: REFUGEE RECEPTION

José Edmilson de Souza Lima*
Roberto José Covaia Kosop**

RESUMO

O presente artigo pretende aproximar do campo jurídico a teoria de Jürgen Habermas, em especial a concepção de Ação Comunicativa como um instrumento à materialização dos direitos humanos, sob um enfoque internacional. O problema social observado tangenciou os movimentos migratórios ao continente europeu e as permissões de acessibilidade a partir de uma epistemologia inclusiva. Desta forma, por intermédio de um enfoque interdisciplinar e bibliográfico, percorre-se o conceito de modernidades múltiplas para demonstrar os diferentes efeitos da globalização nas realidades subalternizadas por um discurso hegemônico, a importância de um ambiente plural para o reconhecimento do Outro e, finalmente, a Ação Comunicativa como concretude para a formação de uma democracia participativa. Conclui-se que a figura estatal, embasada nestes pressupostos, deve acolher os movimentos migratórios, sob pena

* Doutor e Pós-Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Sociologia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina. Licenciado e Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Atualmente é pesquisador e docente do Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UniCuritiba) e do Programa de Pós-Graduação em Meio Ambiente e Desenvolvimento (PPGMADE) da Universidade Federal do Paraná (UFPR). E-mail: zecaed@hotmail.com.

** Doutorando em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UniCuritiba); Pós-Graduando em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMinas) e em Direito Contratual da Empresa pelo Centro Universitário Curitiba (UniCuritiba). Graduado em Direito pela mesma instituição; Atualmente é Vice-Presidente Regional Sul da Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI 2017/2019). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). E-mail: roberto_kosop@hotmail.com.

de incorrer em uma violação material e epistemológica dos direitos humanos contemporâneos.

Palavras-chave: Sociologia jurídica; Democracia participativa; Modernidades múltiplas.

ABSTRACT

This article intends to bring the Jürgen Habermas theory closer to the juridical field, especially the conception of Communicative Action as an instrument for the materialization of human rights, under an international approach. The social problem observed touched the migratory movements to the European continent and the permissions of accessibility from an inclusive epistemology. Thus, through an interdisciplinary and bibliographical approach, the concept of multiple modernities was used to demonstrate the different effects of globalization on the realities subalternized by a hegemonic discourse, the importance of a plural environment for the recognition of the Other, and finally, the Communicative Action as concreteness for the formation of a participatory democracy. It is concluded that the state figure, based on these assumptions, must accommodate migratory movements, otherwise it will incur a material and epistemological violation of contemporary human rights.

Keywords: Sociology of law; Participative democracy; Multiple modernities.

INTRODUÇÃO

O processo de globalização trouxe a intensificação de diversos movimentos existentes que desafiam, constantemente, os institutos políticos e jurídicos atuais. O interesse pela discussão de conceitos como identidade, cidadania e solidariedade transcende as barreiras do campo jurídico, necessitando de um aporte interdisciplinar para avaliar as consequências das múltiplas modernidades que se averiguam na sociedade global.

Diante de uma pluralidade dos núcleos sociais e da aproximação dos polos globais, a fim de que propicie o reconhecimento do Outro, práticas habituais e normas de cunho moral são proferidas sob um caráter de coordenação das ações. Não se trata de controle social ou qualquer forma de alienação das massas, conforme alertava a filosofia arendtiana, mas, sim, da permissão de acessibilidade, seja geográfica ou social de todos para com todos.

Ocorre que as turbulências da modernidade, originadas de conflitos religiosos, políticos e culturais, aforaram movimentos migratórios no intuito de procurar refúgio além daqueles limites que os sujeitos estariam concentrados. A migração de pessoas de parte da África, dos Bálcãs e do Oriente Médio para a Europa Ocidental é um fato que permite tencionar a percepção ocidental dos direitos humanos e da soberania nacional diante de fatos atentatórios à dignidade de sujeitos que não seriam cidadãos originários dos países visados como refúgio.

Desta forma, preocupando-se com a percepção do Outro e de seu reconhecimento como um igual, especialmente em situações de risco, o presente trabalho questiona qual seria o agir justo da figura estatal diante do deslocamento de refugiados. Baseando-se em uma pesquisa bibliográfica interdisciplinar, ressaltando conceitos retirados da filosofia habermasiana, pretende-se fundamentar a intenção de que o Estado deve ampará-los, com a finalidade de materializar a intenção de dignidade humana, tão valorizada pelo campo jurídico, e, caso não realize ações para tanto, estará incorrendo na possibilidade do agir tirânico e na contramão do desenvolvimento de Estados plurais e multidimensionais.

Percorrer-se-á um caminho investigatório que, de antemão, apresentará a temática sob o aspecto da Anistia Internacional ao denunciar a problemática de refugiados na Europa. Em segundo lugar, ancorar-se-á a pesquisa no período de globalização presente, em especial, pelo fenômeno das Modernidades Múltiplas, pois, tratando-se de uma proposta a partir das margens epistemológicas, tendo como centro o continente europeu, e, como tais, são fundantes para perceber as distintas realidades existentes na sociedade global.

Consequentemente, tais criações permitem a existência de um pluralismo jurídico e social que seja um ambiente saudável para o reconhecimento do Outro como um paradigma a ser ultrapassado para a materialização da proposta formulada pela corrente dos direitos humanos e, por fim, demonstrar-se-á como, a partir da ação comunicativa proposta pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, associado à Teoria Crítica da Escola de Frankfurt,[1] possibilita a criação de propostas dialógicas que venham a materializar a inclusão de sujeitos até então tidos como estranhos à destinação que aguardam.

PROBLEMATIZANDO OS PROCESSOS MIGRATÓRIOS

Atualmente, o número de migrantes e refugiados que é encontrado com destino rumo ao continente europeu tem crescido exponencialmente. A necessidade de escapar das adversidades porvindouras de perseguição política, religiosa e cultural, concomitantemente a atos de violência, muitas vezes originários do Estado natal destes sujeitos, impulsiona-os a se aventurar em ambientes hostis.

---

[1] A Escola de Frankfurt incorporou a moderna Teoria Crítica da Sociedade, em grande escala se caracterizando como neomarxista. Ao lado de Jürgen Habermas, têm-se outros grandes filósofos como Theodor Adorno, Herbert Marcuse e Erich Fromm. "Nas áreas da sociologia e da filosofia política, a Teoria Crítica foi além da interpretação e da compreensão da sociedade; ela se esforçou para sobrepujar e destruir todas as barreiras que, em sua visão, mantinham a sociedade presa em sistemas de dominação, opressão e dependência" (GRASS, Claudio. *A Escola de Frankfurt, o Marxismo Cultural, e o politicamente correto como ferramenta de controle*. Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2401>. Acesso em: 19 ago. 2017).

Em que pesem as migrações serem movimentos constitutivos das sociedades contemporâneas e determinantes para a construção de identidades plurinacionais, tanto no continente americano quanto no europeu, no momento atual, os projetos europeus estão na defensiva, reafirmando a identidade nacional contrária ao migrante, que se torna cada vez mais transnacional. "Há uma crise de solidariedade no núcleo da integração europeia e a resistência à integração e o medo das forças de mercado enredaram-se com ansiedades sobre identidade e segurança no futuro, vitimando o multiculturalismo".[2]

Segundo a Anistia Internacional,[3] estima-se que 23 mil pessoas tenham perdido suas vidas na trajetória ao continente europeu, tendo como marco inicial o ano 2000. A segurança não se encontra presente nem durante a trajetória, e, muito menos, no momento em que chegam ao destino esperado.

A União Europeia vem construindo barreiras físicas, em conjunto com os Estados- membros desta organização, com a finalidade de manter os migrantes irregulares para fora dos limites geográficos. A crise de solidariedade é evidente e, sem que haja qualquer forma de consulta àqueles tidos como ilegais no território, medidas desesperadas são tomadas e, muitas vezes, ocasionam políticas de violência e exclusão.

> A fim de "defender" suas fronteiras, a UE financiou sistemas sofisticados de vigilância, forneceu apoio financeiro aos Estados membros em suas fronteiras, como na Bulgária e na Grécia, para fortalecer suas fronteiras, e criou uma agência para coordenar a nível europeu uma equipe de guardas de fronteira.[4]

As chegadas irregulares, por não terem um local específico de demarcação, permitem que haja a criação destes sistemas de vigilância e de medidas drásticas que procedam em asilos e ações mais drásticas do que aquelas direcionadas pelo país originário. Desta forma, "Despidos dos seus direitos, os imigrantes ficam à mercê da soberania exercida pelo Estado no país de destino. Na maioria das vezes, eles perdem sua cidadania plena, o direito de pertencer a uma sociedade e a uma comunidade".[5]

---

2 SCHUMACHER, Aluisio Almeida; SALUM, Gabriel Cunha. Reconhecimento social e orientação de políticas para migrantes e refugiados. *RIDH,* Bauru, v. 5, n. 1, p. 17-36, jan./jun. 2017. p. 19.

3 ANISTIA INTERNACIONAL. *O custo humano da fortaleza Europeia*. Disponível em: <https://anistia.org.br/direitos-humanos/publicacoes/violacoes-de-direitos-humanos-contra--imigrantes-e-refugiados-nas-fronteiras-da-europa/>. Acesso em: 18 ago. 2017.

4 ANISTIA INTERNACIONAL. *O custo humano da fortaleza Europeia*. cit.

5 BRITO, Fausto. *A politização das migrações internacionais:* direitos humanos e soberania nacional. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v30n1/v30n1a05.pdf>. Acesso em: 2017. p. 92.

Na busca pela liberdade e por novas oportunidades, muitos refugiados e migrantes correm o risco de uma detenção a longo prazo, visto a impossibilidade de ações dialógicas ou de um canal de comunicação que possam reconhecer todos os sujeitos como cidadãos hábeis a exercer suas potencialidades em prol da pluralidade das nações.

Assim, tal situação denunciada pela Anistia Internacional permite que haja um confronto contra o imperante éthos preconceituoso que elimina aquele que esteja em desacordo com o ordenamento jurídico, sem questionar os motivos que levam o Outro a estar nesta situação de suposta ilegalidade. De acordo com Habermas,[6] os textos constitucionais, por tratarem-se de uma carga axiológica fundante, podem ser discutidos em um processo democrático amplo que acolha as culturas políticas emergentes.

> Apesar não ter sido superada a questão fundamental da sobreposição da soberania nacional sobre o direito individual, o regime internacional de direitos humanos se impõe como um condicionante importante a ser considerado na análise das políticas migratórias. Não há dúvida de que existe uma tensão entre o regime jurídico internacional que tem por sujeito a nação e um sistema de direitos humanos que tem como sujeito os indivíduos independentes de suas nacionalidades. Os Estados nacionais, ainda que possam ser vulneráveis às pressões internacionais, não se dispõem a abrir mão da sua autodeterminação, ou do seu poder soberano, no que se refere tanto ao controle da mobilidade internacional da população que passa pelo seu país, quanto ao controle sobre a concessão de nacionalidade.[7]

A alteridade necessita ser evidenciada para confrontar as incompatibilidades relacionadas à convivência pluralista. Os mais diversos sistemas jurídicos, portanto, devem enfrentar esta problemática, e "[...] o paradigma do reconhecimento contribui para uma melhor compreensão das condições sociais de integração do migrante na sociedade".[8] Logo, é fundamental que haja a criação de um ambiente que reconheça o Outro como um sujeito dotado de potencialidades e evite a desorientação jurídica no tocante a sua inclusão no mundo da vida.[9]

---

6 HABERMAS apud DEUTSCHE WELLE. *Direito de asilo é direito humano*... Disponível em: <http://www.dw.com/pt-br/direito-de-asilo-%C3%A9-direito-humano-diz-habermas/a-18754106>. Acesso em: 18 ago. 2017.

7 BRITO, Fausto. *A politização das migrações internacionais:* direitos humanos e soberania nacional, cit., p. 93.

8 SCHUMACHER, Aluisio Almeida; SALUM, Gabriel Cunha. Reconhecimento social e orientação de políticas para migrantes e refugiados, cit., p. 30.

9 Habermas entende que o Direito pertence a um domínio diferente *(Lebenswlet)*, ou seja, compõe o mundo da vida, aquele resumido na complexidade de variáveis sociais que condicionam o agir comum. Impregnado de consensos das experiências individuais, "o mundo da vida cria

ENFRENTANDO OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO EM UM AMBIENTE DE MODERNIDADES MÚLTIPLAS

Pensar o desenvolvimento é uma atividade complexa, uma vez que a globalização[10] evidenciada é dificilmente controlada. Não há como negar que a globalização identifica uma tendência histórica de evolução estrutural tanto na formação das nações como na aceleração dos passos individuais rumo às formas inéditas de realidades sociais.

A noção do conceito *universal* aos poucos vem sendo substituída por *globalização*. A universalização invocada pela lógica de produção em ampla escala criou uma imensa intensificação de padrões nascentes desta comunicação moderna, que deixa de considerar as barreiras geográficas. O avanço da Medicina, a aproximação das diferentes moedas internacionais e as novas formas de interação no campo *online* são algumas das inovações trazidas por esta nova moda mundial. Logo, "globalizar-se não é algo que podemos ou queremos fazer, mas é algo que acontece a todos nós".[11]

---

as condições para o diálogo e o consenso, para o encontro das vontades e para a deliberação político-jurídica na dimensão da esfera pública" (BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. A. *Curso de filosofia do direito*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 560). Há o compartilhamento da tradição cultural comum e da comunicação dos valores, identidades e expectativas similares. "O mundo da vida, do qual as instituições são uma parte, manifesta-se como um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais – tudo reproduzido pelo agir comunicativo" (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 42). A linguagem tem um importante papel no campo jurídico, por operar as junções necessárias entre geral e particular, ao codificar as razões objetivas das instituições sociais designadas a cumprir as tarefas constitucionais. Ainda, "na perspectiva do participante, o mundo da vida é um horizonte feito de pré-compreensão, composto da própria linguagem, das evidências culturais (de onde os agentes retiram modelos explicativos que lhes permitem interpretar as situações), das solidariedades dos grupos (que se constituem em torno de determinados valores) e das competências dos indivíduos socializados" (SCHUMACHER, Aluisio Almeida; SALUM, Gabriel Cunha. Reconhecimento social e orientação de políticas para migrantes e refugiados, cit., p. 33).

10 Por globalização, torna-se sadio o entendimento deste fenômeno como uma compreensão de espaço/tempo modificado pela crescente relação econômica e cultural das nações. Tanto em fluxo de capital, bens e pessoas quanto na troca de informações e conceitos jurídicos, a globalização foi capaz de estreitar as barreiras existentes. "Tais fluxos são possíveis devido a suportes físicos (como sistemas de transporte, de comunicação e sistemas bancários), normativos (como as normas de comércio internacional) e simbólicos (como o inglês como língua franca)" (BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 380). Ainda, esta nova integração estreita entre os países ocasiona uma redução dos transpasses artificiais do comércio, propondo um caráter extraterritorial, ou seja, "a globalização tem sido acompanhada pela criação de novas instituições que tem se juntado às já existentes com o objetivo de trabalharem através das fronteiras" (STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios:* a promessa não cumprida de benefícios globais. Tradução de Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Futura, 2002. p. 36).

11 BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*, cit., p. 381.

Por esta afirmação, cria-se uma problemática: ao aceitar a globalização como um processo natural, há uma tendência de naturalização tanto das ordens políticas quanto jurídicas, sem que haja qualquer contestação dos atos imperativos. Ou seja: "[...] o problema da condição contemporânea de nossa civilização moderna é que ela parou de questionar-se".[12]

O campo jurídico, por sua vez, encontra diversas dificuldades em enxergar a cidadania como cerne do desenvolvimento, justamente pela estagnação trazida pelos tempos modernos. "O enorme fosso existente entre o Direito e a sociedade, que é instituído e instituinte da/dessa crise de paradigma, retrata a incapacidade histórica da dogmática jurídica (discurso oficial do Direito) em lidar com a realidade social".[13]

Habermas,[14] apontando a impossibilidade do Estado nação em fornecer as bases para manutenção da cidadania, centraliza este debate na globalização e pela redução do conceito de identidade à identidade nacional, cristalizada em torno de uma única história que não percebe as demais nações a si correlatas.

> Para ele [Habermas], o surgimento do Estado-nação estabeleceu um novo tipo de ligação entre as pessoas – a identidade nacional –, que permitiu combinar uma forma abstrata de integração social em um novo processo político. O nacionalismo incentivou a passagem do *status* de súditos particulares para o de cidadãos. A nação precede a cidadania, pois é no quadro da comunidade nacional que os direitos cívicos podem ser exercidos. Esta visão nacionalista alija os imigrantes e os estrangeiros da cidadania.[15]

Desta forma, Habermas denuncia a visão de muitos Estados contemporâneos: o reconhecimento da cidadania somente para aqueles nascidos em um determinado espaço geográfico pré-delimitado. Há, portanto, a exclusão de estrangeiros e imigrantes.

A partir disso, inclusive pelo seu papel ideológico, a globalização pode proporcionar que a identidade seja questionada para além da figura estatal. "O que parece ser necessário é o desenvolvimento da capacidade para agir politicamente em um nível acima dos – e entre os – Estados-nação".[16] Assim, as reivindicações

---

12 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização:* as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 11.

13 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

14 HABERMAS, Jürgen. O Estado nação europeu frente aos desafios da globalização. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 43, p. 87-102, nov. 1995.

15 KERBAUY, Maria Teresa Miceli; TRUZZI, Oswaldo. Globalização, migrações internacionais e novos desafios à cidadania. *Perspectiva,* São Paulo, v. 31, p. 123-135, jan./jun. 2007. p. 137.

16 KERBAUY, Maria Teresa Miceli; TRUZZI, Oswaldo. Globalização, migrações internacionais e novos desafios à cidadania, cit., p. 100.

dos fluxos migratórios podem versar sobre estas contradições globais que ameaçam a dignidade humana do Outro.[17]

As transformações da sociedade moderna colocam em xeque esta centralidade, pois não mais pode ser tida como a única fonte de direitos ou de participação que reduza um sujeito a uma única identidade nacional. Assim, a globalização "[...] possibilita a extensão dos processos sistêmicos para além das fronteiras nacionais e implica também a ampliação de aspectos culturais para além do espaço nacional".[18]

As múltiplas identidades surgem, e a cidadania passa a ter um caráter transnacional de reconhecimento de estrangeiros em uma comunidade política, pois a globalização não só é caracterizada pelo crescente volume de tráfego e comunicação, mas também pela experiência democrática aliada à cidadania pós-nacional, ou seja, aquela que não esteja restrita à convivência geográfica já estabelecida.

Esta percepção da cidadania a partir da filosofia habermasiana possibilita que nasçam as bases para uma política de reconhecimento que leve em consideração a diversidade das minorias nacionais que existem antes da formação estatal e dos grupos étnicos formados pela imigração que existem para além da formação estatal.

Esta constatação relativiza a soberania nacional com o intuito de criar uma instituição plural que decorra dos discursos inclusivos e sustentáveis que levem em consideração os direitos e necessidades de migrantes e refugiados. Pressupõe-se, desta forma, uma cooperação internacional que conduza a uma matriz comunicativa que ofereça benefícios políticos.

Tal manifestação faz com que haja um compartilhamento das responsabilidades, visto que "todas as sociedades já são parte e parcela de uma comunidade de riscos partilhados, percebidos como desafios para a ação política cooperativa".[19] A comunicação é elevada para um *status* primordial na formação de um espírito de responsabilidade dentro do mundo da vida.

> A reflexão sobre a cidadania no mundo globalizado opera em dois níveis: em um nível abstrato e normativo, e em um nível concreto. No primeiro caso, a cidadania teria um *status* legal transnacional, capaz de dar direitos civis e direitos sociais, incluindo os direitos humanos, os quais,

---

17 O "outro" se torna algo além da perspectiva de alteridade e do reconhecimento de um terceiro como similar. Tanto o indivíduo como o ambiente sendo sujeitos, pode-se compreender melhor a visão centrada de alguém que impõe aos demais suas formas de pensar e agir.

18 AVRITZER, Leonardo. Em busca de um padrão de cidadania mundial. *Lua Nova:* revista de cultura e política, São Paulo, n. 55-56, p. 29-56, 2002. p. 46.

19 HABERMAS, Jürgen. The European nation-state- its achievements and its limits: on the past and future of sovereignty and citizenship. In: BALAKRISHNAN, G. (Org.). *Mapping the nation*. London: Verso, 1996. p. 324.

> segundo alguns, constituiriam a carta dos direitos fundamentais, para a construção, assim, de uma cidadania legal desterritorializada. É fato que os Estados nacionais já reconhecem direitos legais (humanos e civis) para os não cidadãos, no interior dos Estados.[20]

O Estado nação, ao ser banhado por esta perspectiva substantiva que concretiza uma cidadania aliada aos direitos humanos, possibilita o fortalecimento da comunidade global que alie os planos públicos com os fatores diversos da pluralidade cultural e política mundial.

Habermas intenciona sua formação epistemológica neste tocante para que haja "fundamentações igualmente acessíveis a todos".[21] Seu conteúdo cognitivo defende um posicionamento moral que se baseie, em parcelas, nos sentimentos e subjetividades dos sujeitos analisados, pois, somente assim, agir-se-á de acordo com as preferências e intenções colocadas. O agir instrumental leva em consideração os saberes práticos das culturas diversas, representando os traços e atrações que cada ser verifica no mundo da vida.

A sociedade contemporânea, sob esta ótica, considera o sujeito um ser submetido às leis que ele mesmo outorga, assim como os demais. Trata-se, "simultaneamente, como autora dos mandamentos éticos aos quais está submetida enquanto destinatário".[22]

Aliada a esta percepção habermasiana acerca da globalização, deve-se levar em consideração o fenômeno da modernidade múltipla. Tal conceito é um ponto basilar para o debate crítico acerca das interrogações eurocêntricas, em especial, da realidade emergente experimentada por eles, ao passo que difere da realidade daqueles que buscam refúgio.

Vislumbrando a modernidade sob um aspecto múltiplo,[23] permite-se questionar que, mesmo com as facilidades trazidas pela globalização, nem todos os sujeitos conseguem desfrutar dos benefícios dos tempos modernos. Assim, é possível afirmar que dentro de um sistema pungem subsistemas sociais, com

---

20 KERBAUY, Maria Teresa Miceli; TRUZZI, Oswaldo. Globalização, migrações internacionais e novos desafios à cidadania, cit., p. 132.

21 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004. p. 11.

22 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política, cit., p. 44.

23 Com fins de conceituação, para Reigadas, a modernidade múltipla pode ser tida como: "una sociedade multicultural mundial que es una nueva formación cultural que se ha desacoplado por igual de todas las civilizaciones tradicionales, incluyendo a occidente, a través de una dinâmica global de modernización. (generalización y comparación). O sea: una sociedade multicultural, diversa y plural pero ya post-tradicional" REIGADAS, María Cristina. *Una modernidad, modernidades múltiples. Más allá de la generalización y del método comparativo.* 2017. Disponível em: <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/reigadas/pdf/Biblioteca/Textos/Reigadas_Una%20modernidad_varias%20modernidades.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.

realidades distintas que anseiam obter uma voz ativa diversa daquela que impera por intermédio dos centros epistêmicos.

Tratando de questões que envolvem a luta pelo reconhecimento, Habermas não deixou de destacar o feminismo, o multiculturalismo, o nacionalismo, as heranças epistemológicas eurocêntricas e a ética estatal como fundações para o pensar plural em uma sociedade inclusiva.

> [...] Questões éticas não se deixam julgar sob o ponto de vista "moral" que se pergunta se algo é "igualmente bom para todos"; sobre o fundamento de valorações intensas pode-se avaliar bem melhor o julgamento imparcial dessas questões com base na autocompreensão e no projeto de vida perspectivo de grupos em particular, ou seja, com base no que seja "bom para nós", mas a partir da visão do todo manifestada por esses grupos. Gramaticalmente, o que está inscrito nas questões éticas é a referência à primeira pessoa, e com isso a remissão à identidade (de um indivíduo ou) de um grupo.[24]

Ao verificar a existência de uma multiplicidade de realidades, o filósofo enfatizou o dilema de coexistência na composição de diversos países, em especial, levando em consideração os intensos fluxos migratórios.

O campo jurídico, consequentemente, deve contemplar a dignidade da pessoa humana como um dos núcleos estruturantes de todo o ordenamento, fundamentando suas concepções de justiça a partir da igualdade e da inclusão no comportamento humano à luz da solidariedade.

A BUSCA PELO RECONHECIMENTO DO OUTRO EM UM AMBIENTE PLURAL

Diante de um processo de interatividade inédito e devido à evolução do processo de constituição do campo jurídico, têm-se apresentado com relevância os questionamentos das formas plurais[25] de eficácia e materialização da cultura e da comunicação entre povos.

> [...] repensar a questão do "pluralismo" nada mais é do que a tentativa de buscar outra direção ou outra direção ou outro referencial epistemológico

---

[24] HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política, cit., p. 251.

[25] O pluralismo age por diversos vieses, e inegáveis as suas contribuições para a evolução do pensamento moderno acerca das fontes e manifestações do Direito. Os fenômenos culturais e cosmológicos que cercam a vida humana apresentam diversas interpretações. "O pluralismo tem-se revelado fator importante de intermediação capaz de se contrapor aos extremos da fragmentação atomista e da interferência totalizadora do poder centralizado do Estado. Assim, enquanto predomínio de corpos sociais intermediários, o pluralismo age tradicionalmente contra o individualismo e o estatismo" (BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*, cit., p. 637).

> que atenda à modernidade na virada do século XX e nos primórdios do novo milênio, pois os alicerces de fundamentação – tanto das Ciências Humanas quanto da Teoria Geral do Direito – não acompanham as profundas transformações sociais e econômicas por que passam as sociedades complexas pós-industriais e as sociedades periféricas em processo de descolonização.[26]

A multiplicidade das formas de ação práticas deve ser visualizada como um fenômeno que possibilita dimensionar os diferentes ramos que compõem a universalidade cultural e que incorporam às especificações históricas tanto do macro quanto do microuniverso da filosofia jurídica. O pluralismo cultural serve particularmente para envolver os conjuntos heterogêneos e fenômenos sociais.

> A compreensão filosófica do pluralismo reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade. Igualmente, pode-se afirmar, com N. Glazer, que o pluralismo "cultural" implica um estado de coisas no qual cada grupo étnico mantém, em grande medida, um estilo próprio de vida, com seus idiomas e seus costumes, além de escolas, organizações e publicações especiais.[27]

As instituições unitárias que o positivismo pregava e instaurava nas salas de aula jurídicas são alteradas para fontes mitigadas e desfragmentadas. O uso da razão se direciona a aceitar a vida social por suas diferentes formas de expressão cultural, assim, servindo para enriquecer a Filosofia Jurídica, ao permitir seu ensino por meios mais acessíveis. Aumentar o campo cultural jurídico é essencial a esta adequação temporal que tanto anseia o movimento moderno e pós-positivista.

Partindo do pressuposto de que os institutos jurídicos diferentes podem ser aplicados a situações idênticas e, portanto, inevitável a firmação de possibilidade de maleabilidade dos conceitos do Direito, dos mecanismos de poder e dos fenômenos jurídicos que compõem um espectro estrutural, histórico determinado.

O pluralismo jurídico como um meio de estudo não tem o objetivo de enfraquecer o Direito, mas de reconhecer que a ciência jurídica se expressa por todos os campos sociais, e, assim, onde menos se espera, o Direito está presente, seja normativa, material ou culturalmente.

> Num determinado espaço social periférico em processo de descolonização marcado por conflitos, privações, necessidades fundamentais e

---

26 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico:* fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 184.

27 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico:* fundamentos de uma nova cultura no direito, cit., p. 186.

> reivindicações, o pluralismo jurídico pode ter como objetivo a denúncia, a contestação, a ruptura e a implementação de "novos" Direitos.[28]

Sob este aspecto plural, Habermas desenvolve uma teoria de reconhecimento do Outro, na qual a interconexão dos fatores sociais impulsiona a expansão das pretensões normativas de reconhecer os agentes de lutas sociais e os terceiros para além da formação do Estado originário. Os contrastes multiculturais se agrupam em unidades maiores que os limites geográficos ou que os atuais blocos econômicos, sendo, portanto, manifestações de uma cidadania global.

O filósofo alemão relembra que as conquistas históricas de reconhecimento do Estado Democrático de Direito e seus princípios constitucionais é o que permite dar lições passíveis de ultrapassar os problemas da atualidade.

> Para Habermas, a globalização tem sido responsável pelo esvaziamento paulatino da soberania dos Estados nacionais e isso, por seu lado, termina por fomentar reestruturações e ampliações das capacidades de ação política e econômica em um plano supranacional. Isso pode ser visto na Europa, na América do Norte e na Ásia e, mais recentemente, na América Latina, onde "estão se constituindo formas de organização supraestatal para 'regimes' continentais, que poderiam, até mesmo, ceder a infraestrutura necessária às Nações Unidas".[29]

As possíveis interações porvindouras do aceite de refugiados em uma nação não somente estarão colocando em exercício os direitos humanos pretendidos universalmente, mas também estarão refinando a comunicação na sociedade moderna. Ouvindo as intenções migratórias e a vontade populacional, de acordo com Habermas, as constituições poderiam induzir a criação de instituições políticas que disponham de uma base cultural experiente e comum para superar o nacionalismo e aceitar o fluxo de refugiados.

Verificando que a realidade dos sistemas sociais não é a mesma, não há por que distanciar o indivíduo do meio que lhe cerca e muito menos impossibilitar que este conheça algum ambiente diferente do seu. Da mesma forma, os limites (até então biofísicos) não são mais hábeis para explicar e apontar os responsáveis pelas crises ambientais. Neste aspecto, pode-se destacar que: "O homem precisa parar de conquistar para não destruir tudo e entrar num novo paradigma, o

---

[28] WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico:* fundamentos de uma nova cultura no direito, cit., p. 261.

[29] OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de; ARAÚJO FILHO, Clarindo Ferreira. *a inclusão do outro:* reflexões acerca da teoria política de Jürgen Habermas. 2017. Disponível em: <http://www.lo.unisal.br/direito/semidi/publicacoes/livro1/Afonso%20Soares%20de%20Oliveira%20Sobrinho%20e%20Clarindo%20Ferreira%20Ara%C3%BAjo%20Filho.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 7.

paradigma-cuidado, para continuar a sua trajetória na Terra e para reparar os danos provocados por suas conquistas".[30]

Tal paradigma se preocupa com a conservação do Outro, de manter viva sua base epistemológica para construir algo moderno e agregador de novos valores fundamentais às relações sociais e ambientais. Não se pode mais estruturar uma sociedade às cegas, devendo ser repensadas as formas de interação, tanto físicas quanto epistemológicas. "Em vez de propor o afastamento em relação à objetividade, ela propõe outros tipos de objetividades, centradas não em princípios de segregação, mas de aproximação, que em vez de fazer calar, estimule a fala de outro".[31]

Neste viés, Habermas preocupa-se com a desconfiança moderna para com o Outro, nutrindo suas pesquisas em "uma estrutura relacional da alteridade e da diferença".[32] Sua crítica é ferrenha ao vislumbrar que há uma herança europeia que impossibilita a entrada de estrangeiros, pois, substancialmente, preza por uma Europa homogênea.

> Até hoje, porém, faltam os pressupostos reais de uma formação da vontade dos cidadãos integrada em âmbito europeu. O euroceticismo quanto ao direito constitucional leva, portanto, a um argumento empiricamente fundamentado: enquanto não houver um povo europeu suficientemente "homogêneo" para formar uma vontade política, não deve tampouco haver uma Constituição europeia.[33]

A teoria proposta tem seu aspecto crítico à sociedade por esta não compreender as formas de emancipação do sujeito diante das injustiças e dominações porvindouras de grupos políticos ou religiosos. Assim, "[...] não se deve nunca separar a racionalidade do interesse; a prova disso está na própria linguagem. Esta supõe essencialmente comunicação e o diálogo constitui a forma ideal de comunicação".[34] Não obstante, o diálogo na sociedade global deve compreender os interesses particulares e os estatais, entretanto, sempre colocando a dignidade humana como um norte a ser alcançado e respeitado.

> Sua proposta contra a exclusão sistemática consiste na defesa de que a política própria da democracia deve ser dirigida na direção da "inclusão do outro". Uma inclusão que promova a independência da procedência

---

30 GALLO, Zildo. *Ethos, a grande morada humana:* economia, ecologia e ética. Itu Ottoni, 2007. p. 23.

31 SOUZA-LIMA, José Edmilson de. Paradigmas da conquista e da contenção: o desafio de conhecer sem destruir o outro. *Revista Científica Internacional*, n. 2, v. 10, 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/280804864>. Acesso em: 28 nov. 2016. p. 168-169.

32 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política, cit., p. 7.

33 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política, cit., p. 184.

34 FREITAS, Carolina Nunes de; COURA, Alexandre de Castro. *A teoria habermasiana de inclusão do outro e a internação compulsória*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a71bed212ae4dc6>. Acesso em: 18 ago. 2017. p. 4.

> cultural de cada qual e as vias de acesso à comunidade política que devem permanecer sempre abertas. E a condição para isso é que, no maior grau possível, as instituições públicas se dispam de conotações morais densas e passem a adotar integralmente os procedimentos do direito moderno. Pois, para Habermas, somente este tipo de reforma judiciária torna factível o estabelecimento de relações de respeito mútuo entre sujeitos distintos e até estranhos entre si.[35]

A visão de Habermas pretende, portanto, uma comunidade política aberta que reconheça os cidadãos para além de suas barreiras e promova uma integridade política supranacional.

A AÇÃO COMUNICATIVA COMO PROJETO ARGUMENTATIVO DE INCLUSÃO

De acordo com Habermas,[36] a razão comunicativa é aquela fundada no agir comunicativo, ou seja, pensando em problemas comuns, constrói dialeticamente suas soluções dominadas por múltiplos fatores a serem explorados pelos interlocutores. A autonomia privada, por sua vez, dependente e cooriginária de uma autonomia pública, é delimitada pelo princípio da democracia e possibilita que haja a conexão entre indivíduos com interesses particulares diversos.

> Para Habermas, existe uma correlação direta entre ação comunicativa e mundo da vida, já que cabe à primeira a reprodução das estruturas simbólicas do segundo (cultura, sociedade, pessoa). Assim, sob o aspecto do entendimento mútuo, a ação comunicativa serve para transmitir e renovar o saber cultural; sob o aspecto de coordenar a ação, ela propicia a integração social; e sob o aspecto da socialização, ela serve à formação da personalidade individual.[37]

O princípio do discurso tem um sentido cognitivo, pois filtra as contribuições e temas pertinentes aos resultados pretendidos em favor do desenvolvimento epistemológico. O procedimento democrático, por sua vez, é fundamentado na legitimidade do Direito.

O poder da comunicação de convicções comuns é estruturado a partir da intersubjetividade "e esse cruzamento entre normatização discursiva do direito e formação comunicativo do poder é possível, em última instância, porque no

---

35 FREITAS, Carolina Nunes de; COURA, Alexandre de Castro. *A teoria habermasiana de inclusão do outro e a internação compulsória*, cit., p. 6.

36 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 210.

37 PINTO, José Marcelino de Rezende. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. *Paidéia*, FFCLRP-USP, Ribeirão Preto, p. 77-96, fev./ago. 1995. p. 91.

agir comunicativo os argumentos também formam motivos".[38] As mais diversas sociedades desejam regular a convivência comum, e os meios de direito devem conseguir desenvolver a habilidade de colocação dos fins comuns em consonância às atividades idealizadas pelos indivíduos moralmente aceitos. Consequentemente, "na formação discursivamente estruturada da opinião e da vontade de um legislador político, há uma interligação entre a normatização jurídica e a formação do poder comunicativo".[39]

Assim, a teoria do agir comunicativo nasce como aquele dizer voltado para a compreensão lógica do dinamismo da verdade conforme o fruto das experiências subjetivas e dialógicas dentro do ambiente social. A linguagem, para Habermas (1989), constitui uma proposta universal e pragmática, pois possui pressupostos próprios para existir[40] e condiciona aspectos para a existência dos demais fenômenos coletivos.

> [...] a ideia de consenso lógico parece ser o único meio, ou a única via, para que não se resvale num apriorismo desnecessário ou num moralismo reacionário e autodefensivo de seus valores. O consenso é uma ideia comunitária a ser desenvolvida pelo grupo que pensa seus problemas em comum e, portanto, constrói, comunicativamente, suas soluções (morais e jurídicas) (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 552).

Há uma valorização do *cogito* de Descartes,[41] marcando a reflexão transcendental do ponto pessoal de pensamento, permitindo uma evolução da organização do conhecimento. Habermas (1989) reflete acerca das trocas de experiências para a realização de uma ação comunicativa e comunitária.

> O Discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente. É só com esse proceduralismo que a ética do Discurso se distingue de outras éticas cognitivistas, universalistas e formalistas, tais como a teoria de justiça de Rawls.[42]

---

38 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade, v. 1, cit., p. 191.

39 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade, v. 1, cit., p. 204.

40 Acerca dos pressupostos da pragmática universal, pode-se ressaltar que "encontramo-nos, portanto, diante de quatro pretensões de validez: 1) inteligibilidade, 2) verdade, 3) veracidade, 4) retidão" (STIELTJES, Cláudio. *Jürgen Habermas:* a desconstrução de uma teoria. São Paulo: Germinal, 2001. p. 57).

41 René Descartes (1596-1650) é considerado um expoente da filosofia moderna. O filósofo interrompe a dúvida ao estabelecer o *cogito,* ou seja, a capacidade humana de descobrir-se como um ser pensante. Desta forma, "o ser humano é compreendido como *res cogitans* (coisa pensante) e *res extensa* (coisa extensa)" (ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando:* introdução à filosofia. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2003. p. 131).

42 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo.* Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 148.

Habermas evoca a razão comunicativa como o fio condutor para a compreensão da modernidade e dos métodos para a solução de anomias sociais. O conceito de racionalidade comunicativa assume a posição instrumental para formular meios de ações teleológicas, diferentemente de meios de dominação, obediência ou de conexão intersubjetiva.

> Portanto, o autor expõe o agir comunicativo como uma alternativa à teoria da ação racional weberiana, que é monológica, e à teoria da racionalidade instrumental da Escola de Frankfurt, que é funcionalista. Ambas as perspectivas teriam negligenciado o papel da intersubjetividade comunicativa à qual Habermas considera essencial devido ao seu caráter essencial na vida humana em sociedade. Ele propõe a teoria do agir comunicativo como uma forma de se produzir novo sentido para a razão na modernidade.[43]

O agir comunicativo é uma interação comunicativa (ato locucionário) visando às ações orientadas para o entendimento. Deve-se visar aos fins de entendimento e não meramente estratégicos ou de interesses particulares. A intenção é propor soluções racionais ao campo jurídico para constituir relações sociais inéditas capazes de produzir modelos éticos modernos e mais adaptáveis à realidade.

> (...) incluo no agir comunicativo as interações mediadas pela linguagem nas quais todos os participantes buscam atingir fins ilocucionários, e tão somente fins como esses. Ao contrário, considero agir estratégico mediado pela linguagem as interações em que ao menos um dos participantes pretende ocasionar com suas ações de fala efeitos perlocucionários em quem está diante dele.[44]

A ação comunicativa é inserida em várias relações mundanas, devendo permitir que os interlocutores partilhem das interpretações e das definições comuns relativas à situação pretendida. O eixo cognitivo oferece diversas possibilidades racionais de mudanças temáticas promovidas para a evolução da episteme social.

Importante frisar que, para Habermas, a teoria do discurso é capaz de reunir o princípio republicano (soberania e vontade popular) com a participação liberal, aquela que respeita os interesses particulares e as liberdades individuais. Podem-se promover condições, por intermédio da intersubjetividade, a produção de debates que visam à evolução dos direitos e deveres constitucionais,

---

43 PALERMO, Luis Cláudio. a importância da teoria do agir comunicativo na atualidade: racionalidade, mundo de vida e democracia deliberativa. *Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP*, Macapá, n. 6, p. 1-17, dez. 2013. p. 5.

44 HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo:* sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012. v. 2, p. 510.

interpretando o texto constitucional como um produto de atos e ações comunicativas, e não um texto meramente programático.

Habermas dá primazia ao domínio da linguagem para estabelecer um método que concilie os tópicos que até então encontravam-se desconexos na instrumentalidade dos requisitos funcionais nos fins políticos e legislativos. Neste sentido, ele expõe que: "as tradições da filosofia política moderna, contudo, não conseguiram dirimir a tensão entre soberania popular e direitos humanos, entre 'liberdade dos antigos' e 'liberdade dos modernos'".[45]

Para o filósofo alemão, os paradigmas liberal e social, mesmo antagônicos, conseguem se aproximar por intermédio de ações comunicativas e comunitárias que tratam da coesão interna entre a autonomia da esfera pública e das liberdades individuais. Por intermédio da Teoria Discursiva, o Direito e o processo legislativo se aproximam na formação da opinião pública, devendo, sob as formas de comunicação, prevalecer o discurso pelo seu aspecto cognitivo (filtragem de temas) e pelo prático (produzir relações de entendimento mútuo livre de coerção).

A partir de tais pressupostos que reconhecem a intenção comunicativa de Habermas: "a razão dialógica é a que brota do diálogo e da argumentação entre os agentes interessados – é a razão que surge da Ação Comunicativa",[46] do uso da linguagem como meio de alcançar o consenso. Para que tal projeto argumentativo direcione os envolvidos a um entendimento, é necessário que o diálogo estabelecido seja posto de uma forma livre, sem que haja qualquer forma de constrangimento e, partindo de tanto, o convencimento seja um processo natural que se dê por argumentos coerentes e que não destrua (ou conquiste) a episteme do Outro.

Neste viés, Habermas expõe que "o direito não é um sistema narcisisticamente fechado em si próprio, mas é alimentado pela vida ética democrática de cidadãos emancipados e por uma cultura política liberar que lhe é afim".[47] O poder social de organização não falta em nenhum grupo humano, e Habermas, ao entender tal situação, propõe que haja uma conexão entre tais, a fim de transcender vários problemas da sociologia. Logo, "A imposição da institucionalização do poder e sua substituição do poder difuso é algo que só se verifica quando determinadas condições objetivas da vida social o solicitam como vital do grupo".[48]

---

45 ANDRADE, Camila Cardoso de; OLIVEIRA; Marcelo Andrade Cattoni de. *A relação entre direito e moral na teoria discursiva de Habermas:* porque a legitimidade do direito não pode ser reduzida à moralidade. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/camila_cardoso_de_andrade.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2017. p. 7.

46 MEDEIROS, Luiz André. A *questão dos refugiados no mundo e os desafios éticos*. Disponível em: <http://saberemdebate.blogsdagazetaweb.com/2016/07/05/706/>. Acesso em: 18 ago. 2017.

47 HABERMAS, Jürgen. O Estado nação europeu frente aos desafios da globalização, cit., p. 93.

48 MACHADO NETO, Antônio Luis. *Sociologia jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 299.

A partir da teoria do discurso, o Direito é considerado na perspectiva de uma razão que se comunica, que age, e, portanto, experimenta-se na razão metafísica e nas intenções práticas. "A razão comunicativa produz verdades a partir do exercício da interlocução mediada por instrumentos institucionais garantidores das condições de aparição do discurso".[49]

A origem da vontade, por intermédio do discurso, é claramente influenciada pelo jogo democrático, no qual os envolvidos constituem as garantias legais. "As regras semânticas constitutivas do discurso são decisivas para o significado, e, desse modo, também são decisivas para o procedimento de verificação e para o consenso".[50] Ou seja, só há possibilidade de reconhecer-se como um integrante do grupo comunicativo se os pressupostos analíticos e éticos estiverem alinhados. Todo o conteúdo poderá e deverá ser reconhecido como verdadeiro, caso passível de consenso. Consequentemente, a ética do discurso é capaz de expandir as dimensões sociais, *vide* que a teoria do agir comunicativa tenta conjugar a tensão que existe entre a validade e a facticidade.

> No modelo comunicativo do agir, por sua vez, a competência da linguagem ordinária é prevista na condição de fornecer aos agentes a capacidade de usar todo esse sistema de relações de mundo e reivindicações de validade com a finalidade de coordenar a ação. Nesse modelo, os agentes possuem tanto a competência de dispor reflexivamente das três relações de mundo quanto da competência para avaliar a racionalidade ou irracionalidade das ações de um agente, sempre de acordo com todos os três grupos de critérios – verdade/sucesso, legitimidade normativa e veracidade/autenticidade – subentendidos nas diferentes relações de mundo possíveis.[51]

A ética do discurso é inserida neste contexto de ciência reconstrutiva e fundamentada racionalmente nos atos de conhecer, agir e comunicar. Para Habermas, esta ética é balizada em um processo de comunicação cognitiva, dada a pretensão de validade universal, dependendo, necessariamente, do agir. O teor normativo das premissas é estabelecido na ética da linguagem e, neste caso, de determinações condicionais de concretude das ações e do conteúdo político/moral inserido na discussão. "O conceito do agir comunicativo atribui às forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento a função importante da coordenação da ação".[52]

---

49 BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. A. *Curso de filosofia do direito*, cit., p. 555.

50 ZANELLA, Diego Carlos. A ética comunicativo-discursiva de Jürgen Habermas. *Thaumazein,* Santa Maria, ano V, n. 10, p. 131-149, dez. 2012. p. 134.

51 ZANELLA, Diego Carlos. A ética comunicativo-discursiva de Jürgen Habermas, cit., p. 138.

52 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade, v. 1, cit., p. 25.

> (...) a problemática necessidade de refundar a ideia de Estado de Direito dentro de nossa cultura, como único mecanismo possível de manutenção da coesão social, sabendo-se que o estado atual da questão é exatamente o de crise, talvez gerada pela carência de efetiva presença e exercício de seus próprios princípios.[53]

Em uma realidade plural, na qual o mundo da vida se expressa em variadas formas e se extraem múltiplas experiências, a condição humana perante seu próximo necessita ser reavaliada para que o campo jurídico esteja organizado como categoria hábil à transformação social.

De acordo com Bracante e Reis,[54] Habermas atesta a importância de uma deliberação conjunta e de um canal comunicativo entre a sociedade e o Estado, a fim de que não haja uma homogeneidade cultural. Para o filósofo alemão, em condições de pluralismo jurídico e cultural, os desenhos políticos e as orientações axiológicas devem constituir um dever de respeito à pluralidade das identidades na comunidade global, compartilhando as intersubjetividades.

O consenso seria possível por intermédio de uma argumentação racional, e "a identidade política, seria baseada numa prática de comunicação e debate público, da qual todas as pessoas poderiam participar, para atingir um entendimento comum de um tema político".[55] Para Habermas, o achatamento de identidades por intermédio de uma figura estatal não é desejável nem possível, logo, não há como se pensar em não reconhecer refúgio para aqueles que procuram auxílio.

Naturalmente, o debate público de tais questões faz com que o Estado se fortifique ao atingir princípios comuns para a integração de indivíduos alheios à formação originária de um país. Ao retirar a democracia do ambiente abstrato, ancorando a discussão em questões de refúgio, Habermas localiza no mundo da vida o exercício comum de indivíduos em prol da comunicação e do consenso institucionalizado.

Consequentemente, é possível concluir que nenhum modelo estatal deve ausentar-se das responsabilidades humanitárias inerentes de sua participação da comunidade global. O direito de obter asilo, pelo compartilhamento de legislações e/ou epistemes que reconheçam o Outro como um igual, é uma máxima que deve acompanhar os movimentos migratórios como um escudo contra arbitrariedades e tiranias.

---

53 BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. A. *Curso de filosofia do direito*, cit., p. 556.

54 BRACANTE, Pedro Henrique; REIS, Rossana Rocha. A "Securitização da Imigração": um mapa do debate sobre e algumas considerações críticas. *Lua Nova*, São Paulo, n. 77, p. 73-93, 2009. p. 77-80.

55 VELASCO, S. Cidadania, nação e segurança: o imigrante como ameaça à identidade centrada no Estado. In: *Imigração na União Europeia:* uma leitura crítica a partir do nexo entre securitização, cidadania e identidade transnacional [online]. Campina Grande: EDUEPB, 2014. p. 23-63. p. 44.

CONCLUSÃO

Tem-se claro, portanto, que Jürgen Habermas sustenta a existência de uma comunidade global na qual todos os sujeitos possam partilhar de um senso de pertencimento e inclusão, não somente por valores nacionais ou culturais, mas pela possibilidade de participação em procedimentos democráticos. Logo, viabilizar canais de comunicação é um dos primeiros passos para o reconhecimento de cidadania para refugiados e migrantes.

Perceber o campo jurídico e social sob uma ótica plural e múltipla permite que haja concepções capazes de englobar os interesses distintos, para além das políticas estatais predeterminadas, objetivando a materialização dos direitos humanos, em especial, do reconhecimento e acolhimento de refugiados e migrantes. A teoria da ação comunicativa de Habermas permite que haja uma constante revisão da tradição estatal, resultando em um respeito maior às orientações racionais que, em primeiro momento, são tidas como adjacentes.

A noção inclusiva deve ser fundamental para a constituição de um bloco econômico, tal como é a União Europeia, assunto da notícia que impulsionou o presente artigo. Logo, lutar pelo reconhecimento e pela alteridade são objetivos para a resolução dos problemas oriundos de uma sociedade complexa.

Desta forma, a inclusão do outro em uma sociedade já disposta requer o diálogo entre diversas instâncias e significativos atores sociais, dadas as peculiaridades de ordem prática e teórica. Assim, lidar com o reconhecimento em ambientes de diferenças necessariamente trata da objetivação centrada na dignidade da pessoa humana.

Com base na filosofia habermasiana, em especial pelos conceitos acima apresentados, o Estado que receber refugiados, independentemente do motivo pelo qual se ausentaram do país de origem, necessitam assim fazê-lo, sob pena de violar a carga axiológica constitucional que visa superar as desigualdades e promover o bem-estar social.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Camila Cardoso de; OLIVEIRA; Marcelo Andrade Cattoni de. *A relação entre direito e moral na teoria discursiva de Habermas:* porque a legitimidade do direito não pode ser reduzida à moralidade. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/camila_cardoso_de_andrade.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2017.

ANISTIA INTERNACIONAL. *O custo humano da fortaleza Europeia*. Disponível em: <https://anistia.org.br/direitos-humanos/publicacoes/violacoes-de-direitos-humanos--contra-imigrantes-e-refugiados-nas-fronteiras-da-europa/>. Acesso em: 18 ago. 2017.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando:* introdução à filosofia. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2003.

AVRITZER, Leonardo. Em busca de um padrão de cidadania mundial. *Lua Nova:* revista de cultura e política, São Paulo, n. 55-56, p. 29-56, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito.* São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização:* as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. A. *Curso de filosofia do direito.* 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRACANTE, Pedro Henrique; REIS, Rossana Rocha. A "Securitização da Imigração": um mapa do debate sobre e algumas considerações críticas. *Lua Nova*, São Paulo, n. 77, p. 73-93, 2009.

BRITO, Fausto. *A politização das migrações internacionais:* direitos humanos e soberania nacional. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v30n1/v30n1a05.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2017.

DEUTSCHE WELLE. *Direito de asilo é direito humano...* Disponível em: <http://www.dw.com/pt-br/direito-de-asilo-%C3%A9-direito-humano-diz-habermas/a-18754106>. Acesso em: 18 ago. 2017.

FREITAS, Carolina Nunes de; COURA, Alexandre de Castro. *A teoria habermasiana de inclusão do outro e a internação compulsória.* Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a71bed212ae4dc6>. Acesso em: 18 ago. 2017.

GALLO, Zildo. *Ethos, a grande morada humana:* economia, ecologia e ética. Itu Ottoni, 2007.

GRASS, Claudio. *A Escola de Frankfurt, o Marxismo Cultural, e o politicamente correto como ferramenta de controle.* Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2401>. Acesso em: 19 ago. 2017.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo.* Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. *La constelación posnacional:* ensayos políticos. Buenos Aires: Paidós, 2000.

HABERMAS, Jürgen. O Estado nação europeu frente aos desafios da globalização. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 43, p. 87-102, nov. 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo:* sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. The European nation-state- its achievements and its limits: on the past and future of sovereignty and citizenship. In: BALAKRISHNAN, G. (Org.). *Mapping the nation.* London: Verso, 1996.

KERBAUY, Maria Teresa Miceli; TRUZZI, Oswaldo. Globalização, migrações internacionais e novos desafios à cidadania. *Perspectiva,* São Paulo, v. 31, p. 123-135, jan./jun. 2007.

MACHADO NETO, Antônio Luis. *Sociologia jurídica.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MEDEIROS, Luiz André. A *questão dos refugiados no mundo e os desafios éticos.* Disponível em: <http://saberemdebate.blogsdagazetaweb.com/2016/07/05/706/>. Acesso em: 18 ago. 2017.

PALERMO, Luis Cláudio. a importância da teoria do agir comunicativo na atualidade: racionalidade, mundo de vida e democracia deliberativa. *Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP*, Macapá, n. 6, p. 1-17, dez. 2013.

PINTO, José Marcelino de Rezende. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. *Paidéia*, FFCLRP-USP, Ribeirão Preto, p. 77-96, fev./ago. 1995.

REIGADAS, María Cristina. *Una modernidad, modernidades múltiples.* Más allá de la generalización y del método comparativo. 2017. Disponível em: <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/reigadas/pdf/Biblioteca/Textos/Reigadas_Una%20modernidad_varias%20modernidades.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.

RODRIGUES, João Paulo. A inclusão do outro nas sociedades complexas. *Fundamento: Revista de Pesquisa em Filosofia*, n. 8, p. 33-53, jan./jul. 2014.

SCHUMACHER, Aluisio Almeida; SALUM, Gabriel Cunha. Reconhecimento social e orientação de políticas para migrantes e refugiados. *RIDH*, Bauru, v. 5, n. 1, p. 17-36, jan./jun. 2017.

OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de; ARAÚJO FILHO, Clarindo Ferreira. *A inclusão do outro:* reflexões acerca da teoria política de Jürgen Habermas. 2017. Disponível em: <http://www.lo.unisal.br/direito/semidi/publicacoes/livro1/Afonso%20Soares%20de%20Oliveira%20Sobrinho%20e%20Clarindo%20Ferreira%20Ara%C3%BAjo%20Filho.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

SOUZA, Leonardo da Rocha de. *A teoria de Habermas como solução procedimental ao pluralismo na concepção dos direitos humanos.* Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=91e480d943dda614>. Acesso em: 18 ago. 2017.

SOUZA-LIMA, José Edmilson de. Paradigmas da conquista e da contenção: o desafio de conhecer sem destruir o outro. *Revista Científica Internacional*, n. 2, v. 10, 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/280804864>. Acesso em: 28 nov. 2016.

STIELTJES, Cláudio. *Jürgen Habermas:* a desconstrução de uma teoria. São Paulo: Germinal, 2001.

STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios:* a promessa não cumprida de benefícios globais. Tradução de Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Futura, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

VELASCO, S. Cidadania, nação e segurança: o imigrante como ameaça à identidade centrada no Estado. In: *Imigração na União Europeia:* uma leitura crítica a partir do nexo entre securitização, cidadania e identidade transnacional [online]. Campina Grande: EDUEPB, 2014. p. 23-63.

ZANELLA, Diego Carlos. A ética comunicativo-discursiva de Jürgen Habermas. *Thaumazein*, Santa Maria, ano V, n. 10, p. 131-149, dez. 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico:* fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Data de recebimento: 01/12/2017

Data de aprovação: 09/08/2018

ASPECTOS HISTÓRICOS E FUNCIONAIS DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL: DA ANTIGUIDADE ÀS ATUAIS DEMOCRACIAS

HISTORICAL AND FUNCTIONAL ASPECTS OF THE JUDICIAL REASONING: FROM ANCIENT TIMES TO CURRENT DEMOCRACIES

Antônio Rogério Lourencini*
Gianluca de Almeida**
Yvete Flávio da Costa**

RESUMO

O presente trabalho trata da evolução histórica da prática de os juízes fundamentarem suas decisões e da exigência de fundamentação em várias legislações ao longo do tempo, partindo da Antiguidade Clássica e chegando à atualidade, colimando com a ideologia jurídica do Estado Democrático de Direito. Pesquisando o modo como a fundamentação das

* Graduação em Direito pela UNESP – Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Campus de Franca (2017); Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Mestrado, da UNESP, Campus de Franca; Estudante do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil Brasileiro e Comparado, da UNESP; ex-Oficial de Promotoria do Ministério Público do Estado de São Paulo; Procurador do Município de Paulínia. E-mail: rogeriolourencini@hotmail.com.

** Graduação em Direito pela UNESP – Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Campus de Franca (2017); Discente do Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Discente do Curso de Especialização Lato Sensu em Direito Material e Processual do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). E-mail: gianlucaalm@gmail.com.

*** Graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense (1978), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Com Pós-Doutoramento na Universidade de Coimbra – Portugal, sob supervisão do Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares; atualmente é professora Assistente Doutor na Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Coordenadora do projeto de Estágio na Justiça Federal – projeto convênio entre a Universidade Estadual Paulista – UNESP – campus de Franca e o Tribunal de Justiça Federal de São Paulo – 2010/2012. Coordenadora do Grupo de Extensão sobre Bullying nunca mais – Centro Jurídico Social da UNESP – 2012-2013. E-mail: yvetecosta@gmail.com.

decisões se deu em diferentes períodos, valendo-se do método dedutivo de abordagem, o artigo é apto é cumprir seu objetivo, que é o de demonstrar as funcionalidades jurídicas pragmáticas da fundamentação da decisão judicial, albergando seus efeitos endoprocessuais e exoprocessuais, uma vez que as manifestações argumentativas dos julgadores revelam os principais aspectos por eles levados em conta para se obter a conclusão da causa sob julgamento. Ademais, o trabalho aborda, à luz do que dispõem os enunciados normativos previstos no parágrafo único do art. 1º e do inciso IX do art. 93, ambos da Constituição Federal de 1988, a finalidade da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais no Brasil, bem como seus efeitos na esfera público-social, evidenciando-se a ênfase na legitimação do Poder Jurisdicional no povo, por meio do efetivo controle interno e externo dos atos do Poder Público, em específico os jurisdicionais.

Palavras-chave: Fundamentação das decisões judiciais; Evolução histórica; Aspectos funcionais; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The present work deals with the justification of the action of judges based on their decisions and their rationale in several legislations over time, starting from Classical Antiquity and the present, collimating with a legal ideology of the Democratic State of Law. Inquiring how the reasoning of decisions was given in different stages, the method of deductive approach, the article is appropriate is its correspondent, which is the only demonstration that the laws are judicial of the foundation of justice, housing its endoprocesses and ex-procedural, since the argumentative manifestations of the judges reveal the main aspects taken into account in order to obtain a conclusion of the case under judgment. In addition, the paper addresses, in light of what the normative statements provided for in the sole paragraph of art. 1 and item IX, of art. 93, of the Federal Constitution of 1988, a decision to justify judicial decisions in Brazil, is a right of civil society, is evidenced as an effort to legitimize Jurisdictional Power in the people, through effective internal control and External Public domain to Power Public, in specific, the jurisdictional ones.

Keywords: Justification of judicial decisions; Historic evolution; Functional aspects; Democratic State.

INTRODUÇÃO

A pesquisa que segue aborda inicialmente a evolução histórica da prática de os juízes fundamentarem suas decisões e da exigência de fundamentação em várias legislações ao longo do tempo, da Antiguidade Clássica à primeira metade do Século XVIII, e, sobre a fundamentação contemporânea, para melhor

atender ao recorte metodológico deste trabalho, trataremos de suas características de forma sintética, para simples esboço do ideário que serviu de substrato para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e, após isso, a reflexão destas características no ordenamento jurídico brasileiro, expressas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que esculpiu como disposição constitucional a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

No que tange à abordagem da evolução histórica da prática e dever de fundamentar as decisões judiciais, esta se revela útil à compreensão de como os juristas e a população das sociedades passadas entendiam correto agirem os juízes nesse ponto da decisão; e tal entendimento, como corolário, auxiliará na compreensão do que levou, no âmbito jurídico-social, nossa atual Constituição a exigir expressamente que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas.

O recorte histórico, neste compasso, intenciona a contraposição de modelos processuais distintos, destacando-se a proeminência com que se apresentou o atributo da fundamentação das decisões judiciais, isto é, passando-se de um sistema jurídico que prescindia deste instituto jurídico para, tempos seguintes e, sobretudo na contemporaneidade, apresentar-se como uma estrutura imprescindível para legitimação dos pronunciamentos jurisdicionais, inseridos em uma plataforma democrática e dialógica do processo.

Em harmonia com a compreensão das razões que ensejaram a inclusão da obrigatoriedade da fundamentação no ordenamento jurídico pátrio, ressaltar-se-ão as funcionalidades endo e extraprocessuais atinentes à fundamentação das decisões judiciais para, ao fim e ao cabo, demonstrar a importância deste fenômeno processual aos sujeitos da relação processual e, para além destes, a toda a sociedade, no seu legítimo exercício de cidadania e de controle dos atos da administração pública, em particular, os atos jurisdicionais.

A explanação e argumentação serão construídas a partir da investigação de material doutrinário e normativo, valendo-se do Método Dedutivo de abordagem. Para tanto, na pesquisa, serão analisadas doutrinas e leis que favoreçam o entendimento do objeto do trabalho, tanto da perspectiva da evolução histórica quanto da atual conjuntura trazida pela Constituição Federal de 1988, a partir da qual se pretende abstrair e expor conceitos e teses aptos a propiciar a exposição científica do conteúdo proposto.

FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA

Na Grécia Antiga, especificamente em Atenas, berço da filosofia, onde muito valor se deu à arte da retórica, o discurso jurídico era fonte de instrução e prazer, mas ficava a cargo dos *logógrafos* (redatores dos pedidos, defesas etc.) e não do

juiz singular ou tribunal que julgava o caso.[1] A sentença destes se resumia a responder sim ou não, culpado ou inocente.[2]

Não se exigia fundamentação nas decisões e isso estava diretamente ligado ao fato de que, no período clássico ateniense, não havia carreiras burocráticas, os juízes eram leigos, despidos de conhecimento jurídico aprofundado. Os *logógrafos* objetivavam encantá-los com um discurso belo, a argumentação dita forense era essencialmente persuasiva, similar ao que até hoje os advogados fazem perante o tribunal do júri.[3]

Também no direito romano não havia regramento exigindo fundamentação nas decisões dos juízes. Durante os primeiros períodos do direito em Roma, essa desobrigação, assim como no caso de Atenas, pode ser relacionada ao fato de que o papel de decidir a lide, por longo período, concentrou-se nas mãos de particulares, em geral não possuidores de conhecimento jurídico. Nesse momento histórico romano, sentenciar não era papel direto do Estado.[4]

A Roma Antiga vivenciou três sistemas de processo: o das *legis actiones*, o formular e o da *extraordinaria cognitio*. Apenas neste último o processo era decidido do início ao fim por um representante estatal. Nos dois primeiros, como regra, o *iter* processual se desenrolava por duas grandes fases: a inicial, que se passava perante um magistrado (*in iure*), e a seguinte perante um juiz (*apud iudicem*), que se tratava de um particular eleito pelas partes.[5] É a este que cabia o papel de sentenciar o processo.

Por haver essa bipartição de fases processuais, passando-se uma delas perante um particular, tanto o sistema das *legis actiones* quanto o formular compuseram o período da jurisdição romana conhecido como *ordo iudiciorum privatorum*. Neste, o magistrado não emitia decisão alguma sobre o mérito da disputa, limitando-se a definir quais princípios jurídicos seriam aplicados ao caso concreto e as consequências jurídicas que decorreriam dos fatos alegados pelas partes[6] – atividade esta que guarda similitudes com a do legislador hodierno.

---

1 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 20-21.

2 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*: lições introdutórias, cit., p. 24.

3 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*: lições introdutórias, cit., p. 21.

4 Anote-se que a utilização do termo *Estado indicando as formações políticas anteriores ao Século XIII é considerada um anacronismo por respeitável doutrina, haja vista que, antes disso, não se tinham firmado os conceitos de povo, território e soberania, elementares ao conceito de Estado (nesse sentido:* SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Livro é Cultura, 1990. p. 14). Neste trabalho, serão chamadas de Estado as formações políticas da Antiguidade, com a ressalva de que não se trata de representações tipicamente estatais tal como se conhece na modernidade.

5 CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 81.

6 SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano, cit., p. 20.*

No sistema das *legis actiones*, havia uma aposta entre as partes na qual cada um dos litigantes afirmava ser detentor do direito posto em julgamento, ou seja, as suas pretensões eram reveladas nessa aposta. Ao final, a decisão do juiz se limitava a dizer quem era o vencedor e o perdedor.[7] Não se exigiam dele justificativas sobre a formação de seu convencimento.

Já no processo formular, a sentença deveria se amoldar à fórmula previamente delimitada pelo magistrado, e a decisão do juiz se resumia a, após a instrução probatória, responder conforme as alternativas trazidas na fórmula. O juiz dizia sim ou não, procedente ou improcedente, diante das circunstâncias fáticas verificadas no caso concreto relativas a uma regra.[8]

O *decisum* amoldava-se à fórmula do magistrado com uma descrição muito sucinta. José Cruz e Tucci e Luiz Azevedo, com arrimo em Biondi, atestam que o elemento lógico da sentença se resumia aos dizeres "*si paret... non paret*", seguindo-se a decisão "*condemna... absolve*", o convencimento do julgador era de livre formação e a atividade lógica de sua convicção nunca era exposta; sua *sententia*, pois, alcançava tão somente a acepção normal e comum da palavra, significando opinião. Seguindo, descrevem os insignes professores: "Assim, jamais sendo motivada, a sentença do *iudex* supunha, via de regra, uma simples declaração que tinha o condão de pôr fim à controvérsia (...)".[9]

Mais que desobrigado a fundamentar, não havia ao juiz nem sequer a obrigação de decidir o caso. Ensina Barbosa Moreira que, nas situações em que aquele entendia não ser possível formar uma convicção segura sobre os fatos, dizia: "*non liquet*" (não está claro), e o processo reiniciava perante outro juiz.[10]

A possibilidade de a decisão do caso concreto nos dois primeiros sistemas processuais romanos ser proferida por alguém externo à estrutura do Estado, inclusive, resulta em divergência de entendimentos doutrinários acerca do conceito que o direito romano dava ao termo *iurisdictio*.

Modernamente, ensina Moreira Alves, jurisdição se conceitua como o poder que tem o juiz para, com força vinculante às partes, declarar a vontade da lei nos casos concretos que lhe são levados à apreciação. E, em razão de a sentença no *ordo iudiciorum privatorum* não ser dada diretamente por um representante estatal, e, sim, por um particular, a decisão do caso concreto não vinculava as

---

7 CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, cit., p. 83.

8 LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 357.

9 TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996. p. 127-128.

10 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 9, v. 35, p. 178-184, jul. 1984.

partes.[11] Desse modo, tem-se que a adoção do moderno conceito de jurisdição leva à conclusão de que esta não existiu em Roma, enquanto a figura do *iudex* se fez presente.

Avivando a *iurisdictio* romana, entretanto, prevalece na doutrina a opinião de que, em Roma, jurisdição significava o poder de dizer qual direito seria aplicável ao caso e de organizar o processo civil. O julgamento, a princípio, não era requisito da jurisdição. Nas palavras de Gioffredi, consistia a *iurisdictio* em "(...) estatuir (*dicere*) um vínculo, um regime jurídico concreto (*ius*) entre os particulares, numa relação atinente a eles, em garantia do interesse público".[12] Isso posto, tem-se que no *ordo iudiciorum privatorum* a jurisdição se fazia vigente na atividade dos magistrados, que detinham tal poder.

Como se pode perceber, o papel decisório do juiz no *ordo iudiciorum privatorum*, a exemplo do juiz ateniense, era por demais objetivo; a função do *iudex* era praticamente despida de profissionalismo. Isso, como dito alhures, guarda relação com o fato de que a sentença era dada por alguém de quem não se exigia conhecimento jurídico e que, aliás, segundo José Lopes, citando Peter Stein, em regra, era realmente leigo. Desse modo, o juiz, desconhecedor do direito, não estava obrigado a fundamentar sua sentença; a aceitação desta pelas partes dependia da crença de que as regras preestabelecidas eram objetivas e imparciais, não favorecendo ou prejudicando qualquer dos litigantes.[13]

Já na vigência do sistema da *extraordinaria cognitio*, em que pese a escassez de fontes tratando sobre a questão, Tucci e Azevedo revelam plausibilidade na afirmação de que as sentenças passaram a ser motivadas. Tal afirmação resulta da observação de que contra as chamadas sentenças injustas, neste novo sistema, admitia-se interposição de recurso.[14] A possibilidade de presença de motivação expressa do *decisum* pode também ser admitida em razão de que, nesta nova fase do processo Romano, diferentemente do *ordo iudiciorum privatorum*, o exame das provas e a sentença eram tarefas de um magistrado, representante oficial do Estado – que até poderia delegar a função a terceiro (*iudex datus* ou *penadeus*), mas que não era de escolha das partes – e que era tido como profissional conhecedor do direito.[15] E, sendo o julgamento emitido por um jurista, não limitado a uma fórmula predefinida, como antes o era, é realmente possível que o julgamento tenha passado a vir precedido de fundamentação.

---

11 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 194.

12 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, cit.

13 LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo, cit., p. 357.

14 TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 147.

15 TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit.

Podem-se tecer críticas ao fato de que o tão afamado sistema jurídico romano, de excepcional funcionalidade, deixou por muito tempo a importante tarefa de decidir a lide a leigos. Atividade esta que, em tempos como os nossos, necessariamente é feita por alguém com formação em ciências jurídicas, por um profissional do direito. Contudo, mesmo na modernidade, registram-se defensores de que o desconhecimento jurídico dos juízes romanos do *ordo iudiciorum privatorum* em nada afetava a tarefa que lhes era atribuída.

Na ótica do jurista Francês Louis Bernard Bonjean (1804-1871), Senador de Napoleão, por exemplo, decidir o direito aplicável e suas consequências é algo que necessariamente exige conhecimentos técnicos do ponto de vista estritamente jurídico, mas julgar os fatos apresentados somente exige justeza e retidão de espírito. Nesse aspecto, elogiou a estrutura romana, que deixava essa última tarefa a populares, escolhidos pelas partes, dando à justiça um caráter eminentemente popular e liberal.[16] Daí que o *iudex* proferia a sua *sententia* como verdadeira expressão de seu sentimento (do verbo *sentire*),[17] sendo inócua qualquer explicação sobre como àquela se chegou, porquanto era escolhido pelas partes como pessoa de espírito justo e reto, por isso estas deviam confiar-lhe a virtude de verificar se estava claro ou não (*si paret... non paret*) o direito alegado, sem maiores justificativas acerca de seu sentir.

Há pelo menos três fatores, portanto, que tornam entendível a aceitação romana de que as decisões das lides prescindiam de fundamentação expressa; dois de caráter subjetivo, quais sejam, uma incólume confiança depositada pelas partes em que a pessoa por elas eleita para apreciar as provas e julgar os fatos era provida de um espírito justo e reto e que tal atributo era suficiente a seu papel; e um de caráter objetivo: o *iudex*, na realização de sua função, estava munido do mais justo regramento, preestabelecido por um magistrado jurista.

Arrisca-se afirmar que o principal dentre esses três elementos, a justificar a desnecessidade de fundamentação da decisão, seja a confiança depositada no juiz, decorrente da escolha pessoal deste pelos litigantes. Afinal, mesmo na atual estrutura dos Estados contemporâneos, é exigido do magistrado imparcialidade – "espírito justo" é uma expressão por demais subjetiva para ser empregada pelos ordenamentos atuais, que prezam pela cientificidade jurídica – e que ele decida com base em leis preestabelecidas por representantes do povo que, comumente, são elaboradas por juristas, contudo a obrigatoriedade de fundamentação das decisões vem sendo a regra geral adotada.

O aspecto de que a sentença do período da *ordinaria cognitio* passou a ser motivada, como aqui já se observou admitirem Tucci e Azevedo, reforça a

---

16 BONJEAN, L. B. apud SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*, cit., p. 20-21.

17 SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*, cit., p. 18.

afirmação de que a possibilidade de as partes escolherem seu juiz no *ordo iudiciorum privatorum*, e, como consequência, nele depositarem axiomática confiança, é o ponto crucial da prática de sentenciar sem fundamentar nos primeiros sistemas processuais romanos. Na *ordinaria cognitio*, conquanto a certa expectativa de que o magistrado, como jurista, decidiria com imparcialidade, não se pode afirmar presente o aspecto subjetivo de confiança das partes na justeza e retidão espiritual do julgador, afinal, elas não mais o escolhiam diretamente.

Dessa maneira, o primoroso direito romano, ao profissionalizar a atividade de decidir o mérito da lide, trouxe a necessidade de, como nos ordenamentos modernos de origem romano-germânica, o magistrado expressar os fundamentos de sua decisão, já que a vantagem de o Estado fornecer um magistrado jurista e imparcial, porém aleatoriamente estabelecido, profissionalizando por completo a atividade decisória, retirou a pedra angular de aceitabilidade das simplificadas expressões "*si paret... non paret*" e "*condemna... absolve*", qual seja: a escolha do juiz pelas partes.

FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NA ALTA IDADE MÉDIA

A Alta Idade Média, assim como a Idade Antiga, também foi marcada pela ausência de obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais. O direito medieval, dizem José Tucci e Luiz de Azevedo, herdou das fontes romanas a regra de que a validade do julgado independia de fundamentação; e as sentenças, ordinariamente, resumiam-se ao emprego dos vocábulos *condemno* ou *absolvo*, nas decisões de primeiro grau, e *confirmo* ou *infirmo*, em segundo grau de jurisdição.[18]

Não obstante a desobrigação, Noronha reproduz o registro feito por Antonio Pertile no sentido de que, especificamente entre os juízes eclesiásticos, desde os tempos antigos, a praxe não se amoldava às afirmações de Tucci e Azevedo acima descritas. Pois aqueles juízes "(...) estavam acostumados a dar os motivos das suas próprias sentenças (...). E esse costume era de tal forma observado que muitos não concebiam uma sentença que não fosse motivada".[19]

Embora a exceção apontada, a ausência de fundamentação era a regra geral. As legislações seguiam os ensinamentos dos juristas, e a doutrina da época, explica Taruffo, mostrava-se indiferente à imposição do dever de motivação das decisões. De modo uniforme, tendia a acolher o princípio de que a validade destas não se

---

[18] TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de processo civil canônico*: história e direito vigente. São Paulo: RT, 2001. p. 62.

[19] PETERLE, Antonio apud NORONHA, Carlos Silveira. *Perfil histórico-dogmático da sentença civil*. 1992. 454 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Departamento de Processo, Curso de Pós-Graduação, São Paulo, 1992. p. 33.

sujeitava a dever algum de fundamentação, e a orientação dominante era para que os juízes realmente evitassem expor as razões de sua decisão.[20]

No mesmo sentido, revelam Tucci e Azevedo que tanto civilistas quanto canonistas eram contra o dever de motivação nos pronunciamentos judiciais. Dizem eles que Acúrsio e Tancredo, juristas da época, indicavam que era prudente motivar exclusivamente a sentença terminativa que decidia ter o demandante eleito a via processual errada, com o fim único de que ficasse o demandado impedido de alegar coisa julgada, em eventual nova ação. Fora disso, as decisões deveriam resumir-se ao dispositivo.[21]

Já na seara processual canônica, verificou-se, em resposta dada pelo Papa Inocêncio III, por meio da decretal *Sicut nobis*, de 1199, respondendo à consulta que lhe era feita, que o Chefe da Igreja entendia como insignificantes os fundamentos da sentença, já que a presunção de validade desta era derivação lógica da autoridade da qual se revestiam os juízes. No mesmo sentido, Guilherme Durante mostrava-se também adepto do entendimento de que a decisão era um legado do arbítrio do juiz, não havendo qualquer irregularidade em não conter ela explicitamente as razões de decidir.[22]

Esse difundido repúdio jurídico ao dever de motivar justificava-se na preocupação dos juristas com a manutenção da inviolabilidade da decisão. Alegava-se que, ao fundamentar, poderia o juiz incorrer em *error expressus,* que culminaria na nulidade da decisão, ou mesmo que a fundamentação poderia enfraquecer a autoridade da sentença, abrindo o caminho para recurso.[23]

A tendência, como se infere da preocupação exposta, era exclusivamente a de valorizar a autoridade do juiz, blindando sua opinião decisória, já que a fundamentação era (como o é hoje) o meio lógico para chegar o leitor à conclusão de que foi, de algum modo, falha a atividade cognitiva do julgador, podendo, por isso, sua decisão ser anulada ou reformada. Assim, sem qualquer desassossego com o descontentamento das partes em não conhecer das justificativas decisórias, afirmava Hostiense: "si cautus sit iudez, nullam causa exprimet"[24] (se o juiz é cauteloso, nenhum motivo expressa).

Não se pode olvidar, outrossim, da influência filosófica e teológica de Santo Agostinho (354-430 d.C.) sobre os juristas da Alta Idade Média, a qual certamente irradiava consequências desobrigatórias quanto a justificar expressamente o juiz

---

20 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 278-279.

21 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de processo civil canônico*: história e direito vigente, cit., p. 63.

22 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de processo civil canônico*: história e direito vigente, cit., p. 63.

23 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 278-279.

24 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de processo civil canônico*: história e direito vigente, cit.

suas decisões. O augustinianismo jurídico traduzia-se por um pilar ideal, como com clareza pontua Hespanha: "Na verdade, para o Bispo de Hipona, a única fonte de direito é a vontade de Deus; vontade em geral *insondável*, mas revelada parcialmente pelas Escrituras e manifestada em cada momento pela ordenação providencial da história".[25] E desta máxima, conhecida como voluntarismo, que se opunha ao racionalismo, resultam consequências corroborantes ao repúdio à fundamentação.

Se somente de Deus provém a vontade capaz de dizer o que é o direito, não caberia aos homens questionar a justiça ou injustiça disso: o que Deus queria era justo por si só, a justiça provinha de seu querer, não era seu querer que derivava da justeza das coisas. Por isso, os mistérios divinos deveriam ser prestigiados como inquestionáveis e impassíveis de entendimento pelo ser humano, ao qual cabia, tão só, como recurso final, olhar para os Livros Sagrados e neles buscar apreender a vontade divina revelada pela graça da Providência. E o juiz, recebendo seu mandato de quem detinha o poder, era assim considerado por vontade de Deus ("É por Mim que os tiranos reinam"). Havia um sentido oculto para seu posto de julgador, escrito na história da Salvação.[26]

Dessa maneira, a palavra decisória do juiz no augustinianismo jurídico tinha força de reproduzir, nos limites humanos, aquilo que Deus queria, e a justificativa disso era revelada tão somente pela autoridade previamente àquele constituída, não prescindindo, por isso, de qualquer manifestação motivacional do ato decisório. O juiz era justo porque expressava a inquestionável vontade de Deus. E, como essa vontade quase não cabia no intelecto humano, prudente seria tão só expressá-la, sem tentar explicá-la. Daí os conselhos doutrinários do período no sentido de que o juiz assim procedesse.

Não obstante todos os fatores do período que indicavam não ser necessário nem adequado os juízes fundamentarem suas decisões, já foi apontado que os juízes eclesiásticos tinham a prática de expor os motivos das conclusões de seus julgamentos. Além disso, lembra Taruffo as sentenças prolatadas pelo juiz longobardo Rei Pertarido, em Pavia, no ano 673 d.C., munidas de motivações que se mostram adequadas mesmo sob análise de um observador moderno. E, ainda, registram-se sentenças longobardas dos Séculos IX, X e XI.[27]

Assim, verifica-se que nem toda a contrariedade doutrinária, civilista e canonista à prática da fundamentação foi suficiente para que a Alta Idade Média findasse sem o registro de sentenças fundamentadas.

---

[25] HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia*: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 222.

[26] HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia*: síntese de um milênio, cit., p. 223.

[27] TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 276-277.

FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NOS SÉCULOS XII A XVII

As civilizações da Baixa Idade Média começaram a romper com o pensamento político, religioso e filosófico imperantes no início medieval e, consequentemente, isso desembocaria consequências na tradição jurídica dessa nova etapa histórica. Nesse diapasão modificativo, é a partir do Século XIII, conforme leciona Michele Taruffo, que apareceram algumas legislações impondo o dever de motivação, ainda que os limites desse estivessem fora do âmbito jurídico-político que, anos mais tarde, marcaria a fundamentação das decisões dos juízes na Europa moderna da segunda metade do Século XVIII.[28]

O Século XIII foi marcado pelo chamado processo romano-canônico, *mixto* ou comum, formado pela miscigenação do direito romano renascido com o direito canônico renovado.[29] Isso foi resultado do surgimento da Escola de Bolonha (1088), onde os juristas estudavam e difundiam os ensinamentos do direito romano, principalmente de Justiniano, com forte influência do *forum internum* da Igreja nos escritos de Glosadores e Comentadores.[30]

Dessa compilação de ideias e teorias romano-canônicas, buscavam os juristas estabelecer sistemas jurídicos que trouxessem julgamentos satisfatórios para as coisas materiais e espirituais da época e, com juízes conhecedores do Direito, explica Noronha, tornou-se obrigatória a motivação da sentença.[31]

Taruffo explica, entretanto, que a obrigatoriedade de fundamentação nesse período não pode ser tratada como regra geral entre os ordenamentos. Apenas apareceram legislações pontuais que a impunham, citando-se como exemplos de leis medievais com exigência de motivação o Estatuto da Régio-Emília (1265), a legislação florentina (1532, 1542 e 1560) e o mais antigo caso expressamente previsto no direito canônico em que deveria ser fundamentada a sentença, o qual vinha previsto em uma decretal do Papa Inocêncio IV, aplicando-se àquela que decidia pela excomunhão (*Sexti decretal*, lib. V, tit. XI, cap. I).[32]

Já no início do Século XVII, a legislação lusitana também trazia norma obrigando aos juízes fundamentar não todas as decisões, mas ao menos suas *sentenças diffinitivas*. Trata-se das Ordenações Filipinas, que entraram em vigor em 1603, com o reinado de Filipe II, e que, apesar de várias alterações ao longo do Século XIX, no Brasil colonial vigeram até a vinda do Código Beviláqua. O texto da lei deixava claros os porquês da determinação: serviria para que as partes analisassem a conveniência ou não em recorrer, e para que os juízes de instância

---

28 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 278.
29 NORONHA, Carlos Silveira. *Perfil histórico-dogmático da sentença civil*, cit., p. 217.
30 NORONHA, Carlos Silveira. *Perfil histórico-dogmático da sentença civil*, cit., p. 213-214.
31 NORONHA, Carlos Silveira. *Perfil histórico-dogmático da sentença civil*, cit., p. 218.
32 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 278-279.

superior, no caso de recurso, entendessem melhor os fundamentos da decisão (Livro III, LXVI, 7).[33]

O plano de fundo dessas normas medievais, contudo, não carregava um teor de ideologia liberal ou democrática, marco que posteriormente estaria presente nas decisões judiciais do período Iluminista. Elas expunham dever motivacional como corolário de questões adstritas ao pensamento jurídico próprio da Baixa Idade Média.

Nesse aspecto, o surgimento da fundamentação obrigatória nessas legislações medievais tem entre suas principais causas o declínio da crença de que o processo sofria intervenção divina (como o era na época dos *ordálios* e dos *juízos de Deus*, praticados pelos Bárbaros). Em vista disso, como explica Carlos Noronha, sendo a decisão produto de obra humana, estaria sujeita à falibilidade e poderia ser injusta, além do que, deveria ela fundar-se na lei, nos costumes e na equidade, sob pena de nulidade. E, contra a sentença injusta ou nula, havia a possibilidade de recurso,[34] de modo que a fundamentação, como expressão lógica da atividade cognitiva do juiz, passava a ser o alvo de ataques recursais. Assim, a possibilidade de julgamento falho é razão do dever de fundamentá-lo e o direito de contra ele recorrer é corolário desta falibilidade.

Também favorável à fundamentação das decisões no período histórico em comento, há fatores para além da obrigatoriedade imposta por legislações, os quais implicam no surgimento de uma praxe de fundamentar. E, seguindo os dizeres de Antônio Hespanha, nesse ponto podem ser citadas três questões de ordens distintas, mas congruentes.

Primeiramente, a ideia filosófica de "libertação da razão", que caracterizou o pensamento jurídico dos séculos XII e XIII, com grande expoente em São Tomás de Aquino, a qual traduz o pensamento de que o papel do jurista, como ser racional, não é o de simplesmente colher nas fontes (escriturais ou legais) um direito já pronto, mas, para se chegar a uma solução justa, deve ele investigar e discutir o caso; em segundo, o apagamento da crença de que as fontes do direito eram de tamanha autoridade que ao jurista era possível tão somente uma singela interpretação, uma glosa ou breve comentário: a organização do discurso argumentativo dos juristas passa ser a nova lógica da escolástica; e, por terceiro, destacam-se fatores de ordem institucional, pois, se o jurista deveria usar amplamente a razão e sua atividade iria muito além de uma mera anotação da fonte aplicável, necessitaria ele dedicar-se ao conhecimento jurídico teórico, desenvol-

---

33 ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal, recompiladas por mandado do rei D. Philippe I*. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. v. 14. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 5 jan. 2018.

34 NORONHA, Carlos Silveira. *Perfil histórico-dogmático da sentença civil*, cit., p. 219.

vendo sua capacidade lógico-dialética, e, para isso, deveria debruçar-se nos estudos oferecidos nos ambientes institucionais que favoreciam o desenvolvimento da razão jurídica da época.[35]

Dessa maneira, o *iustum*, a solução justa, seria traçada pelo correto uso da razão (*recta ratio*), revelado em um discurso lógico, provido de conhecimento jurídico. Dessa forma, não se poderia conhecer da justeza do julgamento se este se resumisse a ditar a decisão sem explicar por que o caso concreto a reclamava, de modo que a difusão desses fatores criava entre os juízes, dos pontos de vista filosófico, dogmático e institucional, a praxe de apresentar os fundamentos do *decisum*.

A práxis da fundamentação iniciada no Século XII e que se estendeu sem substanciais mudanças até o Século XVII, entretanto, observa Michele Taruffo, foi, em geral, um tanto tímida, não podendo ser tratada como um campo autônomo, merecedora de um estudo específico. Na verdade, na grande maioria dos casos, verificava-se uma prática extremamente formalista de dizeres que antecediam o dispositivo, simplesmente expondo os pedidos e defesas das partes e retratando que o *ordum iudiciorum* foi observado no caso. Não passava disso. Como exemplo de fórmula sintética que expressa a fundamentação do período, cita Taruffo: "visis et auditis rationibus utriusque partis et testibus inspectis, habito sapientium consilio etc."[36] (vendo e ouvindo as razões de ambas as partes e as testemunhas, observo o conselho dos sábios etc.).

Já no Século XVI, entretanto, verificaram-se situações que não se encaixam nesse perfil extremamente sucinto de motivação. No período, os *Grandi Tribunali* da Itália são conhecidos por decisões preenchidas com fundamentações cultas e elaboradas, principalmente no que se refere ao direito aplicável ao caso. Também na Alemanha, a pronúncia dos *Schöffengerichte*, com considerável motivação, demonstram a difusão de uma praxe que se mostrava como tendência crescente.[37]

Cabe-se atentar, ao término desta seção, que não há concomitância entre o surgimento do predomínio nas legislações do dever de os juízes motivarem suas decisões e a praxe de assim estes o fazerem. Como se verificou, preponderantemente entre os Séculos XII e XVII, os ordenamentos não os obrigavam a tanto, mas, por questões de ordem filosófica, religiosa e institucional, a presença de motivação nas decisões dos juízes foi crescentemente se tornando corriqueira e cada vez mais elaborada, favorecendo que, aos poucos, fossem os estudiosos despertando interesse pela análise autônoma desse importante capítulo da decisão, o que nos tempos vindouros desembocaria em modernas teorias sobre a obrigatoriedade de sua presença nas decisões judiciais e de suas funções perante a ideologia social e política que se faria existente nas futuras sociedades.

---

35 HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia*: síntese de um milênio, cit., p. 222-229.
36 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 277.
37 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 277.

FUNÇÕES ENDO E EXTRAPROCESSUAIS DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NAS ATUAIS DEMOCRACIAS QUE CONSTITUCIONALIZARAM O DEVER DE FUNDAMENTAR

O elemento legal de obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais que estampou os ordenamentos jurídicos, como se apurou nas linhas pretéritas deste artigo, guarda intrínseca correlação com fatores de ordem filosófica, ideológica, sociológica e política, sem prejuízo, ademais, com a característica jurídica, na medida em que se percebeu a gradativa preocupação institucional de conferir possibilidade jurídico-argumentativa para recorrer das decisões judiciais consideradas injustas.

Para essa compreensão, contudo, mister que se desenvolva, ainda que de forma extremamente sintética, para fins de coerência e coesão com o discurso ora apresentado, a construção histórica, jurídica e política proeminentemente do Estado Democrático de Direito, porquanto ao concebermos as ideias de efeitos endo e extraprocessuais da fundamentação, conexão indissociável terão os caracteres da teoria do Estado Constitucional na sistemática processual do ordenamento jurídico brasileiro.

É bem verdade que, se enquanto o desenvolvimento da obrigatoriedade de fundamentação permeou a natureza religiosa e institucional, vislumbrada, sobretudo, nos idos dos séculos XVI e XVII, é de se ressaltar, em contrapartida, os fenômenos de ordem político-ideológica que sobrepairaram os séculos posteriores, reconhecendo-se, conseguintemente, a força dos movimentos que se sucederam, ainda que não em concomitância temporal e cultural, mas que, inexoravelmente, contribuíram sobremaneira para a compreensão dos recortes constitucionais de nossa época contemporânea.

A concepção de Estado, a ser desenvolvida como pressuposto para a construção da ideia de Estado Democrático de Direito, assentar-se-á nas lições de Jean Bodin, pautadas em sua obra *Les Six Livres da La Republique* (1576), e Thomas Hobbes, com o seu *Leviathan* (1651), que recortaram o Estado, com a sua soberania e o seu poder como categorias centrais da modernidade política, para assim o reconhecerem. E como afirma José Joaquim Gomes Canotilho: "o Estado é, assim, uma forma histórica de organização jurídica do poder, dotado de qualidades que o distinguem de outros 'poderes' e 'organizações do poder'".[38] Dentre as respectivas qualidades que o atribuem, assinala José Joaquim Gomes Canotilho que: "pode assim sintetizar: a) soberania, traduzindo-se em um poder supremo no plano interno e em um poder independente – autônomo – no plano

[38] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 85.

internacional, acolhendo-o como um poder político de comando; b) território; c) povo".[39]

Frisa-se que o Estado, da maneira como é concretizado, corresponde ao modelo de Estado emergente da Paz de Westefália (1648). Modelo este que se assenta, basicamente, "na ideia de unidade política soberana do Estado",[40] que, ainda hoje, a despeito de estar relativamente em crise, em virtude do fenômeno da globalização, da internacionalização e da integração interestatal, não deixa de manter seus méritos para compreensão desta ideia político-jurídica de concentração e controle de poder.

Daí segue que, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho: "esta forma de conceituação continua a ser operacional se pretendermos salientar duas dimensões do Estado como *comunidade juridicamente organizada:* 1) O Estado é um esquema aceitável de *racionalização* institucional das sociedades modernas; 2) o Estado constitucional é uma *tecnologia política de equilíbrio político-social*" (grifos do autor).[41] Tecnologia, nas palavras do jurista português, ou instrumento, como assinala Fioravanti, "que se fez útil e necessário para se combateram dois 'arbítrios' ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia *absolutista* do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais" (grifo do autor).[42]

Essa apreensão teorética-histórica se justifica para que se refira, posteriormente, a algumas das características do "modelo" de Estado que precedeu a moderna concepção de Estado Constitucional.

É fato que o Estado Absolutista, enquanto transferia o monopólio do poder ao monarca, que figurou como representação divina na terra e fonte inesgotável de autoridade e poder, não poderia mais ter assento na construção de um Estado Constitucional.

Anotando a alteração de assentamento político-sociológico para a configuração do Estado Constitucional, ressalta José Joaquim Gomes Canotilho que

> o Estado Constitucional procurou uma fundação e estruturação diversa daquela de seus precedentes tipos de Estado: O *Estado Estamental* e o *Estado de Pólícia*. Este Estado, também chamado de despotismo esclarecido, apresentava como características fundamentais a afirmação da ideia de soberania concentrada no monarca; a extensão do poder

---

39 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit.

40 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 86.

41 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit.

42 FIORAVANTI, Maurizio. Los tato di diritto come forma di stato. Notazioni preliminar sulla tradizione eurepeo-continentale. In: GHERARDI, Rafaella; GOZZI, Gustavo (Ed.). *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 140.

> soberano ao âmbito religioso; e uma eminente forma arbitrária de exercício de suas próprias razões (grifos do autor).[43]

A ideia de Estado Constitucional, contudo, veio a ter decisivo acolhimento apenas da concepção publicista mais recente. A expressão, portanto, não encontra amparo nas construções doutrinárias anteriores, o que é relevante destacar, a fim de não se atribuir concepções inexistentes à época do desenvolvimento teórico e histórico deste "modelo" de Estado.

O Constitucionalismo, como explicita o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, "procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. Tentou estruturar um Estado com qualidades, estas que fazem dele um Estado Constitucional".[44]

Essa construção sociológica, política, jurídica e institucional teve seus vieses em refração à ideologia absolutista de poder, que restringia, sobremaneira, os "direitos" dos particulares, afrontando-os na medida em que prevaleciam os interesses do próprio monarca, sejam aqueles decorrentes da natureza política, como atividade de governo, seja aquele derivado dos anseios de natureza pessoal.

Dito isso, a concretização deste modelo Constitucional de Estado remonta a um pluralismo cultural, a uma diversidade circunstancial e a uma observância de códigos próprios de povos variados para compreender sua concretização.

Aponta José Joaquim Gomes Canotilho que "a domesticação do domínio político pelo direito faz-se de vários modos e, por isso, deveremos ter cuidado em identificar conceitos".[45]

Amoldam-se a essa concepção os regramentos do *The Rule of Law*, em que se observa "a significativa proeminência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real. Aponta a *Rule of Law*, ainda, para a sujeição de todos os atos do executivo à soberania do parlamento".[46]

Na França, por sua vez, "a ideia do Estado de direito assentou na construção de uma ordem jurídica hierárquica, onde se apresentava, no vértice, a *Declaration de 26 de Agosto de 1789*, como se fosse um direito natural do Homem. A Constituição situa-se num plano imediatamente inferior e, abaixo desta, as Leis".[47]

Este Estado Constitucional, dando-se primado às leis, estaria em flagrante contraposição ao Estado de Polícia, vigorante no sistema absolutista. E, como anota José Joaquim Gomes Canotilho, "embora a limitação do poder pelo direito acabaria, em França, numa situação paradoxal, em que a supremacia da

---

43 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 88.
44 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 89.
45 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 89.
46 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 90.
47 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 91.

constituição seria neutralizada pelo primazia da lei, a estrutura serve, ainda hoje, de paradigma aos estados constitucionais da atualidade",[48] porquanto em evidente proposição à ideia de sujeição do poder ao direito, a fim de conferir resguardo aos direitos individuais, sobretudo. A ideia, portanto, e que hoje ainda estampa um dos princípios cardeais do Direito Administrativo brasileiro, princípio da legalidade da administração, é de que

> o Estado de Legalidade, assim compreendido aquele em que os atos da Administração deve ser amoldados em perfeita consonância com a finalidade e ordem da lei, servem para dar execução estrita ao cumprimento desta, como produto da vontade geral, garantindo, deste modo, a observância do *princípio da igualdade perante a lei* em consequente repúdio das velhas *leges privatae* características do *Ancien Régime*.[49]

Porém, a construção teórico-filosófica não se restringe à ideia de Estado de direito. O Estado Constitucional "é mais do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para travar o poder; foi, também, reclamado pela necessidade de legitimação deste mesmo poder, a fim de que o exercício deste não ficasse assentado em fundamentos metafísicos, como o foram na estrutura do *Ancien Régime*".[50]

A legitimidade do poder, ressalta José Joaquim Gomes Canotilho,

> é de uma ordem de domínio e de legitimação do exercício do poder político. Caso contrário, estaríamos diante de um Estado de direito "impolítico". O que não permite ser manifesto. Somente o princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder vem do povo, assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular.[51]

Daí a importância e significação da obra *Qu'est ce le Tiers État?*, do Abade Sieyès, ao introduzir a ciência política à teoria da legitimação do poder público.

Sendo assim, e a despeito de toda a necessária construção discursiva do "modelo" Constitucional de Estado, as suas consequências políticas, jurídicas e institucionais não assumiram, temporal e espacialmente, as mesmas repercussões fáticas.

O processo do *neoconstitucionalismo*[52] "à maneira de se contrapor à ideia fixa da concepção jurídica positivista – apego desarrazoado às leis – na célebre

---

48 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 92.

49 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 92.

50 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 94.

51 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 96.

52 Adotar-se-á a expressão neoconstitucionalismo na perspectiva teórico-filosófica exposta por Luis Roberto Barroso, sinalizando a teorética neoconstitucional para uma alteração paradigmática do Direito, assim compreendido pela releitura constitucional do sistema jurídico,

lição da escola de Savigny – A lei é o Direito",[53] disseminou-se, de forma estrondosa, a partir da Segunda Grande Guerra Mundial na Europa.

Como anota Eduardo Cambi, "as alterações mais importantes, na compreensão constitucional, a que se denomina de neoconstitucionalismo, podem ser sintetizadas em três aspectos distintos: i) histórico; ii) filosófico; iii) teórico".[54]

Assinala esse autor que,

> sob o aspecto histórico, as transformações mais importantes se deram pela Segunda Guerra Mundial, após a derrota dos regimes totalitários, onde se verificou a necessidade de criarem catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão perante os abusos que poderia vir a ser cometidos pelo Estado ou por quaisquer detentores do poder em quaisquer de suas manifestações.[55]

Continuando a construção lógico-teórica, ressalta ainda Eduardo Cambi que

> a superação do paradigma da validade meramente formal do direito, em que bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão do direito, resultou na compreensão de que o direito deve ser compreendido dentro das relações de poder, sendo intolerável que, em nome da "vontade do legislador", tudo o que o Estado fizesse fosse legítimo.[56]

Daí porque se estreitaram os vínculos entre direito e política, na esteira em que conceitos comuns, como razoabilidade, senso comum, interesse público, são informados por relações de poder, não permitindo o direito, assim, ser afastado como instrumento de amparo aos sujeitos destes vínculos.

Os reflexos das alterações constitucionais europeias, que foram sinteticamente explanados em linhas pretéritas, em breves menções aos diplomas europeus, foram sentidos, significativamente, no Brasil, mostrando-se

---

concedendo a máxima força normativa à constituição, e, como consequência, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento da dogmática da interpretação constitucional. Em adição, a perspectiva filosófica é marcada pela identificação dos princípios como fontes jurígenas primárias, ao lado das regras jurídicas, dando relevância jurídica na conformação judicial dos direitos. Cf.: Barroso, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi,* Teresina, ano 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 27 jun. 2018.

53 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 86.

54 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p. 662.

55 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cit., p. 663.

56 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cit., p. 663.

verdadeiramente espelhados na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, "que marca, historicamente, a transição para o Estado Democrático de Direito".[57]

Por fim, quanto ao aspecto filosófico a ser ressaltado, assinala Eduardo Cambi que

> a identificação do direito com a lei, marcada pelo dogma da lei como expressão da "vontade geral", foi superada pela hermenêutica jurídica que, sem caiar na tentação de retornar à compreensão metafísica proposta pelo direito natural, desenvolveu a distinção entre as regras e os princípios, para dar força normativa a estes, com o escopo de ampliar a efetividade da Constituição.[58]

Inegável, com espeque na construção filosófica, que pouca valia teriam os direitos fundamentais se não dispusessem de aplicabilidade imediata, porque, invariavelmente, não passariam de meras proposições jurídicas programáticas, sem nenhum amparo de efetividade.

Essa tendência de conferir eficácia imediata e integral para os enunciados normativos que representam direitos fundamentais é denominada de pós-positivismo, afastando-se a aplicação meramente secundária dos princípios.

Nesse diapasão, a falência da filosofia teórica do positivismo jurídico, que foi marcado pela diferenciação da norma e do preceito normativo, rompeu o método clássico silogístico, oportunizando-se um espaço para o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Destacando os elementos desta nova metodologia de interpretação, agora em conformidade com a Constituição, afirma Eduardo Cambi que "a nova interpretação constitucional não abandonou os elementos clássicos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), provenientes da escola exegeta, mas revitalizou a hermenêutica jurídica, ressaltando a teoria dos princípios sobre as regras".[59]

Conforme salienta Jorge Miranda,

> os princípios admitem ou postulam desenvolvimentos, concretizações, densificações, realizações variáveis. Nem por isso o operador jurídico pode deixar de os ter em conta, de os tomar como pontos firmes de referência, de os interpretar segundo os critérios próprios da hermenêutica e de, em consequência, lhes dar o devido cumprimento.[60]

---

57 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cit., p. 664.
58 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cit., p. 664.
59 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cit., p. 670.
60 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 434.

Diante dessa novel construção doutrinária da hermenêutica constitucional, os princípios jurídicos – espécie de enunciados normativos – colocam-se ao lado das regras jurídicas, a fim de dar concretude à Lei Fundamental, consubstanciada na Constituição, como plexo de enunciados normativos alçados ao patamar de *Lex Mater,* que serve de fundamento de validade de todos os demais preceitos normativos.

E, nesse ditame, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha reforço, a ser pautado como princípio estruturante de todo o ordenamento jurídico, iluminando todos os demais preceitos jurídicos, na medida em que, ao fim e ao cabo, a pessoa humana é a finalidade última das disposições jurídicas.

Por isso, ressalta Juarez Freitas, aduzindo que

> urge que a exegese promova e concretize o princípio jurídico da dignidade da pessoa, sendo como é um dos pilares supremos do nosso ordenamento, apto a funcionar como vetor-mor da compreensão superior de todos os ramos do direito. Mais que *in dubio pro libertate,* princípio valioso nas relações do cidadão perante o Poder Público, faz-se irretorquível o mandamento humanizante segundo o qual, em favor da dignidade, não deve haver dúvida.[61]

Sendo assim, a Constituição, estruturando-se em todo o desenvolvimento filosófico, ideológico, histórico e jurídico, exsurge, na atual desenvoltura do Estado Constitucional, como ponto de partida para a interpretação e a argumentação jurídicas, assumindo um caráter fundamental na construção do que se denomina, atualmente, neoprocessualismo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como destaca Eduardo Cambi, "ao contemplar amplos direitos e garantias fundamentais tornou constitucionais os mais importantes fundamentos dos direitos materiais e processuais – fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional".[62]

Dito isto, inegável a conclusão de que, alçando a um patamar constitucional inúmeros direitos infraconstitucionais, todos voltados à preservação da dignidade da pessoa humana, a atuação do Poder Público deve respeitar seus ditames, de sorte a ser obediente a promoção do efetivo e concreto Estado Democrático de Direito, que, como apontou José Joaquim Gomes Canotilho

> deve o Poder Público, em todas as facetas de sua actuação, estruturar-se em uma ordem cujo domínio se legitima no povo. A articulação do "direito" e do "poder" no Estado significa, contemporaneamente, que

---

61 FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 34, p. 59-76, 2000. p. 71.

62 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cit., p. 672.

> o poder do Estado deve se organizar e se exercer em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do poder dos cidadãos.[63]

A maneira, pois, institucionalizada pelo Poder Público para se fazer obedecer aos direitos subjetivos dos cidadãos encontra respaldo no estuário normativo pátrio, e, para salientar a preponderância deste direito, ditos fundamentais, foi necessário enfatizá-los, moldurando-os na Constituição Federal.

Contudo, tais direitos devem, para serem efetivamente tutelados, ter medidas capazes de tornar eficaz sua aplicação imediata e integral. Esse instrumento, hodiernamente, é chamado de garantias processuais.

Daí a eminente preocupação doutrinária e jurisprudencial a respeito do direito fundamental à tutela jurisdicional, à instrumentalidade do processo e à construção de técnicas processuais adequadas à realização dos direitos materiais.

Como assinala Luiz Guilherme Marinoni, "a percepção de que a tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada é um direito fundamental (art. 5º, XXXV, CRFB/88) vincula o legislador, o administrador e o juiz, isto porque os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva".[64] E, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet, tal dimensão é expressa como "o conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva do Estado".[65]

Daí a proeminente lição de Candido Rangel Dinamarco, ao explicar o necessário "abandono entre a dicotomia rígida de direito material e processo, passando-se a falar em instrumentalidade do processo".[66]

Essa instrumentalidade, pois, é mais do que necessária para adaptar a tutela jurisdicional ao bem jurídico a ser protegido, em flagrante processo de criação de técnicas processuais.

Isso, contudo, necessita que a construção do processo e sua resolução, alcançando a finalidade para a qual nasce, isto é, para tutelar o direito lesado ou ameaçado, não pode ser despida de fundamentação, na medida em que também é um direito subjetivo do cidadão, no exercício de sua cidadania, ter ciência das razões pelas quais o Estado, no âmbito do Poder Jurisdicional, decide de tal forma e aplica a respectiva técnica para instrumentalizar a tutela do direito pretendido.

---

63 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 94.

64 MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 8, n. 28, p. 298-338, abr./jun. 2003.

65 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 140.

66 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 51.

Nesta esteira, compreendida a parcelaridade, ainda que sucinta, do lapso temporal em que se desenvolveu o atributo da fundamentação nas decisões judiciais, sobretudo em face de seu caráter institucional e filosófico, mister ressaltar a análise de quais as funções a fundamentação deve assumir nos pronunciamentos jurisdicionais nos Estados Democráticos de Direito.

Essa abertura analítica deverá perpassar, inexoravelmente, pelos ideais democráticos que assentaram o Estado Democrático de Direito, já que, da mesma forma, como qualquer outro elemento integrante de ato do Poder Público, deve àqueles estar submetida, sobretudo pela suma importância que institucionalmente agrega às decisões judiciais, pois se trata de materialização do meio específico de manifestação do Poder Judiciário quando do exercício de sua função típica: solucionar com imperatividade e definitividade conflitos de interesse.

Em consonância a esse desiderato, atenção reclama o comentário expendido por Michelle Taruffo, ao anotar a previsão exposta no artigo 111 da Constituição da República da Itália, de 1947, o qual, entre outras disposições, determina que "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati"[67] (todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados). Ensina o jurista italiano que o princípio da obrigatoriedade da motivação está inserto no sistema de garantias que as Constituições democráticas trouxeram junto com seu arcabouço ideológico e filosófico, imprimindo efetiva tutela das situações jurídicas das pessoas em face do poder do Estado e, de modo particular, diante das manifestações que são deflagradas pelo exercício da jurisdição, sendo tal princípio parte das garantias fundamentais de *natural justice* (Direito natural).[68]

É por isso que, com esteio na ideologia posta pelo jurista italiano, que as funções democráticas das decisões judiciais como um todo devem ir ao encontro dos anseios populares. A expressão, contudo, não deve ser apreendida afoitamente. Anseio popular, empregado ideológica e filosoficamente, deve corresponder não à apreensão de que a decisão deve agradar a toda a sociedade, pois, afinal, é inerente ao litígio a discordância daquele que sucumbe. A cognição correta, portanto, para os fins em que pretende explanar este artigo, é no sentido de que a fundamentação precisa esclarecer, trazer à lume qual o *iter* lógico-jurídico trilhado pelo juiz para a conclusão decisória.

E deste percurso, nos atuais Estados Democráticos de Direito, todas as pessoas merecem ser conhecedoras, integrantes ou não da relação jurídico-processual na qual foi a decisão proferida.

---

[67] ITÁLIA. *Constituzione della Repubblica Italiana*. Roma: Senato della Repubblica, 2012. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018. p. 56.

[68] TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 335.

No ordenamento jurídico brasileiro, exemplificativamente, o enunciado normativo que dispõe sobre a publicidade das decisões, não por acaso, está esculpido no mesmo inciso em que se consigna a obrigatoriedade de fundamentação, qual seja, o inciso IX do artigo 93 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF.[69] Esses dois elementos do ato do Poder Público, enfocando-os para os pronunciamentos jurisdicionais, são direitos fundamentais da parte e, além delas, e ainda de maior importância, da sociedade, razão pela qual foram erigidos pelo constituinte ao patamar de princípios constitucionais.

Destaca-se, aliás, que, na lição de Michelle Taruffo sobre a relação entre publicidade e motivação das decisões, ambas "(...) respondem à mesma exigência política de fundo, que é aquela de instaurar a possibilidade de uma relação direta (e, portanto, ainda de controle) entre a administração de justiça e ambiente social".[70]

A aplicação conjunta, em harmonia com a interpretação conforme a constituição, dos princípios da publicidade e da obrigatoriedade da fundamentação, impõe ao Poder Judiciário não somente o dever legal de expor as razões de seu convencimento a todos, mas, inclusive, serve para coibição, uma certa forma de controle democrático, para que elas não sejam arbitrárias, despidas de exame concreto das provas e dos argumentos das partes. Essa previsão legal é instrumento legítimo pelo qual expressa o poder emanado do povo, respeitado pelo magistrado, já que, por meio disso, o Poder Judiciário, mostrando que analisou devidamente o processo, cumprindo seu papel no sistema do contraditório e ampla defesa, expondo os motivos de fato e de direito que ensejam tal julgamento, permite o controle interno e externo dos atos judiciais, o que evita arbitrariedades jurisdicionais.

A partir dessa construção jurídico-ideológica, é possível descrever uma série de funções que a disciplina da fundamentação das decisões herda, enquanto elemento democrático, de ordem endo e extraprocessual.

Mas, antes de se adentrar, particularmente, no tocante a cada uma das ordens funcionais da fundamentação susomencionadas, mister salientar que o emprego desta expressão remete à ideia de efeitos no âmbito interno do processo, isto é, os reflexos produzidos por esse instituto dentro da relação jurídico-processual, cujos efeitos, em regra, são *inter partes*.

Como funções endoprocessuais, revela José Rogério Cruz e Tucci que a fundamentação: a) de modo imediato, funciona ao juiz, antes até que às partes,

---

69 "Art. 93. (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação" (*Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)*.

70 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 342.

como instrumento demonstrativo de legitimidade da conclusão jurídica do ato decisório, cujo teor já se revelava ao intuito daquele; b) serve para persuadir a parte sucumbente de que não é resultado de sorte ou do acaso a decisão, mas de atuação legal; e c) permite o controle crítico da exata dimensão volitiva do juiz revelada na decisão e, como corolário, dos limites objetivos do julgado, favorecendo que, com maior rigor, o órgão *ad quem* analise a justiça e a legalidade das decisões que lhes são submetidas a exame.[71]

Atentando para a imprescindibilidade dos efeitos endoprocessuais causados pela fundamentação, Michele Taruffo aponta que tradicionalmente se encontram razões de diferentes ordens para a fundamentação. Perante as partes, individualiza-se esta em um tríplice aspecto: a) o de persuadir as partes (ou os advogados destas), em especial a sucumbente, de que a decisão foi justa e benigna, bem como de que valorou de modo adequado o juiz as teses contrapostas; b) facilitar o exame da oportunidade de interpor recursos, dado que, por meio da fundamentação, é possível individualizarem-se os vícios da decisão que podem revelar que há razões para recorrer; e c) desempenha o papel de instrumento interpretativo do dispositivo da decisão, favorecendo a adequada individualização e definição do conteúdo do julgado a partir das afirmações do juiz, sendo indispensável à determinação objetiva da pronúncia judicial, a qual necessariamente deve permitir que seja possível determinar o seu exato conteúdo. E, perante o tribunal, mostra-se necessária para que o juízo *ad quem* melhor afira a procedência do recurso, já que, analogamente ao que ocorre com as partes perante a decisão, ao juízo recursal a fundamentação funciona como elemento de persuasão e clarificação em relação à procedência e ao exato conteúdo da decisão recorrida, bem como permite que o tribunal verifique objetivamente a existência de vícios que infirmam a decisão atacada e a conexão entre eles e as razões recursais, revelando-se, assim, um fator de racionalização do sistema.[72]

Observa-se, portanto, no que atine às funções endoprocessuais da fundamentação, elas não são unicamente afetas às partes, como erroneamente se pode acreditar em uma análise com afoito, mas, antes disso, servem tanto às partes processuais, enquanto consideradas aqueles sujeitos que agem com parcialidade e sofrem os efeitos da decisão judicial, como também a todos os demais sujeitos atuantes no processo, integrantes de uma relação jurídico-processual, em condição diversa de julgador. Logo, todo aquele que não assume a qualidade de parte, mas detém legitimidade processual para impugnar a decisão apresentada, é afetado pelos efeitos da fundamentação.

---

[71] TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 14, v. 56, p. 223-233, out. 1989. p. 223.

[72] TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., passim.

Exemplo disso, em nosso estuário normativo pátrio, se dá em face do instituto processual denominado *amicus curiae,* alçado como terceiro interessado por meio da novel disposição do Código de Processo Civil, estampado em seu artigo 138.

Extrai-se da dicção dos §§ 1º e 3º do mencionado dispositivo processual civilista que o *amicus curiae* possui legitimação processual para interpor embargos de declaração, visando que o órgão jurisdicional sane omissão, contradição ou obscuridade do pronunciamento judicial, sem obstar, outrossim, a possibilidade de interpor eventual recurso em hipóteses de decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas.

A permissão legal visa, inexoravelmente, conferir enriquecimento e qualificação ao debate e, por conseguinte, à decisão judicial, de sorte que o cabimento de embargos de declaração pelo terceiro interveniente é medida de aprimoramento da decisão judicial, trazendo à baila a preocupação do legislador para com o escorreito pronunciamento jurisdicional.

Vê-se, desde logo, que a eficácia endoprocessual da fundamentação não esbarra na concepção restrita de partes do litígio, isto é, aqueles cujas pretensões são resistidas por interesses contrários, mas, sim, com uma gama elástica de eficácia e importância.

Tais funções, no Brasil, também se aplicam aos advogados das partes, não apenas na condição de patronos, mas para a defesa de direito próprio, no ponto atinente aos honorários advocatícios, os quais, segundo o art. 23 da Lei n. 8.906/94,[73] constituem direito autônomo do advogado. Assim, caso discorde do percentual ou valor arbitrado pelo juiz, por meio da fundamentação para tê-lo feito, o advogado poderá conhecer das razões do valor fixado, verificando, assim, se houve coerência entre este e os parâmetros elencados nos incisos I a IV do § 2º do art. 85 da Lei n. 13.105/15 (Código de Processo Civil), possibilitando a conclusão sobre a conveniência de interposição de recurso para a majoração dos honorários.

Quanto aos efeitos extraprocessuais, assim compreendidos como aqueles produzidos para fora dos limites da relação jurídico-processual, para José Rogério Cruz e Tucci, a fundamentação, do ponto de vista técnico, mostra-se útil ao enriquecimento e uniformização da jurisprudência, servindo, assim, como avultado subsídio aos que contribuem para o aperfeiçoamento e aplicação do direito. E, para além da lógica jurídica, funciona como direito fundamental que dá efetividade ao direito de defesa das partes e a independência e imparcialidade

---

[73] "Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor".

do juiz, emergindo como um imperativo do sistema jurisdicional de composição de litígios, elevado à norma de natureza constitucional.[74]

Em compasso com os desideratos da fundamentação, em seu duplo efeito processual – endógeno e exógeno – Adriano Cesar Felisberto e Celso Hiroshi Iocohama enaltecem que a motivação das decisões judiciais possibilita à sociedade "(...) a garantia de controle de imparcialidade e probidade do Poder Judiciário, convencendo a todos os interessados de que a decisão foi correta e justa".[75] Similarmente, leciona Luiz Fernando Coelho que a motivação "(...) tem evidente conteúdo político, no sentido de que visa a impedir o julgamento arbitrário, pois o juiz deve provar às partes e aos cidadãos que sua imparcialidade foi preservada, e que a sentença foi justa e na conformidade da lei".[76]

Note-se que ambas as afirmações se coadunam e ganham sentido com a norma constitucional esculpida no parágrafo único do artigo 1º da CRFB/88, que afirma que todo o poder emana do povo, pois é por essa razão que o juiz deve, como qualquer agente público no exercício da função, submeter-se à vontade popular.

Perfilhando o mesmo entendimento, afirma Fredie Didier Junior que

> fala-se ainda numa *função exoprocessual* ou *extraprocessual,* pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído [o poder jurisdicional], mas que pertence, por força do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, ao povo.[77]

Na particularidade do Poder Judiciário, no exercício de sua função típica, essa submissão é revelada por meio de decisões adequadas ao ordenamento jurídico, e a observância a isso só pode ser inequivocamente conhecida por meio da fundamentação, já que, como revela Michelle Taruffo, "a publicidade de um *dictum* oracular seria praticamente inútil".[78]

Interessante apontamento sobre a efetiva existência de funções extraprocessuais da fundamentação é feito por Michelle Taruffo, que cita já terem sido aquelas negadas, sob a argumentação de que os fenômenos processuais devem

---

[74] TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada, cit., p. 224.

[75] FELISBERTO, Adriano Cesar; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da motivação nas decisões judiciais de segunda instância dos juizados especiais cíveis. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, v. 190, p. 127-153, dez. 2010. p. 151.

[76] COELHO, Luiz Fernando. Dogmática e crítica da prova no processo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, v. 154, p. 22-36, dez. 2007. p. 27.

[77] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil.* 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 2, p. 357.

[78] TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 342.

seguir conceitos estritamente dogmáticos, segundo os quais não é admissível dar conotação política a qualquer aspecto científico do processo. Mais que isso, fundamentar as decisões do ponto de vista extraprocessual seria perda de tempo porque a população em geral não as lê, somente os juristas e a *mass media* (a mídia) o fazem. Por isso, cairia por terra o exercício do controle político da administração da justiça, pois não se poderia afirmar que os juristas estariam aptos a representar a sociedade na sua "delegação de fato" do papel político de controle dos atos judiciais de modo a verdadeiramente favorecer, em algum aspecto, o corpo social, tampouco que os profissionais midiáticos teriam condições técnicas de compreender adequadamente as razões expostas na fundamentação e, mais ainda, de transmiti-las ao grande público de maneira entendível. À mídia, em verdade, interessaria somente o conteúdo espetacular dos processos, no momento de sua ocorrência, pouco se valorizando as razões usadas na fundamentação das decisões.[79]

Essas justificativas para a inviabilidade e desnecessidade de se atribuir funções extraprocessuais à fundamentação, entretanto, como o próprio Taruffo demonstra, são falaciosas à luz dos ideais democráticos. Em primeiro, quanto a não possibilidade de incidência de fatores políticos no processo, mostra-se equivocada a ideia, e, para refutá-la, basta pensar, a título de exemplo, "(...) na garantia de defesa, no princípio da igualdade das partes e naquele da submissão do juiz à lei para dar-se conta de que o processo se encontra em um plano bem diverso daquele do tecnicismo dogmático caro aos exegetas das regras processuais ordinárias".[80]

O fenômeno da constitucionalização dos direitos implica garanti-los na sua totalidade e, no que tange às garantias constitucionais do processo – incluindo-se aqui, a exemplo dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o da obrigatória fundamentação – encarar as manifestações processuais sob um prisma unicamente dogmático impede a integral consecução daqueles.

Já quanto à crítica descrita para indicar a suspeitosa efetividade da representação que os juristas exercem perante a sociedade no papel de controle das decisões judiciais por meio da fundamentação, como indica Taruffo, verifica-se que ela se pauta eminentemente em questão sociológica-política, que não pode ser objetivamente discutida, já que perpassa a sede das funções extraprocessuais da fundamentação.[81] Ou seja, a obrigação de o Poder Judiciário publicar suas decisões, possibilitando o controle popular, é uma das funções extraprocessuais, não prejudicando os aspectos qualitativos e quantitativos do modo como é aquele exercido. Por essa mesma razão, a maneira como os meios midiáticos absorvem

---

79 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil,* cit., p. 21-23.
80 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil,* cit.
81 TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil,* cit.

e repassam o conteúdo dos atos decisórios não refuta a função extraprocessual: "(...) se de fato uma garantia é concretizada de modo inadequado, o remédio não consiste na sua eliminação ou no seu desconhecimento, mas em fazer com essa seja efetivada em níveis qualitativos e quantitativos mais elevados".[82]

Por isso, negar o importante papel extraprocessual da fundamentação das decisões judiciais fere notoriamente a essência da democracia, principalmente nos Estados que adotam a forma republicana de Governo, já que neles todo o poder sempre emanará do povo, devendo ser colocados à sua disposição, objetivamente, mecanismos para seu exercício.

CONCLUSÃO

Na perspectiva histórica da prática e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, verificou-se que as duas situações não surgiram a um só tempo, pois primeiro exsurgiu a prática de explicar os porquês das conclusões das decisões, e só depois as legislações passaram a impor aos juízes tal dever. E tanto os regramentos processuais quanto os ensinamentos dos juristas de cada período histórico refletem, na indicação da necessidade ou não de fundamentação para a validade ou legitimidade do ato decisório, fatores de ordem social, política, filosófica e institucional relacionados às sociedades de cada época.

Nesse sentido, a ausência da prática e da obrigatoriedade de fundamentação que marcou quase toda a Antiguidade Clássica tem como principal fator a falta de conhecimento jurídico aprofundado dos juízes na Grécia Antiga e na Roma Antiga, que eram leigos. Nesta última, entretanto, com o passar do tempo, no período do sistema processual da *ordinaria cognitio,* o papel do juiz foi profissionalizado e, em que pese a escassez de fontes, tudo indica que as sentenças passaram a trazer a exposição das razões de sua conclusão, já que contra aquelas surgiu a possibilidade de recurso e, ainda que não seja pressuposto para este, os motivos expostos para a chegada à conclusão do ato decisório são o principal elemento propiciador da discordância do recorrente com o direito naquele aplicado, pois só por meio deles é possível conhecer a discrepância do raciocínio lógico-jurídico do juiz diante do que dispõe o ordenamento jurídico para a situação julgada.

A Alta Idade Média, assim como a Idade Antiga, também foi marcada pela ausência de obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais. De modo uniforme, tendia-se a acolher o princípio de que a validade destas não se sujeitava a dever algum de fundamentação, e a orientação dominante era para que os juízes realmente evitassem expor as razões de sua decisão. Este difundido repúdio jurídico ao dever de motivar justificava-se na preocupação dos juristas com

---

[82] TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*, cit., p. 21-23.

a manutenção da inviolabilidade da decisão e com a valorização da autoridade do juiz, o que era favorecido pela influência filosófica e teológica de Santo Agostinho (354-430 d.C.) sobre os juristas da Alta Idade Média, cujo pensamento, conhecido como voluntarismo, traduzia-se por um pilar ideal: a insondável vontade de Deus era a única fonte do direito, não cabendo aos homens questionar a justiça ou injustiça disso. Por isso, os mistérios divinos deveriam ser prestigiados como inquestionáveis e impassíveis de entendimento pelo ser humano. E, como a vontade divina quase não cabia no intelecto humano, prudente seria tão só expressá-la, sem tentar explicá-la. Daí os conselhos doutrinários do período no sentido de que o juiz assim procedesse. Já na Baixa Idade Média apareceram algumas legislações impondo o dever de motivação das decisões judiciais, cujas principais causas foram: a) o declínio da crença de que o processo sofria intervenção divina e de que as decisões estavam sujeitas à falibilidade; b) a ideia filosófica de "libertação da razão", que caracterizou o pensamento jurídico dos séculos XII e XIII, com grande expoente em São Tomás de Aquino (1225-1274 d.C.); c) o apagamento da confiança de que as fontes do direito eram de tamanha autoridade que ao jurista era possível tão somente uma singela interpretação; e d) a difusão do entendimento de que o jurista necessitava dedicar-se ao conhecimento jurídico teórico, desenvolvendo sua capacidade lógico-dialética, e, para isso, deveria debruçar-se nos estudos oferecidos nos ambientes institucionais que favoreciam o desenvolvimento da razão jurídica da época.

O desenvolvimento do Estado Constitucional, ora reconhecido como Estado Democrático de Direito, cujo trunfo está no respeito ao direito, estampado na Constituição Federal, como diploma de cunho social, político, e, invariavelmente, jurídico, soergueu o dever legal de fundamentação como instrumento processual de resguardo dos direitos subjetivos do cidadão, nele contemplados, inexoravelmente, os direitos fundamentais, destacados, dentre todos, o contraditório, a ampla defesa, e a publicidade das decisões fundamentais.

Essa característica dos atuais ordenamentos jurídicos permite que as fundamentações das decisões judiciais sirvam não somente para esclarecimento das partes litigantes, para resolução definitiva, imperativa e imparcial da controvérsia jurídica que se apresenta ao Estado-Juiz, mas, ultrapassando os limites da relação jurídica processual travada, explora as qualidades democráticas do Estado Constitucional, permitindo a cada cidadão o conhecimento dos atos jurisdicionais, contemplando a legitimação do povo como órgão social de controle dos atos do Poder Público, conferindo legitimidade ao Poder Judiciário e, além de tudo, refletindo a eficácia deste instituto no bojo da esfera social-normativa.

Daí por que a necessidade de ressaltar os efeitos endo e extraprocessuais da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, denotando-se as funcionalidades deste instituto de caráter institucional, político, jurídico, social e ideológico, que, diante de sua eminente importância, foi consagrado dentro do

conjunto de normas fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, previsto no inciso IX do art. 93, que visa dar efetividade aos direitos fundamentais dos cidadãos, em estreita congruência com a teoria da aplicação imediata e integral destes direitos.

Concluiu-se, ao fim e ao cabo, que a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais serve a um duplo papel, jurídico e social, sobretudo; ora resguardando-se os direitos processuais dos litigantes, ao devido processo legal, explicitando aí a sua função endoprocessual, ora tutelando a toda a sociedade, permitindo o exercício legítimo do povo no controle das decisões jurisdicionais, evitando arbitrariedades e abusividades dos detentores legítimos do poder.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código Filipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal, recompiladas por mandado do rei D. Philippe I*. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. v. 14. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 5 jan. 2018.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi,* Teresina, ano 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 27 jun. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRASIL. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 5 jan. 2018.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COELHO, Luiz Fernando. Dogmática e crítica da prova no processo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, v. 154, p. 22-36, dez. 2007.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FELISBERTO, Adriano Cesar; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. O princípio da motivação nas decisões judiciais de segunda instância dos juizados especiais cíveis. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, v. 190, p. 127-153, dez. 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. Los tato di diritto come forma di stato. Notazioni preliminar sulla tradizione eurepeo-continentale. In: GHERARDI, Rafaella; GOZZI, Gustavo (Ed.). *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*. Bologna: Il Mulino, 1995.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 34, p. 59-76, 2000.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia*: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

ITÁLIA. *Constituzione della Repubblica Italiana*. Roma: Senato della Repubblica, 2012. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 8, n. 28, p. 298-338, abr./jun. 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 9, v. 35, p. 178-184, jul. 1984.

NORONHA, Carlos Silveira. *Perfil histórico-dogmático da sentença civil*. 1992. 454 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Departamento de Processo, Curso de Pós-Graduação, São Paulo, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba: Livro é Cultura, 1990.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 14, v. 56, p. 223-233, out. 1989.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de processo civil canônico*: história e direito vigente. São Paulo: RT, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996.

Data de recebimento: 22/02/2018

Data de aprovação: 17/06/2018

ASPECTOS RELEVANTES DA COISA JULGADA NAS AÇÕES DE FAMÍLIA SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

SUBSTANTIAL ASPECTS OF THE RES JUDICATA IN FAMILY ACTIONS UNDER THE CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015

José Sebastião de Oliveira*
Wilton Boigues Corbalan Tebar**

RESUMO

A problemática central é destinada a observar quais os reflexos do advento do CPC/2015 quanto à incidência da coisa julgada nas relações familiares, razão pela qual o objetivo central se destina a investigar o conteúdo material das relações familiares quanto à revisitação de temas processuais para a formação da coisa julgada. A obtenção destas novas premissas teóricas é de suma importância, uma vez que as relações familiares são reguladas por normas cogentes, de ordem pública, notadamente os deveres jurídicos, verbas alimentares e grande incidência da dignidade da pessoa humana. Faz incursão quanto aos vocábulos processo, procedimento, relação jurídica processual, coisa julgada, eficácia preclusiva da coisa julgada, sentença, estabilização decorrente da coisa julgada, alimentos, guarda, visita e investigação de paternidade para propor o

* Graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito de Maringá (1973), mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Atualmente é professor da graduação, pós-graduação *lato sensu* e pós-graduação *stricto sensu* (mestrado) do Centro Universitário de Maringá (Unicesumar). Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (Unicesumar). Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, sociedade científica do Direito no Brasil. E-mail: drjso@brturbo.com.br.

** Graduado em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo mesmo Centro. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera – Uniderpe. Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (Unicesumar). Professor de Direito Civil e Direito Processual Civil da graduação dos cursos de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: wiltontebar@hotmail.com.

melhor arranjo científico entre eles. Neste contexto, o trabalho se utiliza do método dedutivo, pois faz a revisitação conceitual dos temas acima expostos, mediante análise teórica, razão pela qual as premissas obtidas têm caráter geral e devem nortear toda a análise referente a casos idênticos, quanto à demonstração do efeito da coisa julgada na estabilização das relações de direito material familiares. Conclui-se que o Código de Processo Civil de 2015 confere nova roupagem para a coisa julgada nas relações familiares, notadamente pela revisitação e aprimoramento dos institutos processuais como contraditório e procedimento.

Palavras-chave: Processo; Coisa julgada; Estabilização; Relativização; Família.

ABSTRACT

The central problem is designed to observe the impact of CPC/2015 on the incidence of res judicata in family relationships, which is why the central objective is to investigate the material content of family relationships as to the revision of procedural themes for the formation of res judicata. The achievement of these new theoretical premises is of paramount importance, since family relations are regulated by cogent norms, of public order, especially legal duties, food subsidies and high incidence of the dignity of the human person. It makes an incursion as to the word process, procedure, juridical processual relationship, res judicata, preclusive efficacy of res judicata, sentence, relativization of res judicata, food, custody, visit and paternity investigation to propose the best scientific arrangement among them. In this context, the work uses the deductive method, because it makes the conceptual review of the above subjects, through theoretical analysis, which is why the premises obtained have a general character and should guide all the analysis referring to identical cases, as the demonstration of the effect of the thing judged in the stabilization of familiar relations of material law. It is concluded that the Code of Civil Procedure of 2015 confers new clothing for the thing judged in family relations, notably for the revisitation and improvement of the procedural institutes as contradictory and procedure.

Keywords: Law process; Res judicata; Stabilization; Minimization of the effects; Family.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira passou por transformações ideológicas e culturais ao longo do tempo, permitindo a evolução da ciência jurídica como consectário lógico da modificação de seu objeto. A ciência jurídica, portanto, possibilitou ao seu instrumento de observação a aplicação de normas neste cenário coletivo, objetivando a regulação das relações sociais. Neste contexto, se a sociedade deve entregar a análise de seu direito ao Judiciário e aceitar sua decisão como correta,

de modo a sujeitar sua vontade a uma pretensão que lhe é contrária, é necessário que exista um instituto jurídico hábil para a estabilização destas relações sociais, somente obtida pelo contraditório entre os sujeitos processuais.

Esta forma de analisar o processo respaldou-se na observância do Princípio da Segurança Jurídica, pois a estabilização das relações sociais incutiu na sociedade uma sensação de segurança em razão da existência de um órgão estatal responsável por dizer quem possui o melhor direito nos conflitos existentes, e que esta decisão amparada pela coisa julgada não seria mais modificada. O contraditório, nesses termos, é essencial para a ocorrência da coisa julgada, pois, para o provimento jurisdicional se tornar imutável, as partes devem participar efetivamente dos atos e influenciar na decisão final.

Para promover a estabilização das relações sociais e conferir aplicabilidade concreta ao princípio da Segurança Jurídica, como dito linhas acima, o Estado necessita de um instrumento capaz de atender às peculiaridades do caso concreto envolvendo os cidadãos em conflito, de modo a impor a sujeição de vontade àquele que não cumpre voluntariamente a conduta determinada no direito positivo. O processo, portanto, deve possuir características próprias que o legitimem como instrumento de estabilização das relações sociais. Este instrumento deve possuir regras próprias capazes de efetivar esta sujeição de vontade entre os litigantes processuais determinada pelo provimento jurisdicional.

Um dos institutos que possibilita essa legitimação é o fenômeno da coisa julgada, notadamente quando aplicada em temas sensíveis, como o Direito de Família. A coisa julgada, neste contexto, é um dos temas mais fascinantes do Processo Civil, pois a identificação e conjugação de seus elementos formadores [premissas teóricas de legitimação] têm papel fundamental quando aplicadas no Direito de Família. Este ramo, por sua vez, possui particularidades específicas em suas relações jurídicas materiais que determinam a orientação da aplicação das premissas teóricas de legitimação do instituto da coisa julgada.

O procedimento enquanto segurança jurídica aponta para o estado ideal da previsibilidade, especialmente a previsibilidade da ação estatal. Assim, sendo a jurisdição uma função estatal, então ela também se submete à segurança jurídica, que é conferida pelo procedimento. Neste contexto, se o procedimento se desenvolve de forma saudável, respeitando o contraditório, tem-se a fórmula para a legitimação teórica da coisa julgada.

Não obstante o regramento da segurança jurídica, a imutabilidade sempre se refere à situação específica que é detectada a partir da teoria dos elementos da demanda. É dizer: idênticas as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, constata-se a tentativa de rediscussão de litígio em relação ao qual já existe sentença transitada em julgado, hipótese não admitida no ordenamento jurídico como regra geral em detrimento das regras de mitigação da estabilidade

das relações sociais. De se afirmar que a coisa julgada foi ampliada com o advento do Código de Processo Civil de 2015, ao atingir a fundamentação das decisões judiciais. Quais os reflexos, portanto, do advento do CPC/2015 quanto à incidência da coisa julgada nas relações familiares? O objetivo central se destinou a investigar o conteúdo material das relações familiares quanto à revisitação de temas processuais para a formação da coisa julgada. A relevância da obtenção destas novas premissas teóricas é de suma importância, uma vez que as relações familiares são reguladas por normas cogentes, de ordem pública, notadamente os deveres jurídicos, verbas alimentares e grande incidência da dignidade da pessoa humana.

Buscou-se investigar o conteúdo científico de signos linguísticos processuais que legitimam a coisa julgada. Para tanto, revisitou-se o significado de Processo, procedimento, relação jurídica processual, demonstrando qual a importância de cada um deles para a formação da exata noção do conteúdo da coisa julgada. Definiu-se o conteúdo do signo coisa julgada, eficácia preclusiva da coisa julgada, sentença e relativização/mitigação da estabilização decorrente da coisa julgada. E mais, buscou demonstrar qual a importância deste instituto para o ordenamento jurídico pátrio, notadamente pelo novo regramento do Código de Processo Civil de 2015.

Investigaram-se os efeitos da coisa julgada sobre as relações jurídicas materiais de Direito de Família atinentes aos alimentos, guarda, visita e investigação de paternidade para, num momento posterior, concluir qual a conjugação científica mais adequada para estes dois temas, tendo em vista a necessidade de estabilização das relações sociais familiares. Ocorre que a coisa julgada nas relações familiares é sempre *rebus sic stantibus*, isto é, é sempre em relação àquela situação. Então, a outra situação não se aplicará a coisa julgada, porque o fundamento é outro, notadamente quando se observam elementos de relação continuativa nas ações de alimentos.

O referencial teórico utilizado para a formulação das premissas apresentadas pauta-se nos grandes processualistas pátrios, como Antônio Cabral, Nelson Nery, Cassio Scarpinella, Fredie Didier Jr., Humberto Theodoro, entre outros. Quanto às premissas de Direito Material, os referenciais foram as contribuições de José Sebastião de Oliveira, Valéria Galdino, Yussef Cahali, Orlando Gomes, José Orlando Rocha, entre outros renomados civilistas do Direito Pátrio.

O método utilizado foi o dedutivo, pois a revisitação e o consequente aprimoramento dos institutos processuais forneceram uma premissa teórica de legitimação para o instituto da coisa julgada, bem como a aplicação destas premissas para as relações jurídicas materiais de Direito de Família, permitindo a obtenção de uma premissa geral a ser observada nos casos práticos deste domínio, quanto à demonstração do efeito da coisa julgada na estabilização das relações de direito material familiares.

ASPECTOS PROCESSUAIS DE FUNDAMENTAÇÃO DA COISA JULGADA

Alguns aspectos processuais são fundamentais para a legitimação teórica da ocorrência do fenômeno da coisa julgada, tais como o conteúdo jurídico do termo processo, relação jurídica, procedimento e contraditório, razão pela qual a coisa julgada somente se manifesta em sua plenitude com a observância destas figuras jurídicas.

No estado moderno, foi proibida a justiça de mão própria. Isto significa que, no estado moderno, as pessoas foram proibidas de resolver, por si sós, os seus conflitos. Exatamente pelo fato dessa proibição, o Estado avocou para si o dever de resolver os conflitos de interesses ou de criar institucionalmente formas de resolvê-los.[1] Em outras palavras, o Estado deve criar uma função que tenha por objetivo solucionar conflitos de interesses. Neste contexto, surge a ideia de jurisdição, já que é exatamente a função do Estado destinada à solução dos conflitos. Todavia, é difícil desenvolver qualquer atividade sem o emprego de um método. A jurisdição é uma atividade como outra qualquer, e se criou um método para sua atuação, qual seja o processo. O processo, então, é o método criado para a atuação da jurisdição.[2]

Mas essa visão, embora correta, é uma visão muito geral do processo. Tecnicamente, processo é uma relação jurídica composta por três sujeitos processuais: o demandante, o demandado e o estado-juiz, com incidência do contraditório, e que se exterioriza pelo procedimento. Para a relação ser qualificada como jurídica, dela devem decorrer determinadas consequências, com determinadas características, como deveres, obrigações e ônus. Então, a relação é jurídica porque dela decorrem posições jurídicas. Portanto, a relação jurídica é um vínculo entre pessoas que tem consequências jurídicas,[3] e as consequências jurídicas são as posições subjetivas, como direitos, obrigações, ônus.

Para que se fale em relação, o primeiro raciocínio a se fazer é: eu posso considerar algo ou alguém em si mesmo ou fora de si mesmo. As pessoas podem ser consideradas em si mesmas, mas elas também podem ser consideradas fora de si mesmas, mas, nesse caso, não há somente uma pessoa, além do eu, há também o tu. Quando vai se considerar algo ou alguém fora de si mesmo, exatamente porque surge o segundo termo, necessariamente tem que se admitir que entre o eu e o tu existe um intervalo comum. Este intervalo entre os termos de consideração pode ser composto de determinadas características, e essas

---

1 FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento. Preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal*. São Paulo: RT, 2001. p. 21.

2 CARNELUTTI, Francesco. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. *Rivista di Diritto Processuale*, 1960: "o processo serve ao direito, mas, para que sirva ao direito, deve ser servido pelo direito".

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 35.

características formam a relação.[4] Portanto, a relação é o intervalo que separa os termos que estão sendo considerados e as características desse intervalo. Em outras palavras, a relação é o intervalo que separa as pessoas em consideração e as características deste intervalo.

Entretanto, considerando o demandante fora de si mesmo, envolvendo-se o estado juiz e o demandado, há uma distância entre eles que tem características. O demandante tem direitos e deveres para com o Estado e que repercutem no demandado e vice-versa. Forma-se, portanto, uma relação jurídica entre eles.

O contraditório

O vínculo entre os sujeitos processuais não é estático, razão pela qual entra em cena o contraditório, porque é este quem dá dinamicidade[5] a esta relação, uma vez que pressupõe ciência, reação e envolve os sujeitos do processo.

O contraditório é um princípio. Se o contraditório é um princípio (norma), qual é o estado ideal de coisas que deve ser promovido neste caso? O contraditório era limitado à ideia de ciência e possibilidade de reação. Isto é, contraditório é ter ciência (bilateral) dos atos do processo e ter a possibilidade de reagir a eles (contrariá-los).[6] Esse conteúdo jurídico de contraditório não é equivocado, mas é insuficiente, incompleto. É incompleto porque o contraditório revela que os sujeitos do processo, todos eles, têm o mesmo objetivo, que é a solução do litígio, claro que de maneiras diferentes. Então, ao ficar só no binômio, deixa transparecer que o juiz não partilha desse objetivo, além do que, perde-se de vista um aspecto essencial, já que essa ciência e possibilidade só têm sentido se o processo alcançar esse objetivo. Portanto, o contraditório também é o envolvimento dos sujeitos do processo para a solução do litígio (objetivo comum).[7]

Sendo assim, o estado ideal que deve ser promovido é assegurar a ciência dos atos do processo e a possibilidade de reagir a eles (contrariá-los), bem como o envolvimento dos sujeitos do processo, visando à solução do litígio.[8] Neste contexto, o contraditório tem papel determinante para a coisa julgada, pois somente um processo saudável que respeite este princípio terá o condão de legitimá-la,[9] estabilizando aquela relação jurídica.

---

4 ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011. p. 192.

5 BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e et al. *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 20.

6 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 44.

7 BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e et al. *Causa de pedir e pedido no processo civil*, cit., p. 20.

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 32.

9 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Garantia constitucional do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973. p. 12.

O procedimento

O processo, como visto, é uma relação jurídica[10] que possui três sujeitos processuais: o demandante, o demandado e o estado-juiz pelo contraditório e que se exterioriza pelo procedimento. O procedimento exerce duas funções básicas: a) dar unidade ao processo; e b) conferir segurança jurídica.

O procedimento enquanto unidade significa dizer que se trata do esqueleto do processo, o arcabouço do processo.[11] Ora, os direitos, deveres, poderes (posições jurídicas subjetivas) que os sujeitos do processo têm não são exercitados aleatoriamente, mas, sim, em determinado momento processual, e esse momento é determinado pelo procedimento. Assim, todas essas posições jurídicas são organizadas por meio desta estrutura, que é o procedimento. Portanto, ao dar unidade ao processo, o procedimento exerce uma base para o exercício das posições jurídicas subjetivas,[12] isto é, o juiz tem o poder de proferir uma sentença, que deve ser realizada em momento oportuno, e o momento indicado é justamente o procedimento.

O procedimento enquanto segurança jurídica aponta para o estado ideal da previsibilidade, especialmente a previsibilidade da ação estatal. Assim, sendo a jurisdição uma função estatal, então ela também se submete à segurança jurídica, que é conferida pelo procedimento. Neste contexto, por meio do procedimento, a atuação jurisdicional passa a ser previsível.[13] Por exemplo, sabe-se que, depois da sentença proferida pelo juiz, seguir-se-á o procedimento para recursos.

Há uma discussão muito atual da ciência do processo no que se refere à flexibilização do procedimento, que será retomada na segunda parte deste artigo, quando trata da coisa julgada nas ações de família. Procedimento, como já dito, confere segurança jurídica ao processo. Acontece que, toda vez que se superdimensiona ou se supervaloriza a segurança jurídica, pode haver o comprometimento de um valor maior, qual seja a justiça. Observe que, ainda que se busque regular os assuntos referentes à vida em sociedade, não se podem contemplar todas as situações que podem concretamente acontecer. Assim, pode haver casos não previstos que extrapolam os limites do procedimento. A flexibilização do procedimento é conferir poder ao juiz de adaptar o procedimento às circunstâncias do caso. Portanto, o procedimento que respeita o contraditório

---

10 GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1: Teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte), p. 103.

11 RODRIGUES, Horário Wanderlei. Acesso à justiça no Estado contemporâneo: concepção e principais entraves. In: Sales, Lília Maia de Morais; Lima, Martonio Mont´Alverne Barreto (Org.). *Constituição, democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 245.

12 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, cit., p. 44.

13 LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010. p. 17.

legitima a coisa julgada, que decorre do provimento jurisdicional, que resolve o mérito processual.[14] Para tanto, analisar-se-á a figura jurídica do signo sentença para, posteriormente, associá-la à figura da coisa julgada.

A sentença

Pode-se definir sentença como o ato do juiz que tem como conteúdo as matérias do artigo 485[15] ou 487[16] do CPC e encerra a fase procedimental. Na sentença do artigo 487 do CPC, há a solução do litígio ou, em outras palavras, o juiz acolherá ou rejeitará a pretensão do autor, isto é, o juiz dirá se o autor possui ou não razão. A importância principal desta distinção é a de que, se a sentença não solucionou o litígio, não se pode afirmar que o objeto litigioso do processo não poderá ser objeto de nova discussão, já que o mérito não foi resolvido.

Assim, a sentença do artigo 485 do CPC não transita em julgado (materialmente), isto é, não faz coisa julgada material, mas somente formal, porque não houve a solução do litígio. Já a sentença do artigo 487 do CPC é apta a fazer coisa julgada material, porque o litígio foi resolvido, e a tendência é que se torne imutável, privilegiando a segurança jurídica. No entanto, deve-se investigar neste momento qual o elemento da sentença que tem o condão de gerar a coisa julgada. Sabe-se que a sentença é composta por três elementos: a) relatório; b) fundamentação; e c) dispositivo.

a) O relatório é a parte da sentença em que o juiz noticia os principais atos processuais ocorridos durante o procedimento. O relatório tem o escopo de conferir uma lógica ao discurso jurídico que será desenvolvido pelo juiz. Isso

---

14 HOLANDA, Marcos de. A teoria geral do processo sob um enfoque sociológico. In*:* Sales, Lília Maia de Morais; Lima, Martonio Mont´Alverne Barreto (Org.). *Constituição, democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 412.

15 "Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: I – indeferir a petição inicial; II – o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; VIII – homologar a desistência da ação; IX – em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e X – nos demais casos prescritos neste Código" (BRASIL. *Código de Processo Civil.* Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado, 2015).

16 "Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I – acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III – homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção" (BRASIL. *Código de Processo Civil.* Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado, 2015).

porque quem for ler a sentença tem que ser capaz de compreender o litígio que ali foi colocado, e a compreensão deste litígio é dada pelo relatório.

O fundamento constitucional da fundamentação suscita grande riqueza teórica. Na perspectiva do juiz, a fundamentação é um dever imposto constitucionalmente pelo artigo 93, IX,[17] e no artigo 489[18] do Código de Processo Civil de 2015. Na ótica das partes, a fundamentação é um direito. A fundamentação é de extrema relevância porque é por meio de sua análise que se determina o ponto alto da incidência do princípio do contraditório. São duas razões que justificam essa afirmativa:

A fundamentação é o enfrentamento, por parte do juiz, das alegações feitas pelas partes. Não teria nenhum sentido em preservar o contraditório e dispensar o juiz de apreciar a matéria que adveio em razão do exercício do contraditório;[19] caso contrário, isso seria a negação do próprio contraditório.

Portanto, é na fundamentação que se vai observar que as partes fizeram suas alegações e o juiz as enfrentou. Em outras palavras, é na fundamentação que o juiz vai enfrentar o que foi alegado pelas partes, alegações estas fruto do contraditório. O contraditório é quem dá legitimidade à solução dada pelo poder judiciário,[20] devendo ser compreendido de uma maneira muito ampla. Além de

---

17 "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação" (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988).

18 "Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento" (BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado, 2015).

19 SILVEIRA, João José Custódio da. *O juiz e a condução equilibrada do processo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60.

20 CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Bahia: Juspodivm, 2013. p. 316.

ser representado pela ciência e possibilidade de reação, o contraditório ainda exige um envolvimento dos sujeitos do processo para a solução da lide.

O envolvimento dos sujeitos é relevante porque a estrutura social repousa sobre o Estado Democrático de Direito, e, sendo a jurisdição uma atividade desse Estado, manifesta-se nesta atividade, uma marca desta democracia, isto é, observa-se um comprometimento com a democracia na medida em que se pressupõe a participação das pessoas nos atos relacionados ao exercício do poder.

Veja então que, no resultado do processo, houve a participação dos interessados naquele fim, por meio do contraditório. Em outras palavras, é o contraditório que confere às partes a possibilidade de interferir no resultado do processo.[21] Se o comprometimento com a democracia exige a participação das pessoas nos atos relacionados ao exercício do poder (sendo a jurisdição um deles), e se esta participação é proporcionada pelo contraditório, pode-se concluir que é o contraditório quem dá legitimidade à solução dada pelo poder judiciário.

Então, nesta visão mais ampla de contraditório, os sujeitos do processo estão envolvidos na solução do litígio. Mas onde o juiz vai expor por que ele tem que decidir neste ou naquele sentido? Na sentença, na parte da motivação (fundamentação). Pode-se concluir que fundamentação é as razões que o juiz apresenta para justificar as soluções por ele apresentadas. Trata-se da parte da sentença em que o juiz resolve as questões relevantes para o desfecho da causa e aprecia os pontos relacionados às matérias de ordem pública.

c) Dispositivo: se a fundamentação está ligada com a causa de pedir, o dispositivo está ligado ao pedido. Assim, o autor faz o seu pedido, o réu, em regra, oferece somente resistência ao pedido, e na sentença tem-se o dispositivo. Dispositivo é a parte da sentença em que o juiz acolhe ou rejeita a pretensão. O autor deduz uma pretensão, e o réu, como regra, só resiste ao que foi pedido. O juiz, para solucionar o conflito, deve acolher ou rejeitar o pedido, e faz isso no dispositivo.

Note, então, que o caminho lógico até a coisa julgada é complexo. Tem-se uma relação jurídica que se manifesta pelo procedimento em que é oportunizado às partes o devido processo legal, com ênfase no contraditório, que se encerra na sentença proferida pelo Magistrado. A perfeição deste caminho é que legitima a coisa julgada.

NOÇÕES SOBRE A COISA JULGADA

A coisa julgada é uma opção política, ou seja, o ordenamento jurídico pode, em tese, não contemplar a coisa julgada, pois esta não é inerente à natureza das

---

[21] MESQUITA, Gil Ferreira de. *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 155.

coisas. Essa opção política é tomada levando-se em conta valores como justiça e segurança jurídica. Quando se pensa só em justiça, geralmente a segurança jurídica[22] fica enfraquecida. Se o critério for somente o de justiça, qualquer pronunciamento judicial deveria ser sempre revisto, porque, se ele for injusto, deve ser modificado, não importando há quanto tempo foi pronunciado. Por outro lado, ao prestigiar a segurança, perde-se em justiça, porque há casos em que os pronunciamentos devem ser modificados, modificação esta oportunizada por um determinado período de tempo, pois são injustos.

Então, o que se tem que buscar é um equilíbrio entre estes valores.[23] Quando se faz opção da coisa julgada, deve-se justamente buscar esse equilíbrio, já que, às vezes, admite-se a discussão da coisa julgada, mas às vezes ela tem que ficar imutável. Provisoriamente, coisa julgada se traduz na imutabilidade do pronunciamento jurisdicional.[24] Têm-se duas formas de explicar esse fundamento constitucional:

a) a coisa julgada se encontra no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, *in verbis*: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".[25] Como se vê, este dispositivo menciona categoricamente a coisa julgada. Sendo assim, ela foi consagrada na constituição, sendo este o seu fundamento constitucional. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, quando interpreta este artigo, afirma se tratar apenas de uma regra de direito intertemporal, isto é, para o STF, esse dispositivo incide somente numa situação, qual seja discutir a aplicação de uma norma no tempo.

Em outras palavras, este dispositivo dá o seguinte recado ao legislador: você pode editar normas, inovar na ordem jurídica e até retroagir sobre fatos passados, mas você não pode retroagir para se estiolar a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Portanto, trata-se de uma garantia do cidadão contra o estado, mas que se restringe a uma regra de direito intertemporal. Então, existe uma garantia de que, se o Estado for editar normas gerais e abstratas (legislar), pode-se retroagir com essa norma, desde que respeite a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, mas ele próprio (o dispositivo constitucional em tela) não fundamenta a coisa julgada.

Sendo assim, é só neste contexto que incide este dispositivo constitucional. Como se vê, este dispositivo não consagra a coisa julgada, pela qual um dia os

---

22 CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. *Coisa julgada e crítica a sua "relativização"*. Brasília: Thesaurus, 2012. p. 122.

23 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 71.

24 MACHADO, Marcelo Pacheco. *Novo CPC*: que coisa julgada é essa? Disponível em: <www.academia.edu/11607736/Novo_CPC_Que_coisa_julgada_é_essa>. Acesso em: 3 jun. 2015. p. 4.

25 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

pronunciamentos judiciais devem ficar imutáveis, mas apenas diz que, se existirem pronunciamentos imutáveis, a lei não pode retroagir para atingi-los. Desse entendimento do STF decorre que não se pode afirmar que o ordenamento constitucional prestigiou a coisa julgada a ponto de não poder modificá-la, isto é, a ponto de torná-la imutável. Isto tem muita relevância porque, em caso de não observância, pelo juiz, da coisa julgada já existente, não se poderia utilizar como fundamento de recurso extraordinário a aplicação deste dispositivo, pois o Supremo o entende apenas como regra de aplicação de uma norma no tempo, e não como fundamento constitucional da coisa julgada.

b) Princípio do Estado Democrático de Direito: a segunda corrente encontra fundamento constitucional para a coisa julgada a partir do princípio do Estado Democrático de Direito. Princípio no sentido de apontar para um estado ideal de coisas a ser promovido, sem que tenha havido a descrição da conduta necessária para tanto. Esse princípio retrata a segurança jurídica. A segurança jurídica, então, é um elemento que compõe o Estado Democrático de Direito. Segurança jurídica é previsibilidade, principalmente da atuação estatal. Considerando que a atividade jurisdicional é uma ação estatal, a previsibilidade desta se traduz na imutabilidade do pronunciamento jurisdicional (coisa julgada). Portanto, a imutabilidade é uma forma de se chegar à previsibilidade, isto é, a coisa julgada é justamente a previsibilidade da atividade jurisdicional. E a previsibilidade decorre da segurança jurídica, que, por sua vez, está abrangida pelo estado ideal de coisas a ser promovido pelo princípio do Estado Democrático de Direito.

Note, por derradeiro, que, se o legislador interferir na coisa julgada, não se tem necessariamente uma inconstitucionalidade. É neste contexto, então, que se insere a discussão da mitigação da estabilização decorrente da coisa julgada. Portanto, coisa julgada é a qualidade consistente na imutabilidade do conteúdo da decisão de mérito[26] para aquela determinada situação. Coisa julgada é uma qualidade.[27] Qualidade é um adjetivo que se agrega a um substantivo para caracterizá-lo. Se a coisa julgada é uma qualidade, ela se agrega a algo, que é justamente a sentença. Dessa forma, coisa julgada consiste na imutabilidade da sentença.

Coisa julgada e os limites da demanda

Pode-se afirmar que a coisa julgada está sempre adstrita àquela situação que foi submetida à apreciação do poder judiciário. Num sentido contrário, não se pode tratar de coisa julgada se se tem situação diversa daquela que foi submetida à apreciação do poder judiciário. Dessa forma, afirma-se que, em relação à coisa

---

[26] CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis, cit., 2013.

[27] CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). São Paulo: RT, 2015. p. 1294.

julgada, incide a cláusula *rebus sic stantibus*, porque a coisa julgada assim o é para aquela determinada situação que foi submetida à apreciação do poder judiciário.

Importante indicativo da constatação da situação jurídica é oferecida pelos elementos da demanda. Não é raro que a causa de pedir se altere e, neste caso, não se pode alegar coisa julgada, porque não se trata mais da mesma situação, mas de outra diversa. É muito comum afirmar que a sentença que julga alimentos não transita em julgado. Isto, do ponto de vista teórico, não é válido, porque na verdade há coisa julgada. Acontece que, como a relação de alimentos é continuativa, pode-se ter uma alteração daquela situação. Por exemplo, aquele que precisava de muito pode não precisar mais de nada. Ora, a coisa julgada é sempre *rebus sic stantibus*, isto é, é sempre em relação àquela situação[28]. Então, a outra situação não se aplicará a coisa julgada, porque o fundamento é outro.

Da eficácia preclusiva da coisa julgada

O termo preclusão é equivocado, pois pode representar mais de um significado. Numa primeira acepção, preclusão representa perda de uma faculdade processual. Já o outro significado remete a uma consequência da coisa julgada. A eficácia preclusiva ou princípio do deduzido e dedutível se enquadra na segunda acepção do termo preclusão. Então, o vocábulo preclusão, aqui, é uma mera coincidência, não tem nada a ver com o sistema de preclusão, isto é, o efeito preclusivo não se confunde com perda de uma faculdade processual.

Coisa julgada é a qualidade consistente na imutabilidade do conteúdo da sentença para determinada situação, e uma consequência desta imutabilidade é a impossibilidade de rediscussão deste conteúdo. Isso é detectado valendo-se da teoria dos elementos da demanda. Assim sendo, a imutabilidade sempre se refere à situação específica que é detectada a partir da teoria dos elementos da demanda. É dizer: idênticos as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, constata-se a tentativa de rediscussão de litígio em relação ao qual já existe sentença transitada em julgado.[29]

Note que a coisa julgada depende, de certa forma, para que ela não seja violada, da teoria da identidade dos elementos da ação. Em outras palavras, para que aquela consequência negativa se opere, isto é, a impossibilidade de rediscussão da matéria já decidida, de certo modo, ela depende da teoria da identidade dos elementos da ação. Vê-se, portanto, que a objeção de coisa julgada protege a coisa julgada de ataques diretos e depende decisivamente da teoria dos elementos

---

[28] DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. In: ALVIM, Angélica Arruda et al. (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 614.

[29] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 1222.

da demanda (partes, causa de pedir e pedido), já que é por meio desta teoria que se detectará se alguém está tentando ou não violar a coisa julgada.

Acontece que esse caminho jurídico só consegue proteger a coisa julgada de ataques diretos, isto é, ataques desferidos com os mesmos elementos. Agora, às vezes, existem alguns ataques que são indiretos, isto é, ataques em que se podem até ter as mesmas partes, mas são mudados os outros elementos, e também está tentando desfazer aquilo que está imutável. Nestes casos, não se pode invocar a objeção de coisa julgada se os elementos da nova demanda não foram idênticos àqueles da demanda em que se proferiu a sentença transitada em julgado.[30] Por essa razão, a objeção de coisa julgada não assegura nenhuma proteção à coisa julgada contra ataques indiretos, ou seja, ataques em que não exista coincidência entre os elementos da nova demanda e aqueles elementos da demanda em que foi proferida sentença transitada em julgado.

Considere-se uma ação em que João foi réu de ação de cobrança. Na contestação, João suscitou uma só defesa (prescrição). O juiz rejeita a prescrição da pretensão do autor. A sentença transita em julgado. João perdeu e paga o valor. Depois, João encontra o recibo daquela dívida e entra com ação de repetição de indébito, porque ele pagou indevidamente e quer o valor de volta. Aqui a causa de pedir é outra, porque está fundada no pagamento indevido. Assim, somente com base na teoria dos elementos da demanda[31] a questão poderia ser novamente discutida, já que a coisa julgada não estaria sendo violada diretamente. Entretanto, indiretamente ela poderia ser violada, já que o reconhecimento da procedência do seu pedido desconsideraria aquela sentença que contra ele foi proferida.

Para evitar esses ataques indiretos é que existe o efeito preclusivo da coisa julgada. Este efeito torna irrelevantes todas as defesas que foram deduzidas, e aquelas que poderiam ter sido, mas não foram. Em outras palavras, torna irrelevantes todas as alegações de uma mesma causa de pedir que foram apresentadas, bem como aquelas que poderiam ter sido apresentadas, mas não foram. Incide o chamado "princípio do deduzido e do dedutível", já que passam a ser irrelevantes todos os assuntos deduzidos, bem como aqueles dedutíveis, mas que não foram deduzidos.

Em suma, o efeito preclusivo da coisa julgada, ou princípio do deduzido e do dedutível, visa impedir exatamente os ataques indiretos à coisa julgada. Em razão desse efeito, passam a ser irrelevantes todos os fundamentos de defesa e todos os argumentos relativos à causa de pedir que foram deduzidos no processo e aqueles que poderiam ter sido deduzidos (dedutíveis), mas que, por qualquer razão, não o foram. Note que não é certo afirmar que esses fundamentos ficam

---

30 TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 156.

31 TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005 p. 68.

imutáveis, o que acontece é que esses argumentos ou fundamentos não utilizados passam a ser irrelevantes, por conta da imutabilidade da situação a que se referem.

Essa era a sistemática vigente no Código de Processo de 1973, isto é, a coisa julgada pairava sobre o dispositivo da sentença,[32] razão pela qual a fundamentação não era alcançada pela coisa julgada, exceto se o autor promovesse ação declaratória incidental para atingir as questões prejudiciais a serem discutidas no processo. Ocorre que, nos termos do Código de Processo Civil, essa dinâmica foi alterada, razão pela qual a fundamentação passou a sofrer a incidência da coisa julgada, conforme será analisado no tópico seguinte.

Os motivos da decisão e o novo regramento do Código de Processo Civil de 2015

Note o comando atinente à coisa julgada:

> Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que *torna imutável e indiscutível* a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.
>
> Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.
>
> § 1º O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:
>
> I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;
>
> II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;
>
> III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal[33] (grifo nosso).

Deste conceito podem-se extrair alguns pontos relevantes:

a) "questões": a causa de pedir é composta por pontos, que são afirmações de fato ou de direito. De outro lado, os fundamentos da defesa também são compostos por pontos, que são de fato ou de direito. Da resistência entre os pontos controversos nascem as questões. Sendo assim, fundamentação é a parte da sentença em que o juiz resolve os pontos controvertidos. Entretanto, o juiz não resolve todas as questões, mas somente as relevantes para o desfecho da causa.

b) questões "relevantes para o desfecho da causa": questão relevante para o desfecho da causa é aquela que pode influenciar no acolhimento ou rejeição do

---

[32] RAMOS NETO, Newton Pereira. In: CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JÚNIOR, Herval (Org.). *Os juízes e o novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 440.

[33] BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado, 2015.

pedido. Assim, é fundamental perceber que só existe fundamentação quando a sentença resolver alguma situação relevante para a causa.

c) "aprecia os pontos relacionados às matérias de ordem pública": existem alguns assuntos que, mesmo não tendo se transformado em questões,[34] podem interferir no desfecho da causa, pelo fato de o juiz poder conhecê-los de ofício. Entretanto, devido à nova visão do contraditório, ainda que possa resolver esses assuntos de ofício, espera-se que o juiz os submeta ao contraditório.

Afirma-se, pela atual sistemática, que a fundamentação, além do dispositivo, também faz coisa julgada quando preencher os requisitos do § 1º do artigo 503, e que este efeito seria automático caso houvesse subsunção em relação aos fatos concretos e estaria expressamente consubstanciada na expressão "torna indiscutível a decisão".[35] Conclui-se que a coisa julgada operada na fundamentação[36] de uma sentença é corroborada por todo o caminho proposto até o presente momento, pois somente se manifesta após o contraditório[37] na relação jurídica durante todo o procedimento.

Relativização da coisa julgada: mitigação da estabilidade das relações já decididas pelo Poder Judiciário

A relativização da coisa julgada trata da possibilidade de se rediscutir uma sentença que já transitou em julgado. Acontece que, na verdade, o ordenamento jurídico já contempla situações em que se pode rediscutir o que já transitou em julgado, isto é, a coisa julgada não é um instituto absoluto. Por exemplo, a ação rescisória tem como primeiro requisito uma sentença transitada em julgado. No entanto, quando se fala em relativização, tem-se a rediscussão da sentença que já transitou em julgado fora desses casos que já são admitidos pelo ordenamento jurídico. Relativiza-se o que já é relativizado pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, embora não seja uma terminologia feliz, relativização significa casos em que, mesmo o ordenamento jurídico não aceitando qualquer forma de ataque ou alteração da coisa julgada, discute-se a possibilidade da sua modificação nesse âmbito.

Esse debate acerca da "relativização" da coisa julgada surge a partir de precedentes jurisprudenciais, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, que tratam de dois temas: direito de família e desapropriação. Uma parte do direito

---

34 ZVEIBIL, Daniel Guimarães. *Ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no NCPC e o fantasma da simplificação desintegradora*. Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 601-611.

35 DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada a resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 6. n. 1, 2015. p. 87.

36 RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 59.

37 MARINONI, Luiz Guilherme et al. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 591.

de família está ligada ao estabelecimento ou não do vínculo de filiação. O vínculo de filiação pode ser obtido por exame de DNA, que oferece um alto grau de probabilidade. Entretanto, este exame é uma conquista recente, de modo que, durante muitos anos, julgou-se ação de investigação de paternidade sem exame de DNA. Existiam, na época, a prova testemunhal e o HLA (que somente excluía ou apontava a paternidade).

Diante dessa circunstância, em muitas situações tinha-se uma sentença transitada em julgado reconhecendo o vínculo de filiação. Transitada em julgado, veio o exame de DNA, cuja sentença dizia que havia vínculo, mas que o DNA reconhecia que o indivíduo não era pai. É desse debate que surge a relativização da coisa julgada. Vê-se que esse debate traz ínsito em si a disputa de dois valores importantes: segurança jurídica e justiça.

Quanto à desapropriação, o caso líder, ou *leading case*, que envolvia o estado de São Paulo, que tinha que pagar uma vultuosa indenização pela desapropriação efetuada. Depois do trânsito em julgado, quando estava sendo compelido para o pagamento dos precatórios, constatou-se que o laudo utilizado para a sentença foi comprado. Neste caso, o Ministro Delgado invoca princípios constitucionais no sentido de que não podia prevalecer a coisa julgada sobre valores como a moralidade administrativa. Aí começam a surgir discussões doutrinárias acerca da relativização da coisa julgada.

Por conta desse debate jurisprudencial, a doutrina começa a se preocupar com o tema da relativização da coisa julgada. Surge, então, uma corrente manifesta ou declaradamente favorável à relativização da coisa julgada. Um elemento comum que se consegue identificar nessas manifestações doutrinárias favoráveis à relativização seria a relativização da coisa julgada inconstitucional, de tal sorte que toda vez que a coisa julgada for contrária à constituição seria passível promover a sua relativização.

Esse entendimento é uma afirmação que pode, quando muito, servir para início de discussão, mas não de critério final. Ora, o ordenamento processual previu situações em que a violação ao ordenamento jurídico é um dos fundamentos para atacar a coisa julgada. Além disso, admite-se a relativização do tema que é objeto de sentença já transitada em julgado e foi julgado em sentido contrário pelo Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, a coisa julgada não prevalece sobre o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Vê-se, então, que o ordenamento jurídico já se preocupa com aquelas situações em que a coisa julgada afronta a constituição e cria mecanismos para combater essa afronta. Mas, se a situação não se encaixa em nenhum desses casos, como conceder tal poder ao juiz?

É em razão dessa indagação que se tenta refinar este critério. Assim, os defensores da relativização dizem que não se trata de qualquer inconstitucionalidade, mas somente daquela manifesta, em que o vício é muito grave. Mais uma

vez, o que seria uma inconstitucionalidade *manifesta*? Nota-se que esse movimento da corrente doutrinária que defende a relativização revela uma série de dificuldades para encontrar critérios para defender a relativização. Mesmo aqueles que buscaram critérios passaram a se lançar de critérios vagos e duvidosos.

Em função dessa fragilidade de critérios, surge, na doutrina, um segundo posicionamento que combate duramente a relativização. A tese central é que não existe nenhum critério objetivo para aceitação da relativização. Esses autores questionavam a ausência de critério das teorias relativistas. Assim, em termos doutrinários, tem-se um bloco defendendo a relativização, mas não há uma uniformidade e critérios para aplicação da relativização da coisa julgada. O segundo bloco sustenta a inviabilidade da tese da relativização porque não existem critérios objetivos para quando caberia a relativização da coisa julgada. Em razão da ausência de critérios, o magistrado estaria diante do arbítrio, já que cada juiz utilizaria o seu próprio critério para relativizá-la.

O embate principiológico

O ordenamento jurídico é composto por princípios, regras e postulados normativos. Os princípios apontam um estado ideal de coisas que deve ser promovido, sem, no entanto, descrever a conduta com que esse estado deve ser alcançado. O princípio, por não descrever uma conduta específica, é fluido. Embora seja fluido, ele é normativo, razão pela qual sempre se deve avaliar o que foi feito (conduta praticada) à luz do estado ideal, para saber se este foi efetivamente promovido por aquela conduta. A regra descreve precisamente uma conduta a ser seguida. Note que sempre haverá uma ligação entre princípio e regras, porque a regra sempre vai significar explicitação de um princípio, isto é, explicita algum estado ideal que um princípio está promovendo. Dessa forma, a regra sempre tem um princípio sobrejacente a ela, que acaba explicitando.

Conseguem-se identificar várias regras que determinam a imutabilidade da coisa julgada, isto é, a proibição de rejulgamento de um litígio já julgado por pronunciamento jurisdicional já transitado em julgado. Só que estas regras que determinam a imutabilidade da coisa julgada não estão delimitadas no ordenamento jurídico de forma isolada. Elas estão vinculadas a um princípio sobrejacente, qual seja, o princípio do Estado Democrático de Direito. Essas regras que estão no ordenamento jurídico infraconstitucional têm como princípio sobrejacente o princípio do Estado Democrático de Direito. O estado ideal deste princípio alcança a segurança jurídica, que se traduz em previsibilidade. E, pela previsibilidade, tem-se que, algum dia, aquele tema não poderá mais ser discutido.

Como a regra da imutabilidade está ligada a um princípio sobrejacente, não se pode afastar uma regra invocando apenas um princípio porque a regra também tem um princípio que é sobrejacente a ela, que é justamente o princípio do Estado

Democrático de Direito. Dessa forma, deve-se afastar o princípio, e não a regra. Portanto, é superficial afastar regra invocando outro princípio porque isto seria desconsiderar o princípio sobrejacente a essa regra. A análise da aplicação se dá, na verdade, no nível dos princípios, e não das regras.

Desconsidera-se também que no ordenamento jurídico as regras têm eficácia de trincheira, já que elas têm uma dureza muito grande. Ora, uma coisa é o ordenamento jurídico definir um princípio e, dessa forma, ter várias condutas para se alcançar esse estado ideal, outra coisa é a definição de uma conduta específica. Note então que, ao descrever uma conduta específica, essa norma tem uma dureza maior que o princípio, porque, como ele é fluido, várias situações se encaixam naquele estado ideal, e, na regra, há somente uma conduta a ser seguida. Então, a princípio, deve-se seguir a regra. O juiz não pode, porque isto levaria ao arbítrio, deixar de aplicar a regra em nome de um princípio, caso contrário, ele poderia invocar qualquer princípio para tentar afastar aquela regra.

E mais, toda vez que um princípio e uma regra de mesma hierarquia se chocam, a regra é que prevalece. Com relação à regra, o ordenamento jurídico já se preocupou em descrever a conduta que deve ser seguida. Se houve a preocupação em descrever a conduta, a norma mais específica deve prevalecer sobre a norma mais genérica (princípio). Ocorre que existem situações excepcionalíssimas, em que a regra pode ser afastada, por exemplo, a aplicação da regra no caso concreto pode ser caso de inconstitucionalidade.

Quanto à coisa julgada, existem situações em que, pela teoria da norma, poderia se tentar impor o afastamento da regra, o que teria o mesmo efeito da relativização da coisa julgada. Note que não seria relativização da coisa julgada, mas, sim, aplicação da teoria da norma. Diante desse cenário, analisar-se-á a figura da coisa julgada e sua relativização nas ações de família.

A COISA JULGADA NAS AÇÕES DE FAMÍLIA

Doravante, investigar-se-ão os efeitos da coisa julgada e os efeitos da estabilização das relações jurídicas em quatro grandes ações de Direito de Família, quais sejam a de alimentos, guarda, visita e investigação de paternidade.

Alimentos

Conforme os ensinamentos de Yussef Said Cahali, alimentos são "prestações devidas, feitas para que aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)".[38]

---

[38] CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: RT, 2009. p. 16.

Neste sentido, afirma-se que o direito aos alimentos encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º da Constituição Federal. Os alimentos têm como principal fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, pois visam assegurar um mínimo necessário para que a pessoa possa viver dignamente. Os alimentos também encontram fundamento no princípio da solidariedade familiar, refletido no artigo 3º, I, da Constituição Federal, pois se trata de um dever mútuo entre os indivíduos integrantes da família.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio supramencionado ganhou normatividade operante no sistema jurídico brasileiro, razão pela qual "a doutrina mais recente não tem encontrado dificuldade em identificar na obrigação de alimentos uma forma com que se manifesta um dos essenciais direitos da personalidade, que é o direito à vida, também e especialmente protegido pelo Estado".[39]

Neste sentido, Orlando Gomes aduz: "O que ninguém pode fazer é renunciar a alimentos futuros, a que faça jus, mas aos alimentos devidos e não prestados o alimentando pode renunciar, pois lhe é permitido expressamente deixar de exercer o direito a alimentos; a renúncia posterior é, portanto, válida".[40] Não se põe em dúvida, portanto, que o Direito aos Alimentos como norma geral e abstrata seja de caráter público e, portanto, indisponível.

A relativização da coisa julgada na ação de alimentos

Para identificar a possibilidade de relativização da coisa julgada e consequente mitigação da estabilização da relação jurídica na ação de alimentos, faz-se necessária a averiguação de seus elementos de composição.

a) existência de vínculo: é necessária a existência de um vínculo que associe o credor ao devedor de alimentos. Essa associação pode ser tanto aquela decorrente do matrimônio quanto aquela decorrente do parentesco; b) necessidade-proporcionalidade: a necessidade se refere ao credor de alimentos. Agora, se o credor de alimentos é o causador da própria necessidade, então a obrigação alimentar poderá ser extinta; c) possibilidade: a possibilidade se refere ao devedor de alimentos. O devedor de alimentos somente poderá ser obrigado a pagar os alimentos se o seu próprio sustento não for prejudicado.

Nas ações referentes aos alimentos, tem-se implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, isto é, sobrevindo fato novo após a fixação dos alimentos que altere a necessidade ou a possibilidade, pode-se ajuizar ação revisional de alimentos para

---

39 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*, cit., p. 33.

40 GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, n. 209, p. 329.

discutir o valor fixado.[41] Em capítulo anterior, afirmou-se que a coisa julgada está sempre adstrita àquela situação que foi submetida à apreciação do poder judiciário. Num sentido contrário, não se poderia mencionar acerca da coisa julgada se se tem situação diversa daquela que foi submetida à apreciação do poder judiciário.

Igualmente se afirmou que, em relação à coisa julgada, incide a cláusula *rebus sic stantibus* porque a coisa julgada assim o é para aquela determinada situação que foi submetida à apreciação do poder judiciário. Importante indicativo da constatação da situação jurídica é oferecida pelos elementos da demanda. Não é raro que a causa de pedir se altere e, neste caso, não se pode alegar coisa julgada, porque não se trata mais da mesma situação, mas de outra diversa. Como a relação jurídica de alimentos é continuativa, pode-se ter uma alteração daquela situação.

Ora, a coisa julgada é sempre *rebus sic stantibus*, isto é, é sempre em relação àquela situação. Então, a outra situação não se aplicará a coisa julgada, porque o fundamento é outro.[42] Os elementos da demanda corroboram essa afirmação, pois a causa de pedir sofre alteração substancial, com a modificação da situação originária. Portanto, afirma-se, com hialina clareza, que as ações do direito de família sofrem a estabilização decorrente da coisa julgada, notadamente pelo seu caráter cogente, de modo que qualquer alteração da situação inicial configura renovação dos requisitos iniciais e, consequentemente, da criação de uma nova relação jurídica. Essa dinâmica é importante, uma vez que se estaria diante de uma posição jurídica protegida pela dignidade da pessoa humana.

Guarda e visita

A guarda consiste na prerrogativa legal atribuída aos titulares do poder familiar ou a terceiras pessoas, de manterem consigo menores ou maiores incapazes, a fim de dirigir-lhes a formação moral e intelectual, suprir-lhes necessidades materiais e imateriais, encaminhando-os para a vida[43]. Veja, então, que não se tem a guarda somente do menor, mas também do filho maior incapaz,[44] justamente pela questão da fragilidade e vulnerabilidade destas pessoas.

---

41 CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Alimentos e coisa julgada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 14.

42 CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Alimentos e coisa julgada*, cit., p. 16.

43 GESSE, Eduardo. *Guarda da criança e do adolescente*: conceito, ponderações sobre as diversas espécies e um breve exame dos critérios e peculiaridades específicos de cada uma delas. Presidente Prudente, SP, 2001. Disponível em: <http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/artigos/2.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2017.

44 Não se desconhece que o Estatuto da Pessoa com Deficiência excluiu essa figura do rol de incapacidades, todavia entende-se que o discernimento é aferível no caso concreto para determinar medidas jurídicas assecuratórias do direito dessas pessoas.

Em virtude dessa situação peculiar de fragilidade desse grupo de pessoas, a humanidade tem, ao longo dos anos, buscado regras especiais de proteção para aqueles que integram tal grupo. Assim é que a Declaração de Genebra,[45] de 1924, impunha proteção especial para a criança e, neste aspecto, ela foi repetida e confirmada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959;[46] pelo Pacto de San José da Costa Rica,[47] datado de 22 de novembro de 1969; e, notadamente, pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança[48], aprovada em 20 de novembro de 1989, na Assembleia Geral das Nações Unidas, na qual foi adotada a "Doutrina da Proteção Integral" em relação a esse grupo de pessoas.

Essa "Doutrina" ou "Princípio da Proteção Integral" implica reconhecer que as crianças e os adolescentes, em situação irregular ou não, merecem proteção especial, e todos os direitos a eles inerentes devem ser observados com prioridade. O ordenamento jurídico pátrio adota a teoria da proteção integral da criança e do adolescente (artigo 227[49] da Constituição Federal). A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente disciplina que as pessoas em formação necessitam de uma proteção especial.[50]

Já a visita é o direito que as pessoas unidas por laços de afeição têm de manter, parcialmente, a convivência quando esta for rompida.[51] O direito de visita, no nosso ordenamento jurídico, está, em princípio, vinculado ao poder familiar e ao direito de convivência. Isso significa que os pais têm direito de ter os filhos em sua companhia, e os filhos têm direito de conviver com os pais.

Com relação aos pais, trata-se de um dever. Tanto é um dever que, se os pais abandonam os filhos, podem ser punidos, inclusive criminalmente. Além disso, embora existam correntes em vários sentidos, a cada dia se firma o entendimento de que o abandono afetivo pode ensejar dano moral. Sob a ótica da criança e do adolescente, a visita é um direito. Ora, os filhos têm o direito de conviver com os pais, razão pela qual não se permite o cerceamento do exercício de tal direito.

---

45 ONU (1924). Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

46 ONU (1959). Declaração Universal dos Direitos da Criança.

47 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

48 ONU (1989). Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

49 "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988).

50 OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucional do direito de família*. São Paulo: RT, 2002. p. 260.

51 BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 35.

Ocorre que, para exercer o direito de guarda ou de visitas, é necessário que o genitor satisfaça requisitos exigidos pela lei, como melhor interesse da criança, capacidade econômica, financeira e afetiva para cuidar do filho, entre outros. Da mesma forma que a ação de alimentos, esses requisitos são modificáveis em face da característica continuativa da relação jurídica familiar, razão pela qual não há relativização da coisa julgada, mas modificação da situação fática originária.

Investigação de paternidade

A ação de investigação de paternidade se trata de um mecanismo à disposição do suposto filho para atribuir a paternidade ao seu suposto genitor.[52] Excepcionalmente, o Ministério Público também pode manejar esta ação como substituto processual (ex.: menor abandonado).

A principal prova para a instrução deste processo é a pericial, traduzida no exame de DNA. Desta feita, destacam-se os sistemas jurídicos que tratam do fornecimento do material genético para a realização do exame, pois serão determinantes para a análise da relativização da coisa julgada neste tipo de ação.

1) Sistema inglês: se o suposto pai não oferecer o material genético, é considerado obstrução de processo, e o fato imputado (a paternidade) é tida como verdadeira (presunção absoluta);

2) Sistema alemão: a submissão do suposto pai é compulsória, o sacrifício mínimo que se exige do investigado em fornecer material para a realização do exame deve ceder ao direito maior do suposto filho de ver estabelecido o parentesco biológico, ao direito ao próprio nome, de sorte que a submissão é obrigatória.

3) Sistema francês: se não oferecer, presume-se relativamente que é o pai. A recusa somada a alguma prova conduz à procedência da ação (presume-se a paternidade).

No Brasil, o sistema francês é o que majoritariamente tem sido adotado, conforme se depreende da Súmula 301[53] do Superior Tribunal de Justiça, arts. 231 e 232[54] do Código Civil e Lei 12.004/2009.[55] Todavia, há doutrinadores que

---

52 OLIVEIRA, José Sebastião de; ROSA, Angélica Ferreira. *O novo estatuto da filiação*, cit., p. 163.

53 Súmula n. 301. "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade".

54 "Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa. Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame" (BRASIL. *Código Civil*. lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado, 2002).

55 BRASIL. Lei n. 12.004, de 29 de julho de 2009. *Altera a lei nº 8.650, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências*. Brasília: Senado: 2009.

sustentam que a recusa é o exercício de um direito que encontra amparo no art. 1º, III,[56] da CF, o qual contempla o princípio da dignidade humana. Além disso, ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo, não podendo gerar qualquer sanção e nem mesmo a presunção *juris tantum*.

Relativização da coisa julgada na ação de investigação de paternidade

Para apresentar as teorias sobre a estabilização da coisa julgada, necessário se faz tecer algumas considerações sobre as fases ou evolução probatória deste tipo de ação. Inicialmente, nas ações de investigação de paternidade, o único meio probatório existente era o testemunhal, razão pela qual não se tinha, naquela época, análise genética para a constatação da paternidade.

Num segundo momento, o meio probatório disponível à parte era o HLA, responsável por estabelecer um juízo de exclusão tão somente em relação à paternidade, isto é, este método somente constatava que o réu não era o pai do autor. Com a evolução da ciência, surge o exame de DNA.[57] Em que pese não se ter 100% de certeza da filiação, referido exame traz uma porcentagem muito segura deste vínculo genético e consegue, portanto, determinar quem é o pai. A par desta evolução, quatro posicionamentos surgiram na doutrina sobre a estabilização/relativização da coisa julgada tendo como fundamento a utilização do exame de DNA:

1°) Não se pode ignorar a evolução biogenética. Pode-se verificar de maneira absoluta a paternidade. A estabilização da coisa julgada não pode ser afastada pela suposta insegurança jurídica, tendo em vista o direito da pessoa de buscar sua identidade genética. Destarte, é possível mitigar a estabilidade decorrente da coisa julgada para possibilitar novo processo, realizando agora essa prova científica. Essa teoria importa das ações de interesses difusos e coletivos a permissão para relativizar a coisa julgada quando ela é julgada por falta de provas, pois o princípio da Justiça deve prevalecer sobre o da segurança jurídica, pois trata-se de ação de estado de pessoa.

2º) (Teresa Arruda Alvim Wambier[58]): deve-se adotar a teoria da coisa julgada segundo *eventum probationis*. Se não houvesse possibilidade de realizar

---

[56] "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988).

[57] GALDINO, Valéria Silva. Da relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n. 1, p. 149-168, 2006. p. 156.

[58] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada:* hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003.

o exame de DNA, o juiz deveria extinguir o processo, dada a relevância da prova técnica, e, naqueles casos em que foi julgado improcedente, é considerado extinto sem julgamento de mérito, pela falta da prova pericial.

3º) (Nelson Nery Jr.[59] e Ovídio Baptista[60]): a coisa julgada deve continuar estabilizada. A segurança nas relações jurídicas é necessária. Transitada em julgado, a decisão é imutável. Só é possível excepcionar essa regra quando a lei dispõe expressamente, tal como nas ações transindividuais. Na investigação de paternidade, não há nenhum dispositivo expresso permitindo a relativização da estabilidade da relação anteriormente fixada.

4º) Deve-se possibilitar não só ao suposto filho repropor a demanda, mas também estender isso ao pai, caso contrário, haveria ofensa ao princípio da isonomia. Então, todas as ações de investigação de paternidade realizadas sem o exame de DNA podem ser repropostas, podendo o pai ou o filho rediscutir a demanda.[61]

Esse é o melhor posicionamento, com algumas observações:

Se qualquer um deles houver dado causa ou frustrado a realização dessa prova, aí não se pode permitir a repropositura, pois haveria ofensa à boa-fé objetiva – *venire contra factum proprio nulli conceditur*. Também se pode admitir a repropositura com relação àquelas ações julgadas improcedentes e instruídas meramente com prova testemunhal, excluídas, portanto, aquelas ações em que se constate a exclusão de paternidade pelo uso do método HLA.

Conclui-se que, na ação de investigação de paternidade, efetivamente tem-se a mitigação da estabilidade da coisa julgada, nas hipóteses acima mencionadas, pois a Justiça do caso concreto, em relação à descoberta do vínculo genético e atribuição do parentesco, deve se sobrepor à segurança jurídica e estabilização das relações jurídicas.

CONCLUSÃO

A coisa julgada como fenômeno de estabilização das relações processuais depende de uma série de conceitos jurídicos concatenados a um determinado fim: o de conferir segurança jurídica para essas relações. Sendo assim, esses conceitos jurídicos devem ser delineados para a obtenção de tal almejado fim. O primeiro passo para se ter o fenômeno da coisa julgada trata-se de um processo

---

59 NERY JR., Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*: enfoque crítico. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

60 SILVA, Ovídio Baptista. *Coisa julgada relativa?* Academia Brasileira de Direito Processual. 19 jan. 2006. Disponível em: <http://advbr.info/apostilasdedireito/academiabrasdirprocciv.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

61 WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 137-142.

saudável, responsável pela atuação da jurisdição, pois é uma relação jurídica que tem como sujeitos processuais o demandante, o demandado e o estado-juiz pelo contraditório e que se exterioriza pelo procedimento, cuja sentença terá como qualidade aquele fenômeno. Sendo assim, esse liame entre as partes define-se como relação jurídica que tem consequências jurídicas. Essas consequências jurídicas nos remetem ao contraditório, pois, como o vínculo não é estático, é ele quem dá dinamicidade a essa relação, porque o contraditório impõe ciência, reação e envolve os sujeitos do processo.

O contraditório, nesses termos, é essencial para a ocorrência da coisa julgada, pois, para o provimento jurisdicional se tornar imutável, as partes, efetivamente, devem participar dos atos e influenciar na decisão final, com vistas aos seus interesses próprios. O procedimento é o grande responsável por exteriorizar a relação jurídica influenciada pelo contraditório, razão pela qual exerce duas funções básicas: a) dar unidade ao processo; e b) conferir segurança jurídica.

Ao dar unidade ao processo, o procedimento exerce uma base para o exercício das posições jurídicas subjetivas, isto é, o juiz tem o poder de proferir a sentença em momento oportuno. A indicação deste momento é justamente realizada pelo procedimento. O procedimento enquanto segurança jurídica aponta para o estado ideal da previsibilidade, especialmente a previsibilidade da ação estatal. Assim, se a jurisdição corresponde a uma função estatal, então ela também se submete à segurança jurídica, que é conferida pelo procedimento. Neste contexto, se o procedimento se desenvolve de forma saudável respeitando o contraditório, tem-se a fórmula para a legitimação teórica da coisa julgada.

Conclui-se, ainda, que a coisa julgada enquanto imutabilidade da sentença só alcança a material, responsável pela solução do litígio, encontra-se no dispositivo e, com o Código de Processo Civil de 2015, também na fundamentação, respeitados os requisitos do § 1º do artigo 503. A coisa julgada está sempre adstrita àquela situação que foi submetida à apreciação do poder judiciário, razão pela qual incide a cláusula *rebus sic stantibus*, porque a coisa julgada assim o é para aquela determinada situação julgada no processo. Assim sendo, a imutabilidade sempre se refere à situação específica que é detectada a partir da teoria dos elementos da demanda. É dizer: idênticos as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, constata-se a tentativa de rediscussão de litígio em relação ao qual já existe sentença transitada em julgado.

Nitidamente, o ordenamento jurídico optou pela segurança jurídica no trato da coisa julgada, no entanto, em algumas situações, permite-se a mitigação da estabilidade das relações sociais, obtidas por meio do processo, levando em consideração o princípio da Justiça. Relativização, portanto, significa casos em que, mesmo o ordenamento jurídico não aceitando qualquer forma de ataque ou alteração da coisa julgada, discute-se a possibilidade da sua modificação nesse âmbito.

É muito comum se afirmar que a sentença que julga alimentos não transita em julgado. Isto, do ponto de vista teórico, não é válido, porque, na verdade, há coisa julgada. Acontece que, como a relação de alimentos é continuativa, pode-se ter uma alteração daquela situação. Ora, a coisa julgada é sempre *rebus sic stantibus*, isto é, é sempre em relação àquela situação. Então, a outra situação não se aplicará a coisa julgada, porque o fundamento é outro.

Os elementos da demanda corroboram essa afirmação, pois a causa de pedir sofre alteração substancial, com a modificação da situação originária. Da mesma forma que a ação de alimentos, os requisitos para atribuição de guarda e visitas são modificáveis em face da característica continuativa da relação jurídica familiar, razão pela qual não há relativização da coisa julgada, mas modificação da situação fática originária.

Por derradeiro, na ação de investigação de paternidade, efetivamente tem-se a relativização da coisa julgada, nas hipóteses em que foram realizadas sem o exame de DNA, podendo ser repropostas, desde que julgadas improcedentes e instruídas meramente com prova testemunhal, excluídas, portanto, aquelas ações em que se constate a exclusão de paternidade pelo uso do método HLA, pois a Justiça do caso concreto, em relação à descoberta do vínculo genético e atribuição do parentesco, deve se sobrepor à segurança jurídica e estabilização das relações jurídicas.

Portanto, não há relativização da coisa julgada nas ações de família de relação continuativa. O que se tem é a alteração substancial dos elementos da demanda, isto é, tem-se uma relação jurídica totalmente diversa daquela em que se operou a coisa julgada. Já na ação de investigação de paternidade, é possível aplicar a relativização da coisa julgada nas hipóteses de julgamento por falta de provas quando não se tinha o exame de DNA, e, com essa tecnologia, permite-se a repropositura da ação, prestigiando o valor da Justiça para a descoberta do vínculo parental.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e; et al. *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002.

BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivIl_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.004, de 29 de julho de 2009. *Altera a Lei n. 8.650, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências*. Brasília: Senado: 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12004.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 301*. "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade". Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj--revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). São Paulo: RT, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Bahia: Juspodivm, 2013.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: RT, 2009.

CALDEIRA, Marcus Flávio Horta. *Coisa julgada e crítica a sua "relativização"*. Brasília: Thesaurus, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. *Rivista di Diritto Processuale*, 1960.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. *Alimentos e coisa julgada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

DELLORE, Luiz. Comentários aos arts. 502-508. In: ASSIS, Araken de; LEITE, George Salomão; ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 613-622.

DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada a resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 6. n. 1, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ, Cristina. *Prazos no processo de conhecimento:* preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal. São Paulo: RT, 2001.

GALDINO, Valéria Silva. Da relativização da coisa julgada material nas ações de investigação de paternidade. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 6, n. 1, p. 149-168, 2006.

GESSE, Eduardo. *Guarda da criança e do adolescente*: conceito, ponderações sobre as diversas espécies e um breve exame dos critérios e peculiaridades específicos de cada uma delas. Presidente Prudente, SP, 2001. Disponível em: <http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/artigos/2.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2017.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1: Teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte).

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Garantia constitucional do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.

HOLANDA, Marcos de. A teoria geral do processo sob um enfoque sociológico. In*:* Sales, Lília Maia de Morais; Lima, Martonio Mont´Alverne Barreto (Org.). *Constituição, democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Novo CPC*: que coisa julgada é essa? Disponível em: <www.academia.edu/11607736/Novo_CPC_Que_coisa_julgada_é_essa>. Acesso em: 3 jun. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

MESQUITA, Gil Ferreira de. *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

NERY JR., Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*: enfoque crítico. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião de; ROSA, Angélica Ferreira. *O novo estatuto da filiação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ONU (1924). Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

ONU (1959). Declaração Universal dos Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

ONU (1989). Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-32.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

RAMOS NETO, Newton Pereira. Aspectos polêmicos da coisa julgada no novo CPC. In: CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JÚNIOR, Herval (Org.). *Os juízes e o novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017.

RODRIGUES, Horário Wanderlei. Acesso à justiça no Estado contemporâneo: concepção e principais entraves. In: Sales, Lília Maia de Morais; Lima, Martonio Mont´Alverne Barreto (Org.). *Constituição, democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual. *Cadernos de Direito Privado*, Escola Paulista da Magistratura, Barueri/São Paulo: Manole, v. 1, 2004.

SILVA, Ovídio Baptista. *Coisa julgada relativa?* Academia Brasileira de Direito Processual. 19 jan. 2006. Disponível em: <http://advbr.info/apostilasdedireito/academiabrasdirproc-civ.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SILVEIRA, João José Custódio da. *O juiz e a condução equilibrada do processo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada:* hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. *Ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no NCPC e o fantasma da simplificação desintegradora*: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias. Salvador: Juspodivm, 2015.

Data de recebimento: 18/05/2018

Data de aprovação: 19/07/2018

BRITISH CONSTITUTION AND THE ROLE OF CABINET IN THE UK LEGAL SYSTEM

A CONSTITUIÇÃO DO REINO UNIDO E O PAPEL DO GABINETE NO SISTEMA JURÍDICO BRITÂNICO

Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel*

ABSTRACT

The uncodified British constitution, the idea of Parliamentary sovereignty and the nearly complete fusion of Executive and Legislative branches bring attention to the uniqueness of the UK legal system. With this in mind, this essay examines the effectiveness of the separation of powers in the British constitutional framework and the dominant role of Cabinet in the UK legal order.

Keywords: British constitution; Parliamentary sovereignty; UK legal system; Separation of powers; Cabinet.

RESUMO

A constituição do Reino Unido, a ideia de soberania parlamentar e a quase fusão completa dos Poderes Executivo e Legislativo despertam atenção para a peculiaridade do sistema jurídico britânico. Com isso em mente, este artigo investiga a efetividade do princípio da separação dos poderes no quadro constitucional britânico e o domínio governamental no ordenamento jurídico do Reino Unido.

Palavras-chave: Constituição britânica; Soberania parlamentar; Sistema jurídico britânico; Separação de poderes; Gabinete.

INTRODUCTION

There has been a long-standing tradition to accept the absolute sovereignty of Parliament as the foundation of the British legal system. One of the strongest

---

* Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Mestra em Direito, com bolsa do CNPq, pela UFMG. Bacharela em Direito pela UFMG, com formação complementar na *University of Leeds*. Advogada vinculada à Divisão de Assistência Judiciária em Direito Tributário e Civil. E-mail: carolinedossantos3@gmail.com.

counter-argument to this theory was the principle of EU law supremacy. However, with the Brexit process, the relation between EU and UK will be changed in the next few years. Does that mean that Parliamentary sovereignty can be interpreted in this traditional approach?

As a result of the peculiar British constitution, legislative and executive have a close relationship and, even though Parliamentary sovereignty is traditionaly accepted, many authors argue that it is the executive that is the dominant institution in British politics. In this regard, in the last decade, the absolute Parliamentary sovereignty paradigm has been widely questioned and appears to be gradually changing[1].

In this context, firstly, this essay will discuss how the main characteristics of the British constitution are determining to establish governmental powers and will critically analyze different doctrines about parliamentary sovereignty. Subsequently, it will examine to which extend the constitutional principles of the UK legal system in practice limit the government's authority. It will also show the failure of the orthodox view to explain the modern UK constitutional framework. Lastly, it will argue that the powerful position of the executive is a result of the UK constitutional system and as an outcome of recent constitutional reforms there has been considerable impact in the executive dominant role within the British constitution. As a result, it will argue that the powerful position occupied by the Executive in British constitution makes Parliament not effective politically sovereign.

THE BRITISH UNCODIFIED CONSTITUTION AND PARLIAMENTARY POLITICAL SOVEREIGNTY

The UK is one of the few countries in the world that does not have a written constitution, in the sense of a single codified document that set out basic principles, protect human rights and limit the state's powers. An unwritten constitution[2] has no special status and can change with the political circumstances. The British legal system is guided by statutes, conventions and judicial decisions but, mostly, by the principle of sovereignty of Parliament: there is no legal limits to Parliament's lawmaking authority. As Bogdanor[3] points it out, as long as parliamentary sovereignty is the foundation of the British legal system, it does not make any sense to have a codified constitution: it would be incompatible to fix constitutional limits upon Parliament's unlimited power to legislate.

---

1 BOGDANOR, Vernor. *The New British Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 281.

2 The expression "unwritten constitution" is used here in the sense previously explained; in other words, as an uncodified constitution.

3 Ibid., p. 14.

As an unwritten constitution, much of the British government's power is not codified. Although the Parliament enact statutes to confer to the executive decision-making and lawmaking powers (statutory powers), a considerable amount of its powers come from 'royal' prerogatives, which are residual powers exercised in practice by the administration, even those legally conferred to the monarch. As Lord Bodger declared: "The executive power of the Crown is, in practice, exercised by a single body of ministers, making up Her majesty's govern"[4]. This quote shows how the monarch hold some executive powers but conventionally do not exercise them: it is the Cabinet role to do it.

These powers are regulated by constitutional conventions, non-binding customary practices, rather than legislation and are related to the fields of foreign policy, diplomacy, national security, among others. It is important to notice that decisions made under these powers are usually based on politics grounds and not traditionally submitted to judicial review[5] or parliamentary scrutiny, which means that they are entirely given to the administration discretion. The issue is that these powers are not codified, not precisely determined anywhere, which in practice gives the executive a considerable power, not submitted to pre-existing legal limits or even checked by the two other branches.

The conclusion is that, as a result of the unwritten nature of the British constitution, the executive holds an amount of prerogative powers, non regulated by legislation or limit by the judiciary or legislative. This constitutional feature of Britain has a substantial role on the government's authority.

The political limits to British Executive powers

The limits of Executive powers, if not legal, can only be political ones. In this sense, the British constitution is classified as a political rather than legal on: the main constrains to their powers come from the political process and are not established by the formal law itself. However, Elliot[6] shows that the British constitution is not entirely a political one, there is also legal forms of constitutionalism in the UK system and judicial review of the executive actions is the most important manifestation of it.

Further, the UK constitutional arrangements are characterized by a fusion between the executive and legislative branches. It is from the members of the Parliament that the Cabinet is made; in other words, the composition of the executive is determined by the majority party in Parliament. In this sense, some

---

4 ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert. *Public Law.* 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 104.

5 As a consequence of the Human Rights Act (HRA), these powers can be (and recently have been) judicially reviewed if they go against human rights protections.

6 ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert, op. cit.

authors discuss to which extend the UK has an actual separation of powers. In practice, this give an enormous amount of power to the government, that has the power to approve whatever bills they want, since they hold the majority inside the House of Commons.

Thomas Paine stated:

> A constitution is not the act of government, but of a people constituting a government, and a government without a constitution is power without right [...] A constitution is a thing antecedent to a government, and a government is only the creature of a constitution[7].

Even though the UK does not have a codified constitution or an entirely legal form of constitutionalism, this statement still applies: the British government's powers and limitations are a result of the UK constitutional architecture. In the UK, the constitution is not antecedent to government; it develops over time and it changes and adapt accordingly to the political circumstances. However, this does not mean that is an act of government, since the public opinion has a substantial role as a political restraining force and judicial review as a legal instrument to assure the lawfulness of government's actions.

Overall, it is clear that the UK government is, in a way, a creature of its constitution: as it is uncodified, their powers are usually regulated by customary arrangements, such as non-binding conventions, which makes governmental practices much more a political matter; it is a political constitution, since the limits to state's authority are imposed more from public opinion, media, the political process as a whole; it also have legal forms of constitutionalism, as decision-making of the administration is submitted to judicial review; lastly, the constitutional arrangements result in a fusion between Parliament and government, which puts the later in a very powerful position. It does not antecedent the government, it is a flexible constitution that can change over time and this changes impact deeply the government's authority; therefore, the government can be seen as a creature of the constitution of its time, which will determine to which extend his powers can go.

Parliamentary sovereignty: the main theories

The classical doctrine of Parliamentary sovereignty has been developed by Dicey[8] and known as continuing sovereignty view. It can be summarized in two main thesis: Parliament has an unlimited power to legislate (no substantive or

---

7 PAINE, Thomas. *The Rights of Man*. New York: Dover Publications, 1999. p. 93.

8 DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th edition. London: Macmillan, 1915. p. 37-38.

formal limits) and that it cannot bind itself by entrenching legislation[9]. This view was also defended by Wade[10] and he believed that the source of Parliament's authority is the acceptance by the courts of the rule that Acts of Parliament (House of Commons, Lords and monarch) are the highest form of law[11], called the rule of recognition[12] and classified as a political fact, which cannot be change by legislation only revolution[13].

This theory receive many criticism over time; first, its two essential propositions are in an insuperable contradiction: Parliament have no limits on its authority and, at the same time, does not have the ability to entrench legislation, which is a limit[14]. Secondly, Wade's explanation about the parliamentary powers is exclusively historical and does not take into account the principles of democracy, which currently constitutes Parliament's authority[15]; besides that, his assertive 'the rule of recognition is a political fact' does not follow his conclusion that it cannot be amended by legislation. Unlike Wade argued, a revolution is not the only way to change the sovereignty of Parliament[16], as it has an inherent evolutionary character[17]: it dynamically and slowly changes over time.

After some unqualified answers of the orthodox view, a new Parliamentary sovereignty theory was outlined and Lantham was one of the main expositors, based on Jennings' work about 'manner and form'[18]. The self-embracing view agrees with the first statement of the traditional theory: Parliament can make whatever laws it wants; however, it can also create procedural binding conditions for its successors, making harder to repeal an Act[19]. These are only formal not substantive limits, like a certain majority, and they are exclusively fixed by Parliament itself[20].

The same paradox of the continuing sovereignty view is present here: if Parliament can bind itself it will no longer be sovereign in the future[21].

---

9 GORDON, Michael. The Conceptual Foundations of Parliamentary Sovereignty: Reconsidering Jennings and Wade. *Public Law*, jul. 2009. p. 519.

10 WADE, Henry William Rawson. The Basis of legal sovereignty. *The Cambridge Law Journal*, v. 13, n. 2, 1955. p. 174.

11 GORDON, Michael, op. cit., p. 527.

12 HART, Herbert. *The Concept of Law.* 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 149.

13 WADE, Henry William Rawson, op. ci., p. 188-189.

14 GORDON, Michael, op. cit., p. 528.

15 ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert, *op. cit.*, p. 216.

16 GORDON, Michael, *op. cit.,* p. 533.

17 GOLDSWORTHY, Jeffrey. Abdicating and Limiting Parliament's Sovereignty. *The King's College Law Journal,* v. 17, n. 2, 2006. p. 269.

18 JENNINGS, Ivor. *The Law and the Constitution.* 5th edition. London: University of London Press, 1959. p. 153.

19 GOLDSWORTHY, Jeffrey, op. cit., 2006, p. 261-62.

20 ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert, op. cit., p. 218.

21 GORDON, Michael, op. cit., p. 528.

Furthermore, it is questionable if this new view is currently embraced by the British legal system, since there are some cases indicating that they may not be[22]. Despite that, in *Jackson*[23], Baroness Hale declared that if it was acceptable for Parliament to make it easier to enact law[24], by removing the Lords' consent[25], 'it may very well be that it can redefine itself upwards, to require a particular parliamentary majority'[26].

Recently, it has been advocated the existence of fundamental principles established by British unwritten constitution as constraints to the authority of Parliament. This would mean that Parliament does not have an absolute power to legislate and could not abolish this set of basic rights, which are substantive limits to its sovereignty.

Allan[27] is one of the proponents, that has also been expressed by many contemporary judges, such as Lord Hope, affirming in *Jackson case* that "parliamentary sovereignty is no longer, if it ever was, absolute. It is not uncontrolled […] It is no longer right to say that its freedom to legislate admits of no qualification whatever"[28]. In this sense, Baroness Hale also stated that "the courts will treat with particular suspicion (and might even reject) any attempt by Parliament to subvert the rule of law"[29]. Lastly, Lord Steyn asseverated, about judicial review, that the courts "may have to considerer whether this is a constitutional fundamental which even a sovereignty Parliament […] cannot abolish"[30].

The doctrine of parliament sovereignty has been seen for some of these scholars as a construct of common law and, consequently, it could be repealed by the courts. Goldsworthy[31] disagrees with this statement; although he recognize that parliamentary sovereignty depends on judicial acceptance, he believes

---

22 UNITED KINGDOM. Court of Appeal. *Ellen Street Estates Ltd v Minister of Health* [1934] 1 KB 590. Available in: <https://www.lawteacher.net/cases/ellen-street-estates-v-minister-of-health.php>. Accessed at: May 25 2018.

UNITED KINGDOM. Divisional Court. Vauxhall Estates Ltd v Liverpool Corporation [1932] 1 KB 733. Available in: <http://www.uniset.ca/other/cs3/1932KB733.html>. Accessed at: June 27 2018.

23 UNITED KINGDOM. House of Lords. *R (Jackson) v Attorney-General* [2005] 1 AC 262. Available in: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051013/jack-1.htm>. Accessed at: June 12 2018.

24 ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert, op. cit., p. 220.

25 Allusion to the enactment of Parliament's Acts 1911 and 1949.

26 UNITED KINGDOM, Jackson, op. cit., p. 163.

27 ALLAN, Trevor. Parliamentary Sovereignty: Law, Politics and Revolution. *Law Quarterly Review*, v. 13, 1997. p. 449.

28 UNITED KINGDOM, Jackson, op. cit., p. 104.

29 Ibid., p. 159.

30 Ibid., p. 102.

31 GOLDSWORTHY, Jeffrey. Is Parliament Sovereign? Recent challenges to the Doctrine of Parliamentary Sovereignty. *New Zealand Journal of Public and International Law*, v. 3, n. 7, 2005, p. 15.

that any changes in the rule of recognition could only be done by an official consensus between the three branches of government. Bogdanor also acknowledge that, but with more focus on popular consensus: "A new rule of recognition could not simply be imposed by the courts. It would have to be accepted by public opinion as well"[32].

Overall, it has been shown that the notion of parliamentary sovereignty is not so clear and obvious; there are at least three main different approaches that lead into opposite conclusions. For a long time, the orthodox view was dominant. Nonetheless, various constitutional reforms has been taking place in the UK legal system and, as it will be argue above, they cannot be fully comprehend by a classical approach.

UK CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND REFORMS: THE CONSTRAIN OF GOVERNMENTAL AND PARLIAMENT'S POWERS

The UK constitutional system is guided by some principles that can, in some extend, constrain the administration political powers. Firstly, the rule of law, one of the foundations of any democratic system and the strengthening of judiciary's role by the enacment of Human Rights Act 1998 (HRA). Secondly, the analysis of UK parliamentary sovereignty in practice, after the enactment of the Parliament Acts 1911 and 1949. Finally, the separation of powers and the devolution process, also briefly commenting on Brexit.

The rule of law and the approval of the Human Rights Act 1998

As Elliot and Thomas[33] show, the rule of law is a set of principles upon which the courts rely on, in order to interpret legislation accordingly to common law principles and evaluate the legality of governmental action. The rule of law can mean different things: firstly, a system in which everyone is governed by laws, government and citizens; these laws must have an accessible meaning and be made public; they must follow formal requirements that ensure a due process; lastly, they must be enforceable, as declared by Lord Neuberger.

As a result, the judiciary can strike down government's actions that affront these principles of the rule of law. Judicial review enforces the executive to act accordingly to the rule of law and it means a substantial limitation to its political power. Although it was already possible to judicially review administration's actions under common law principles, the Human Rights Act 1998 (HRA) strengthened this judiciary role.

---

32 BOGDANOR, Vernor, op. cit., p. 282.

33 ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert, op. cit.

The approval of the Human Rights Act 1998 (HRA) was an attempt to give effect to the European Convention of Human Rights (ECHR) inside the British legal system, in order to provide a stronger protection of human rights to be ensured by the courts.

Formally[34], the Act should not confront the Parliament's sovereignty, since the courts still could not invalidate legislation (only issue a declaration of incompatibility)[35]. In practice, it meant a major judicial power to interpret all legislation in accordance to the ECHR[36], which, as a result, impose limitations to Parliament's authority and, consequently, to government[37].

The reason is that, since the courts cannot declared void legislation, they use as much as possible the interpretation tool; in some drastic cases, this even meant to interpret an Act differently from the original parliamentary intentions, in order to conciliate it with human rights. This is what happened in *Anisminic case*[38]; Parliament enacted Foreign Compensation Act 1950 that had a provision[39] clearly excluding judicial review of the decisions of Foreign Compensation Commission. The courts interpreted this provision on the grounds of presumed legislative intentions, arguing that it is more reasonable to think that Parliament intended to submit the commission to judicial review rather than not have any legal control[40]. It is clear that the judges actually disapplied the provision by extending the mechanism of interpretation, since it was against a fundamental common law principle[41]. The courts option suggest that they would not accept an abolishment or disrespect of fundamental principles or human rights by parliamentary legislation, thus, Parliament's authority is substantively limited by them.

Under section 6[42] of the statute, acts of public authorities can be declared unlawful by the courts when incompatible with the Convention rights. It should

---

34 GOLDSWORTHY, Jeffrey, *op. cit.*, 2005, p. 31.

35 Human Rights Act 1988, s 4 (6) "A declaration under this section ('a declaration of incompatibility') (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made".

36 Human Rights Act 1988, s 3 (1) "So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights".

37 BOGDANOR, Vernor, op. cit., p. 65.

38 UNITED KINGDOM. House of Lords. *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147 (HL). Available in:<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1968/6.html>. Accessed at: May 17 2018.

39 Section 4 (4) of the Act stated: "The determination by the commission of any application made to them under this Act shall not be called into question in any court of law".

40 GOLDSWORTHY, Jeffrey, op. cit., 2005, p. 32-33.

41 ALLAN, Trevor. *Constitutional Justice:* a Liberal Theory of the Rule of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 211-212.

42 "6. Acts of public authorities.

(1) It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right.

be noticed that the concept of public authorities only includes members of judiciary and executive; the Parliament was expressly exclude in order to protect parliamentary sovereignty. The provision makes exceptions to the rule when the authority acted in such way to give effect to primary legislation or delegated legislation made accordingly to the powers give by primary legislation. These exceptions are also an enforcement of the principle of sovereignty of Parliament and its capacity to legislate even to violate human rights.

It should be mentioned that under section 3 and s 4, the courts should interpret primary and secondary legislation compatibly with the Convention rights; against the former, they can issue a declaration of incompatibility, which does not affect its validity but puts a substantial political pressure on Parliament to change it; as to the later, the courts can invalidate delegated legislation incompatible with Convention rights, unless the primary legislation that conferred the delegated powers prevents removal of the incompatibility, in which case the courts can issue a declaration of incompatibility.

Besides that, a declaration of incompatibility issued by the courts should not be underestimated. Although it does not provide judicial remedy, it puts a major political pressure into Parliament to amend the legislation declared by the courts incompatible with the Convention rights. In practice[43], in all occasions that such declaration was made resulted into legislative amendment. As Bogdanor comments, "if ministers and Parliament regularly give effect to declarations of incompatibility by the courts, this practice would, at some time in future, harden into a convention, thought it has not yet done so"[44].

Furthermore, the HRA also imposed a formal restriction to Parliament's powers, as it has a provision prohibiting to be repeal impliedly. "To this extend, the Human Rights Act modifies the strict doctrine of parliamentary sovereignty.

---

(2) Subsection (1) does not apply to an act if— (a) as the result of one or more provisions of primary legislation, the authority could not have acted differently; or (b) in the case of one or more provisions of, or made under, primary legislation which cannot be read or given effect in a way which is compatible with the Convention rights, the authority was acting so as to give effect to or enforce those provisions.

(3) In this section "public authority" includes— (a) a court or tribunal, and (b) any person certain of whose functions are functions of a public nature, but does not include either House of Parliament or a person exercising functions in connection with proceedings in Parliament.

(4) (…)

(5) In relation to a particular act, a person is not a public authority by virtue only of subsection (3)(b) if the nature of the act is private.

(6) 'An act' includes a failure to act but does not include a failure to – (a) introduce in, or lay before, Parliament a proposal for legislation; or (b) make any primary legislation or remedial order".

43 ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert, op. cit., p. 718.

44 BOGDANOR, Vernor, op. cit., p. 61.

There is now at least one thing that Parliament cannot do. It cannot impliedly repeal the Human Rights Act"[45].

It is not hard to conclude that the HRA has strengthen Judiciary's power, which could only mean limitations to the Parliament's authority. Some of its power was alienated to the courts and the HRA implemented that by strengthening the judicial interpretation, the relevance given to a declaration of incompatibility and the need of express language to repeal the Act.

In conclusion, the principles of rule of law enables the courts to use the mechanism of judicial review in order to strike down governmental actions or invalidate delegated legislation enacted by the executive, when these affront the common law principles or, more specifically, the human rights, under the provisions of the HRA. This has an important role to limit the administration's power and make an effective check and balance between judiciary and executive, but, as shown, there are some limitations to it, related to the principle of sovereignty of Parliament and these limitations not only puts the legislative in an untouchable position, but also empowers the executive, since the later controls the former in a certain way.

UK parliamentary sovereignty: limit or endorsement of Cabinet's powers?

As an ultimate outcome of the principle of democracy, in the UK parliamentary sovereignty is one of the foundations of its legal system. Since Parliament is the directly elected body of the state, its supreme powers is the maximum consequence of democracy. There are several theories that explain the meaning and scope of parliamentary sovereignty; for the purposes of this essay, it should be understood as unlimited power to legislate and supremacy of Parliament, as an institution not submitted to proper check and balances from the other two branches (they cannot strike down parliamentary legislation). This principle could, at least in theory, limit the government's authority; since Parliament is supreme, to government must be hold into account to Parliament and administration statutory powers must be submitted to parliamentary scrutiny.

Firstly, it is important to understand in what measure it is still possible to talk about parliamentary sovereignty. The enactment of the Parliament Acts 1911 and 1949 represented a reduction of the Lords' power by making possible to approve legislation without its consent. As a result, it made easier for the government to approve its bills. This constitutional reform symbolize an amend of the rule of recognition, making it possible to enact legislation only with the approval of the Commons and monarch, when the conditions of the Acts are met. In other

[45] Ibid., p. 60.

words, it happened exactly what Wade said to be impossible: the rule of recognition was changed by legislation[46].

Yet Wade's explanation of this phenomenon was a different one. He argued that Act 1911 created an inferior legislature (monarch and Commons) and a delegated body cannot extend its powers, meaning that Act 1949 and all bills approved under its procedure were invalid, such as the Hunting Act 2004. However, the courts rejected this argument in *Jackson* case and declared that a parallel route was created by Act 1911, "whereby full Acts of Parliament could be enacted"[47]. It is clear that the orthodox view cannot be reconciled with the constitutional reforms made by Acts 1911 and 1949.

As a result of government's accountability to Parliament, a convention establishes ministerial responsibility, which means that ministers are responsible for the actions taken in its ministry and subordinate bodies and are accountable to Parliament about these actions[48]. Because of that ministers would have the duty to resign in case of failures, as the Ministerial Code establishes. Nonetheless, due to the complexities of modern government and the large scale of subordinates to a ministry, some authors argue that ministerial responsibility became a fiction[49]. Although in theory ministers should be hold responsible for the actions under its ministry, in reality the convention has been malleable in particular circumstances to state that they only have the duty to resign when the failure is a result of the ministry policy, when results from operational matters, there is no such duty. This approach means that ministerial responsibility has been limited and accountability to Parliament has become less effective in modern administration structure.

Parliamentary scrutiny is another mechanism to check the government's policies, as it enables the House of Commons to challenge and debate the executive's work through oral questioning in the Chamber or publication of administration written statements before Parliament. An example of this practice is the weekly sessions in the Commons where the Prime Minister answer questions of the MP's about government's decision-making. However, Elliot declares that there is a lack of parliamentary scrutiny of the executive, specially concerning royal prerogative powers, such as machinery of government reforms[50].

---

46 ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert, op. cit., p. 217.

47 Id.

48 They are also accountable to the Prime Minister and the public.

49 DREWRY, Gavin. The Executive: Towards Accountable Government and Effective Governance. In: JOWELL, Jeffrey; OLIVER, Dawn (eds.). *The Changing Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 203-204.

50 ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert, op. cit., p. 125.

Although in theory it seems that Parliament can hold the executive into account, the practice has shown that because of the UK constitutional arrangements Parliament cannot effectively do so. As the government holds the majority in the House of Commons, Parliament, instead of examining and scrutinizing the executive's work, performs a function of approving the government legislative agenda, not only by primary legislation but also conferring the executive legislative powers. Parliament authorizes the administration to legislate in particular cases by delegated legislation. Even though is recognized the need of the executive to have legislative powers, it is also a consensus that they should be restrict, exceptional and submitted to control. Nonetheless, in reality, Parliament gives the executive broad powers to legislate and the volume of delegated legislation has reached enormous proportions. As already shown, these powers are also not adequately controlled by Parliament, submitted to check and balances by the legislative branch.

It has been shown how government's actions are not properly hold into account to Parliament[51]; the same happens to the public in general and the main reason is the lack of transparency of governmental actions and legislation. The publication requirement of all legislation does not apply in some particular cases of delegated legislation, which is a break of the rule of law[52]. It is argued that the confidentiality of cabinet discussions and of the relationship between ministers and civil servants should be protected, in order to enable a freely discussion inside and a united front outside the administration. The same argument is applied to delegated legislation concerning secrecies of state. However, this results in a lack of transparency, which is an enormous obstacle to an effective public accountability of administration decision-making. The Freedom of Information Act 2000 (FIA) tried to solve this problem and bring more transparency to the process; nonetheless, it does not go far enough and still protects too much governmental affairs confidentiality[53].

Therefore, the second principle that could theoretically limit the government's powers is the parliamentary sovereignty, from which derives ministerial responsibility and parliamentary scrutiny of the executive; however, as it has been shown, the substantial influence of the executive inside Parliament unable the later to effectively check and control the former's powers. As long as the cabinet is made from the Commons, this closed relationship between these two branches will remain and their powers can only be properly checked by the judiciary, the only truly independent branch of the UK constitutional system.

---

51 The reason is the British constitutional arrangements that result in a fusion between legislative and executive.

52 ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert, op. cit., p. 139.

53 DREWRY, Gavin, op. cit., p. 211.

Separation of powers, Brexit and the devolution process

From what has been explain about the rule of law and parliamentary sovereignty as limits to executive's powers, it is clear that the principle of separation of powers is one of the most valuable mechanisms to limit all branches abuse of power. In the UK constitutional system, the separation of powers is fragile shaped, as some members of the legislative are also members of the executive. This principle has its strongest manifestation in Britain in the judiciary independence and role to interpret legislation in accordance to the rule of law and to strike down government's actions that affront common law principles. It seems that as long as the parliamentary sovereignty is the foundation of Britain's constitution, the separation of powers is, in a certain way, put aside. However, after a set of constitutional reforms over time[54], the UK legal system is slowly shifting from an absolute sovereignty of parliament towards a more strong separation of powers[55] and this change is crucial to ensure the establishment of limits to government's political authority.

Before the Brexit, the principle of supremacy of EU law, recognized by the UK after the ratification of the Treaty of Rome and the enactment of European Communities Act 1972 (ECA), was a limit to the government's political authority. However, the people of Britain voted for the UK to leave the European Union in a referendum on June 23, 2016. The full outcomes of this withdraw are still been laid out, but it is safe to say now that EU law has much less power in the UK territory then before; therefore, it is not a considerable constrain to British governamental power at the present moment.

Lastly, the devolution settlement is a peculiar feature of the UK constitutional system; it could be understood as a limitation of central government political authority, as it establishes that the devolved matters shall be handle by the devolved bodies and the central administration cannot interfere on them. This means a territorial diffusion of governmental powers and gives Scotland, Wales and Northern Ireland a degree of autonomy from the United Kingdom central powers (Parliament and executive)[56]. The devolution phenomena, therefore, established a limit on central government's political authority, since it cannot decide on local questions, as this power was transferred to the devolved bodies. In a way, the same applies to local governments, but in a smaller degree, since they do not have as much power as devolved bodies.

Devolution was constructed to preserve the parliamentary sovereignty, considering that Parliament can, at anytime, abolish the devolved bodies by an

---

54 Enactment of Acts 1911 and 1949; enactment of Human Rights Act 1998; among others.

55 BOGDANOR, Vernor, op. cit., p. 282.

56 ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert, op. cit., p. 278.

ordinary Act[57]. As demonstrated by Bodganor[58], in practice, devolution imposed some restrictions to its sovereignty; Parliament has accepted (by agreement or convention) not to legislate on devolved matters, specially without the devolved bodies' consent. If Westminster tried to abolish them without their consent, it could mean their abandonment of the United Kingdom.

CONCLUSIONS

From what has been shown, the UK constitution enables the executive to exercise a dominant role within the legal system, specially because of its dominance inside Parliament and the parliamentary sovereignty as the cornerstone of British constitutional network, instead of limiting the executive, gives it more power. Thus, the principle of separation of powers still have a small impact in really restricting the government's authority, but this role has been increasing in the past years, specially because of the judiciary strengthened function after the enactment of the HRA. As a result, the rule of law is the main principle that can currently limit the political powers of administration by the instrument of judicial review, which enables the courts to strike down government's actions and invalidate delegated legislation[59] that violate the rule of law[60].

Thus, the UK government is limited by a "network of institutions operating at local, devolved and supranational levels"[61]. In this approach, the devolution process is significant limitation to government's political authority, as devolved bodies are entitle to decide about domestic affairs and the central administration cannot interfere on them.

It is worth to notice that because of the modern social complexities and large scale of administration structure government is no longer understood as a single institution rather than a wider network of institutional arrangements.[62] This means that the executive power is not concentrated in a unified body, instead, it involves a complex number of organisations that are coordinated by the Cabinet Office's national policy[63]. 'The cabinet is the core of the British constitutional system'[64] because it is responsible to the ultimate control of the network

---

57 Ibid., p. 281-282.

58 BOGDANOR, Vernor, op. cit., p. 112.

59 With the exceptions pointed out at the HRA, section 6.

60 Not only human rights but any common law principle, for example, a governmental attempt to abolish judicial review.

61 ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert, op. cit., p. 305.

62 DREWRY, Gavin, op. cit., p. 192-193.

63 ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert, op. cit., p. 153-53.

64 JENNINGS, Ivor. *Cabinet Government*. 3rd edition. Cambridge: Cambrigde University Press, 1959. p. 20.

of organisations inside the executive[65]. As a result, it could be declared that the executive limits itself, as a division of power is done inside this branch and in practice all administration's organisations do not directly follow cabinet orders (since it would be impossible for cabinet or even the Prime minister to closely control all governmental structure), having a certain level of autonomy in decision-making process.

It has also been shown that the orthodox view of Parliament's authority cannot explain accurately the contemporary British constitution, in which the following reforms has been taking place. Firstly, the enactment of Acts 1911 and 1949, representing an amendment of the rule of recognition; secondly, the enactment of HRA, implicating an alienation of power to the Judiciary, in human rights matters; lastly, a transfer of powers to devolved bodies about local questions.

The failure of the classical theory to explain these events can only mean that is no longer possible to interpret Parliament's sovereignty in a traditional analysis: Parliament has no longer unlimited power in the new constitutional framework, in which it shares some areas of its powers with, the Judiciary, the devolved bodies and, mostly, with the Cabinet.

Additionally, it has to be mentioned that Parliament's sovereignty can also be called a fiction in a different perspective. Because of the peculiar implementation of separation of powers into British constitution[66], Legislative and Executive branches are, in an aspect, combined.

In conclusion, UK government and also British Parliament does not have anymore a monopoly of power[67]. The programme of constitutional reforms that have been taking place in the past few years has resulted in the strengthen of the judiciary role (enactment of HRA), gradual attempt to enhance more transparency to governmental procedures (enactment of FIA) and the reforms to royal prerogative (enactment of Constitutional Reform and Governance Act 2010).

The outcome of this process is the establishment of limitations to government's political authority; they might still not be enough to effectively restrain the dominance of the executive, however, they seem to be in the right path. British unwritten constitution is once again gradually but solidly changing towards a more balanced separation of powers and to effective accountability of government.

---

65 FOSTER, Christopher. Cabinet Government in the Twentieth Century. *The Modern Law Review*, v. 67, 2004, p. 753-754.

66 ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert, op. cit., p. 93-94.

67 In this sense, the executive was called an elected dictatorship by Bogdanor (op. cit.), although he believes it is not the case anymore.

BIBLIOGRAPHY

ALLAN, Trevor. *Constitutional justice; a liberal theory of the rule of law.* Oxford: Oxford University Press, 2001.

ALLAN, Trevor. Parliamentary sovereignty: law, politics and revolution. *Law Quarterly Review*, v. 13, 1997.

BOGDANOR, Vernor. *The new British Constitution.* Oxford: Oxford University Press, 2009.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the Constitution.* 8th edition. London: Macmillan, 1915.

DREWRY, Gavin. The executive: towards accountable government and effective governance. In: JOWELL, Jeffrey; OLIVER, Dawn (Ed.). *The changing Constitution.* Oxford: Oxford University Press, 2011.

ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert. *Public law.* 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2014.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *European Convention of Human Rights 1950.* Rome, 1950. Available in: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Access in: June 12 2018.

FOSTER, Christopher. Cabinet government in the twentieth century. *The Modern Law Review*, v. 67, 2004, p. 753.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Abdicating and limiting parliament's sovereignty. *The King's College Law Journal,* v. 17, n. 2, 2006.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Is parliament sovereign? Recent challenges to the doctrine of parliamentary sovereignty. *New Zealand Journal of Public and International Law*, v. 3, n. 7, 2005.

GORDON, Michael. The conceptual foundations of parliamentary sovereignty: Reconsidering Jennings and Wade. *Public Law*, jul. 2009.

HART, Herbert. *The concept of law.* 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 1994.

JENNINGS, Ivor. *Cabinet government.* 3rd edition. Cambridge: Cambrigde University Press, 1959.

JENNINGS, Ivor. *The law and the Constitution.* 5th edition. London: University of London Press, 1959.

PAINE, Thomas. *The rights of man.* New York: Dover Publications, 1999.

UNITED KINGDOM. Cabinet Office. *Ministerial Code.* Available in: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/61402/ministerial-code--may-2010.pdf>. Accessed at: May 8 2018.

UNITED KINGDOM. *Constitutional reform and governance act 2010.* Available in: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/25/contents>. Accessed at: June 18 2018.

UNITED KINGDOM. Court of Appeal. *Ellen Street Estates Ltd v Minister of Health* [1934] 1 KB 590. Available in: < https://www.lawteacher.net/cases/ellen-street-estates-v-minister-of-health.php>. Accessed at: May 25 2018.

UNITED KINGDOM. Divisional Court. *Vauxhall Estates Ltd v Liverpool Corporation* [1932] 1 KB 733. Available in: < http://www.uniset.ca/other/cs3/1932KB733.html>. Accessed at: June 27 2018.

UNITED KINGDOM. *Freedom of Information Act 2000.* Available in: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/contents>. Accessed at: June 04 2018.

UNITED KINGDOM. *Human Rights Act 1988.* Available in: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>. Accessed at: May 10 2018.

UNITED KINGDOM. House of Lords. *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147 (HL). Available in:< http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1968/6.html>. Accessed at: May 17 2018.

UNITED KINGDOM. House of Lords. *R (Jackson) v Attorney-General* [2005] 1 AC 262. Available in: < https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051013/jack-1.htm>. Accessed at: June 12 2018.

UNITED KINGDOM. House of Lords. *R v Secretary of State for Transport, ex p Factortame Ltd (n. 2)* [1991] 1 AC 603. Available in: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991028/factor-1.htm>. Acessed at: May 18 2018.

WADE, Henry William Rawson. The basis of legal sovereignty. *The Cambridge Law Journal*, v. 13, n. 2, 1955.

Data de recebimento: 30/06/2018

Data de aprovação: 15/08/2018

COOPERAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE

COOPERATION IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE AND LEGAL PRINCIPLE OF FRATERNITY

*Yan Wagner Cápua da Silva Charlot**
*Carlos Augusto Alcântara Machado***

RESUMO

Este artigo investiga o conteúdo e o alcance do princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil de 2015. Adota-se a hipótese de que o dever de cooperar alcança não apenas o juiz em relação às partes, mas todos aqueles que, de alguma forma, participam da relação processual. Referida premissa se fundamenta na juridicidade do princípio da fraternidade. De modo a alcançar os objetivos propostos, recorreu-se à pesquisa bibliográfica, tanto em obras pretéritas ao novo Código de Processo Civil como em publicações posteriores, além de se buscar os fundamentos constitucionais dos referidos princípios.

Palavras-chave: Constituição; Cooperação; Fraternidade; Princípios; Processo.

ABSTRACT

This article investigates the content and scope of the principle of cooperation in the new Code of Civil Procedure of 2015. It is assumed that the duty to cooperate reaches not only the judge in relation to the parties, but all those who somehow participate of the procedural relationship. This premise is based on the juridicity of the principle of fraternity. To reach the proposed objectives, bibliographical research was used, both in past works to the new Code of Civil Procedure, and in later publications, in addition to seeking the constitutional foundations of these principles.

Keywords: Constitution; Cooperation; Fraternity; Principles; Process.

---

* Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Tiradentes/SE. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Bacharel em Direito. Área de interesse: Direito Público. E-mail: yan.charlot@terra.com.br.

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe. Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes/SE (graduação e pós-graduação). E-mail: cmachado@infonet.com.br.

INTRODUÇÃO

Vive-se numa sociedade complexa, em que a diversidade de pensamentos, ideologias, valores, raças e línguas é uma realidade universal. O homem do século XXI vive uma série de dilemas morais, filosóficos e existenciais que levam à concepção de "Pós-modernidade". Pensadores como Ulrich Beck[1] ponderam a existência de uma verdadeira "sociedade de risco", em que a preocupação com o futuro da humanidade atinge os indivíduos acerca dos mais diversos problemas, como ameaça nuclear, patrimônio genético, guerras, epidemias etc.

Numa sociedade global e plural, é evidente a ocorrência de conflitos dos mais variados. Sob este pano de fundo, a própria formulação do Estado passou por mudanças. Originalmente, adotou-se uma postura absenteísta das instituições estatais, ou seja, deveriam ser asseguradas, de modo quase absoluto, as liberdades individuais. Com o passar do tempo, verificou-se que o Estado liberal era incapaz de distribuir equitativamente as riquezas à população em geral. A dinâmica do livre mercado agrava a pobreza. Assim, desenvolveu-se o modelo de Estado social, com uma intervenção pública mais efetiva na sociedade, baseada no ideal de solidariedade.

Essas transformações do Estado acarretaram, inevitavelmente, mudanças na forma da resolução dos conflitos, pela via jurisdicional. Os próprios papéis dos sujeitos processuais se alteraram.

Na contemporaneidade brasileira, enuncia-se no novo Código de Processo Civil de 2015 e na doutrina pátria a existência de um modelo cooperativo de processo. Defende-se, inclusive, a cooperação como princípio jurídico processual.

A doutrina brasileira, com inspiração nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, sobretudo o português, já tratava, há algum tempo, desse novo paradigma de colaboração na relação processual. Com a incorporação legal no Código de Processo Civil, é essencial a densificação da cooperação processual como dever jurídico.

Entretanto, percebe-se que a compreensão da destinação da cooperação ainda é controversa. Alguns processualistas, como Daniel Mitidiero,[2] por exemplo, entendem que essa postura colaborativa deve ser exigida do juiz em relação às partes do processo.

Outros se posicionam no sentido de que a conduta cooperativa é exigida de todos aqueles que de alguma forma participam do processo. Dessa divergência

---

1 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

2 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

surgiu a seguinte indagação: o dever de cooperação instituído no novo Código de Processo Civil de 2015 se dirige apenas ao juiz em relação às partes, ou é possível afirmar a exigibilidade geral daqueles que participam do processo?

Uma possível resposta selecionada para esse questionamento foi a seguinte: além da interpretação literal dos dispositivos legais, a análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, baseada no princípio jurídico da fraternidade, permite compreender o dever geral de cooperação no âmbito processual civil.

Pretende-se, portanto, investigar o conteúdo e o alcance do princípio da cooperação processual no novo Código de Processo Civil de 2015, e, especialmente:

a) Apresentar o instituto do processo como integrante do rol de manifestações culturais, interpretado no contexto do constitucionalismo democrático.

b) Analisar os modelos de processo existentes ao longo da humanidade, com ênfase no processo cooperativo.

c) Explorar a origem semântica da cooperação e da fraternidade, enquanto princípios jurídicos, e relacioná-los na perspectiva de uma democracia participativa.

d) Verificar a eficácia normativa do princípio da cooperação.

e) Identificar os deveres derivados do princípio da cooperação processual.

Nesse sentido, apresenta-se o princípio da cooperação e sua relação fundamental com o princípio da fraternidade, ao tempo em que se destaca sua essencialidade na consolidação de um processo civil mais democrático, justo, e, acima de tudo, humano.

De modo a alcançar os objetivos propostos, recorreu-se à pesquisa bibliográfica, tanto em obras pretéritas ao novo Código de Processo Civil como em publicações posteriores, além de buscar os fundamentos constitucionais dos referidos princípios.

O presente artigo está estruturado em cinco seções, em conformidade com os objetivos específicos apresentados. Em sede de considerações finais, evidencia-se a importância da adoção de novas práticas no âmbito processual, bem como mudança de mentalidade de todos aqueles que participam (ou deveriam participar) direta e indiretamente da relação processual. Outrossim, procedeu-se a uma breve revisão dos principais pontos abordados ao longo do trabalho, com estímulo à produção de novas pesquisas acadêmicas sobre um tema tão importante para a sociedade.

PROCESSO, CULTURA E ESTADO CONSTITUCIONAL

Ao se tratar de qualquer instituto jurídico, inclusive o processo, deve-se sempre ter em mente sua origem intrinsecamente humana, como integrante do rol de manifestações culturais.

E, quando se refere à cultura, não se circunscreve absolutamente a um valor puro. Ao revés, é um misto de humanidade, constituído de aspectos positivos, negativos, erros e acertos. Independentemente da forma que se exteriorize, não se abstrai da essência valorativa. Em suma, "cultura não é o mesmo que a realização dos valores, mas é o conjunto dos dados que tem para a significação e o sentido de pretenderem realizar".[3]

Daí a necessária acuidade em perceber as diferentes influências, fatores e elementos que compõem e compuseram o processo ao longo da evolução da história, pois as normas jurídicas são transitórias, acompanhando as transformações da realidade da vida.[4]

Predominou por muito tempo uma visão puramente técnica, com grande preocupação em aproximar o direito da mensurabilidade das ciências exatas. Assim, afastou-se do campo cultural, e as instituições jurídicas foram apartadas do contexto social, político e moral em que estavam inseridas.[5]

Como explica Dierle José Coelho Nunes, desde o início do século XIX e até algum tempo depois da Segunda Guerra, período em que se consolidou a autonomia científica do Direito Processual, predominava uma visão estritamente técnica do processo, alheia, em grande parte, ao contexto social.[6]

Porém, o direito, com a humanidade e socialidade que lhe são inerentes, é inegavelmente um produto da cultura. Especificamente da cultura *positiva,* revestida de condutas sociais correspondentes aos valores de dado período histórico.[7]

Assim, a doutrina classifica as etapas metodológicas do direito processual civil em: *praxismo*, *processualismo*, *instrumentalismo* e, finalmente, o *processo civil no Estado Constitucional*. A simples existência de tamanha diversidade na maneira de encarar o processo demonstra sua indissociabilidade do aspecto cultural que lhe permeia.[8]

Em razão da circunscrição do objeto da presente pesquisa, limita-se ao detalhamento da última fase metodológica do processo, em que está inserido o processo contemporâneo, com breve passagem pelas demais etapas, com referencial teórico nos ensinamentos de Daniel Mitidiero.[9]

No *praxismo*, o processo era visto como simples acessório do direito material, razão pela qual não se podia afirmar sua existência como ramo autônomo

---

3 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1997. p. 41-42.
4 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1951.
5 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos, cit.
6 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.
7 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos, cit.
8 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos, cit.
9 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos, cit.

do direito. Seria a "pré-história" do Direito Processual Civil. Inexistia uma sistematização de normas e princípios. Havia, em verdade, a realização de um *procedimento*, como sequência de atos, destituído de conteúdo jurídico efetivo e de preocupação com o contraditório na construção da verdade judicial. Era muito mais uma realidade fática do que jurídica.

No *processualismo*, ganha-se uma perspectiva científica de processo, ao delinear a autonomia do Direito Processual Civil. Formula-se a concepção de relação jurídica processual, que passa a ser o centro dessa ciência. Alguns doutrinadores criticaram o excesso de conceitos e didatismo desse período histórico, mas entende-se que tais medidas foram imprescindíveis na busca da consolidação da ciência processual. Como exposto anteriormente, verificou-se um distanciamento entre o processo e a realidade social circundante.

Assim, surgiu o *instrumentalismo*, que pretendeu abolir a concepção puramente tecnicista do processo. Rompe-se com a limitação metodológica e assume-se o comprometimento social, político e jurídico que deve doravante pautar a processualística, notadamente a intenção jurisdicional de pacificar a sociedade.

Com o surgimento do Estado constitucional, o processo passou por significativas mudanças. Buscou-se, nesse novo Estado democrático de direito, o redimensionamento a um procedimento que considere os princípios constitucionais, a normatividade do ordenamento jurídico-constitucional e o alcance de resultados.[10]

Além da incorporação, a nível constitucional, de normas fundamentais de processo e da jurisdição constitucional, verificou-se igualmente a apropriação da própria metodologia constitucional, com a conformação do Direito Processual Civil aos princípios e postulados normativos, bem como a persecução da eficácia dos direitos fundamentais.[11]

Destaca Dierle José Coelho Nunes a relevância que adquire o processo como garantidor da participação dos cidadãos na tomada de decisão e a mitigação do papel exclusivo que o juiz possuía na formação do provimento jurisdicional.[12]

MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO

Os processualistas classificam, geralmente, os modelos ocidentais de processo em *dispositivo*, *inquisitivo* e *cooperativo*. Outros, como Daniel Mitidiero, reconhecem os modelos *isonômico* (ou *paritário*), *assimétrico* e *cooperativo*.[13]

---

10 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais, cit.

11 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos, cit.

12 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais, cit.

13 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos, cit.

Enquanto o modelo *dispositivo*, também chamado de *adversarial*, caracteriza-se pela disputa entre sujeitos sob a supervisão de um órgão jurisdicional incumbido de decidir, o modelo *inquisitorial* se reveste da natureza de verdadeira pesquisa, levada a cabo pela atuação principal do juiz. Porém, não existe sistema totalmente puro, mas predominância em maior ou menor grau de algumas das características desses modelos, a depender do tema tratado.[14]

No âmbito da segunda classificação, aqui preferida, o modelo *isonômico* se caracteriza pela relativa igualdade entre indivíduo, sociedade e Estado, daí porque é também chamado de modelo *paritário*. A racionalidade que prevalece quando da formação do provimento judicial é a *prática*, por meio da dialética. Assim, o contraditório tem relevância como facilitador do diálogo judicial. O juiz não está acima das partes, mas a elas se iguala. Estas devem portar-se conforme a boa-fé subjetiva e buscar a verdade processual.[15]

No modelo *assimétrico*, como a própria denominação sugere, existe uma distinção entre indivíduo, sociedade e Estado. Este, por sua vez, está numa posição superior às partes, ao incorporar o direito como um todo. A racionalidade empregada é a teórica, por meio da lógica apodítica, que visa atingir uma verdade absoluta, não apenas provável. No aspecto ético, a boa-fé é exigida apenas das partes, pois ao Estado, agora com papel mais ativo, tudo é lícito a fim de alcançar a verdade. O contraditório, consequentemente, perde importância.[16]

Acerca do modelo cooperativo, Júlio Cesar Goulart Lanes já notava, à época, significativas pesquisas sobre o tema, no âmbito nacional e internacional: "está claro que não é uma mera tendência, mas um caminho sedimentado, indissociável das concepções processuais futuras".[17] Com o novo Código de Processo Civil, artigo 6º, a cooperação foi incorporada diretamente no ordenamento jurídico brasileiro: "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Lorena Miranda Santos Barreiro analisa o surgimento do modelo de processo cooperativo com base no ordenamento jurídico português e traz o entendimento de Mariana França Gouveia, que o diferencia dos modelos *adversarial* e *inquisitorial*, com base no princípio da cooperação.[18] Este trouxe uma nova ótica para o processo e para as condutas dos sujeitos processuais, notadamente o magistrado.

---

14 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

15 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos, cit.

16 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos, cit.

17 LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014. p. 123.

18 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 168-169.

Daniel Mitidiero filia-se também a essa corrente defensora de um modelo cooperativo de processo, embasado na concepção de que incumbe ao Estado fomentar a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, com respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse sistema, o contraditório tem papel de relevo na promoção do diálogo e da cooperação e até mesmo a função do juiz é redimensionada.[19]

Conforme António Santos Abrantes Geraldes, o novo princípio da cooperação significa a "(...) introdução de uma nova cultura judiciária, que potencie o diálogo franco entre todos os sujeitos processuais, com vista a alcançar a solução mais ajustada aos casos concretos submetidos à apreciação jurisdicional".[20]

Fredie Didier Júnior[21] identifica a origem do processo cooperativo nos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório. Segundo ele:

> A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais. O modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia (...).

Antonio Aurélio Abi-Ramia Duarte e Alexandre Freitas Câmara[22] coadunam-se à interpretação de que o modelo de processo cooperativo tem por vetor o respeito aos valores garantísticos, à dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal, ao se delinear uma "nova dinâmica comportamental para os personagens do processo".

Portanto, a distinção principal do modelo de processo cooperativo, que assegura sua especificidade, é a percepção do juiz como também submetido ao contraditório e igualmente detentor de deveres para com as partes, além dos poderes processuais cabíveis.[23]

Alguns processualistas, ao explanarem sobre o conteúdo substancial do princípio da cooperação, mencionam uma determinada "comunidade de trabalho":

---

19 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos, cit.

20 GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. 1, p. 88-89.

21 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., p. 126.

22 DUARTE, Antonio Aurélio Abi-Ramia; CÂMARA, Alexandre Freitas. O processo como "comunidade de trabalho" e o princípio da cooperação. *EMERJ,* v. 18, n. 70, p. 63-75, set./out. 2015. p. 65.

23 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*, cit., p. 168-169.

> O modelo cooperativo traduz (...) um novo paradigma na divisão de tarefas entre partes e juiz. A ideia central desse novo modelo consiste na transformação do processo em uma verdadeira comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschatft), capaz de albergar, ao mesmo tempo, um magistrado de feição atuante na condução do processo e **partes igualmente ativas, colaboradoras para o alcance do resultado final pretendido: a justa solução da controvérsia em tempo razoável**. Sem desprezar a realidade de que o processo envolve, como regra, interesses conflitantes**, busca estabelecer uma disputa leal e capaz de conduzir a um resultado substancial e processualmente justo** (grifos do autor).[24]

Daí se verifica que os sujeitos processuais, além dos deveres processuais próprios da relação que os caracterizam, têm a incumbência de despender sua energia nesse ambiente coletivo chamado processo para a consecução da solução do litígio num prazo razoável, sem descurar da ideia de que "processo justo, na verdade, constitui antes de tudo processo substancializado em sua estrutura íntima mínima pela existência de direitos fundamentais".[25]

Como dito preteritamente, o modelo de processo cooperativo se realiza (ou deve se realizar) no âmbito de um Estado Constitucional democrático. O juiz deixa de ser visto como responsável exclusivo pela descoberta da verdade para fins de resolução da controvérsia submetida a sua análise. Esse novo sistema "(...) transcende o individual em favor da resposta devida e esperada não só pelo jurisdicionado em litígio, senão que pelo coletivo, ou seja, pela sociedade".[26]

As partes retomam, portanto, sua importância, por meio da participação dialogada, amparada num contraditório efetivo, que será estudado a seguir.

Ponto relevante é a destinação do princípio da cooperação no processo civil: aplica-se apenas em relação ao juiz, ou também é possível exigir sua observância pelas partes nas relações entre si? A doutrina não é uníssona sobre isso.

Daniel Mitidiero entende que a função do juiz no processo é redimensionada pelo modelo cooperativo. Contudo, as partes não teriam deveres entre si decorrentes do princípio da cooperação, ante a própria natureza conflitiva da causa.[27]

E prossegue o processualista, ao argumento de que a colaboração não tem por fundamento a boa-fé, mas, sim, a reformulação da divisão de trabalho entre juiz e partes, devido à função interpretativa do direito.[28]

---

24 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*, cit., p. 178.

25 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos, cit., p. 48.

26 LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*, cit., p. 164-165.

27 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos, cit., p. 70-71.

28 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos, cit., p. 103-104.

Em que pesem as ponderações construídas pelo autor, discorda-se desse ponto de vista. Reserva-se, porém, a contradita a esses argumentos para a próxima seção, na qual se evidenciará a importância do princípio jurídico da fraternidade na compreensão da cooperação no processo civil.

COOPERAÇÃO, FRATERNIDADE E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Cooperação vem do latim *cooperatio* e pode ser compreendida como o ato de "operar simultânea ou coletivamente; colaborar".[29] Dessa maneira, no âmbito processual, pode-se entender a finalidade da cooperação como a construção coletiva da verdade do processo "(...) que transcende o individual em favor da resposta devida e esperada não só pelo jurisdicionado em litígio, senão que pelo coletivo, ou seja, pela sociedade".[30]

É nessa perspectiva, de alteridade, de intersubjetividade, enfim, de fraternidade, que se pretende analisar o princípio da cooperação. Apresentar-se-ão, nesta seção, as linhas gerais do princípio da cooperação no âmbito do Código de Processo Civil de 2015,[31] para, em seguida, relacioná-lo ao ideal de fraternidade e, ao final, de democracia participativa.

O artigo inicial do CPC/15 já anuncia que "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil (...)".

A nova legislação adjetiva, na mão da evolução do Direito contemporâneo, incorporou expressamente em seu texto a vinculação aos valores constitucionais. O aspecto puramente patrimonial das relações jurídicas, é, portanto, mitigado.

O novo Código se contrapõe ao ideal autoritário que prevalecia no *instrumentalismo*, que via o processo como mera manifestação de poder estatal, sem relevante participação das partes. Esta visão retrógrada levou a abusos. O aprendizado do Direito Processual era, consequentemente, contaminado por uma visão *oracular de jurisdição*. Se o Estado-juiz tem o poder de decidir, a ele têm de se submeter as partes, ainda que não participem do processo decisório.[32]

Como explica Vicente de Paula Ataíde Júnior, com o CPC/15 a figura da *jurisdição oracular* é substituída pela *jurisdição cooperada*.[33] Não mais fruto da

---

29 PRIBERAM. Cooperação. In: *Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <https://www.priberam.pt>. Acesso em: 22 jan. 2018.

30 LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*, cit., p. 164-165.

31 Os deveres específicos decorrentes do princípio da cooperação serão analisados na última seção.

32 ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *O novo Código de Processo Civil brasileiro*: modelo de direito processual democrático. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). *Novo CPC e o processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

33 O princípio da cooperação está atualmente insculpido no art. 6º do Código de Processo Civil de 2015, com a seguinte disposição: "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si

atividade intelectiva individual do magistrado, as partes passam a dispor do poder de influir diretamente na convicção do julgador. Decisões-surpresa não são mais admitidas, e o juiz deve ouvir as partes, num verdadeiro debate democrático realizado ao longo do processo.

Da mesma maneira que o cidadão pode participar do processo eleitoral, pode debater com argumentos e influenciar na formação da decisão do Estado-juiz, com fundamento na democracia deliberativa. De súdito, o indivíduo se transforma em sujeito ativo em face do Estado.[34]

Daí se afirma que, por meio do processo cooperativo, há um incremento da legitimidade democrática do próprio Judiciário, pois, apesar de não se submeterem ao processo eleitoral, as decisões dos juízes serão formuladas, doravante, pela efetiva participação das partes em contraditório.[35]

Ao buscarem os fundamentos para a cooperação no ordenamento jurídico brasileiro, os processualistas identificam elementos na Constituição Federal de 1988, nas concepções de Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*) e na solidariedade (artigo 3º, inciso I), com vinculação entre processo e democracia:

> (...) pela ótica do princípio da solidariedade, a cooperação remete a um proveito mútuo e recíproco entre os membros da sociedade, o que repercute diretamente na noção que se tem dos poderes e deveres do juiz e das partes no processo. **Esse espírito solidário também inspira o processo cooperativo** (original sem grifo).[36]

Sob esse ponto de vista, vislumbra-se a necessidade técnica de conceituar e distinguir fraternidade de solidariedade, pois se entende que, em verdade, o princípio da cooperação processual, com todo o rol de deveres dele consectários, é decorrência direta do princípio da fraternidade, dotado de juridicidade.

Na atual Constituição brasileira, a ideia de fraternidade está presente explicitamente no preâmbulo, que prevê a existência de uma "sociedade fraterna". Nesse ponto, urge assinalar a divergência doutrinária quanto à normatividade do preâmbulo. Adota-se, neste estudo, o entendimento pela força normativa desse preceito introdutório.

---

para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". Da simples interpretação literal do texto normativo já se depreende a sua destinação: direciona-se a **todos** os sujeitos do processo.

34 BORGES, Ronaldo Souza. *O depoimento das partes em juízo no sistema cooperativo de processo:* a instrução da ação no contexto das normas fundamentais do novo CPC. In: SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de (Coord.). *Novo CPC:* análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. Campo Grande: Contemplar, 2016. v. 2.

35 ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *O novo Código de Processo Civil brasileiro*: modelo de direito processual democrático, cit.

36 BORGES, Ronaldo Souza. *O depoimento das partes em juízo no sistema cooperativo de processo:* a instrução da ação no contexto das normas fundamentais do Novo CPC, cit., p. 259.

Especificamente com relação à ideia de "Constituição Fraternal", o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto foi o primeiro a introduzir a expressão no meio jurídico brasileiro.[37]

Para a adequada compreensão semântica da fraternidade na atualidade, torna-se imprescindível também uma imersão histórica, ainda que breve, sobre as diferentes concepções ao longo do tempo.

Nesse ponto, vale-se do aporte teórico de Carlos Augusto Alcântara Machado que explica que a origem da fraternidade está ligada à cristandade. Nessa dimensão teológica, privilegiava-se a concepção de que os homens, imagem e semelhança de Deus, são todos irmãos, o que implica, por conseguinte, a exigibilidade de um verdadeiro tratamento fraterno com o outro. Daí se afirma que o Cristianismo introduz a ética da fraternidade ao semear o amor fraterno consubstanciado no dever de responsabilidade com o próximo.[38]

Em que pese alguns autores identificarem semelhanças entre a fraternidade e a *philia* aristotélica,[39] é necessário destacar que o sentido universal de fraternidade ultrapassa a concepção limitada de cidadania da *polis*, com alcance a todas as pessoas, indistintamente. Na antiguidade grega, como se sabe, mulheres, jovens, escravos e estrangeiros não participavam da dinâmica do Estado.

A partir do final do século XVIII e início do século XX, com o movimento revolucionário da burguesia francesa, combateram-se os abusos perpetrados pelo governo, reivindicando-se fortemente os direitos de liberdade e de igualdade,[40] numa perspectiva individualista. A fraternidade, a seu turno, era um componente mais simbólico do que efetivo, cujo intuito era o de inspirar confiança no Estado que se formava, para fins de difusão da concepção de coesão social.[41]

Como explica Clara Machado,[42] a visão iluminista era pautada predominantemente em:

> valores liberais e no individualismo jurídico, razão pela qual houve recrudescimento da fraternidade enquanto princípio universal voltado

---

37 BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

38 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica*: fundamentos e alcance. Curitiba: Appris Editora, 2017. Nessa obra, o autor tem a preocupação metodológica de explicitar a Fraternidade como categoria jurídica, ao delimitar seus fundamentos e alcance.

39 ARISTÓTELES. *Ética e Nicômano*. Capítulos VIII e IX. Tradução de Pietro Nasseti. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

40 Igualdade compreendida num sentido meramente formal, perante a lei, sem substrato material.

41 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica*: fundamentos e alcance, cit.

42 MACHADO, Clara. *O princípio jurídico da fraternidade*: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 54.

> ao respeito e reconhecimento do outro, mantendo, entretanto, o sentimento de piedade (solidariedade) para com o próximo (...).

Com o passar dos anos, verificou-se que o advento do Estado liberal, com ênfase num modelo puramente individualista, gerou uma série de injustiças, além de agravar o quadro de pobreza que assolava a sociedade. Dessa maneira, refundou-se o papel do Estado, com a incorporação de um viés mais solidário em sede de políticas públicas.

Passou-se então a positivar nas diversas Constituições dos países o valor da solidariedade, entendido não mais sob o simples aspecto de coesão social ou organicidade da sociedade, mas como dever jurídico.

Impende asseverar, porém, a diferença conceitual entre fraternidade e solidariedade. Filia-se, na presente pesquisa, ao entendimento esposado por Carlos Augusto Alcântara Machado, que entende a fraternidade como gênero e *princípio jurídico* balizado pela existência de direitos e deveres e pela afirmação da intersubjetividade. Trata-se, em verdade, de uma visão garantista, cujo foco é a efetivação de direitos fundamentais, além da exigibilidade de deveres. Não se trata, portanto, de caráter de filantropia ou assistencialismo.[43]

Destaque-se que a fraternidade se refere à dimensão horizontal da solidariedade, pois circunscreve o âmbito de responsabilidade social com o outro. Quanto à solidariedade, verifica-se um viés mais voltado à concepção de hipossuficiência ou vulnerabilidade do sujeito de direito a que se dirige. Mas, em ambas as situações, o que prevalece é a ideia de *convívio humano responsável*.[44]

Ao discorrer sobre os direitos transindividuais, Clara Machado explica que, por dizerem respeito a toda a coletividade, existem óbices à sua concretização, tais quais a participação popular incipiente, falta de responsabilidade social, individualismo em excesso, *ausência de cooperação*.[45] A esse fenômeno, de déficit na concretização de direitos fundamentais na contemporaneidade brasileira, atribui-se a nomenclatura de "constitucionalismo brasileiro tardio".[46]

Ainda se não bastasse, de molde a corroborar sua força normativa, identificam-se três funções principais para o princípio jurídico da fraternidade: *equilíbrio* entre os direitos de liberdade e igualdade, que não podem ser vistos de modo absoluto no âmbito do constitucionalismo democrático vigente; *reconhecimento*

---

43 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica*: fundamentos e alcance, cit.

44 MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica*: fundamentos e alcance, cit.

45 MACHADO, Clara. *O princípio jurídico da fraternidade*: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais, cit., p. 54.

46 Para mais informações, consultar: SILVA NETO, Manoel Jorge. *Constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.

direto da alteridade e da intersubjetividade, entendida como o contexto relacional em que os indivíduos estão inseridos e *interpretativa*, na definição e aplicação dos direitos e dos deveres na ordem jurídica.[47]

Outrossim, a fraternidade, num sentido contemporâneo, devidamente diferenciado da solidariedade, é indissociável da concepção de dignidade da pessoa humana, pois, no princípio jurídico da fraternidade, consta "a ideia originária da dignidade uma vez que (...) está integrada ao reconhecimento da condição humana, de maneira que, ao praticar o ato fraterno, também se pratica um ato digno".[48]

Uma vez apresentados os principais caracteres do processo jurisdicional ao longo do tempo, linhas gerais do princípio da cooperação processual e a concepção jurídica de fraternidade, pode-se propor ao leitor uma conjugação epistemológica desses elementos embasada num componente eminentemente democrático.

Dierle José Coelho Nunes defende a conciliação entre as concepções social e "privatista" de processo, com a manutenção da participação diretiva do juiz e contributiva das partes, que pode trazer bons frutos, sob a perspectiva constitucional. Assim, o espaço discursivo do processo pode ser utilizado para problematização e resolução de todos os pontos de divergência.[49]

Deduz-se do pensamento do autor a devida correlação à observância do princípio jurídico da fraternidade, ainda que implicitamente. Observe-se:

> O processo ganha, nessa perspectiva, enorme dimensão ao se transformar em espaço onde todos os temas e contribuições devam ser **intersubjetivamente** discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos, assegurando técnicas de fomento ao debate que não descurem o fator tempo-espacial do seu desenvolvimento (Original sem grifos).[50]

Sob essa ótica de intersubjetividade, em que o reconhecimento do outro é fundamental para instauração e deslinde do processo, não há como afastar o elemento fraterno. Ademais, defende o processualista que a efetiva democratização jurídica do processo depende do policentrismo processual e da comparticipação, que viabilizam a *responsabilidade compartilhada* por todos os sujeitos processuais.[51]

---

47 MACHADO, Clara. *O princípio jurídico da fraternidade*: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais, cit., p. 54.

48 MACHADO, Clara. *O princípio jurídico da fraternidade*: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais, cit., p. 73.

49 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais, cit.

50 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais, cit., p. 49.

51 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais, cit., p. 50.

É necessário reinterpretar o modelo processual vigente à luz dos diversos princípios que permeiam o ordenamento constitucional brasileiro, dentre eles, a fraternidade. A superação do protagonismo judicial, com o fortalecimento do contraditório efetivo, não significa, por outro lado, que o magistrado deve se afastar de sua responsabilidade social.[52]

Defende-se um aporte de civilidade democrática, que empodere os sujeitos e reforce não apenas os direitos que o regime democrático lhes outorga, mas rememore no consciente coletivo os deveres correspondentes, dentre eles os oriundos do princípio da cooperação,[53] que detêm eficácia normativa, conforme se verá na próxima seção.

EFICÁCIA NORMATIVA

Lorena Miranda Santos Barreiros aborda os diferentes aspectos de eficácia do princípio da cooperação à luz da análise de Humberto Ávila. Numa perspectiva interna, o princípio da cooperação tem eficácia *interpretativa* e *integrativa* das demais normas processuais.[54]

O artigo 321 do Código de Processo Civil, por exemplo, estabelece que o juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos formais ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, deverá determinar que o autor, no prazo de 15 dias, emende-a ou complete-a, e indicar com precisão o que deve ser corrigido ou completado, sem poder indeferi-la antes de tal providência.

Fredie Didier Júnior argumenta que o princípio da cooperação tem atuação direta, ao atribuir aos participantes do processo deveres, tornar ilícitos comportamentos ofensivos à manutenção do "estado de coisas" ou comunidade processual de trabalho. Na função integrativa, assegura o alcance da finalidade visada, qual seja, um processo verdadeiramente cooperativo.[55]

Assim, é possível afirmar-se que o princípio da cooperação "deve ser tido como uma norma jurídica de aplicabilidade imediata, cogente, impositiva de condutas às partes e ao juiz, independentemente de regulamentação legal dessas condutas".[56]

---

52 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais, cit., p. 50.

53 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais, cit., p. 50.

54 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*, cit., p. 197-193.

55 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit.

56 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*, cit., p. 191.

Trata-se, ainda no aspecto interno, das funções *definitória* e *bloqueadora*. Enquanto a primeira se refere aos princípios do contraditório, do devido processo legal e da boa-fé, demarcando-os, a segunda obsta condutas incompatíveis com o princípio da cooperação[57], *exempli gratia* do princípio da vedação da decisão-surpresa, insculpido no artigo 10 do CPC/15[58].

No que tange ao aspecto externo da eficácia, visualiza-se a *seleção* e a *valoração*. Ou seja, o aplicador do direito deverá selecionar os fatos atinentes aos valores protegidos pelo princípio (justa solução da controvérsia, diálogo, participação) e examiná-los com a finalidade de concretizá-lo. Destaca-se, além disso, a eficácia *argumentativa*, mais voltada ao Estado, que dispõe sobre o devido sopesamento nas situações em que seja necessário afastar momentaneamente a incidência do princípio, e as funções de *defesa* e de *proteção* em relação aos direitos fundamentais relacionados.[59]

Da normatividade do princípio da cooperação surgem diversos *deveres de conduta* para os sujeitos processuais, inerentes à integralidade das relações jurídicas processuais,[60] expostos em seguida.

DEVERES DE COOPERAÇÃO NO NOVO CPC

O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, cuja vigência iniciou-se em 18 de março de 2016, logo no seu primeiro capítulo dispõe sobre as "normas fundamentais do processo civil". Fredie Didier Júnior esclarece que as normas em questão são consideradas fundamentais pela dimensão estruturante do processo civil pátrio. Além de servirem de referência para a compreensão dos institutos, são genuínas normas de interpretação das fontes do Direito Processual Civil e funcionam como princípios ou como regras.[61]

Assim, identifica-se um Direito Processual Fundamental, subdividido em Constitucional, em decorrência direta da Constituição Federal, e nas demais normas infraconstitucionais, especialmente o capítulo citado do Código de Processo Civil (artigos 1º a 12).[62]

---

57 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*, cit., p. 191.

58 "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício."

59 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*, cit., p. 191.

60 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit.

61 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit.

62 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit.

Sobre o espírito do novo CPC, Carlos Alberto de Salles e Bruno Lopes Megna[63] explicam que incorporou a busca pela "cultura de pacificação" ao invés da "cultura da sentença", máxima cunhada por Kazuo Watanabe,[64] que teve muita repercussão na doutrina recente.

O artigo 6º do CPC/2015 estabelece: "todos os sujeitos do processo devem *cooperar* entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva" (original sem grifos). Em interpretação sobre o dispositivo *supra*, Ronaldo Souza Borges[65] esclarece que, além de positivado expressamente, o princípio da cooperação significa um novo paradigma do sistema processual brasileiro, que deve privilegiar o aspecto comparticipativo ou cooperativo do processo. Trata-se, em verdade, de pedra angular do ordenamento jurídico processual civil, assim como a duração razoável do processo, o acesso à justiça, a motivação das decisões judiciais e formação dos precedentes.

Como proposta de categorização, Fredie Didier Júnior[66] apresenta a abordagem metodológica do princípio da boa-fé no direito privado, com a possibilidade de divisão dos deveres de cooperação processual em deveres de *esclarecimento*, de *lealdade* e de *proteção*.

O dever de *esclarecimento* direciona-se tanto ao juiz, que deve buscá-lo junto às partes, quanto às partes em relação ao juiz. Sua importância reside em mitigar a desigualdade entre os sujeitos processuais e assegurar a observância da paridade de condições, além de incentivar a resolução do mérito do processo de modo justo e eficaz.[67] Em suma, os pedidos e demais atos processuais devem ser claros e diretos, com o adequado fluxo de informações, para facilitar a intelecção dos interlocutores.

No que se refere aos deveres de lealdade, verifica-se que estão intrinsecamente vinculados ao ideal de boa-fé: "impõe-se que as partes tratem das circunstâncias fáticas subjacentes ao litígio de modo completo e determinado, com sinceridade, não fazendo afirmações cuja mendacidade não ignoram".[68]

---

63 SALLES, Carlos Alberto de; MEGNA, Bruno Lopes. *Mediação e conciliação em nova era*: conflitos normativos no advento do novo CPC e da Lei de Mediação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (Coord.). *Direito intertemporal*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 111.

64 WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 684-690.

65 BORGES, Ronaldo Souza. *O depoimento das partes em juízo no sistema cooperativo de processo:* a instrução da ação no contexto das normas fundamentais do Novo CPC, cit.

66 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., p. 129.

67 BORGES, Ronaldo Souza. *O depoimento das partes em juízo no sistema cooperativo de processo:* a instrução da ação no contexto das normas fundamentais do Novo CPC, cit.

68 BORGES, Ronaldo Souza. *O depoimento das partes em juízo no sistema cooperativo de processo:* a instrução da ação no contexto das normas fundamentais do Novo CPC, cit., p. 263.

Porém, o dever de não alterar a verdade dos fatos não pode ser entendido como inversão da presunção de boa-fé das partes. Esse entendimento não condiz com o novo processo cooperativo. Ao juiz não é dado tratar as partes indistintamente como mentirosas ou trapaceiras. O que se defende, em verdade, é uma mudança de mentalidade, que enfatize o aspecto colaborativo e a boa-fé.[69]

No que se refere aos deveres de proteção, destinam-se a prevenir a ocorrência de atos que possam lesionar os personagens processuais, a exemplo da punição ao atentado (artigo 77, inciso VI), da responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta (artigos 520, inciso I, e 776).[70]

Por fim, destacam-se os seguintes dispositivos do CPC/15:

> Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.
>
> Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.
>
> (...)
>
> Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida.
>
> Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

Evidencia-se que a literalidade do texto normativo estabelece a compreensão de que a cooperação processual é dever que se dirige a todos que de alguma forma participam do processo, do juiz às partes. Não se admitem mais, em regra, as chamadas "decisões-surpresa".

Ao magistrado incumbe, antes de decidir, ouvir as partes. Percebe-se, portanto, que a essência do Novo Código de Processo Civil representa uma mudança de paradigma.

Ao instaurar um modelo de processo cooperativo, o papel dos sujeitos processuais se atualiza. Supera-se o isolamento intelectivo do juiz e ganha-se legitimidade democrática pela participação ativa das partes na formação do provimento jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, apresentou-se o instituto do processo como integrante do rol de manifestações culturais. Nesse talante, evidenciou-se que o estudo desse fenômeno

---

69 BORGES, Ronaldo Souza. *O depoimento das partes em juízo no sistema cooperativo de processo:* a instrução da ação no contexto das normas fundamentais do Novo CPC, cit., p. 263.

70 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., p. 129.

jurídico deve, necessariamente, abordar os aspectos subjacentes da realidade social. Sob essa perspectiva, analisaram-se as diversas fases metodológicas do processo.

No *praxismo*, "pré-história" do Direito Processual Civil, o processo era visto como simples acessório do direito material, sem autonomia como ramo do direito. Havia, em verdade, a realização de um *procedimento*, destituído de conteúdo jurídico efetivo e de contraditório.

No *processualismo*, assume-se a perspectiva científica de processo, com a autonomia do Direito Processual Civil. Formula-se a concepção de relação jurídica processual, que passa a ser o centro dessa ciência. Nessa fase, verificou-se um distanciamento entre o processo e a realidade social circundante.

No *instrumentalismo*, pretendeu-se abolir a concepção puramente tecnicista do processo. Rompe-se com a limitação metodológica e assume-se o comprometimento social, político e jurídico que deve doravante pautar a processualística, notadamente a intenção jurisdicional de pacificar a sociedade.

No *Estado constitucional*, buscou-se o redimensionamento a um procedimento que considere os princípios constitucionais, a normatividade do ordenamento jurídico-constitucional e o alcance de resultados. Verificou-se igualmente a apropriação da própria metodologia constitucional. Nessa fase, o processo se torna garantia da participação dos cidadãos na tomada de decisão e a mitigação do papel exclusivo que o juiz possuía na formação do provimento jurisdicional.

Quanto à divisão de trabalho do juiz e das partes, apresentaram-se os modelos *isonômico* (ou *paritário*), *assimétrico* e *cooperativo* de processo. O modelo *isonômico* se caracteriza pela relativa igualdade entre indivíduo, sociedade e Estado, daí porque é também chamado de modelo *paritário*. Prevalece a racionalidade *prática*, por meio da dialética e do contraditório.

No modelo *assimétrico*, existe uma distinção entre indivíduo, sociedade e Estado. Este, por sua vez, está numa posição superior às partes, ao incorporar o direito como um todo. A racionalidade é teórica, por meio da lógica apodítica, que visa atingir uma verdade absoluta, não apenas provável. No aspecto ético, a boa-fé é exigida apenas das partes, e o contraditório perde importância.

No modelo *cooperativo*, a condução do processo não depende mais da vontade das partes, como no processo liberal dispositivo. Tampouco há uma condução inquisitorial e assimétrica do processo pelo juiz. Busca-se uma condução cooperativa, sem predominância de algum dos sujeitos processuais. Esse modelo é o mais apropriado para um Estado democrático de Direito, em que o contraditório é inafastável.

Evidenciou-se igualmente a juridicidade do princípio da fraternidade, não mais encarado num aspecto de filantropismo ou assistencialismo, mas efetivamente como dever jurídico imposto às pessoas no sentido de responsabilidade social com o outro, num aspecto de intersubjetividade.

Portanto, ao longo do trabalho, percebeu-se, sob a ótica da intersubjetividade, que o reconhecimento do outro é fundamental para instauração e deslinde do processo, razão pela qual não é possível afastar o elemento fraterno do princípio da cooperação. Outrossim, a efetiva democratização jurídica do processo depende do policentrismo processual e da comparticipação, que possibilitam a responsabilidade compartilhada por todos aqueles que participam do processo.

Logo, evidencia-se a importância da adoção de novas práticas no âmbito processual, bem como mudança de mentalidade de todos aqueles que participam (ou deveriam participar) direta e indiretamente da relação processual.

Fixou-se, assim, a concepção de que o princípio da cooperação tem alcance não apenas ao juiz em relação às partes, mas a todos os personagens processuais. Porém, a atualidade do tema demanda maiores aprofundamentos científicos para incremento da sistematização do princípio.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética e Nicômano*. Capítulos VIII e IX. Tradução de Pietro Nasseti. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *O novo Código de Processo Civil brasileiro*: modelo de direito processual democrático. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). *Novo CPC e o processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BORGES, Ronaldo Souza. *O depoimento das partes em juízo no sistema cooperativo de processo:* a instrução da ação no contexto das normas fundamentais do novo CPC. In: SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de (Coord.). *Novo CPC:* análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro. Campo Grande: Contemplar, 2016. v. 2.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 jan. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 jan. 2018.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1951.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DUARTE, Antonio Aurélio Abi-Ramia; CÂMARA, Alexandre Freitas. O processo como "comunidade de trabalho" e o princípio da cooperação. *EMERJ*, v. 18, n. 70, p. 63-75, set./out. 2015.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. 1.

LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica*: fundamentos e alcance. Curitiba: Appris, 2017.

MACHADO, Clara. *O princípio jurídico da fraternidade*: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

PRIBERAM. Cooperação. In: *Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <https://www.priberam.pt>. Acesso em: 22 jan. 2018.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1997.

SALLES, Carlos Alberto de; MEGNA, Bruno Lopes. *Mediação e conciliação em nova era*: conflitos normativos no advento do novo CPC e da Lei de Mediação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (Coord.). *Direito intertemporal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 684-690.

Data de recebimento: 09/02/2018

Data de aprovação: 17/07/2018

DADOS ABERTOS GOVERNAMENTAIS E ABERTURA DEMOCRÁTICA: O USO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO NA EXPANSÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL

OPEN DATA AND DEMOCRATIC OPENING: THE USE OF INFORMATION TECHNOLOGY TO EXPAND SOCIAL PARTICIPATION

Elias Jacob de Menezes Neto*
Tiago José de Souza Lima Bezerra**
Victoria Layze Silva Fausto**

RESUMO

Este artigo trabalha o tema de uso dos dados abertos na governança pública digital e delimita-se sobre a vinculação entre dados abertos e a *activity theory*. Os objetivos aqui tratados dizem respeito às plataformas que trabalham com os dados abertos e os transformam em informação de leitura acessível à população comum; além da proposição de uso de um modelo de plataforma digital que trabalhe com os dados abertos e permita a interação simultânea entre administração pública e sociedade, com o objetivo de atender melhor ao anseio por melhora de problemas públicos. Conclui-se que a utilização dos dados abertos, quando aplicada à sociedade a quem eles são dispostos, pode vir a contribuir para o fortalecimento da democracia, uma vez que, dependendo de seu uso, proporciona o estreitamento do cidadão com as decisões e atividades governamentais.

Palavras-chave: Dados abertos; Democracia; *Activity theory*; Governo digital; Democracia participativa.

---

* Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), mestrado e doutorado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, em Caicó/RN. Coordenador do Laboratório de Governança Pública da UFRN. E-mail: contato@eliasjacob.com.br.

** Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN. Integrante do Laboratório de Governança Pública da UFRN. E-mail: tiagojose.ufrn@gmail.com.

*** Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro do Laboratório de Governança Pública da UFRN. E-mail: vlayze@gmail.com.

ABSTRACT

This paper deals with the use of open data in digital public governance and delimits the link between open data and activity theory. The objectives here dealt with, therefore, concern on the information about applications that work with open data and transform it into accessible reading information for the ordinary population; in addition to proposing the use of a digital platform model that works with open data and allows the simultaneous interaction between the public administration and the society in order to better meet the desire for the improvement of public problems. It is concluded that the use of open data, when applied to the society to which they are available, can contribute to the strengthening of democracy, since, depending on its use, it provides the citizen's narrowing with government decisions and activities.

Keywords: Open data; Democracy; Activity theory; Digital government; Participatory democracy.

INTRODUÇÃO

A obrigação de disponibilizar os dados em formato aberto – ou seja, aos quais seja possível o acesso, o manuseio, a alteração e o compartilhamento – é regida, principalmente, pelo Decreto n. 8.777/2016, que institui a Política de Dados Abertos ao Poder Executivo Federal, em concordância com a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), como mecanismo de transparência governamental. Sendo assim, é de fundamental relevância entender o que são, para que servem, como são usados, e como tais dados podem ser trabalhados como instrumento de fortalecimento do processo democrático brasileiro.

Em um primeiro momento, será analisado o conceito de dados abertos, explicitando por que eles são necessários ao processo de transparência administrativa e quais são os benefícios de sua acessibilidade. Também será trabalhada a influência da política de governança digital neste processo de disponibilização de dados abertos, a qual traduz o objetivo do Governo Federal de utilizar-se de tecnologia para melhorar e facilitar os processos de gestão pública. Aborda-se também como o uso dos dados pode facilitar os processos de lidar com a democracia. Além disso, fala-se como alguns Estados, entre eles, o Brasil, cobram e investem nesta disponibilização e como a abertura de dados abertos no Brasil e o seu incentivo são considerados em relação a outros países e dentro de organizações internacionais que incentivam este acesso à informação, como é o caso do Open Government Partnership.

Por fim, na segunda e última parte do desenvolvimento deste texto, será abordada a *activity theory* e a sua contribuição para formulação de uma plataforma digital que utilize os dados abertos como instrumento mediador da relação

entre a sociedade e o governo, possibilitando a interação de ambos e, assim, contribuindo para o fortalecimento da estrutura democrática do país.

Nesse capítulo, discute-se sobre o que é a *activity theory* e como a sua proposta de abordagem pode auxiliar no processo de tomada de decisões e de construção estratégica. A partir disso, apresenta-se a teoria democrática a que pode ser relacionado o *activity system* para a finalidade de uso prático de ferramentas tecnológicas para dirimir conflitos públicos. Depois disso, versa-se sobre o *activity system*, proveniente da *activity theory* e, a partir do qual, junto com a teoria democrática, pode ser visualizada a plataforma digital. Após o exposto, é abordada a Estratégia de Governança Digital (EGD), sobre a qual se apoia o Estado para cumprir os objetivos e princípios traçados pelo Governo Federal para atendimento à exigência do uso de tecnologias na administração pública.

E, por último, o capítulo ainda aborda a plataforma digital, denominada também *Democratic Activity Model of Open Data Use* (DAMODU), a partir da qual se propõe uma análise circunstancial do problema de serviço público de saúde brasileiro e tenta possibilitar a visualização de um panorama prático para que seja possível conceber o uso da plataforma.

DADOS ABERTOS: UM MODELO DE ESTRATÉGIA DE GOVERNANÇA DIGITAL PARA A DEMOCRACIA

O Poder Executivo Federal estabeleceu, a partir do Decreto n. 8.638/2016, uma política de governança digital nos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, com base na utilização de tecnologias da informação e comunicação como ferramentas auxiliadoras no processo democrático.

A finalidade desta política de governança digital está prevista no artigo 1º do referido Decreto[1] e visa assegurar, de forma geral, o acesso à informação, a participação da sociedade no processo de construção de políticas públicas e de serviços

---

[1] BRASIL. *Decreto n. 8.638, de 15 de janeiro de 2016*. Institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

"Art. 1º Fica instituída a Política de Governança Digital para os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, com as seguintes finalidades:

I – gerar benefícios para a sociedade mediante o uso da informação e dos recursos de tecnologia da informação e comunicação na prestação de serviços públicos;

II – estimular a participação da sociedade na formulação, na implementação, no monitoramento e na avaliação das políticas públicas e dos serviços públicos disponibilizados em meio digital; e

III – assegurar a obtenção de informações pela sociedade, observadas as restrições legalmente previstas".

públicos disponíveis em meio digital e a extração do máximo de benefícios das tecnologias da informação e da comunicação na prestação de serviços públicos.

O conceito de governança digital, por sua vez, está previsto no inciso III do artigo 2º do Decreto n. 8.638/2016[2], considerando-se:

> a utilização pelo setor público de recursos de tecnologia da informação e comunicação com o objetivo de melhorar a disponibilização de informação e a prestação de serviços públicos, incentivar a participação da sociedade no processo de tomada de decisão e aprimorar os níveis de responsabilidade, transparência e efetividade do governo.

Há, assim, uma estratégia de governança digital segundo a qual o Estado deve utilizar a tecnologia da informação e da comunicação (TIC) para oferecer seus serviços de forma mais eficiente. Além disso, um dos principais objetivos dessa estratégia é a participação da sociedade no processo democrático tanto na tomada de decisões como em relação à participação na responsabilidade, transparência e efetividade das ações do governo. A ideia de governança digital está, portanto, intimamente ligada aos processos de democracia monitória, deliberativa e participativa.

Ruijer, Grimmelikhuijsen e Meijer[3] caracterizam a democracia deliberativa como o processo que enfatiza o debate aberto para a tomada de decisões coletivas, sendo estas decisões formadas a partir da opinião pública e da vontade geral, valorizando os diferentes pontos de vista construídos a partir das informações disponíveis. Sob inspiração habermasiana, Góes[4] explicita que a democracia deliberativa

> Trata-se de um percurso que se desenvolve no sentido da periferia ao centro, em que a esfera pública atuando como caixa de ressonância dos debates acerca de questões de alta relevância para a cidadania, passa a influenciar discursivamente o poder decisório e de normatização a cargo do poder político e administrativo.
> A democracia deliberativa transparece desse modo, como um sistema de participação cidadã, que assegura a formação do poder político e por consequência do Direito, a partir de um poder comunicativo gerado discursivamente entre todos os cidadãos que, somente assim, passam a ser considerados autores e destinatários das normas jurídicas democraticamente produzidas.

---

2 BRASIL. *Decreto n. 8.638, de 15 de janeiro de 2016*. Institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

3 RUIJER, Erna; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan; MEIJER, Albert. Open data for democracy: developing a theoretical framework for open data use. *Government Information Quarterly*, [s.l.], [s.n.], v. 34, Issue 1, 2017. p. 46.

4 GÓES, Ricardo Tinoco de. *Democracia deliberativa e jurisdição*: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 52.

Verifica-se, portanto, que a política de governança digital abrange a ideia de democracia deliberativa na medida em que incentiva a colaboração da sociedade no processo de tomada de decisões. Este poder comunicativo gerado entre os cidadãos deve ser o reflexo de um conjunto vasto de opiniões, informações e conteúdos que também se propagam nos meios digitais.

Igualmente, visualiza-se a manifestação da democracia participativa na governança digital pela ideia de que os cidadãos colaboram diretamente com o governo, deixando o povo de ser mero usuário de serviços públicos digitais para ser agente ativo no processo de formação, implementação e monitoramento das atividades administrativas[5].

Questão pertinente da política de governança digital é que uma de suas diretrizes, estabelecidas no artigo 4º do Decreto n. 8.638/2016, é a disponibilização de dados em formato aberto, amplamente acessível e utilizável por pessoas e máquinas. Além desta política, instituiu-se, posteriormente, pelo Decreto n. 8.777, de 11 de maio de 2016, a política de dados abertos do Poder Executivo federal, que tem, entre os seus nove objetivos previstos no artigo 1º, a promoção da transparência pública, a publicação de dados, o acesso à informação, a troca de dados entre os integrantes da administração pública federal, a oferta de serviços públicos digitais de forma integrada e o desenvolvimento de novas tecnologias, construindo um ambiente de gestão pública participativa e democrática.

A ideia de democracia participativa é mais presente ainda, portanto, quando se trata da política de dados abertos, pois permite que os cidadãos tecnicamente capacitados possam manusear e interagir com estes dados, criando mecanismos digitais de interesse público, como aplicativos cujo *dataset* (conjunto de dados) esteja disponibilizado em formato aberto.

Dados abertos são definidos, de acordo com o artigo 2º, inciso III, do Decreto n. 8.777/2016, como aqueles acessíveis ao público, representados em meio digital, estruturados em formato aberto, processáveis por máquina, referenciados na internet e disponibilizados sob licença aberta que permita sua livre utilização, consumo ou cruzamento, limitando-se a creditar a autoria ou a fonte. Em outras palavras, a Open Knowledge Brasil[6] define que "dados são considerados abertos quando qualquer pessoa é livre para acessá-los, usá-los, modificá-los e compartilhá-los, sujeitos, no máximo, a medidas que preservem sua origem e sua publicidade".

---

5 RUIJER, Erna; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan; MEIJER, Albert. Open data for democracy: developing a theoretical framework for open data use. *Government Information Quarterly*, [s.l.], [s.n.], v. 34, Issue 1, 2017, p. 46.

6 OPEN KNOWLEDGE BRASIL. Índice de dados abertos para o Brasil, 2017.

São vários os benefícios da abertura de dados governamentais tanto para o Governo quanto para a sociedade civil (especialmente empresários, pesquisadores e o próprio setor privado), que podem explorar economicamente as informações obtidas.

Um dos benefícios da abertura de dados é a promoção da transparência e da possibilidade de controle da coisa pública pelo cidadão. A transparência, associada ao princípio constitucional da publicidade e ao direito fundamental de acesso à informação, permite à sociedade controlar o uso dos bens públicos, o que inclui os recursos destinados aos mais diversos setores. A partir do momento em que o cidadão tem acesso a uma base de dados digital e atualizada sobre os atos praticados pela Administração Pública, ele tem a possibilidade de tornar-se mais vigilante e capaz de identificar ações corruptas e ímprobas, atuante como agente ativo no combate à corrupção e ao desvio de finalidade no setor público, além de poder participar do processo decisório do Estado e transformar a realidade social de acordo com o interesse comum.

Como exemplo da promoção da transparência a partir da utilização de dados abertos, têm-se os recursos disponíveis no Portal Brasileiro de Dados Abertos[7], o qual disponibiliza "dados da saúde suplementar, do sistema de transporte, de segurança pública, indicadores de educação, gastos governamentais, processo eleitoral, etc."[8], em obediência à Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), ao Decreto n. 8.777/2016, e à Parceria para Governo Aberto, firmada a partir do Decreto sem número, de 15 de setembro de 2011, que instituiu o Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto.

Os benefícios da abertura de dados para o setor público são demonstrados pela Agência para a Modernização Administrativa[9], ao explicar que este processo contribui para o "aumento da eficiência do organismo, por exemplo, através da redução de carga de trabalho e/ou de custos administrativos", havendo uma avaliação das atividades realizadas e dos obstáculos internos, e por meio da possibilidade de interligação e integração de diferentes bases internas, evitando, assim, duplicação e desatualização de documentos, além de permitir a redução de recursos humanos. Para além disso, segundo o *European Data Portal*[10]:

---

7 Disponível em: <http://dados.gov.br/>.

8 PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS. Disponível em: <http://dados.gov.br/>. Acesso em: 7 abr. 2018.

9 AGÊNCIA PARA A MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA (AMA). Disponível em: <https://www.ama.gov.pt/web/agencia-para-a-modernizacao-administrativa/a-ama>. Acesso em: 23 abr. 2018. p. 14. "A Agência para a Modernização Administrativa (AMA) é o instituto público responsável pela promoção e desenvolvimento da modernização administrativa em Portugal".

10 EUROPEAN DATA PORTAL. *Open Data Goldbook for Data Managers and Data Holders*: practical guidebook for organizations wanting to publish Open Data. 2018. Disponível em: <https://www.europeandataportal.eu/sites/default/files/european_data_portal_-_open_data_goldbook.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2018. p. 15.

> A publicação de dados abertos permite o compartilhamento de informações governamentais em formatos interoperáveis legíveis por máquina, o que resulta na redução de custos de troca de informações e integração de dados, nenhum ou limitado gerenciamento do fluxo de dados que trafega no sentido do usuário para o servidor, redução de erros por ter uma cópia em vez de múltiplas, etc. Isso resulta em um melhor gerenciamento de dados, em termos de qualidade e eficiência, bem como uma redução geral nos custos administrativos. Na verdade, a área da Grande Manchester estimou que os requerimentos de acesso à informação custam aos órgãos públicos mais de £ 4 milhões por ano, enquanto mais de 600 funcionários públicos por dia não conseguem encontrar ou usar os dados necessários para seus trabalhos, custando às autoridades mais de £ 8.5 milhões por ano. Quebrar os silos que existem entre os vários departamentos, órgãos e camadas de governo, e permitir um fluxo de dados fluido pode ter ganhos substanciais de eficiência.
> A análise econômica realizada pelo Portal Europeu de Dados estima que a poupança de custos acumulada para a UE28+ seja igual a 1,7 bilhões de euros[11]. (tradução nossa)

De acordo com The House of Commons[12], a publicação de dados abertos pelo Governo "pode estimular os negócios e a inovação, garantir transparência e prestação de contas, empoderar os cidadãos a fazer escolhas informadas sobre os produtos e serviços, e melhorar a qualidade dos dados por meio do seu uso mais amplo e frequente"[13].

Há, portanto, a disposição para uma maior aproximação entre o Estado e o cidadão quando aquele abre seus dados, possibilitando a esse último a oportunidade de participar efetivamente da governança pública e da tomada de decisões

---

[11] No original: "Publishing Open Data enables the sharing of information within governments in machine-readable interoperable formats, which results in reducing costs of information exchange and data integration, no or limited upstream data management, error reduction by having one copy instead of multiple ones, etc. This results in improved data management, in terms of both quality and efficiency, as well as an overall reduction in administrative costs. In fact, the Greater Manchester area has estimated that freedom of information requests cost public bodies over £4 million a year, while over 600 public officials a day are unable to find or use data that they require for their jobs, costing authorities over £8.5 million a year. By breaking down the silos that exist between the various departments, bodies, and layers of government and allowing a fluid data flow can have substantial efficiency gains.

The economic analysis conducted by the European Data Portal estimates the accumulated cost savings for the EU28+ in 2020 to equal 1.7 bn. EUR".

[12] HOUSE OF COMMONS. Science and Technology Committee. *The big data dilemma*: Fourth Report of Session 2015-16. Londres: [s.n.], 2016. p. 16, tradução nossa.

[13] No original: "[…] can stimulate business and innovation, provide transparency and accountability, empower citizens to make informed choices about products and services, and improve data quality through its wider and more frequent use".

com base na transparência, na confiança, na deliberação e no auxílio mútuo – sinais de uma democracia participativa.

Por outro lado, existe um potencial econômico da abertura de dados, especialmente para o setor privado, que permite que pesquisadores e empreendedores possam criar ferramentas tecnológicas, aplicativos e *softwares* que utilizem e reutilizem as informações disponíveis, cruzando dados e permitindo o desenvolvimento de produtos e serviços dirigidos ao mercado de consumo, ao mercado empresarial e ao setor público, além de possibilitar a existência do incentivo ao surgimento de novas empresas e geração de empregos[14].

Conforme Attard et al.[15], os movimentos de abertura de dados surgiram, inicialmente, tendo como principais objetivos a transparência e o reúso de dados. De igual modo, a corrupção foi um fator determinante (mas não o único) para que estas iniciativas de disponibilização de dados abertos surgissem, uma vez que este desvio administrativo afeta não somente a economia pública, como também a própria sociedade. Os autores consideram, então, a transparência não um fim, mas um meio de desencorajar e combater a corrupção.

Há, segundo Attard et al.[16], três razões principais para a abertura de dados governamentais: (1) Transparência, porque é preciso monitorar as ações do Governo para garantir o funcionamento da democracia e a transparência permite, além do acesso aos dados, seu uso, reúso e distribuição, aumentando a possibilidade de controle social pelo cidadão; (2) Liberação de valor social e comercial, porque os dados produzidos pelo Governo em diferentes áreas têm um grande valor social e comercial e podem ser usados para propósitos diversos daqueles para os quais foram criados. Isso incentiva grupos interessados a criar novos serviços e produtos com estes dados; e (3) Governança participativa, uma vez que, com a abertura de dados, os cidadãos têm a oportunidade de participar ativamente da Governança e do processo de tomada de decisões políticas, em vez de apenas votarem esporadicamente em eleições.

A figura a seguir mostra alguns benefícios da abertura de dados governamentais e do seu reúso, fatos que proporcionam melhorias sociais, econômicas e qualitativas da prestação dos serviços públicos amparados no princípio da eficiência:

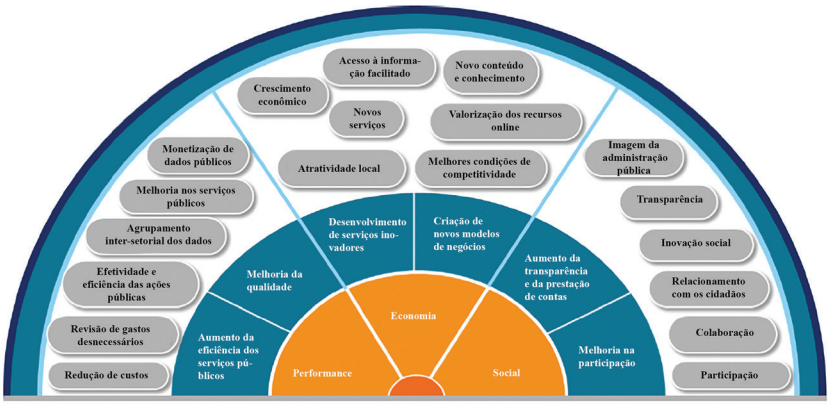
---

[14] AGÊNCIA PARA A MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA (AMA). Disponível em: <https://www.ama.gov.pt/web/agencia-para-a-modernizacao-administrativa/a-ama>. Acesso em: 23 abr. 2018. p. 14.

[15] ATTARD, Judie; ORLANDI, Fabrizio; SCERRI, Simon; AUER, Sören. A systematic review of open government data initiatives. *Government Information Quarterly*, [s.l], [s.n.], v. 32, 2015, p. 399-418. p. 339.

[16] ATTARD, Judie; ORLANDI, Fabrizio; SCERRI, Simon; AUER, Sören. A systematic review of open government data initiatives. *Government Information Quarterly*, [s.l], [s.n.], v. 32, 2015, p. 399-418. p. 339-340.

Figura 1 – Benefícios do reúso de dados abertos governamentais



Fonte: European Data Portal (2018).

Verifica-se que os benefícios do reúso de dados abertos governamentais são vários, estando diretamente associados a aspectos democráticos (como a participação; a colaboração; e a transparência) e impulsionadores da economia, permitindo melhores condições de concorrência. Além disso, nota-se o oferecimento de novos serviços, além da melhoria dos serviços públicos, e o próprio crescimento econômico, tanto para o Estado como para o setor privado.

Em 21 de janeiro de 2009, o ex-Presidente dos Estados Unidos, Barack H. Obama, emitiu o *Memorandum on Transparency and Open Government*, documento inédito que estabelece o compromisso daquele país para abrir os dados governamentais[17]. No memorando, destaca-se a vontade do Governo em estreitar os laços com o povo por meio da transparência, da participação pública e da colaboração, permitindo, assim, o fortalecimento da democracia[18]. Há três recomendações principais sobre o Governo no documento: ser transparente, participativo e colaborativo. Estes aspectos, como se verá adiante, são destacados na democracia participativa.

---

17 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Administration of Barack H. Obama. *Memorandum on Transparency and Open Government*. 2009. Disponível em: <https://www.archives.gov/files/cui/documents/2009-WH-memo-on-transparency-and-open-government.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2018. "My Administration is committed to creating an unprecedented level of openness in Government. We will work together to ensure the public trust and establish a system of transparency, public participation, and collaboration. Openness will strengthen our democracy and promote efficiency and effectiveness in Government."

18 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Administration of Barack H. Obama. *Memorandum on Transparency and Open Government*. 2009. Disponível em: <https://www.archives.gov/files/cui/documents/2009-WH-memo-on-transparency-and-open-government.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2018.

Em 20 de setembro de 2011, oito países fundaram a Open Government Partnership (OGP), uma iniciativa multilateral que assegura um compromisso entre os governos participantes para promover a transparência, empoderar os cidadãos, lutar contra a corrupção e explorar novas tecnologias, visando fortalecer a governança[19]. Os países pioneiros foram o Brasil, a Indonésia, o México, a Noruega, as Filipinas, a África do Sul, o Reino Unido e os Estados Unidos.

Para fazer parte da OGP, o país deve aceitar os princípios do governo aberto e transparente contidos na *Open Government Declaration* e entregar um plano de ação construído com participação pública. Atualmente, há mais de setenta países signatários[20].

De acordo com as informações fornecidas pelo *site* da Open Government Partnership[21], o Brasil está fortemente comprometido com o fortalecimento da transparência nas ações governamentais ao lutar contra a corrupção, promover ideais democráticos com a participação cidadã na tomada de decisões e ao melhorar os serviços públicos. Seu primeiro Plano de Ação proporcionou a criação da Infraestrutura Nacional de Dados Abertos (INDA) e do Portal Brasileiro de Dados Abertos, a organização da Conferência Nacional sobre Transparência (Consocial), a implementação da Lei de Acesso à Informação e a reestruturação do Portal da Transparência.

No segundo Plano de Ação[22], houve maior participação social, tendo a discussão sobre as ações com os cidadãos via internet durado mais de dois meses, além de o país ter conseguido estabelecer 52 compromissos internacionais, com o envolvimento de 19 órgãos do Governo Federal. Formou-se um grupo de trabalho com a Secretaria-Geral da Presidência da República e organizações da sociedade civil, visando discutir propostas em governo aberto e aumentar a participação social.

---

19 OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP. *Participants*. Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/participants>. Acesso em: 8 abr. 2018.

20 OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP. *Participants*. Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/participants>. Acesso em: 8 abr. 2018. "The Open Government Partnership is a multilateral initiative that aims to secure concrete commitments from governments to promote transparency, empower citizens, fight corruption, and harness new technologies to strengthen governance. In the spirit of multi-stakeholder collaboration, OGP is overseen by a Steering Committee including representatives of governments and civil society organizations. To become a member of OGP, participating countries must endorse a high-level Open Government Declaration, deliver a country action plan developed with public consultation, and commit to independent reporting on their progress going forward."

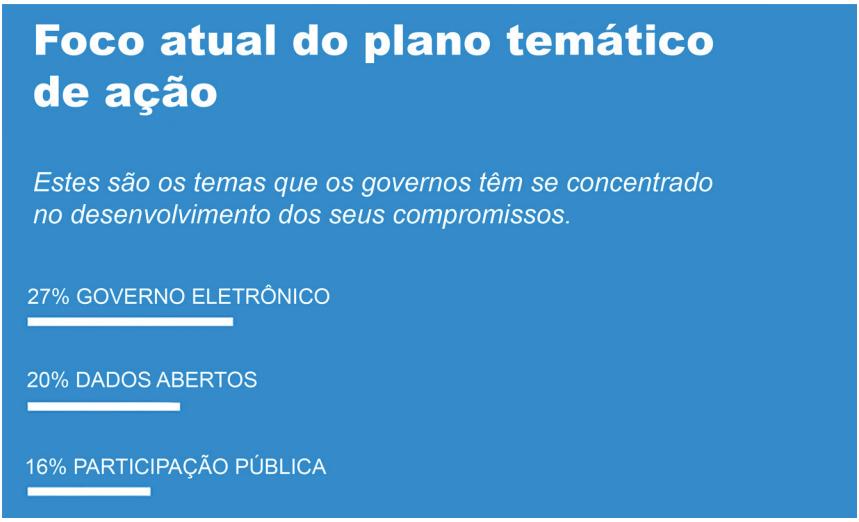
21 OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP. *Participants*. Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/participants>. Acesso em: 8 abr. 2018.

22 OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP. *3º Plano de Ação Nacional*. Brasil: [s.n.], 2016. Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Brazil_Plano-de-Acao-3_2016-2018.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2018.

O terceiro Plano de Ação foi criado em 2016 e reforçou ainda mais o Governo Aberto no Brasil, além de conter 16 compromissos discutidos por 105 pessoas (sendo 57 da sociedade civil e 48 do governo). Houve também a participação inédita de estados e municípios e dos Poderes Legislativo e Judiciário[23].

Segundo a Open Government Partnership[24], o foco temático do atual Plano de Ação Brasileiro encontra-se com 27% em Governo Eletrônico, 20% em dados abertos e 16% em participação pública. Há, ainda, uma porcentagem de compromissos, sendo cerca de 65% referentes ao acesso à informação, 45% à participação cidadã, 35% à prestação de contas e 49% à tecnologia e inovação. Os valores mostram que, apesar de haver um forte incentivo à transparência e abertura de dados, o incentivo à participação popular ainda não é suficiente para atingir valores satisfatórios, capazes de garantir integralmente a presença do povo no processo democrático.

Figura 2 – Foco temático do atual Plano de Ação do Brasil



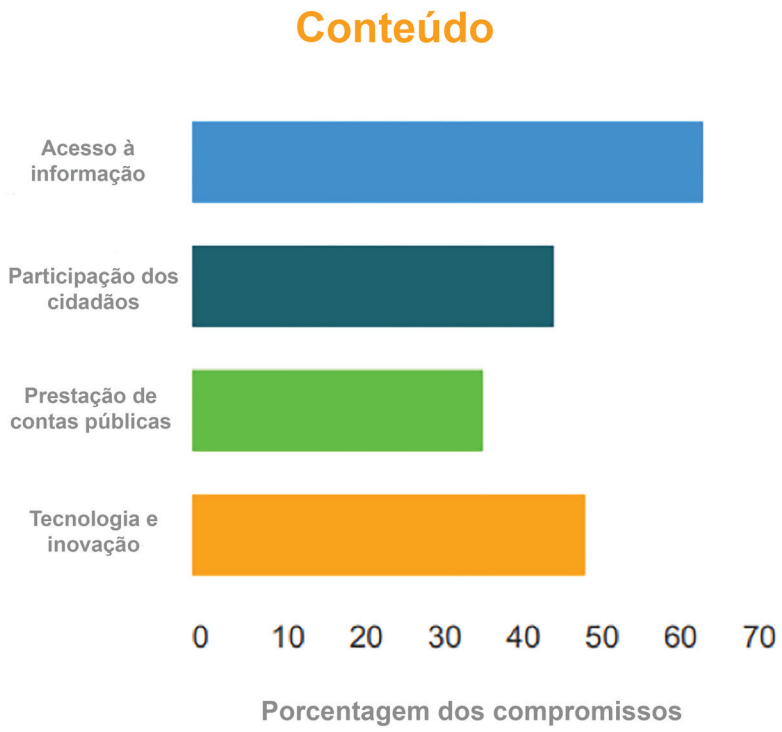
Fonte: Open Government Partnership (2018).

---

23 OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP. *3º Plano de Ação Nacional*. Brasil: [s.n.], 2016. Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Brazil_Plano-de-Acao-3_2016-2018.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2018.

24 OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP. *Participants*. Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/participants>. Acesso em: 8 abr. 2018.

Figura 3 – Porcentagem de compromissos do Plano de Ação do Brasil



Fonte: Open Government Partnership (2018).

Nos Estados Unidos, o foco temático do seu atual Plano de Ação encontra-se com 68% em Governo Eletrônico, 52% em participação pública e 51% em entrega de serviços públicos[25]. Diante disso, verifica-se que há um maior incentivo ao desenvolvimento de governo eletrônico e de participação pública naquele país do que no Brasil, o que reflete diretamente no processo democrático destes países, já que, quanto maior a participação popular no processo de tomada de decisões, mais democráticas e inclusivas estas decisões tenderão a ser.

Já em relação à porcentagem de compromissos, o Plano de Ação dos Estados Unidos indica os seguintes valores: cerca de 70% em relação ao acesso à informação, 40% relacionados à participação cidadã, 10% referentes à prestação de contas e 70% que dizem respeito à tecnologia e inovação. O Brasil tem, portanto, mais compromissos em prestação de contas do que os Estados Unidos.

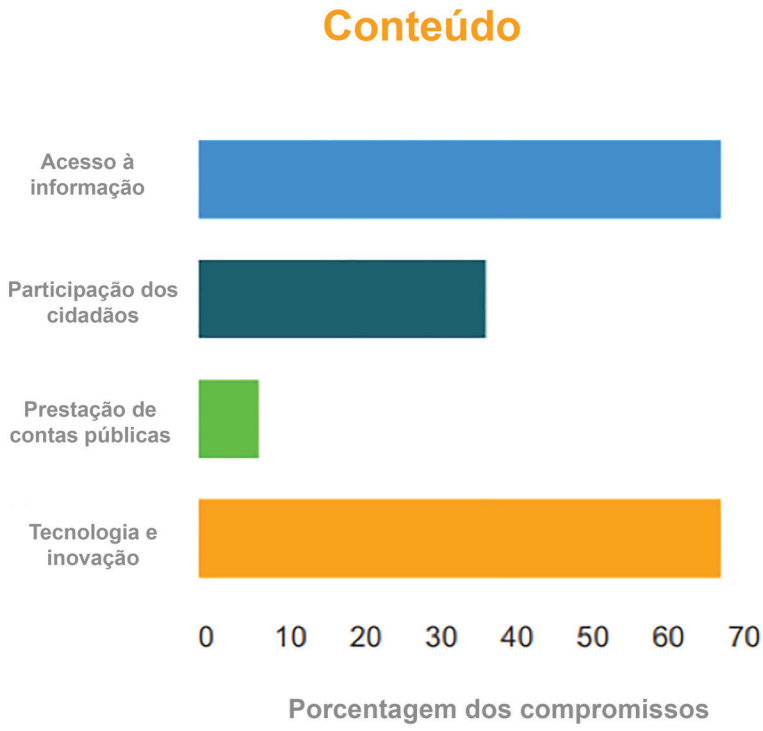
---

25 OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP. *Participants*. Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/participants>. Acesso em: 8 abr. 2018.

Figura 4 – Foco temático do atual Plano de Ação dos EUA

Fonte: Open Government Partnership (2018).

Figura 5 – Porcentagem de compromissos do Plano de Ação dos EUA



Fonte: Open Government Partnership (2018).

A *ACTIVITY THEORY*, OS DADOS ABERTOS E A CONSTRUÇÃO DA ALTERNATIVA DE MODELO DE PLATAFORMA DEMOCRÁTICA E INTERATIVA ENTRE GOVERNO E SOCIEDADE

A partir das análises feitas até agora, foi possível perceber que existem instrumentos digitais pelos quais se torna viável o uso democrático por parte dos cidadãos e pelos administradores. Entretanto, há formas de trabalhar com estes dois lados da situação, a sociedade e o governo, de maneira ainda mais direta e prática, com o objetivo de resolver problemas que atingem a atuação de ambas as partes. É para a apresentação de um destes modelos de plataforma que este capítulo é destinado.

Existem diferentes meios pelos quais é possível trabalhar com os dados abertos, e o seu uso depende do tipo de democracia em que estão inseridos. No caso deste trabalho, será abordada a *Activity Theory* baseada na forma desenvolvida por Ruijer, Grimmelikhuijsen e Meijer[26] (2017), direcionando-a à estruturação de um modelo de plataforma que proporcione a interação democrática entre o governo e os cidadãos por intermédio dos dados abertos. Propõe-se também que a Estratégia de Governança Digital já existente seja utilizada como direcionamento prático ao Estado e aos seus delegados para uso do modelo aqui avaliado.

A *activity theory* é um modelo de estrutura conceitual cujos pioneiros foram os psicólogos Lev Vygotsky, Alexei Leont'ev e Sergei Rubinstein e que aborda o desenvolvimento de atividades e trabalhos do sistema completo de uma organização como premissa para criação estratégica ao invés de avaliá-la somente por um indivíduo ou atividade que a compõe. Com a compreensão oferecida por esta estrutura, é possível observar a atividade desempenhada a partir de um nível completo de visualização dos seus componentes, em que a ação é composta por sete elementos, baseando-se no entendimento de que todas as forças influenciam na realização da atividade organizacional.

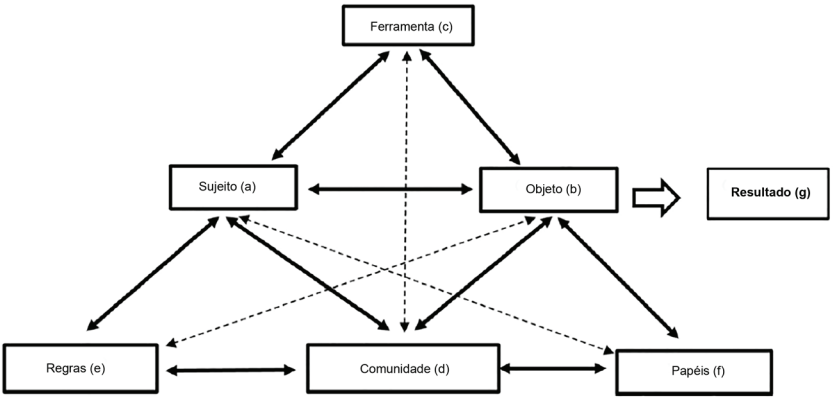
Segundo sua premissa, a atividade de uma organização tem uma finalidade que pertence aos membros diretamente envolvidos (*comunidade*) com aquele que empreende a ação, que é realizada por indivíduo(s) ou grupo(s) (*sujeitos*) motivado(s) a alcançar um objetivo ou encontrar a solução para um problema (*objeto*) e que são auxiliados por ferramentas (*instrumentos*) com o propósito de chegar à meta planejada (*resultado*). Além disso, a ação é compreendida por convenções sociais ou regras jurídicas (*normas*) e, dentro da realização da atividade, ainda são atribuídos diferentes papéis (*funções*) às pessoas que a compõem.

---

[26] RUIJER, Erna; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan; MEIJER, Albert. Open data for democracy: developing a theoretical framework for open data use. *Government Information Quarterly*, [s.l.], [s.n.], v. 34, Issue 1, 2017.

O esquema de relações entre estes elementos pode ser observado a seguir:

Figura 6 – Elementos do modelo da *activity theory*



Fonte: ENGESTRÖN, 2011 apud RUIJER; GRIMMELIKHUIJSEN; MEIJER, 2017.

Para exemplificar, tome-se uma situação na qual uma estudante está a caminho da instituição de ensino privada em que estuda e, para isso, desloca-se de bicicleta. Ao entrar na faculdade, a estudante cai em um buraco, fruto de uma construção, que não estava sinalizado. A bicicleta sofre danos, mas a estudante passa bem.

Em uma situação comum, é possível que pudessem existir alegações de que a parte errada da situação é a faculdade, pois, sabendo do perigo de um buraco não sinalizado em seu território, não providenciou as cabíveis providências para evitar um acidente. Outros alegariam, ainda, que a culpa é da estudante, dado que ela, enquanto condutora do veículo, deveria prestar atenção nos lugares em que está prestes a percorrer. Poderiam, ainda, surgir alegações de que a culpa foi da bicicleta, pois ela não era adequada para a situação ou que possuía resistência menor do que a devida.

Entretanto, de acordo com o modelo da *activity theory*, não se deve buscar um agente culpado específico da circunstância apresentada, porque todas as atividades existem como objetos de uma relação de efeito conjunto em que todos os elementos que a compõem interferem no resultado.

No fato relatado, a *comunidade* envolvida é composta pela estudante, pela bicicleta, pelo buraco, pela Faculdade e até pelos indivíduos que presenciaram o incidente; o *sujeito* é a estudante, condutora da bicicleta e, portanto, realizadora da ação; o *objeto* é a queda da estudante no buraco situado no território da instituição de ensino; as *funções* envolvidas são a da estudante, de dirigir o seu veículo com cautela e atenção ao trânsito, a da instituição, de evitar que acidentes aconteçam aos seus integrantes, e a das testemunhas, de alertar a ciclista sobre

o buraco e auxiliá-la após a queda, sem falar no papel desempenhado pelo fabricante da bicicleta e no trabalho exercido pelos funcionários que cavaram o buraco no espaço da faculdade; as *normas* referentes à situação dizem respeito às normas sociais, às normas internas da instituição, ao Código de Direito Civil Brasileiro e à Constituição Federal; os *instrumentos* participantes da situação são a bicicleta e o buraco; e o *resultado* atingido foi a bicicleta quebrada da discente.

Diante dessa análise, torna-se possível visualizar a situação não mais em apenas duas dimensões que consideram somente a instituição responsável pelo buraco e a estudante ciclista vítima do acidente. Mas são abordados, sim, os sete elementos que compõem as múltiplas relações envolvidas numa só atividade, ampliando o campo de observação do problema para o qual se busca uma solução, que, no caso da situação exemplificada, seria a reposição dos danos ocorridos à discente.

A partir da *activity theory,* ainda é possível falar sobre o *activity system*, que é uma plataforma caracterizada pela vinculação das abordagens de múltiplos pontos de vista dos atores de uma mesma situação com o propósito de alcançar uma finalidade específica. No programa, seriam apresentados os dados relativos às atividades envolvidas na organização que sejam necessários para a consideração do problema organizacional sobre o qual se pretende traçar uma estratégia.

No caso da situação anteriormente exemplificada, o *activity system* poderia ser construído pela integração de modelos delimitados a partir da vivência (1) dos transeuntes; (2) da estudante; e (3) da universidade, com o objetivo de encontrar estratégias para delimitar a indenização apropriada a ser dirigida à estudante e para dirimir a possibilidade de eventuais futuros acidentes a partir da estruturação dos impactos causados pelo objeto da situação e de estratégias que ponderem corretamente as necessidades envolvidas em próximas situações semelhantes.

O *activity system* atua, em uma organização, com a finalidade de oferecer a estrutura e análise de estratégias a serem adotadas a partir da disponibilização de dados necessários ao bom desempenho das atividades, como: quem é o responsável por qual atividade, como se constitui a comunidade afetada pela ação envolvida, quais são seus elementos, qual é o resultado depois de realizada a atividade, quais são as normas dispostas e as atendidas pelo sujeito e como está definido o papel deste último tanto na realização da atividade quanto no contexto organizacional.

Esta plataforma pode ser aplicada dentro da administração pública de um município, por exemplo, para monitoramento das atividades praticadas pelos servidores, seus resultados, o motivo dos problemas causados, entre tantos outros objetos de análise para, então, avaliar a estruturação de estratégias administrativas e dirimir os efeitos não desejados pelo órgão municipal.

No contexto deste trabalho, em conformidade com o que é proposto por Ruijer, Grimmelikhuijsen e Meijer[27], pensa-se na possibilidade de a combinação da teoria democrática com a *activity theory* expressar-se em um modelo vinculativo social-administrativo de *activity system*.

A teoria democrática

Resumidamente, ao falar em teoria democrática, deve-se ter em vista que a democracia não corresponde a uma área de abrangência unidimensional, sendo um conceito com múltiplas abordagens. Para os fins aqui delimitados, considera-se a divisão entre a democracia monitória, a democracia deliberativa e a democracia participativa.

A primeira diz respeito à atuação cidadã de monitoramento das atividades públicas governamentais. Os indivíduos agem como avaliadores constantes da forma que o mandato que eles concederam à pessoa que governa é utilizado. Premissas como atendimento ao interesse público e integridade política e administrativa são observadas pelos cidadãos que realizam o monitoramento e, no caso de não atendimento ao que foi previamente estipulado, aquele que ocupa o governo torna-se passível de destituição. Além dos cidadãos, entretanto, participam também desta monitoria as corporações midiáticas, com o objetivo de divulgar as procedências governamentais para controle das partes interessadas. A disponibilização de dados abertos interpretados, neste caso, de democracia, fortaleceria a participação de monitoramento, uma vez que a informação estaria acessível para avaliações[28].

Já a democracia deliberativa refere-se à participação cidadã de modo discursivo, em que pautas são levantadas com o objetivo de debater as atividades e os investimentos tomados pelo governo, apoiando as ações positivas e propondo outras que venham a ser mais efetivas para o bem público. Para discutir questões públicas, portanto, é necessário o acesso aos dados produzidos pelas organizações, possibilitando que opiniões sejam formuladas. Este processo democrático está ligado, indiretamente, ao desenvolvimento de tomadas de decisão governamentais.

Por último, a democracia participativa direciona o foco de suas atividades para a atuação em conjunto com os responsáveis administrativos para alcançar os resultados buscados pelo órgão público. Os cidadãos deste tipo de democracia

---

27 RUIJER, Erna; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan; MEIJER, Albert. Open data for democracy: developing a theoretical framework for open data use. *Government Information Quarterly*, [s.l.], [s.n.], v. 34, Issue 1, 2017.

28 RUIJER, Erna; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan; MEIJER, Albert. Open data for democracy: developing a theoretical framework for open data use. *Government Information Quarterly*, [s.l.], [s.n.], v. 34, Issue 1, 2017. p. 46.

engajam-se em direção à colaboração nos processos de realização do que é decidido a nível governamental e, sendo assim, a participação democrática ocorre em todas as delimitações da ordem pública, expandindo-se além da verificação do que é feito pelo administrador, mas atuando com ele. O mandato não é só concedido a um governante, mas incorporado à massa cidadã e por ela atuando.

Diante do contexto exposto, a proposta de vinculação entre a teoria democrática e a *activity theory* dá origem ao *Democratic Activity Model of Open Data Use* (DAMODU), que consiste no uso de dados abertos em três contextos diferentes: nos processos de democracia monitória, deliberativa e participativa. Além disso, neste modelo, os cidadãos e os administradores são considerados dois *activity systems* em interação[29].

Quanto ao *activity system* dos cidadãos e em conformidade com os critérios do modelo, o sujeito a ser definido dependerá do tipo de democracia em que estará inserido (monitória, deliberativa ou participativa). O *objeto* será o problema público, no caso de democracia deliberativa ou participativa, ou a atuação governamental no caso da democracia monitória. Além disso, é interessante observar que o *instrumento* de mediação entre os *activity systems* será uma plataforma de dados abertos que disponibilizará as informações de modo acessível à leitura do cidadão comum pela administração. O perfil da *comunidade* pode variar de acordo com seu interesse na interação com os governantes, e os seus *papéis* variam na mesma proporção, cabendo a cada situação adequar as funções de cada um dos envolvidos. A *norma* regente será aquela que dispõe sobre a obrigatoriedade de divulgação dos dados abertos pelo governo à população[30].

Já sobre o *activity system* dos administradores públicos, o sujeito será aquele que dispõe os dados na plataforma, e o administrador público poderá tanto participar ativamente das ações envolvidas (democracia participativa) quanto facilitar o meio para que as discussões e propostas aconteçam (democracia deliberativa). O *objeto*, da mesma forma que no outro sistema, poderá ser o problema público (democracia deliberativa ou participativa) ou a atuação governamental (democracia monitória). A *ferramenta* de mediação, como não poderia ser diferente, é a plataforma de dados abertos que facilitará o acesso à informação (democracia monitória), o espaço para discussão (democracia deliberativa) e divulgará as formas de atuação cidadã no governo (democracia participativa). A

---

29 ENGESTRÖM, 2011 apud RUIJER, Erna; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan; MEIJER, Albert. Open data for democracy: developing a theoretical framework for open data use. *Government Information Quarterly*, [s.l.], [s.n.], v. 34, Issue 1, 2017.

30 ENGESTRÖM, 2011 apud RUIJER, Erna; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan; MEIJER, Albert. Open data for democracy: developing a theoretical framework for open data use. *Government Information Quarterly*, [s.l.], [s.n.], v. 34, Issue 1, 2017.

comunidade poderá ser composta tanto pelas partes interessadas quanto pelos políticos que façam parte da esfera administrativa, e as *normas* regentes também serão aquelas que dispõem sobre a obrigação dos órgãos administrativos de publicação e abertura dos dados. As *funções* desempenhadas pelos administradores variarão de acordo com o tipo de democracia predominante, sendo a de provedor de dados abertos para a democracia monitória, a de facilitador de espaços discursivos para a democracia deliberativa e a de colaborador para a democracia participativa[31].

Por fim, o *resultado* dos *activity systems* será o produto direto da interação de ambos, produzindo um valor público para a utilização de dados abertos e para as interações possibilitadas pela plataforma, dependendo do tipo de democracia com o qual o modelo de plataforma se relacionar.

Dentro das intenções deste texto ainda é proposta a aplicação do DAMODU a uma situação contextual brasileira. Todavia, antes de tratar de ponto específico do país, faz-se necessária a explanação do que já existe no Brasil como direcionamento de adaptação digital ao governo brasileiro e o que, portanto, pode ser usado para facilitar o uso da plataforma DAMODU.

A estratégia de governança digital

Em conformidade com o que dispõe o Decreto n. 8.414, de 26 de fevereiro de 2015, que institui o Programa Bem Mais Simples Brasil, com o objetivo de facilitar o oferecimento de serviços públicos e de melhorar a eficiência da gestão pública, o Governo Federal abre espaço para um paradigma que promova "maior eficácia, eficiência, efetividade e economicidade do Estado Brasileiro"[32]. O elemento principal desta inclusão paradigmática é a Estratégia de Governança Digital (EGD), já abordada no segundo tópico deste trabalho, que possui a finalidade de simplificar os processos de transparência e de eficiência da gestão pública para formar uma estrutura de governança sólida da relação entre o governo prestador eficiente de serviços e uma população participativa. Os meios de alcançar os objetivos delineados são baseados na Política de Governança Digital, instituída pelo Decreto n. 8.638, de janeiro de 2015.

A implementação de um Governo digital diz respeito à adoção de alternativas tecnológicas como meio de facilitar os processos referentes à administração pública por intermédio da modernização das atividades pertencentes ao órgão.

---

31 ENGESTRÖM, 2011 apud RUIJER, Erna; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan; MEIJER, Albert. Open data for democracy: developing a theoretical framework for open data use. *Government Information Quarterly*, [s.l.], [s.n.], v. 34, Issue 1, 2017.

32 MINISTÉRIO do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Estratégia de Governança Digital da Administração Pública Federal 2016-19*. Brasília: MP, 2016.

Apesar de já existirem plataformas digitais estruturadas por ações de inclusão tecnológica no Governo Brasileiro a partir dos anos 2000, a tecnologia, assim como a sociedade, passa por transformações constantes. Destarte, é de relevância institucional que a administração pública se adapte às novas necessidades do meio que a circunda, uma vez que não há como servir de forma eficiente uma população se não se utilizar dos mesmos meios de comunicação usada por ela para entender seus problemas e suas demandas.

Para orientar este plano de adequação tecnológica e conscientizar a administração sobre a importância da adoção de novas estratégias digitais, portanto, a EGD faz uma relação entre os princípios, os eixos estratégicos e os benefícios a serem ofertados à sociedade pelo Poder Executivo Federal. A figura a seguir sintetiza os três fundamentos (acesso à informação, prestação de serviços e participação social), os dez benefícios ofertados que se relacionam a cada um dos eixos e os nove princípios a serem seguidos para que se alcancem, com eficiência, os propósitos traçados.

Figura 7 – Diagrama estratégico dos princípios, eixos e objetivos da EGD

Fonte: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2016

Além deste traçado feito pela EGD, ainda foram disponibilizados metas e indicadores a serem cumpridos, para alcançar a efetivação dos objetivos delineados pela estratégia proposta de inclusão digital.

A relevância do que é disposto pela Estratégia de Governança Digital refere-se à conformidade do *Democratic Activity Model of Open Data Use* (DAMODU) aos preceitos estabelecidos pela EGD, de modo que este modelo de plataforma

pode ser encarado como uma inteligente forma de inclusão tecnológica e participativa tanto da sociedade como do meio administrativo, já que propõe a interação entre as duas partes envolvidas.

Com o DAMODU, o eixo estratégico de acesso à informação é atendido, uma vez que seu uso não apenas disponibilizará os dados abertos como disporá de interpretações feitas pelos próprios administradores para garantir a acessibilidade de leitura dos dados pelo maior contingente de cidadãos, além de ampliar efetivamente o uso de tecnologias da informação, sabendo que seria uma plataforma digital, para transparência e publicidade de uso dos recursos públicos. A segurança do Estado e o sigilo de informações dos cidadãos devem, ainda, ser protegidos por aqueles que fazem parte do grupo de disponibilização dos dados, em conformidade com a Lei n. 12.527, de novembro de 2011, e o Decreto n. 7.724, de maio de 2012.

Além disso, o segundo eixo também será seguido, porquanto a adoção do modelo atenderá ao objetivo de expansão e inovação de serviços digitais e universalizará o acesso a eles, considerando que a plataforma estará aberta à participação dos usuários cidadãos. Ainda sobre este eixo, os dados, os processos, serviços e infraestruturas da administração serão também disponibilizados, sabendo que estes são elementos indispensáveis ao monitoramento, à discussão e à participação nas atividades desempenhadas pelo governo. O objetivo de melhorar a gestão e a governança por meio da tecnologia ainda será cumprido quando da possibilidade de colaboração dos cidadãos nas atividades do órgão público (democracia participativa), da discussão sobre suas ações e proposição de medidas diferentes para atingir o fim público realizadas pelos próprios indivíduos (democracia deliberativa) e da averiguação da função exercida pelo governante em conformidade com o propósito de governo (democracia monitória).

Por fim, o terceiro objetivo também estará incluso na adoção do modelo DAMODU, considerando que ele tem justamente como seu principal meio a interação entre sociedade e governo voltada para a finalidade de "aprimorar e incentivar a participação na criação e melhoria dos serviços públicos". A colaboração do ciclo de políticas públicas é, além disso, um dos intermédios de colaboração possibilitados pelo modelo de plataforma.

Logo, diante do exposto, torna-se possível observar que o modelo DAMODU, orientado pela efetivação de múltiplas formas de participação democrática, ainda é coerente com os propósitos delimitados pelo Estado brasileiro em nível desejável, pelo Governo Federal, de abrangência das relações entre democracia, tecnologia e dados abertos.

À vista disso, é de inegável relevância a presença de um modelo como o que neste trabalho é abordado num Estado Democrático de Direito, como o Brasil, sabendo que um serviço público brasileiro, a saúde, foi eleito como o terceiro

maior problema do país em 2017 segundo a pesquisa levantada pela revista *Retratos da Sociedade Brasileira – Problemas e Prioridades*[33] e apoiada pelo Portal da Indústria, o que atesta o quanto é preciso uma melhor discussão sobre o que acontece entre governo e sociedade para a condução de investimentos direcionados ao bem público.

Partindo desta premissa, propõe-se, para este trabalho, a análise de como seria a utilização do modelo DAMODU no problema identificado como sendo o de serviço público de saúde brasileiro.

O DAMODU e o problema do serviço de saúde pública brasileiro

Sobre este contexto de utilização da tecnologia para resolver problemas governamentais, é importante citar, ainda, o Governance Lab (GovLab) da cidade de New York. O GovLab é uma iniciativa privada que acontece com o objetivo de direcionar práticas administrativas em diferentes esferas (públicas e privadas) para que essas aconteçam de forma mais aberta, transparente e efetiva por meio de instrumentos tecnológicos que os ajudem a realizar tudo isso. Os dados abertos, nesse contexto, funcionam como elemento essencial para fomentar a solução de problemas coletivos, para trabalhar com mais transparência e agilidade e, portanto, eficiência.

Para que cumpra este propósito, o GovLab trabalha com protótipos de plataformas auxiliares ao processo administrativo para sua utilização em solução de conflitos e em tomadas de decisão coletivas. Além disso, treinam-se profissionais responsáveis para inserção de projetos e atividades que se utilizem da abertura de dados e dos instrumentos tecnológicos para concretização dos objetivos pelo GovLab delimitados. As inovações governamentais, ainda, são analisadas para que os resultados sobre seus desempenhos sirvam de inspiração para outras organizações.

É em acordo com esse mesmo intuito, então, que se aborda o modelo de plataforma DAMODU, uma vez que o seu uso pode possibilitar, por intermédio dos dados abertos, uma interação democrática entre administração e sociedade e, deste modo, facilitar a análise de problemas estruturais e a posterior tomada de decisões.

Antes de levar em conta como aconteceria o processo de utilização do modelo de plataforma DAMODU ao problema de saúde pública brasileira, é fundamental que os elementos que compõem a circunstância sejam identificados. Para

---

[33] RETRATOS DA SOCIEDADE BRASILEIRA. Brasília: CNI, a. 7, n. 41, 2018. Disponível em: <https://static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/d8/80/d8809d69-ae2c-47f2--8a4b-30cde9d92b11/retratosdasociedadebrasileira_41_problemaseprioridadespara2018_v1.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.

mais, vale notar que esta é uma aplicação genérica, podendo ser empregada em contextos das mais variadas proporções.

Em consonância com a *activity theory*, portanto, pode-se tomar o problema do serviço de saúde pública brasileiro como o *objeto* da situação e que tem como *sujeitos* os servidores públicos de saúde (médicos, enfermeiros, atendentes etc.) e os administradores públicos. Pelo fato de o objeto tratar de um problema, como delimitado anteriormente, tratar-se-á de atividade voltada para as democracias deliberativa e participativa. A *comunidade* envolvida inclui o indivíduo que possui direito básico de acesso à saúde universal e gratuita e as pessoas diretamente relacionadas a ele que presenciam o tratamento que lhe é direcionado, os servidores públicos de saúde e os administradores públicos. As *funções* referentes à atividade dizem respeito aos deveres de prestação de serviços públicos satisfatórios pelos agentes de saúde e o direcionamento de recursos necessários para o fim em comento por parte dos administradores públicos. As *normas* regentes da situação pertencem às normas sociais de comunicação e comportamento, à Constituição Federal de 1988 e aos dispositivos publicados pelo Ministério da Saúde. Já as *ferramentas* envolvidas dizem respeito aos instrumentos básicos de atendimento ao paciente, ou seja, os objetos que devem compor o hospital ou posto de atendimento; à disponibilidade necessária de agentes de saúde para atender com presteza todos os casos de demanda por atendimento; à presença de atendentes capazes de fornecer informações e direcionamentos necessários às pessoas que esperam por tratamento e aos seus acompanhantes; à estrutura da unidade de saúde, seja hospital ou posto de atendimento; entre outros elementos cabíveis. Já o *resultado*, por sua vez, é a insatisfação do cidadão diante do serviço a ele prestado, a frustração de não receber o seu direito básico devidamente e, ainda, por vezes, a morte do enfermo pela falta de serviços devidamente prestados.

A partir do exposto, portanto, a análise sistemática que envolve o *activity system* dos cidadãos e dos administradores pode ser delineada e, assim, observado o modelo DAMODU em situação prática.

Quanto aos elementos em comum dos dois tipos de *activity system*, considera-se que o *instrumento* de mediação entre ambos será a plataforma que disponibilizará os dados abertos, seja em seu formato *raw* (bruto) para utilização pelos cidadãos com capacitação técnica, seja transformados por membros da administração pública em gráficos, diagramas, porcentagens, entre outras formas de visualização. Apesar de, neste último caso, os dados abertos deixarem de ser considerados como tais em virtude do tratamento realizado sobre eles, é de relevância destacar que a disponibilização de informações em meios acessíveis só é possível graças à abertura destes dados. Portanto, interessa notar que a concessão dos dados abertos pelo meio administrativo possibilita não somente aos cidadãos com mais conhecimento técnico e científico sobre eles o manuseio das

informações disponíveis. Para além disso, oferece caminho aos cidadãos comuns para interpretação, uso, compartilhamento e aplicações dos dados extraídos da informação bruta, democratizando o acesso à informação a vias diferentes da população.

As *normas* regentes da situação também serão as mesmas, ou seja, o texto constitucional, os dispositivos publicados pelo Ministério da Saúde e as normas sociais de comportamento e de comunicação. O *objeto*, por associação, também será compartilhado pelos dois *activity system*, dado que estarão trabalhando em conjunto justamente para a resolução do problema tratado (o serviço de saúde pública brasileiro).

Tomando que a atividade aqui envolvida refere-se aos tipos de democracia deliberativa e participativa, uma vez que se trata de problema social, os sujeitos do *activity system* dos cidadãos serão os indivíduos envolvidos nas discussões deliberativas sobre a saúde pública e os que fazem parte das ações que envolvem a saúde e que permitem a contribuição popular. A *comunidade* pode envolver tanto as partes interessadas que existirem a mais quanto os nichos específicos de usuários, como pesquisadores e jornalistas, por exemplo. As *funções*, portanto, sendo dependentes daqueles que participam da ação e tomando que jornalistas e pesquisadores sejam seus atores, os papéis seriam, respectivamente, o de divulgar informações sobre as decisões tomadas pela administração em relação à saúde com o objetivo de informar os cidadãos que fazem parte das discussões deliberativas e de compartilhar as ações governamentais em que é admitida a participação popular; enquanto o *papel* dos pesquisadores seria o de direcionar estudos a argumentos quantitativos e qualitativos sobre a saúde em retrospectiva do Brasil em comparação com serviços de saúde de qualidade referenciados mundo afora para que sejam utilizados em construções discursivas pelos cidadãos deliberativos, além de levantar dados sobre como a participação popular nas decisões e atuações que envolvem o direcionamento de recursos e ações à saúde aumenta o nível de satisfação com a gestão, por exemplo.

Com relação ao *activity system* dos administradores, o *sujeito* será o provedor de dados à plataforma sobre a quantidade de recursos direcionados à gestão com a finalidade de aplicação à saúde e como esses foram utilizados pela gestão, qual a distribuição de médicos para cada município em relação à demanda regional, entre outras categorias importantes de dados a serem divulgados sobre a matéria. A *comunidade* da administração pública, por sua vez, poderá ser composta por profissionais especializados em aplicação de recursos públicos e médicos com experiência de atuação profissional no Brasil, por exemplo. As *funções* a serem desempenhadas por tais atores seriam referentes, respectivamente, aos direcionamentos proporcionalmente mais vantajosos para o erário do governo e, simultaneamente, para as necessidades de saúde da população; enquanto aos

médicos estaria relacionada a função de apontar quais são as principais falhas da saúde pública em seus diversos setores e a quais departamentos, consequentemente, deverão ser despendidos mais recursos.

Por fim, o *resultado* relacionado à aplicação do modelo estaria na interação entre os dois *activity systems*. Tal contato aconteceria, por exemplo, com as discussões levantadas pelos cidadãos deliberativos e o relato da prática vivida nos ambientes hospitalares pelos cidadãos participativos junto à abertura do governo para ouvir as proposições populares e desviar-se do caminho considerado errado conjuntamente, uma vez já tomado pela administração. O resultado do processo seria expresso no rumo que a saúde pública tomaria a partir da deliberação entre as partes envolvidas em oferecer e receber o serviço público.

Diante da explanação, portanto, é possível perceber uma conexão que se torna possível entre as partes envolvidas que parecem sempre estar em extremos opostos de interesses e posições: a sociedade e o governo. E a isso se soma o fato que é mais importante ainda para avaliação de importância da presença dos dados abertos na troca entre a administração e os cidadãos: a possibilidade de expressão do que é o bem comum pelos próprios beneficiários a partir da leitura de dados abertos interpretados e, logo, não somente disponíveis, mas acessíveis à leitura do cidadão comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho abordou o conceito de dados abertos associado ao processo democrático, baseando-se no modelo estrutural da *activity theory* como meio de expressão desta interação.

O conceito de dados abertos é previsto no Decreto n. 8.777/2016, e, para compreendê-lo, é fundamental ter em vista que o direito de acesso à informação ultrapassa os limites tradicionais e contempla as novas tecnologias da informação e comunicação.

É no contexto da sociedade informatizada que surgem as principais demandas por acesso à informação, na busca por transparência, prestação de contas, ou simplesmente pela satisfação em participar do processo democrático.

O processo democrático é dinâmico, e neste dinamismo encaixam-se as estratégias de governança digital para fortalecimento e inovação dos processos que fazem parte da própria democracia, o que inclui a utilização de dados abertos para criação de mecanismos fomentadores deste processo.

Uma das formas mais práticas e úteis de associar a utilização de dados abertos e o processo democrático participativo é a criação de aplicativos, *softwares* e *websites* que usam esses tipos de dados e fornecem informações sobre o orçamento, gastos parlamentares, perfil de empresas ou outras questões de

interesse público. São ferramentas interativas, de fácil acesso, que aproximam a sociedade das tecnologias da informação e comunicação e que concretizam a governança digital.

A democracia participativa caracteriza-se pela atuação e colaboração ativa do cidadão no processo democrático, deixando ele de ser mero observador e passando a ser um agente ativo transformador deste processo. Os aplicativos e ferramentas brasileiros que se utilizam do processamento de dados abertos[34] são exemplos de como a utilização de dados abertos é capaz de beneficiar todos os setores da sociedade, incluindo empresários desenvolvedores de tecnologias (destacando um promissor potencial econômico), a sociedade (que passa a usufruir de melhores serviços quando o governo é impelido pela cobrança gerada pela vigilância e que, além disso, pode ter mais acessibilidade à informação a que tem direito, com possibilidades de mais eficiência e transparência pública), e o próprio Estado (que, vendo aumentada a eficiência dos seus organismos, tem a redução dos gastos decorrentes das demandas de acesso à informação mediante a operabilidade e tem um *feedback* direto da qualidade de seus serviços por meio do trabalho conjunto com aqueles outros agentes).

Segundo a *activity theory,* existe uma relação de efeito conjunto entre todos os elementos que fazem parte de uma situação e que interferem no resultado da mesma. Na visualização de uma atividade administrativa, portanto, quando identificado todos os participantes da ação, é possível traçar uma estratégia a partir da qual seja possível delinear modos de solução para a situação criada, que, na maioria das vezes, trata de algum problema.

Deste modelo decorre um tipo de abordagem estrutural denominado *activity system*, caracterizado pela vinculação das partes de múltiplos pontos de vista dos atores de uma mesma situação com o propósito de alcançar uma finalidade específica, qual seja a resolução de problemas da organização por meio de uma estratégia firmada a partir de abordagens específicas de todas as partes organizacionais envolvidas. A proposta é que todos os participantes de uma atividade a ser analisada estejam inseridos em uma plataforma digital que disponibilize dados relativos a todos os membros, atividades e relações envolvidas no processo da organização.

---

[34] A exemplo de tais instrumentos, citam-se aqui, para fins de ilustração, o aplicativo desenvolvido pela Rede Nossa São Paulo com o apoio do W3C Brasil, disponível em: <http://paraondefoiomeudinheiro.org.br/dataset/sp-sao-paulo-2016>. Acesso em: 14 de abril de 2018; o projeto de fiscalização da Cota para Exercício da Atividade Parlamentar (CEAP), Serenata de Amor, disponível em: <https://serenata.ai/>. Acesso em: 14 abr. 2018; e o *site* Reclamações BR, que fornece *ranking* de empresas mais reclamadas por consumidores no Brasil a partir de dados abertos disponibilizados no Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas, disponível em: <https://reclamacoes-br.herokuapp.com/>. Acesso em: 15 abr. 2018.

Esta plataforma permitiria, por exemplo, a visualização, pelo administrador de um órgão público, de todas as funções exercidas pelos membros a ele relacionados, as atividades necessárias ao bom funcionamento da organização e aquelas praticadas pelos atores designados, as relações causais entre estes últimos e um terceiro, entre outras informações pertinentes à construção de uma estratégia governamental específica. Da mesma forma, além disso, seria possível aos membros da organização terem acesso aos gastos da administração pelos seus principais agentes, os processos envolvidos nela e os impactos gerados pela utilização dos recursos e esforços empreendidos, por exemplo.

Ainda sobre este *activity system* propõe-se sua vinculação à teoria democrática e aos dados abertos, utilizando-se deste último elemento como intermediador das partes envolvidas, relação a partir da qual se percebe o *Democratic Activity Model of Open Data Use* (DAMODU). Este modelo busca, a partir do *activity system*, a associação de sua proposta estrutural à fomentação de divulgação dos dados abertos numa plataforma interativa entre governo e sociedade, fortalecendo, assim, o processo democrático envolvido.

De acordo com este modelo, a sociedade e a administração, resumidamente, fariam parte de uma mesma plataforma, a partir da qual os dados abertos e suas interpretações acessíveis são oferecidos para controle e uso dos usuários cidadãos. A forma de visualização utilizada neste breve trabalho para adequação prática à situação brasileira partiu do problema de serviço público de saúde brasileiro.

A relação aqui vinculada para tratar tal problema encontra no DAMODU um meio pelo qual é possível dirimir conflitos de interesses, desvios de recursos públicos, esclarecimentos de aplicação destes últimos, entre tantos outros serviços que podem ser prestados à relação pública entre administrador e administrados a partir de uma perspectiva democrática.

Além disso, observa-se, ainda, o atendimento desta plataforma à estratégia de governança digital, de modo que ainda cumpre com os objetivos delineados pelo próprio Governo Federal brasileiro.

Para os limites deste trabalho, entretanto, expõe-se que as apresentações aqui abordadas podem e devem ser estendidas a outros ambientes, setores e circunstâncias presentes nos mais diversos espaços organizacionais, não se limitando somente ao que é aqui tratado. Isso porque o objetivo desta apresentação é mostrar como os dados abertos apresentam relevância não somente para a informação pública, mas também para a construção de alternativas inteligentes a problemas de ordem estrutural de uma sociedade a partir de meios democráticos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PARA A MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA (AMA). Disponível em: <https://www.ama.gov.pt/web/agencia-para-a-modernizacao-administrativa/a-ama>. Acesso em: 23 abr. 2018.

AGÊNCIA PARA A MODERNIZAÇÃO ADMINISTRATIVA (AMA). *Guia Dados Abertos*. Disponível em: <http://www.dados.gov.pt/media/46120/guia_dados_abertos_ama.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2018.

ATTARD, Judie; ORLANDI, Fabrizio; SCERRI, Simon; AUER, Sören. A systematic review of open government data initiatives. *Government Information Quarterly*, [s.l], [s.n.], v. 32, p. 399-418, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Ato da Mesa n. 43, de 21/05/2009*. Institui a Cota para o Exercício da Atividade Parlamentar. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/2009/atodamesa-43-21-maio-2009-588364-normaatualizada-cd-mesa.html>. Acesso em: 14 abr. 2018.

BRASIL. *Decreto n. 8.638, de 15 de janeiro de 2016*. Institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

BRASIL. *Decreto n. 8.777, de 11 de maio de 2016*. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal.

BRASIL. *Portal Brasileiro de Dados Abertos*. Disponível em: <http://dados.gov.br/pagina/sobre>. Acesso em: 7 abr. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Administration of Barack H. Obama. *Memorandum on Transparency and Open Government*. 2009. Disponível em: <https://www.archives.gov/files/cui/documents/2009-WH-memo-on-transparency-and-open-government.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2018.

EUROPEAN DATA PORTAL. *Open Data Goldbook for Data Managers and Data Holders: practical guidebook for organizations wanting to publish Open Data*. 2018. Disponível em: <https://www.europeandataportal.eu/sites/default/files/european_data_portal_-_open_data_goldbook.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2018.

GÓES, Ricardo Tinoco de. *Democracia deliberativa e jurisdição*: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

HOUSE OF COMMONS. Science and Technology Committee. *The big data dilemma*: fourth report of session 2015-16. Londres: [s.n.], 2016.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Estratégia de Governança Digital da Administração Pública Federal 2016-19*. Brasília: MP, 2016.

OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP. *3º Plano de Ação Nacional*. Brasil: [s.n.], 2016. Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Brazil_Plano-de-Acao-3_2016-2018.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2018.

OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP. *Participants*. Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/participants>. Acesso em: 8 abr. 2018.

OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP. *What is The Open Government Partnership?* Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/about/about-ogp>. Acesso em: 8 abr. 2018.

OPEN KNOWLEDGE BRASIL. Índice de dados abertos para o Brasil. 2017.

OPERAÇÃO SERENATA DE AMOR. Disponível em: <https://serenata.ai/>. Acesso em: 14 abr. 2018.

PARA ONDE FOI MEU DINHEIRO? *Ferramenta permite saber como governos gastam os recursos públicos*. Disponível em: <http://paraondefoiomeudinheiro.org.br/sobre>. Acesso em: 14 abr. 2018.

PARA ONDE FOI MEU DINHEIRO? *Município de São Paulo, 2016*. Disponível em: <http://paraondefoiomeudinheiro.org.br/dataset/sp-sao-paulo-2016>. Acesso em: 14 abr. 2018.

RECLAMAÇÕES BR. Disponível em: <https://reclamacoes-br.herokuapp.com/>. Acesso em: 15 abr. 2018.

RETRATOS DA SOCIEDADE BRASILEIRA. Brasília: CNI, a. 7, n. 41, 2018. Disponível em: <https://static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/d8/80/d8809d69--ae2c-47f2-8a4b-30cde9d92b11/retratosdasociedadebrasileira_41_problemasepriorida-despara2018_v1.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.

RUIJER, Erna; GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan; MEIJER, Albert. Open data for democracy: developing a theoretical framework for open data use. *Government Information Quarterly*, [s.l.], [s.n.], v. 34, Issue 1, 2017.

Data de recebimento: 18/06/2018

Data de aprovação: 10/07/2018

DO "CONCRETO" AO "ABSTRATO": A TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A TREND IN BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAW: THE PREDOMINANCE OF THE ABSTRACT CONSTITUTIONAL REVIEW OVER THE CONCRETE CONSTITUTIONAL CONTROL

Moisés Coelho Castro*
Daniel Damásio Borges**

RESUMO

Esse artigo analisa a evolução do sistema de controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Para isso, ele faz um estudo da disciplina dessa questão nas diferentes constituições brasileiras e da evolução da jurisprudência do STF. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica preliminar que segue os caminhos do método dialético aplicado à pesquisa jurídica. O direito brasileiro combina o sistema de controle de constitucionalidade abstrato e o concreto. Nas últimas décadas, pôde-se identificar uma tendência no direito constitucional brasileiro: a prevalência do sistema abstrato sobre o concreto. Essa tendência é explicada pelas recentes modificações constitucionais e legislativas no Brasil sobre o tema e pelas mudanças na orientação jurisprudencial do STF. Apesar dessa evolução, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade no direito brasileiro é ainda um sistema misto.

* Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Unesp (Franca/SP); docente do curso de direito da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade de Passos/MG; áreas de atuação: Direito Civil, Filosofia Jurídica; Hermenêutica Jurídica e Direito Previdenciário. E-mail: moshecastro@gmail.com.

** Doutor em direito pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne), livre-docente em direito internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e professor adjunto da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp – Campus de Franca; Departamento de Direito Público; Programa de pós-graduação em direito da UNESP, linha de pesquisa: políticas sociais e direitos humanos – uma abordagem de direito internacional e de direito comparado. E-mail: dadb@uol.com.br.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Controle concreto e abstrato; Abstrativização do controle incidental; Jurisdição constitucional.

ABSTRACT

This article analyses the evolution of the Brazilian constitutional review system. In order to make this analysis, we have studied how the different Brazilian constitutions have regulated this theme and the evolution of the decisions of the Brazilian Supreme Court. It is a preliminary bibliographical research that follows the ways of the dialectical method applied to legal research. The Brazilian constitutional review system combines the abstract constitutional control and the concrete constitutional control. In the last decades, we can identify a trend in Brazilian constitutional law: the predominance of the abstract constitutional review over the concrete constitutional control. This trend is explained by the recent modifications of Brazilian laws and of the Brazilian constitution and by the evolution of the jurisprudence of the Supreme Court. Nevertheless, we can still say that the Brazilian constitutional review system is a mixed one.

Keywords: Constitutional review; Concrete and abstract constitutional review; Evolution of the Brazilian constitutional law; Constitutional jurisdiction.

INTRODUÇÃO

"...mesmo as pedras, com o tempo, mudam."
(Cecília Meireles, Valsa, 1938.)

Arraigada nos primórdios do pensamento ocidental, sob a égide da cosmologia dos pré-socráticos, a premissa fundamental de todo fenômeno humano, sem dúvida, é de que as coisas estão sempre mudando, o que representa, indubitavelmente, o pressuposto primordial da visão heraclitiana acerca do devir: tudo flui, nada permanece. Intertextualizando Camões, mudam-se os tempos, o ser, os valores, as vontades, o direito e a lei. Todo o mundo é composto de mudança, tudo se transforma, em movimento, uma verdadeira e contínua transitoriedade.

Uma leitura diacrônica do sistema de controle de constitucionalidade desenvolvido no universo jurídico brasileiro demonstra o quanto essa premissa da filosofia ocidental percebe sua validade nas coisas do mundo do direito. De fato, as experiências construídas em contexto brasileiro evidenciam que esse instrumento de garantia judicial da Constituição nunca se mostrou como um dado acabado, mas sempre em construção, aberto a novas referências e, em uma visão dworkiniana, inserido em um processo histórico-genético.

Como em diversos ordenamentos, o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil foi inspirado nas duas matrizes teóricas: o modelo norte-americano

e o modelo europeu, com suas concepções próprias de Constituição e de justiça constitucional. No entanto, observa-se que o desenvolvimento desse instrumento no ordenamento jurídico brasileiro não ficou preso a uma das duas matrizes, mas assumiu contornos diferentes em épocas específicas, passando por mudanças ao longo do desenvolvimento constitucional.

Em um contexto jurídico de rigidez e estabilidade constitucional, o controle de constitucionalidade subsiste em razão da adequação e compatibilização das normas infraconstitucionais à Constituição e visa, por meio de seus mecanismos, confirmar a posição de superioridade e valor supremo que esta Constituição ocupa no contexto de um ordenamento jurídico específico que rege. Não obstante, a finalidade precípua deste instrumento de garantia constitucional – que é a preservação da estabilidade constitucional –, não afasta a possibilidade de que o próprio sistema de controle de constitucionalidade seja desenvolvido a partir de modelos diferentes e coexistentes dentro de um mesmo ordenamento jurídico, como é o caso brasileiro, por exemplo.

Na história do constitucionalismo brasileiro, a articulação desses modelos de controle de constitucionalidade se torna um capítulo à parte, principalmente em razão das mudanças ocorridas no desenvolvimento desse instrumento.

Um olhar sobre os modos de articulação entre o controle de constitucionalidade por via incidental e por via direta no desenvolvimento da jurisdição constitucional, uma vez que são estes dois modelos que persistem no Brasil, será suficiente para compreender a principal mudança que vem ocorrendo no sistema de garantia judicial da Constituição de 1988, quando percorridos trinta anos de sua existência.

Tal mudança tem sido destacada por diferentes autores como o fenômeno da abstrativização do controle incidental, que tem se firmado como uma forte tendência dentro do universo jurídico brasileiro, consistindo, *grosso modo*, em uma aproximação desse controle de caráter difuso ou concreto ao controle de caráter concentrado ou abstrato, em um esvaziamento, chegando a uma quase superação do modelo incidental e difuso.

O objetivo deste artigo, portanto, é considerar, mesmo que de forma preliminar, essa tendência de permeabilização do controle difuso de constitucionalidade por mecanismos que o aproximam do controle abstrato, na tentativa de elucidar o desenho da jurisdição constitucional brasileira quanto ao desenvolvimento do seu sistema de garantia judicial da Constituição. Ao buscar esse objetivo, será possível compreender uma das interfaces do *modus operandi* de distribuição desse enorme poder de controle de constitucionalidade aos juízes no Brasil, além de reconhecer os principais problemas e desafios do sistema de garantia da Constituição para o século XXI em contexto brasileiro.

Para alcançar esse objetivo, este artigo faz uma análise do tema à luz de uma pesquisa bibliográfica preliminar nos trilhos do método dialético aplicado à pesquisa

jurídica, que torna possível uma compreensão da realidade, evidenciando suas contradições e transformações no decorrer da história constitucional brasileira. Tal análise, em um movimento dialético, deve considerar as mudanças, contradições, alternâncias, indicando a mutabilidade do próprio conhecimento, da verdade.

A partir da análise das contradições e transformações no contexto do desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil, torna-se possível perceber que o desenho constitucional brasileiro combina o controle de constitucionalidade abstrato e o controle de constitucionalidade concreto, no entanto, percebe-se uma forte tensão entre os dois modelos. Como desdobramento dessa análise, verifica-se não apenas o predomínio do primeiro modelo sobre o segundo, como também a tendência de abstrativização do controle incidental.

Na primeira parte do artigo, será apresentada uma síntese do desenvolvimento e evolução do sistema de controle de constitucionalidade das leis no Brasil, bem como as mudanças e alternâncias ocorridas na história desse sistema, analisando o tema à luz das Constituições brasileiras e das mudanças legislativas, bem como da atuação do Supremo Tribunal Federal. Começando pela Constituição Imperial de 1824, passando pela chamada "Constituição Provisória de 1890" (Decreto 510, de 22 de junho de 1890), pela Constituição de 1891, pela Lei n. 221/1894 (organização da Justiça Federal), pela reforma constitucional de 1926, pela Constituição Republicana de 1934 e pelas constituições de 1937, 1946, 1967, até à Nova Ordem Constitucional de 1988, ainda vigente.

Na segunda parte, procurar-se-á demonstrar que, embora o sistema de controle de constitucionalidade historicamente desenvolvido no Brasil tenha contemplado os dois modelos, difuso e concentrado, é possível perceber a tendência de abstrativização do controle incidental, principalmente com a preeminência do modelo concentrado sobre o difuso a partir da Nova Ordem Constitucional de 1988, especialmente com as mudanças perpetradas na Constituição e pela atuação do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, procurar-se-á evidenciar os desdobramentos, problemas e desafios decorrentes dessa tendência de abstrativização do controle incidental de constitucionalidade no Brasil, com fim de aguçar o debate em torno desta problemática, reconhecendo que, no contexto histórico brasileiro, o desenho constitucional sempre foi marcado pela concorrência dos dois modelos, o difuso e o concentrado, mesmo que essa coexistência tenha sido marcada por uma tensão, em que a tendência de abstrativização parece se afirmar vencedora.

O DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL: SÍNTESE

O controle de constitucionalidade das leis no Brasil, assim como outros institutos jurídicos e o próprio direito em sua totalidade, está inserido em um

processo "histórico-genético",[1] em constantes mudanças, alternâncias e evolução. Como compreende Marilena Chauí, "[...] o mundo está em mudança contínua, sem por isso perder sua forma, sua ordem e sua estabilidade".[2]

Mauro Cappelletti, referindo-se à força e transcendência da "Lei Fundamental", parece quedar-se diante dessa premissa ao estabelecer as bases de seu estudo comparado sobre o controle de constitucionalidade, afirmando que "[...] também os 'valores' mudam, então também 'a Lei' muda e deve ser, pouco a pouco, trabalhosamente, responsavelmente, procurada, recriada pelo homem; que, portanto, única lei absoluta é, no caso, aquela da contínua e eterna mudança".[3]

Como em diversos ordenamentos, o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil foi inspirado nas duas matrizes teóricas: o modelo "norte-americano"[4] e o modelo "europeu",[5] com suas concepções próprias de Constituição e de justiça constitucional,[6] persistindo a ideia de que "[...] o sistema de controlar a constitucionalidade está relacionado com a forma de se compreender a Constituição".[7] No entanto, observa-se que o desenvolvimento desse instrumento

---

1 Seguindo a visão dworkiniana, compreende-se o direito como uma espécie de construção literária progressiva, uma narrativa que considera etapas já escritas da história e da prática jurídico-social e não um novo tópico. Nesse sentido, institutos jurídicos, leis e o próprio direito estão sempre em evolução, desenvolvimento, em caráter progressivo. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 236.

2 CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia.* São Paulo: Ática, 2000. p. 41.

3 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 11-12. Como se compreende o "devir" em Heráclito de Éfeso: HERÁCLITO. *Heráclito.* São Paulo: Abril Cultural, 1973.

4 Inspirado no célebre julgamento "Marbury *vs.* Madison", de 1803, em que o Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, John Marshall, defendeu a supremacia da Constituição sobre a legislação ordinária, postulando que qualquer lei infraconstitucional contrária à Constituição deveria ser considerada nula e sem efeito. Esse julgamento é considerado o marco do controle constitucionalidade das leis por via de exceção, em que cabe ao Judiciário a fiscalização da Constituição, afastando qualquer possibilidade de interpretação em desarmonia com a Lei Maior de um Estado. Para uma descrição detalhada do caso, cf.: WILSON, Woodrow. *Governo Constitucional dos Estados Unidos.* Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963; SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema.* Rio de Janeiro: Forense, 1962.

5 Considerada um marco do controle concentrado de constitucionalidade das leis, a Constituição austríaca de 1920, nos seus artigos 137 a 148, estabeleceu a centralização da revisão judicial da legislação por uma corte especial, a Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). Esse modelo europeu, defendido por Hans Kelsen, é considerado concentrado, *grosso modo*, porque destina a um único órgão o poder de fiscalizar a Constituição diante da interpretação e aplicação das leis ordinárias. Para uma abordagem mais detalhada, cf.: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional.* 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 301-319.

6 Para um desenvolvimento mais detalhado sobre o assunto, cf.: MAUÉS, Antônio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas,* Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2010. Disponível em: <ojs.unifor.br/índex.php/rpen/artic/view/ 2131/1729>. Acesso em: 23 jan. 2018.

7 DUARTE NETO, José. *Rigidez e estabilidade constitucional:* estudo da organização constitucional brasileira. Tese (Doutorado) – Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São

no ordenamento jurídico brasileiro não ficou preso a uma das duas matrizes, mas assumiu contornos diferentes em épocas específicas, passando por mudanças ao longo do desenvolvimento constitucional.

A referência sistemática para uma atual análise do tema controle de constitucionalidade das leis no Brasil é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que constitui a ordem constitucional vigente há 30 anos. No entanto, a história constitucional brasileira abrange sucessivas e distintas constituições que devem ser consideradas pressupostos históricos para a compreensão do desenvolvimento do sistema de garantia judicial da Constituição.

A esse respeito, José Duarte Neto coleciona pensamento recepcionado verbalmente de um estudioso do direito constitucional que consubstancia a importância conceitual das constituições anteriores: "Nesse sentido, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho há uma simetria de decisões políticas fundamentais nas diversas Constituições republicanas brasileiras, que se restringiram a expressar opções constituintes assemelhadas".[8] Daí a importância conceitual das Cartas passadas.

Na Constituição Imperial de 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, não havia controle judicial de constitucionalidade das leis. Fortemente inspirada no modelo francês, essa Constituição contemplou apenas uma certa prevalência do Poder Legislativo, pois foi influenciada pela visão francesa da plenitude da vontade geral da nação e, portanto, distanciou-se do modelo americano, que já vigia à época e influenciava outras constituições do século XIX.[9]

O modelo francês, em suas diversas Cartas, contemplou essa concepção da "supremacia da lei", expressão da vontade geral, que sempre sobrepujou o princípio

---

Paulo. São Paulo: USP, 2009a. p. 151. Em artigo do mesmo ano de sua tese, José Duarte Neto explica as duas funções instrumentais do controle de constitucionalidade. Primeira: instrumento para fiscalizar o respeito à supremacia constitucional; segunda: meio de acomodação do texto constitucional a uma realidade cambiante a ser normada. Cf. DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, ano 4, n. 6, jan./jun. 2009b.

8 DUARTE NETO, José. *Rigidez e estabilidade constitucional:* estudo da organização constitucional brasileira, cit., p. 170. Sobre esse pensamento, uma observação: Deve-se entender "simetria" não em seu conceito geométrico, mas estético, como compreenderam os gregos, para quem cada parte possui a sua "forma e beleza" peculiar que dá "forma e beleza" ao todo. Assim, cada Constituição, em seu momento específico, constitui-se em elemento de importância para a composição do regime constitucional vigente. Novamente, volta-se para Dworkin e sua visão integrativa do direito como um "romance em cadeia", construído por partes, cujos sentidos integram o todo de um contexto global. Cf.: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio,* cit., p. 15. Cf. também neste artigo a nota de rodapé n. 1.

9 BEÇAK, Rubens. As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado. *XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*, 2007. Cidadania e efetividade dos direitos. Campos dos Goytacazes: CONPEDI, 2007, p. 2. Disponível em: <http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/becak/pdf/controle_dif.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018.

da "supremacia da Constituição". Por essa razão, o Poder Judiciário francês restou sempre diminuído em relação aos outros poderes, principalmente porque os juízes franceses perceberam atribuições de intérpretes da lei, sem a competência específica para o controle de constitucionalidade.[10]

A Constituição Republicana promulgada em 1891, inspirada pela Constituição dos Estados Unidos da América, em razão da forte influência de Ruy Barbosa, introduz o controle difuso de constitucionalidade, atribuindo ao Poder Judiciário a competência para exercer esse controle, embora, na prática, esse poder tenha sido acuado em sua função em razão da preeminência do Poder Executivo e dos poderes exacerbados centralizados na pessoa do Presidente da República.

O texto original da Constituição de 1891 lançou as bases do controle incidental de constitucionalidade dispondo, em seu art. 59, sobre a competência do Supremo Tribunal Federal:

> § 1º Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
>
> a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;
>
> b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.[11]

E no artigo 60, *a*: "Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal".[12]

É bom evidenciar que, antes mesmo de 1891, o Decreto 510, de 22 de junho de 1890, conhecido como "Constituição Provisória de 1890", no art. 58, § 1º, *b*, estabeleceu essa competência recursal ao Supremo Tribunal Federal para analisar as controvérsias com o texto constitucional ou com as leis federais; e o Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, organizou provisoriamente a Justiça Federal, prevendo, no art. 9º, parágrafo único, *a* e *b*, a competência do STF em matéria de constitucionalidade. Esse decreto também estabeleceu, no art. 3º, o seguinte: "Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal

---

10 DUARTE NETO, José. *Rigidez e estabilidade constitucional:* estudo da organização constitucional brasileira, cit., p. 159.

11 BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891). *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

12 BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891), cit.

só intervirá em espécie e por provocação da parte", antecipando, como assevera Aline Oliveira, "aquilo que viria a ser defendido por Ruy Barbosa com a Constituição Republicana: o controle por via de exceção".[13]

Assim, a partir de 1891, contemplou-se o controle difuso de constitucionalidade, porque todos os órgãos jurisdicionais da União ou dos Estados tinham competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Havendo alegação de violação de ato legislativo ou executivo do poder federal, a competência para processar e julgar é dos juízes e tribunais federais; se a alegação de violação fundar em ato legislativo ou executivo no âmbito do poder estadual, a competência é dos juízes dos tribunais estaduais, nesse caso, sempre, com recurso ao Supremo Tribunal Federal.[14]

Nesse contexto, o controle de constitucionalidade introduzido no universo jurídico brasileiro, como esclarece José Duarte Neto,

> Foi um controle difuso quanto à competência, porque todos os órgãos jurisdicionais podiam fiscalizar a inconstitucionalidade das leis e normas; incidental no que se refere ao conhecimento da questão constitucional, que se dava como prejudicial ao objeto da lide. A decisão que a conhecia era de natureza declaratória, impositiva da sanção de nulidade, com eficácia entre as partes litigantes.[15]

Evidencia-se, ainda, a importância da Lei n. 221/1894, no contexto da Constituição de 1891, responsável pela organização da Justiça Federal, pois estabeleceu no art. 13, § 10, que os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.[16]

Embora o poder de garantia da Constituição na chamada República Velha tenha sido distribuído ao Judiciário por meio do controle difuso, esse poder restou enfraquecido diante da força do Poder Executivo. José Duarte Neto menciona um fato interessante, que ressalta essa força do Executivo sobre o Judiciário:

---

13 OLIVEIRA, Aline Lima de. *A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil:* uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Arquivo eletrônico disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/frame.html>. Acesso em: 23 jan. 2018.

14 BEÇAK, Rubens. As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado, cit., p. 3.

15 DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso, cit., 2009b.

16 BRASIL. Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894. *Diário Oficial da União.* Poder Legislativo. Rio de Janeiro, 20 nov. 1894. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

o presidente Floriano Peixoto teria ameaçado prender os ministros do Supremo Tribunal Federal que invalidassem seus atos.[17]

Diante dessa instabilidade política e do frágil sistema de afirmação da Constituição, formou-se um movimento de reforma constitucional já no início do século XIX, que, entre as mudanças perpetradas em 1926, ampliou significativamente a utilização do controle difuso de constitucionalidade ao conferir poder a todos os tribunais, federais ou estaduais, e competência para decidir sobre a constitucionalidade de leis federais.

Não obstante, a reforma constitucional de 1926 não foi suficiente para a solução de todos os problemas da República Velha. Tudo caminhou para uma ruptura da ordem constitucional com a Revolução de 1930, sob a batuta de Getúlio Vargas, movimento que culminou com a Segunda Constituição Republicana de 1934, que foi extremamente importante para a mudança de ventos no constitucionalismo brasileiro.

Além de trazer novidades para o controle difuso e incidental, com a competência exclusiva do plenário dos tribunais para o reconhecimento da inconstitucionalidade das leis ou dos atos do poder público, a Constituição de 1934 também introduziu uma possibilidade de controle concentrado, embora tenha mantido o controle difuso como o modelo precípuo no sistema de garantia da Constituição.

Luís Roberto Barroso resume:

> Com a Constituição de 1934 foi introduzido um caso específico de controle por via principal e concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal: a denominada representação interventiva. A lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros (os denominados princípios constitucionais *sensíveis*, constantes do art. 7º da Carta) precisava ser previamente submetida à mais alta corte, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para que fosse declarada sua constitucionalidade.[18] (Grifo no original.)

---

17 DUARTE NETO, José. *Rigidez e estabilidade constitucional:* estudo da organização constitucional brasileira p. 183-184. Em 6 de abril de 1892, 13 generais publicaram um manifesto contra Floriano Peixoto, que, no dia seguinte, expulsou esses oficiais do Clube Militar, reformando-os compulsoriamente. O Supremo Tribunal Federal negou o pedido de *habeas corpus* dos militares, sob a ameaça do então presidente, que teria afirmado que se os juízes invalidassem seus atos julgando favorável o pedido dos generais não haveria mais ninguém para julgar os *habeas corpus* desses juízes, porque seriam todos presos. Cf.: ATLAS HISTÓRICO DO BRASIL. Floriano Peixoto. *Fundação Getúlio Vargas*, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://atlas.fgv.br/verbetes/floriano-peixoto>. Acesso em: 23 jan. 2018.

18 BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Arquivo eletrônico. Disponível em: <https://pt.scribd.com/>. Acesso em: 9 set. 2014.

Por meio desse dispositivo, a referida norma deveria ficar suspensa até a declaração de constitucionalidade pelo STF. Como observou Clèmerson Merlin Clève, trata-se de um controle realizado a "meio caminho" entre o "abstrato" e o "concreto", ou seja, entre a fiscalização da lei *in thesi* e aquela realizada *in casu*. Nesse caso, desenvolve-se uma forma de realizar a fiscalização concreta por meio de ação direta.[19]

Além dessa, outras mudanças trazidas pela Constituição de 1934 são relevantes para o tema da abstrativização do controle incidental de constitucionalidade, objeto de estudo deste artigo. É a partir de 1934 que se inicia a influência do controle concentrado de constitucionalidade. Tais mudanças serão analisadas mais detidamente no próximo tópico deste artigo.

A Constituição de 1937, não democrática, outorgada por Getúlio Vargas, inaugurou um período de autoritarismo a partir de um governo praticamente sem Constituição, sendo os atos do presidente a única fonte normativa do direito constitucional.

Nessa Constituição, restou mantido o controle difuso, no entanto, restou proibido aos juízes conhecer questões políticas e restringida a competência para decretar a inconstitucionalidade de atos normativos, admitindo-se, inclusive, que uma lei declarada inconstitucional pudesse voltar ao ordenamento jurídico quando o Presidente entendesse a sua importância para o bem-estar do povo ou para a defesa de um interesse maior e a submetesse à apreciação do Parlamento, que poderia anular a decisão do tribunal por 2/3 de seus membros.

Com a Constituição de 1946, consubstancia-se um período de redemocratização e volta-se ao modelo difuso como delineado na Constituição de 1934, no entanto, com a única possibilidade de ocorrência do modelo concentrado por meio da chamada "representação interventiva", já contemplada na Constituição de 1934.[20]

Com a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, ainda no contexto da Constituição de 1946, sob a força dos militares no poder, foi introduzido, definitivamente, no sistema de garantia da Constituição no Brasil, o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, quando foi instituída a chamada "ação genérica de inconstitucionalidade" no art. 101, I, *k*: "Ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar originariamente a representação

---

[19] CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.* 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

[20] A representação interventiva foi instrumento inserido no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934 como uma hipótese de controle concentrado. Cf.: BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, cit., p. 344.

contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República".[21]

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, que podem ser consideradas, juntas, um mesmo *corpus* e sistema constitucional, não apresentaram mudanças significativas, permanecendo a coexistência do controle difuso e do concentrado até o ano de 1988, que inaugura um novo período em que o controle de constitucionalidade passa a ser desenvolvido com mais consistência.

A partir da Constituição Federal de 1988, não obstante as diversas mudanças e inovações que produziram consequências práticas no âmbito do controle de constitucionalidade brasileiro, pode-se dizer que houve certo equilíbrio entre os dois modelos, o difuso e o concentrado.

> A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle *por via incidental e difuso* (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle *por via principal e concentrado*, implantado com a EC n. 16/65 (sistema continental europeu)[22]. (Grifos no original.)

No entanto, as mudanças que sucederam à Constituição de 1988 e a atuação do Supremo Tribunal Federal desde então têm consubstanciado uma tendência progressiva, ao que tudo indica, inarredável e irreversível no contexto da jurisdição constitucional no Brasil: a aproximação do controle por via incidental e difuso ao controle por via principal e concentrado. É sobre essa questão que o próximo tópico desse artigo irá se ocupar.

A TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Para alguns estudiosos, o modelo de garantia da Constituição no Brasil deve ser considerado um sistema misto ou complexo[23] porque mantém os dois sistemas ao mesmo tempo, o americano e o europeu, conjugando ou conciliando elementos e instrumentos dos dois, dando a ideia de que ora se utiliza um modelo, ora outro; para outros, trata-se de um sistema plural,[24] pois compreende o modelo

---

21 BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946). *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

22 BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, cit., p. 242.

23 Cf.: BEÇAK, Rubens. As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado, cit., e DUARTE NETO, José. *Rigidez e estabilidade constitucional:* estudo da organização constitucional brasileira, 2009a.

24 MAUÉS, Antônio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural, cit.

de controle de constitucionalidade brasileiro como um modelo distinto dos dois modelos que lhe serviram de matrizes. É plural, porque permite a concorrência dos órgãos responsáveis pelo controle, ou seja, há uma distribuição das funções de controle entre os órgãos do Judiciário, que exercem esse poder de fiscalização da Constituição simultânea e concorrentemente.

Para Antônio Maués,

> No período que antecede a promulgação da Constituição de 1988, podemos afirmar que o controle de constitucionalidade no Brasil conhecia dois sistemas paralelos, que incidiam, basicamente, sobre o mesmo tipo de lei, mas não conheciam mecanismos de articulação entre si. Em outras palavras, não havia meios pelos quais uma decisão tomada na via direta pudesse vincular os demais órgãos do poder judiciário, nem era possível que uma decisão tomada no controle difuso pudesse estender seus efeitos para a via direta. Assim, excetuando a possibilidade de edição de resolução suspensiva pelo Senado Federal, as decisões tomadas pelo STF no exercício do controle difuso de constitucionalidade permaneciam com sua eficácia restrita às partes.[25]

Percebe-se que havia certo equilíbrio entre os dois modelos, o difuso e o concentrado. No entanto, uma forte tendência, compreendida como fenômeno da abstrativização, passou a influenciar e minar esse equilíbrio entre os dois modelos de controle de constitucionalidade no Brasil. Esse fenômeno não é tão recente como pensam alguns, pois teve início com a Constituição de 1934, especialmente com a chamada "representação interventiva", que percebeu transcendência com a Emenda Constitucional 16, de 1965.

Rubens Beçak, considerando a evolução do sistema de controle de constitucionalidade difuso, observa que, a partir de 1934, tem início essa tendência de aproximar o modelo difuso, de matriz americana e marshalliana, ao concentrado, de matriz austríaca e kelseniana, quando se estabeleceu a influência do Senado Federal disposta no art. 91, inciso IV, que foi absorvido pelo art. 52, inciso X, no atual texto constitucional.[26] Mais do que isso, o autor esclarece que, nos debates no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte, a partir de 1987, que levaram à promulgação da Constituição de 1988, foi possível perceber a tentativa de extinguir o modelo difuso e afirmar, definitivamente, o modelo concentrado.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no que concerne ao controle de constitucionalidade, optou por conciliar dois modelos: o difuso e o concentrado,

---

25 MAUÉS, Antônio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural, cit., p. 369.

26 BEÇAK, Rubens. As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado, cit., p. 5.

pois contemplou instrumentos dos dois sistemas distintos, o americano e o europeu. No entanto, observa-se que, embora o controle difuso tenha sido o primeiro a ser adotado no Brasil e restou mantido na Carta vigente, houve certa ampliação da legitimidade ativa do controle concentrado, produzindo certa evolução gradativa para o sistema misto, com prevalência do modelo kelseniano.

Voltando à máxima da filosofia grega de Heráclito de Éfeso, acerca da contínua transitoriedade, em que tudo está em movimento, "tudo flui, nada permanece, tudo se transforma", observa-se que a redação original da Constituição de 1988 trouxe várias mudanças para o controle de constitucionalidade brasileiro. Além de absorver elementos importantes, como a cláusula de reserva de plenário (art. 97) e da competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, inciso X), a nova Constituição ampliou significativamente a competência para propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, conforme o art. 103 e incisos, com a legitimidade de nove sujeitos, desde o Presidente da República até as entidades de classe de âmbito nacional.

No mais, o art. 102, inciso III, dispôs sobre o controle incidental de constitucionalidade, conferindo competência ao Supremo Tribunal Federal para conhecer o recurso extraordinário das decisões em única ou última instância dos outros órgãos do Judiciário. Já quanto ao controle abstrato e concentrado, a criação da ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, inciso I), a ampliação do rol de legitimados para propô-la, representaram mudanças significativas, pois permitiram que minorias representadas por partidos políticos e entidades de classe, por exemplo, pudessem arguir sobre a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público, permitindo que muitas controvérsias constitucionais fossem submetidas ao controle concentrado, diminuindo a ocorrência, também significativa, do controle difuso e incidental, que predominava até 1988 no universo da jurisdição constitucional brasileira.

Uma vez que as controvérsias constitucionais, a partir de 1988, passaram a ser levadas com mais frequência e por mais sujeitos, por meio do controle direto, principalmente em ações diretas de inconstitucionalidade, ocorreu, com isso, uma transposição da preeminência do modelo difuso para o modelo concentrado.[27]

Com a Nova Carta de 1988, evidenciou-se uma forte tendência à abstrativização do controle de constitucionalidade no sistema constitucional brasileiro, percebendo-se, inclusive, a preferência do constituinte pela preeminência do

---

[27] A respeito dessa transposição, que fortalece a tendência de abstrativização do controle incidental, cf.: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:* estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004a, p. 208-209.

controle abstrato, principalmente pela concentração da competência para o conhecimento da matéria.[28]

Considerando as diversas emendas a que a Constituição de 1988 foi submetida na evolução do ordenamento jurídico brasileiro e da jurisdição constitucional, é possível notar essa propensão ou tendência em elevar o controle concentrado e direto de constitucionalidade à posição prevalente dentro do sistema de fiscalização da Constituição no Brasil, diminuindo cada vez mais a força do controle difuso e incidental.

A Emenda Constitucional n. 3, promulgada em 16 de março de 1993, introduziu em nosso ordenamento jurídico constitucional a ação declaratória de constitucionalidade no art. 102, inciso I, alínea *a*. O § 2º desse artigo estabelece que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

A técnica do "efeito vinculante", que acompanha a emenda, provocou uma mudança significativa no controle de constitucionalidade brasileiro. Naturalmente, as leis e atos normativos produzidos em nosso contexto gozam de presunção relativa de constitucionalidade. No entanto, a ação declaratória de constitucionalidade, por meio do efeito vinculante, transforma essa presunção relativa em absoluta em relação ao dispositivo submetido a controle.

Em tese, um dos principais desdobramentos dessa mudança, indubitavelmente, é a ideia de que as leis ou atos normativos já declarados constitucionais por uma ação direta de constitucionalidade não podem mais ser atacados em controle difuso por juízes e tribunais inferiores, ocorrendo, assim, uma clara diminuição da influência desse controle por via incidental, confirmando a tendência de abstrativização, apontada acima.

Outras mudanças importantes na Constituição, que fortaleceram e ampliaram o controle abstrato de constitucionalidade, podem ser destacadas:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, que figurava no parágrafo único do artigo 102, mas disciplinada pela lei 9.882/1990; o controle de constitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. *Grosso modo*, essas mudanças implicam reparar a omissão legislativa, que é uma das formas de manifestação da inconstitucionalidade.

A possibilidade de modelação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade nas ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e

---

[28] DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso, cit., 2009b.

arguição de descumprimento de preceito fundamental pela maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal por razões de segurança jurídica ou de interesse social foi trazida ao ordenamento jurídico pelo art. 27 da Lei 8.868/1999. "Preenchidos os requisitos exigidos, o Supremo Tribunal Federal pode decidir a partir de qual momento a lei ou norma inquinada deixará de produzir efeitos e desconstituir as situações jurídicas nascidas sob sua égide".[29] O que se observa é que essa possibilidade tem sido estendida pelo STF ao controle incidental em algumas de suas decisões, revelando a opção da Suprema Corte em atender a essa tendência de abstrativização.

Não obstante todas essas mudanças, o *start* fundamental para solidificação da tendência de abstrativização do controle incidental foi dado com a Reforma do Judiciário, implementada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que introduziu a súmula vinculante em matéria constitucional (art. 103-A), unificou os legitimados para a propositura da ação declaratória de inconstitucionalidade e de constitucionalidade (art. 103), estabeleceu o efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nessas ações (art. 102, § 2º), bem como dispôs sobre a obrigatoriedade da demonstração da repercussão geral nas questões constitucionais para que o recurso extraordinário seja conhecido (art. 102, § 3º). Ora, o recurso extraordinário, antes, era tido como instrumento precípuo do controle difuso e, com esta mudança, aproximou-se consideravelmente do controle abstrato.

Soma-se a essas mudanças o fato de que há um posicionamento muito forte de que o art. 52, inciso X, da Constituição de 1988, perdeu a sua força tanto pelo desuso quanto pelo entendimento de que a decisão do Senado Federal de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, tem força meramente de dar publicidade, ou seja, a decisão de inconstitucionalidade proferida pela corte maior do Judiciário brasileiro, em controle difuso, não necessita da suspensão do Senado para gerar efeitos *erga omnes*, sendo esta uma posição defendida pelo ministro atuante Gilmar Mendes e o ex-ministro Eros Grau, que, inclusive, chega a propor uma mutação constitucional que altera até mesmo o próprio texto da Constituição.[30]

---

[29] DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso, cit., 2009b.

[30] O posicionamento do Ministro Gilmar Mendes pode ser encontrado em seu artigo sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, cf.: MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004b. Já a proposta de alteração do próprio texto constitucional, encabeçada pelo Ministro Eros Grau, pode ser encontrada no seu voto, na Reclamação 4.335-5, cf.: GRAU, Eros. Voto-Vista na Reclamação 4.335-5 do Acre. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ rcl4335eg.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018.

Além disso, muitas decisões do Supremo Tribunal Federal têm demonstrado que essa corte tem feito opção por empregar aos controles incidental e difuso características ou categorias do modelo direto e abstrato. Como assevera José Duarte Neto, "[...] a evolução do controle de constitucionalidade indica que se caminha, a passos largos, para a adoção de um exclusivo modelo kelseniano de Justiça Constitucional",[31] principalmente em razão da preeminência que o controle abstrato vem assumindo em relação ao modelo concreto.

Diversos estudos têm citado como exemplos alguns casos específicos em que a jurisprudência do STF, em decisões prolatadas em controle incidental, tem demonstrado essa tendência.

Em 2004, no julgamento do RE 197.917/SP, por exemplo, que tratou da cláusula de proporcionalidade do art. 29, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que fixa o número de vereadores de cada município, o STF determinou que os efeitos da decisão teriam eficácia *ex tunc,* o que ensejou a edição da Resolução n. 21.702, do Tribunal Superior Eleitoral, reconhecendo a eficácia *erga omnes* da decisão.

O Ministro Gilmar Mendes já havia se manifestado, no RE 376.852, de 2003, acerca da necessidade de transformar o recurso extraordinário em instrumento do controle abstrato de constitucionalidade, o que seria uma transposição de sua função de defender o interesse das partes no caso concreto para a função de defesa da Constituição, confirmando claramente o caráter intencional da tendência de abstrativização.

Outro exemplo utilizado é o Habeas Corpus 82.959, também de São Paulo, de 2006, em que o STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que proibia a progressão de regime nos crimes hediondos. Nessa decisão, o STF, ao realizar o controle difuso, limitou os efeitos da decisão para o futuro, estabelecendo que os magistrados, a partir daquela decisão, pudessem já considerar o referido dispositivo inconstitucional.

Recentemente, uma das decisões mais importantes no âmbito da proteção do direito à saúde confirma essa tendência de forma clara:

> Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei federal 9.055/1995 que permitia a extração, industrialização, comercialização e a distribuição do uso do amianto na variedade crisotila no país. A inconstitucionalidade do dispositivo já havia sido incidentalmente declarada no julgamento da ADI 3937.[32]

---

31 DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso, cit., 2009b.

32 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF reafirma inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila. *Notícias STF.* 29 nov. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363263>. Acesso em: 23 jan. 2018.

No entanto, na decisão do STF, julgando as ADIs 3406 e 3470, propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria contra a Lei 3.570/2001, do Estado do Rio de Janeiro, os ministros deram efeito vinculante e *erga omnes* à decisão.

Assim, é possível evidenciar, sinteticamente, alguns mecanismos que ajudam a compreender essa abstração que vem ocorrendo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como no próprio plano legislativo, que produziu mudanças significativas, ampliando esse poder abstrato de fiscalizar a Constituição. Entre esses mecanismos, destacam-se os seguintes:

A cláusula da reserva de plenário: o art. 97 da Constituição de 1988 estabelece que somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Isso implica que, a princípio, os órgãos fracionários dos tribunais não podem declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público, admitindo-se apenas quando já existir pronunciamento do STF acerca da inconstitucionalidade do ato normativo.

Os efeitos transcendentes dos motivos determinantes da decisão: em controle difuso, o STF pode reconhecer o efeito vinculante não apenas da parte dispositiva da decisão, mas também dos fundamentos, deixando de produzir apenas efeitos *inter partes*.

O anacronismo do art. 52, inciso X, da Constituição de 1988: a superação dessa regra e o seu desuso levaram o STF a entender que não é necessária a suspensão do Senado Federal para que uma decisão, em controle difuso, que declare a inconstitucionalidade de uma determinada lei, tenha eficácia geral. Não obstante essa compreensão, há muitas vozes dissonantes, que chegam a afirmar a inconstitucionalidade do entendimento de que houve caso de mutação constitucional, inclusive, revogando esse dispositivo.

Para Nelson Nery Junior, por exemplo, essa tese, além de ser inconstitucional, é perigosa, porque hipertrofia o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, além de apequenar o Poder Legislativo, diminuindo a competência do Senado Federal e sua importância para o controle concreto de constitucionalidade, ofendendo o Estado Democrático de Direito e os princípios do devido processo legal e da separação dos poderes, transformando, na prática, o controle concreto em abstrato.[33]

---

[33] NERY JUNIOR, Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52, X. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a--consolidacao-das-instituicoes/jurisdicao-constitucional-o-senado-federal-e-o-controle-

Além desses, destacam-se ainda:

A repercussão geral no recurso extraordinário: modificação legislativa da Constituição na tentativa de reduzir o número de processos junto ao STF. De acordo com a redação do art. 102, para que um recurso extraordinário seja conhecido pela Corte Suprema, as partes devem demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais.

A súmula vinculante: disposta no art. 103-A da Constituição, essa modificação legislativa permite que o STF confira eficácia *erga omnes* a decisões proferidas em controle incidental de constitucionalidade, reduzindo sensivelmente o papel do Senado Federal, exatamente porque a Corte Suprema, por meio desse dispositivo, passou a ter um instrumento de prevalência de suas decisões.

Diante dessas constatações, fica evidente que a tendência de abstrativização do controle incidental há muito assumiu contornos de prática deliberada pelo Supremo Tribunal Federal, que, paulatinamente, vem aumentando e centralizando o poder de controlar a Constituição, confirmando a ideia de que existe uma prevalência do sistema concentrado sobre o sistema difuso quanto ao controle de constitucionalidade no Brasil.

DESDOBRAMENTOS, PROBLEMAS E DESAFIOS ANTE A TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE INCIDENTAL

A tendência de aproximação do controle difuso ao controle concentrado parece caminhar para um fim lógico e inevitável: a prevalência substancial do modelo criado por Kelsen, como visto anteriormente.

Cada vez mais o controle abstrato absorve e diminui os mecanismos do controle incidental, que, aos poucos, vai assumindo as características do primeiro, tornando-se mais parecido com o modelo europeu em razão das novidades perpetradas pelo desenvolvimento do desenho da jurisdição constitucional brasileira, principalmente a partir de mudanças na Constituição e da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, muitos questionamentos podem ser suscitados a partir dessa problemática. Mesmo que pareça mais lógico, concatenado, eficaz e perfeito que o modelo impulsionado por Marshall, o controle de constitucionalidade abstrato, idealizado pelo modelo de Kelsen, não pode apagar a ideia de um sistema democrático, universal, em que sujeitos distintos, plurais tenham a possibilidade de demonstrar a inconstitucionalidade de um dispositivo legal ou das mudanças no mundo das normas por meio do controle difuso.

-concreto-de-constitucionalidade-de-leis-e-de-atos-normativos-separacao-de-poderes-poder-legislativo-e-interpretacao-da-cf-52-x>. Acesso em: 19 dez. 2014.

José Duarte Neto levanta a questão se seria recomendável a adoção de um modelo kelseniano e se o Supremo Tribunal Federal suportaria essa mudança, que consiste no abandono ou no exaurimento do controle difuso e incidental, que está nas origens do sistema de fiscalização da Constituição no universo jurídico brasileiro, para que ocorra a afirmação, em definitivo, de um modelo de controle constitucional kelseniano puro.[34]

Esse autor procura demonstrar a insegurança jurídica decorrente da absorção e manutenção do modelo difuso, originário das tradições de um direito oriundo da família do *common law* em um contexto, como o brasileiro, em que o universo jurídico se construiu a partir dos sistemas jurídicos da família romanística. Muitos são os problemas apontados quando se aplica o modelo americano a um ordenamento jurídico marcadamente romanístico. A partir daí, menciona pelo menos três: a falta de uniformidade das decisões judiciais; o desprezo do juiz comum para a solução de controvérsias constitucionais; a politização do judiciário.

Em que pese a força das tradições envolvidas pelos sistemas de fiscalização da Constituição, não há como negar que a tradição constitucional brasileira sempre permitiu a ocorrência dos dois modelos, o americano e o europeu, concomitantemente, distribuindo, concorrentemente, a todos os órgãos do Judiciário esse poder de fiscalizar a Constituição.

Com a ampliação do controle concentrado de constitucionalidade e o seu predomínio sobre o difuso, disseminou-se a ideia de que o melhor para a jurisdição constitucional brasileira seria a manutenção exclusiva do controle abstrato e de que somente uma progressão definitiva para o modelo kelseniano puro, em que o Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte Constitucional, teria a competência exclusiva para conhecer das questões constitucionais e com autoridade para defender e garantir a supremacia da Constituição e a efetividade de suas normas.[35]

No entanto, não se pode esquecer que no desenho constitucional brasileiro prevalece a competência reconhecida a todos os juízes e tribunais para conhecer, em casos concretos, a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do poder público. Para que haja uma transposição definitiva para o modelo kelseniano puro, necessita-se de uma mudança de paradigmas, ou seja, no próprio desenho constitucional brasileiro, por meio de reforma constitucional.[36]

---

[34] DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso, cit., 2009b.

[35] DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso, cit., 2009b.

[36] DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso, cit., 2009b.

Na esteira de Antônio Maués, pode-se questionar também se as mudanças perpetradas pela evolução do controle de constitucionalidade brasileiro foram suficientes para eliminar a concorrência dos modelos no âmbito do controle de constitucionalidade em favor de um sistema monopolista, em que prevalece o abstrato, abandonando de vez o sistema plural em favor do sistema unitário. Para esse autor, a resposta a esse questionamento é negativa, uma vez que uma compreensão histórica e conceitual do sistema de controle de constitucionalidade desenvolvido no Brasil permite que os dois sistemas, difuso e concentrado, possam conviver paralelamente.[37]

Surge, então, no universo jurídico brasileiro, outra discussão relevante em torno da possibilidade de leis ou atos normativos já declarados constitucionais por uma ação direta de constitucionalidade serem ou não atacados em controle difuso por juízes e tribunais inferiores. Dessa problemática desdobram-se as seguintes questões: O STF tem o poder de decidir sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo atacado por esses juízes e tribunais em casos concretos e afastar, com isso, o controle difuso? O STF é inerrante? Pode ser que, em um primeiro momento, o STF não identifique o problema de constitucionalidade de determinada lei, mas que, posteriormente, a aplicação dessa lei venha a violar a ordem constitucional? Nesse caso, seria possível o exercício do controle difuso dessa lei *a posteriori*?

Essas e outras questões importantes estão no bojo de toda a discussão que envolve a evolução e desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil, o que demonstra, naturalmente, que o problema ainda está aberto, à espera de novas referências e novas abordagens.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: À GUISA DE CONCLUSÃO

Cecília Meireles está certa: "mesmo as pedras, com o tempo, mudam". De fato, tudo se transforma, tudo está em movimento, em uma verdadeira e contínua transitoriedade e, porque o mundo está em mudança contínua, isso não quer dizer que, com isso, ele perde a sua forma, sua ordem e sua estabilidade. Assim, como ficou demonstrado na parte inicial deste artigo, o desenho da jurisdição constitucional brasileira vem passando, no decorrer dos anos, por diversas mudanças e transformações, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade.

Um olhar sobre as diferentes constituições brasileiras, considerando a evolução da jurisprudência do STF, foi suficiente para demonstrar que o direito brasileiro combina o sistema de controle de constitucionalidade abstrato e o

---

[37] MAUÉS, Antônio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural, cit., p. 371.

concreto, embora tenha sido possível também evidenciar que, nas últimas décadas, uma tendência no direito constitucional brasileiro vem ganhando força: a prevalência do sistema abstrato sobre o concreto.

A partir de uma análise da evolução e transformação do sistema de controle de constitucionalidade, foi possível constatar que o universo jurídico-constitucional brasileiro assimilou ou absorveu elementos das duas matrizes primordiais ou dos dois modelos principais: o americano, impulsionado por Marshall, e o europeu, da pena de Kelsen. Uma das principais questões que envolvem a jurisdição constitucional brasileira é a maneira como esses dois modelos se articularam no desenvolvimento do sistema de fiscalizar a Constituição no universo jurídico pátrio.

Especificamente após a Nova Ordem Constitucional brasileira de 1988, notam-se diversas mudanças legislativas que, combinadas com a atuação do Supremo Tribunal Federal, vêm consubstanciando uma tendência progressiva na jurisdição constitucional da aproximação do controle por via incidental e difuso ao controle por via principal e concentrado.

Ao evidenciar essa tendência de abstrativização do controle incidental e difuso de constitucionalidade a partir da jurisprudência do STF e das transformações legislativas operadas no texto da Constituição Federal de 1988, percebeu-se um dos principais problemas que envolvem a ampla questão da jurisdição constitucional brasileira, pois é uma problemática que demonstra a clara intenção em levar essa jurisdição à afirmação do modelo kelseniano puro, em que a Corte Suprema tenha o papel exclusivo e monopolizado de defesa da Constituição, suplantando qualquer tendência do modelo misto ou plural de controle de constitucionalidade, que se mantém até a ordem constitucional vigente.

Mesmo que haja prevalência ou preponderância do controle abstrato sobre o concreto na atual ordem constitucional, em razão dessa tendência de abstrativização, ainda é possível considerar que a distribuição desse enorme poder de controlar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público continua a contemplar os diversos órgãos do poder Judiciário brasileiro, que exercem esse poder concorrentemente.

Não obstante todas as mudanças ocorridas nas últimas décadas, somente uma mudança de paradigma no desenho constitucional brasileiro e operada intencionalmente por via legislativa de emenda seria capaz de superar ou retirar do sistema brasileiro de controlar a Constituição o modelo difuso e concreto, o primeiro a ser utilizado em terras brasileiras.

Não há dúvidas de que, na evolução e desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil, a tendência de abstrativização tem influenciado grandemente a atuação do Supremo Tribunal Federal e imposto sua força sobre o controle incidental, enfraquecendo-o. No entanto, pode-se afirmar que o

controle de constitucionalidade no direito brasileiro ainda é um sistema misto, pois restou possível compreender que o desenho da jurisdição constitucional brasileira, quanto ao controle de constitucionalidade, procura se afirmar a partir da ideia de um sistema misto ou plural, em que um tipo de controle não pode excluir o outro.

REFERÊNCIAS

ATLAS HISTÓRICO DO BRASIL. Floriano Peixoto. *Fundação Getúlio Vargas*, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://atlas.fgv.br/verbetes/floriano-peixoto>. Acesso em: 23 jan. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Arquivo eletrônico. Disponível em: <https://pt.scribd.com/>. Acesso em: 9 set. 2014.

BEÇAK, Rubens. As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado. *XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*, 2007. Cidadania e efetividade dos direitos. Campos dos Goytacazes: CONPEDI, 2007, p. 2. Disponível em: <http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/becak/pdf/controle_dif.pdf >. Acesso em: 23 jan. 2018.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891). *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946). *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894. *Diário Oficial da União*. Poder Legislativo. Rio de Janeiro, 20 nov. 1894. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 23 jan. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

DUARTE NETO, José. Evolução do controle de constitucionalidade brasileiro: a superação do modelo incidental e difuso. *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, ano 4, n. 6, jan./jun. 2009a.

DUARTE NETO, José. *Rigidez e estabilidade constitucional:* estudo da organização constitucional brasileira. Tese (Doutorado) – Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2009b.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade:* a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GRAU, Eros. Voto-Vista na Reclamação 4.335-5 do Acre. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2018.

HERÁCLITO. *Heráclito.* São Paulo, Abril Cultural, 1973. Série Os Pensadores.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional.* 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

MAUÉS, Antônio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas,* v. 15, n. 2, p. 356-384, jul./dez. Fortaleza, 2010. Disponível em: <ojs.unifor.br/índex.php/rpen/artic/view/2131/1729>. Acesso em: 23 jan. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:* estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004a.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004b.

NERY JUNIOR, Nelson. *O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos*: separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52, X. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos--depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/jurisdicao-constitucional-o-senado-federal-e--o-controle-concreto-de-constitucionalidade-de-leis-e-de-atos-normativos-separacao--de-poderes-poder-legislativo-e-interpretacao-da-cf-52-x>. Acesso em: 19 dez. 2014.

OLIVEIRA, Aline Lima de. *A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil:* uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. Arquivo eletrônico disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/efeitostemporais/frame.html>. Acesso em: 23 jan. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF reafirma inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila. *Notícias STF.* 29 nov. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363263>. Acesso em: 23 jan. 2018.

SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema.* Rio de Janeiro: Forense, 1962.

WILSON, Woodrow. *Governo Constitucional dos Estados Unidos.* Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963.

Data de recebimento: 05/02/2018

Data de aprovação: 17/07/2018

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

INCIDENT OF DEMAND RESOLUTION REPETITIVE: A CRITICAL ANALYSIS FROM THE OPTICS CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

Sérgio Tibiriçá Amaral*
Carolina Menck de Oliveira Cegarra**
Bianca Thamiris Mizusaki**

RESUMO

No presente artigo, iremos abordar sobre um instituto processual criado pelo novo Código de Processo Civil, denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conhecido pela sigla IRDR, cuja finalidade é fixar tese jurídica a ser seguida pelos Magistrados, sobre questão material ou processual que se encontra presente em diversas ações que tratam, de algum modo, do mesmo objeto sobre o qual a tese jurídica foi fixada, bem como abordar se essa conduta de padronização jurisprudencial sobre demandas repetitivas poderia ser considerada precedentes, considerando o modelo adotado pela *common law*.

Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas; Precedentes; Eficácia vinculativa; Igualdade; Segurança jurídica.

---

* Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia De Direitos pela Instituição Toledo de Ensino – ITE Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público – SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (FDPP) da Associação Educacional Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. E-mail: coord.direito@toledoprudente.edu.br.

** Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE Bauru – Centro Universitário de Bauru – SP. Professora de Direito Constitucional na Faculdade Eduvale de Avaré – SP. Advogada militante nas searas de Direito Público e do Trabalho. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas – SP. E-mail: carolmenck_@hotmail.com.

*** Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE Bauru – Centro Universitário de Bauru – SP. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente – SP. Advogada atuante no escritório de Advocacia Mizusaki na Cidade de Presidente Bernardes – SP. E-mail: biancamizusaki@hotmail.com.

ABSTRACT

This study will address a procedural institute brought by the New Code of Civil Procedure, known as Incident of Resolution of Repetitive Demands, or IRDR, whose purpose is to secure a legal thesis to be followed by the Magistrates, about material or procedural matter, which are present in several lawsuits that deal with, somehow, the same object on which the legal thesis was fixed, as well as address if this law standardization conduct about the repetitive demands could be considered as precedent, considering the model adopted by the common law.

Key-Words: Incident of Resolution of Repetitive Demands; Precedents; Binding Effect; Equality; Legal security.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo abordar um instituto processual novo em nosso ordenamento jurídico, trazido com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conhecido sob a sigla IRDR.

Não se pretende com o devido estudo esgotar o tema, até mesmo porque, por ser uma inovação processual, seus passos e suas concretizações estão surgindo de modo tímido ao longo desses dois anos de aplicação de nosso novo *codex* processual.

Não obstante, o presente texto se preocupou em trazer os motivos que levaram o legislador ordinário à criação do IRDR, eis que é sabido que, no cenário jurídico atual do nosso país, muitas demandas surgem a cada dia, abarrotando o Poder Judiciário, e, muitas vezes, com os mesmos objetos jurídicos, seja de direito material ou de direito processual, o que acabaria por configurar a existência das demandas repetitivas, conforme denominado pela doutrina.

Entretanto, também cuidou de narrar acerca da criação de precedentes no Brasil, eis que o sistema adotado por nós é o *Civil Law*, tendo em vista que nosso ordenamento jurídico é formado por conjunto de regras, codificadas, ao qual devemos observância, ao contrário do sistema *common law*, grande aplicador de precedentes, eis que, não se utilizando da norma codificada, analisa seus casos concretos por meio de tradições e costumes.

Assim, com a preocupação de nos prepararmos para o novo e entender este novo instituto à nossa disposição, foi elaborado estudo sobre a legitimidade, procedimento, julgamento do IRDR e, se poderíamos chegar à conclusão de que suas decisões podem ser consideradas precedentes, conforme adotado pelo sistema *common law*.

A REGRA DO PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE: NOÇÕES PROPEDÊUTICAS ACERCA DO *COMMON LAW*, *CIVIL LAW* E *STARE DECISIS*

É sabido que o legislador processual civil expressa grande apreço aos entendimentos reiterados dos tribunais com finalidade diretiva em casos futuros.

Cuida-se de um novo olhar que supera a corrente filosófica positivista a ser observada pelos magistrados quando da tomada de decisão e que, assim, deixa de enfrentar o veredito a partir de um olhar puramente endoprocessual. O que se busca, por meio da prestação jurisdicional contemporânea, é realizar a interpretação da lei que será aplicada ao caso concreto de maneira prospectiva, possibilitando a conversão da decisão em regra geral, ou seja, uma direção a ser seguida e respeitada pelos demais tribunais, o que seria algo próprio da percepção do precedente judicial.

E, para um melhor entendimento, parte-se da busca histórica dos precedentes judiciais dentro dos dois principais sistemas jurídicos ocidentais, quais sejam: o *Common Law* e o *Civil Law*.

O *Common Law* é de origem anglo-saxônica, fundada em costumes (Direito Consuetudinário) como principal fonte na apreciação e interpretação do caso concreto, cuja decisão proferida poderá configurar um precedente (*stare decisis*) nos julgamentos futuros.

Para André Nogueira (2016), a origem da força dos precedentes remonta à família de tradição anglo-saxônica do Direito (*stare decisis* do direito inglês ou a *holding* do direito estadunidense), ambos com forte conotação interpretativa do direito consuetudinário e que prestigiam a *ratio decidendi*, ou seja, precedentes construídos a partir de tradições seculares e com papel de destaque na formação da consciência social, cultural e histórica para os países que adotam esse sistema.

Por outro lado, a *Civil Law* vai em contrapartida. De tradição romano-germânica, este sistema prestigia a formação da experiência jurídica pela via da lei como fonte primária e ferramenta apta na solução dos casos concretos e posterior tomada de decisão. Nos países que adotam o *Civil Law*, como é o caso do Brasil, o sistema jurídico se organiza por meio do direito escrito e codificado, em que a lei (*lato sensu*) é a fonte principal, que deve ser observada pelo magistrado quando da prolação de uma decisão, o que significa dizer que, no sistema da *Civil Law*, não se reconhece na figura do magistrado a possibilidade de ser o criador da Ciência Jurídica diante de um ato decisório.

Conforme acima mencionado, o sistema jurídico brasileiro é baseado na estrutura cognitiva das premissas da tradição do *Civil Law*, em que o objeto cognoscível é a lei em seu sentido mais aberto, com ou sem maior consideração do seu aspecto principiológico. Na concepção romanesca, a premissa ou ponto de partida não se sedimenta na prática cotidiana e na análise das razões ventiladas para decidir o caso concreto, pelo contrário, pensa-se na norma que mais se

amolda para depois buscar um caso análogo, e aí, então, a partir da técnica subsuntiva lógico-dedutiva, decide-se a lide posta à apreciação jurisdicional.

Nesse contexto, o caso concreto anteriormente julgado assume papel secundário de motivação da decisão judicial e, em regra, mero discurso de retórica padronizada e estereotipada das decisões, consistindo em ponto de chegada, explica André Nogueira (2016), quando trata da dinâmica da tomada de decisão na visão civilista.

Na lição de Elpídio Donizetti (2016, p. 1300), o sistema judiciário brasileiro pós-Constituição Federal não é nem de longe legalista, porque a escolha da lei como parâmetro de apreciação do direito pressupõe a observância do arcabouço principiológico constitucional. E, assim, estando a lei em desconformidade com o princípio lá contido, o magistrado está autorizado a afastar a legislação. Da mesma forma, havendo um precedente com força obrigatória (por exemplo, uma decisão de recurso repetitivo), exigirá do magistrado o dever de abstrair-se da lei na qual eventualmente tenha o precedente se embasado e aplicar tão somente o julgamento do Tribunal.

Na visão de Donizetti (2016), a permissão do magistrado para afastar a lei sob a justificativa de incompatibilidade com as normas principiológicas constitucionais seria nada mais do que, uma tentativa de relativizar o alinhamento do sistema jurídico brasileiro com o *Common Law*, ou seja, um reflexo dos precedentes judiciais trazidos pelo novo Código de Processo Civil.

Complementando tal raciocínio, conclui Câmara (2017, p. 367) que o ordenamento jurídico pátrio, tradicionalmente romanesco, prestigia a construção de um sistema de formação de decisões judiciais costumeiras com base em precedentes, desde que adaptados às características de um ordenamento civilista. Para o autor, em referência, a necessidade de adaptação decorre da tendência contemporânea de que as decisões judiciais devem estar atreladas aos precedentes pelo ordenamento jurídico para manutenção da segurança jurídica, ou seja, permanece sendo obrigatória a observância pura da lei.

Ressalta-se que, por meio dessa tendência processual, desponta uma questão basilar a ser enfrentada e discutida pelos operadores do Direito, qual seja: se o ato normativo possui várias interpretações, dado o caráter humanístico do direito, não parece satisfatório assegurar aos magistrados a mínima segurança jurídica que se espera num Estado Democrático de Direito? É o que se vislumbra com a adoção da norma processualista pela aplicação de precedentes, utilizado pelo *Common Law,* que casos idênticos possuam soluções idênticas, a despeito da experiência jurídica pela via da lei *lato sensu* dos brasileiros.

Significa dizer que, em tempos hodiernos, o precedente judicial também necessita ser observado, não figurando somente a lei como protagonista do raciocínio decisório.

A cultura de respeito ao precedente judicial no Brasil, leciona Marília Siqueira (2015, p. 817-818), veio sendo consolidada ao longo dos anos, o que, inevitavelmente, implicou na sua positivação pelo novo Código de Processo Civil. Fala-se em consolidação, pois o uso de precedentes jurisdicionais não constitui uma novidade da última década. Afirma-se, portanto, que houve uma intensificação ou ao menos uma aplicação consciente do que se chamará mais à frente de norma jurisprudencial. Assim, torna-se possível afirmar que o CPC/2015, ainda que de forma simbólica, transpõe princípios constitucionais em suas normas fundamentais e, mais do que isso, impõe um dever de uniformização da jurisprudência, acabando por gerar efeitos que irradiam para todo o sistema jurídico.

Outro ponto relevante que deve ser mencionado acerca dos precedentes é que sua composição decorre da *ratio decidendi* (razão de decidir), ou seja, tão somente os fundamentos que embasaram a decisão poderão ser evocados no futuro, delimitando e engessando nova argumentação processual.

Sobre o assunto, Fredie Didier Jr. et al. (2013, p. 388) lecionam que os argumentos acessórios elaborados para o deslinde da causa (*obter dictum*) não podem ser utilizados com força vinculativa, por não terem sido determinantes para a decisão.

Contudo, a aplicação dos precedentes ainda não é aceita em sua integralidade no sistema jurídico brasileiro, acarretando divergências na doutrina, na jurisprudência e entre os operadores do direito. Isso se justifica pela ausência da teoria costumeira (ou seja, a aplicação dos costumes e tradições) no sistema regido pela *Civil Law*.

A convivência com o *stare decisis*, tal como se apresenta no Código de Processo Civil vigente, representa uma teoria relativamente nova, na qual o precedente obrigatório corresponde à norma criada por meio de uma decisão magistral, e que deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos inferiores, como se compulsória fosse a sua observância, como ocorre nos casos de recursos repetitivos julgados pelas Cortes Superiores.

Entrementes, adverte Donizetti (2016, p. 1.304) que, no sistema brasileiro, é adotado o *stare decisis*, porém de modo tímido e mitigado, apresentando-se com outra roupagem, eis que se desvincula da ideia de que o juiz deve apenas declarar o direito observando determinado precedente firmado em momento anterior.

Ainda, consigne-se que os precedentes judiciais não devem ser aplicados pelos magistrados de maneira aleatória, pois devem ser creditadas todas as peculiaridades de cada caso concreto, e a *ratio decidendi* da decisão-modelo ser confrontada com o caso que será julgado.

Essa conduta de aplicar o precedente analisando o caso tido como modelo, quando da análise do caso concreto, é denominada *distinguishing*, que, segundo Tucci (2004, p. 174), é o procedimento pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma. De tal feita que,

caso a matéria de fato e os precedentes judiciais não guardem semelhanças, o magistrado poderá afastar a utilização do mecanismo, o que leva à conclusão de que o julgador fará a individualização do direito pleiteado.

Elementos do precedente judicial

Para um melhor entendimento do sistema dos precedentes judiciais, é importante analisar os seus elementos constitutivos denominados pela doutrina, respectivamente, *ratio decidendi* e *obter dictum*.

Na conceituação de Siqueira (2015, p. 824-284), a *ratio decidendi* é a tese jurídica utilizada pelo órgão julgador para solucionar o caso concreto, constituída por uma norma geral e abstrata e, por isso, poderá ser aplicada na decisão de outras demandas judiciais fundadas em situações semelhantes. É exatamente a esta parte do precedente judicial que se confere eficácia vinculante, por ser determinante na solução dos casos futuros. Em contrapartida, o *obter dictum* é o elemento não essencial do precedente, constituindo-se de argumentos acessórios constantes na motivação, ou seja, aqueles que não influenciam e tampouco sustentam a decisão judicial, posto não se referirem ao objeto da demanda (causa de pedir e pedido).

Essa diferenciação é importante, uma vez que, no sistema do *Common Law*, a cada caso submetido a julgamento, o magistrado deve pesquisar a existência de prévio pronunciamento judicial sobre o tema, e, quando da constatação da existência de outro caso semelhante, deve realizar um processo de decomposição do precedente.

A conduta do magistrado em identificar a *ratio decidendi* do precedente judicial se amoldaria no caso em julgamento, ou seja, este é suficientemente igual ao precedente alegado, o que demandaria uma resposta judiciária idêntica, denominada *distinguishing* (afastamento de uma regra jurisprudencial).

Por sua vez, a conduta de diferenciação, que seria a decomposição do precedente, nas palavras de Camargo (2012, p. 559), tem o objetivo de separar a essência da tese jurídica (*ratio decidendi*, no direito inglês, ou a *holding* do direito estadunidense) das considerações periféricas (*obiter dicta*), pois é apenas o núcleo determinante do precedente que vincula (*binding precedent*) o julgamento dos processos posteriores.

Portanto, a *ratio decidendi* é a regra de direito que foi posta como fundamento da decisão judicial, e *obiter dicta* (no singular, *obiter dictum*) são as afirmações e argumentações úteis para a compreensão da decisão, mas que não constituem parte vinculante do seu fundamento jurídico.

Na visão de Marinoni (2012, p. 222), a *ratio decidendi* seria a tese jurídica ou interpretação da norma consagrada na decisão, não podendo ser entendida

como parte da fundamentação, mesmo que nela se encontre, enquanto o *obiter dictum* seria aquilo que pode se transformar em *ratio decidendi*.

Entretanto, registre-se que os precedentes não possuem apenas elementos constitutivos, eis que sobre eles pode incidir o que é denominado *overruling*, que é o fenômeno que ocorre quando os precedentes são revogados, desde que a decisão que o faça seja bem fundamentada. Além de afastar a aplicação do precedente no caso concreto, o *overruling* objetiva infirmar a validade da regra paradigma, como explica Marcela Grillo (2015).

A evolução do precedente judicial vinculante no Brasil

A Emenda Constitucional nº 45/2004, regulamentada pela Lei Federal nº 11.147/2006, ficou conhecida pela inserção das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, mas os precedentes judiciais vinculantes já estavam consagrados desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 3/1993, que concedeu efeito vinculante à decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC. A Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil revogado (art. 481 do CPC/1973) também apontavam para a adoção dos precedentes judiciais em diversos dispositivos.

A relevância da referida emenda 45/2004 repousa na introdução do fenômeno da repercussão geral nas questões submetidas ao Recurso Extraordinário, disposto no art. 102, § 3º, da Constituição Federal, que revolucionou o Poder Judiciário e, sem dúvidas, foi um importante passo na longa evolução processual do Brasil.

A própria EC nº 45/2004, que introduziu no ordenamento jurídico a súmula vinculante, acrescentou o § 3º ao art. 102 da CF, incluindo, dentre os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, a necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. Tal inovação surgiu da necessidade de diminuir e de acelerar a marcha dos recursos nos tribunais superiores. Foi um requisito inspirado no sistema do *Common Law*, uma vez que é restrita a chegada de questões particulares, cujo interesse é das partes, na Suprema Corte, o que acaba por deflagrar o início da uniformização das decisões judiciais, que serão realizadas de cima para baixo, no Poder Judiciário e na sistemática jurídica brasileira (TUCCI, 2004, p. 266). Infere-se, portanto, que a adoção dos precedentes judiciais decorreu de imposição legal.

Antes do CPC/2015, todos os casos de decisão com força vinculante *erga omnes* (em sentido estrito) concerniam a instrumentos previstos na Constituição, atinentes ao controle concentrado de constitucionalidade desempenhado pelo STF, cuja decisão prolatada possuía eficácia vinculante, estando presente tanto nas decisões liminares quanto nos pronunciamentos finais de acolhimento ou

improcedência do pedido na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, na arguição de descumprimento de preceito fundamental e na súmula vinculante.

Agora, o CPC explicita a necessidade de uniformização da jurisprudência e de manutenção de sua estabilidade, integridade e coerência (art. 926), bem como o respeito aos posicionamentos predominantes adotados pelos tribunais (arts. 927 e 489, § 1º, V e VI; art. 985, I e II; art. 1.039 etc.).

Ainda, o novo diploma processual amplia as hipóteses de força vinculante em sentido estrito, ou seja, atribui eficácia não só às decisões proferidas em recursos especiais e de recursos extraordinários repetitivos como também nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência (art. 985, § 1º c/c art. 928; art. 947, § 3º e art. 988, IV), leciona Eduardo Talamini (2016).

OPERACIONALIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR

Além das considerações trazidas pelo novo Código de Processo Civil acerca dos precedentes, é possível contemplar no Livro III, Título I, Capítulo VIII, uma inovação denominada "Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas", mais conhecida como IRDR. A referida inserção no *Codex* encontra-se distribuída em 11 dispositivos (arts. 976 a 987) dedicados à regulamentação dessa nova técnica processual.

O Código de Processo Civil de 2015 inicia, a partir do art. 976, *caput,* a operacionalidade do IRDR ao dispor que é cabível a instauração do IRDR quando houver simultânea repetição de processos com a mesma questão unicamente de direito ou risco à isonomia e à segurança jurídica.

O que nos transmite a ideia de que o legislador, ao criar o instituto do IRDR, objetivou buscar uma solução ao imbróglio que surge no Poder Judiciário, dadas as inúmeras e reiteradas demandas que versam sobre a mesma questão de direito e, em razão das regras de distribuição e competência, colocam em risco os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica quando da prolação de sentenças, que dão tratamentos distintos, quando não contraditórios, ao mesmo caso, caracterizando a tão vulgarizada loteria judicial.

Na lição de Talamini (2016), o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) presta a discussão da questão de direitos homogêneos (próprios e inconfundíveis), por ocasião do julgamento que venha a fixar uma orientação jurídica a ser seguida nos demais casos idênticos, conforme regulado nos arts. 976 a 987 do CPC. Assim, uma vez sedimentada a orientação jurisprudencial sobre a questão reiterativa, é razoável que todos os casos julgados, subsequentemente, sejam decididos de um mesmo modo.

Embora seja recente o instituto processual do IRDR, já temos alguns incidentes em tramitação, sendo os dois primeiros casos um proposto junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo sido julgado no dia 28 de março de 2017, pela Turma Especial de Direito Privado 2 (feitos nº 2059683-75.2016.8.26.0000, e apelação nº 1025498-2014.8.26.0100), e outro, julgado no dia 31 de março de 2017, pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, que declarou a suspensão em todo o País das ações que tenham objeto idêntico (questão de direito) ou nas situações em que haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Sofia Temer (2017, p. 33-34) defende que o IRDR coaduna com a Constituição da República Federativa e é facilmente contextualizado quando analisado, pois a estrutura judiciária não foi organizada e não está preparada para receber enxurradas de processos repetitivos e dar-lhes adequado tratamento e desfecho. Não há recursos suficientes e bem empregados para resolver o abarrotamento dos fóruns e tribunais em todo o País. A feição repetitiva dos conflitos tornou premente a necessidade de adequação da técnica processual e reinvenção do processo judicial. O devido processo legal, pensado para os processos individualizados e únicos, mostrou-se inadequado para as demandas repetitivas.

Nesse sentido, o IRDR surge como procedimento apto para adequar-se às novas exigências do mundo contemporâneo, caracterizado pela massificação de processos que vem sobrecarregando o Poder Judiciário e sacrificando os direitos processuais básicos do jurisdicionado.

Contudo, no entender de Nunes e Bahia (2015, p. 721), o fenômeno do uso do direito jurisprudencial em litígios repetitivos seria apresentado como solução supostamente idônea, eis que estaria se confirmando que as ferramentas antigamente utilizadas não condizem mais com a nova realidade processual, exigindo que vários países regidos pela *civil law* buscassem na *common law* solução para essa problemática, mesmo que o sistema de precedentes não tenha sido criado, originariamente, com essa finalidade.

Assim, é possível verificar dois posicionamentos doutrinários que podem conduzir às concepções antagônicas a respeito do mesmo instituto.

Operacionalização técnica do IRDR

O instituto denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, como já dito, é uma novidade no Direito Brasileiro, que, apesar de divergências doutrinárias na interpretação, trata-se de técnica procedimental padronizada nos moldes do sistema jurídico alemão, que lhe serviu como inspiração.

Como o próprio nome sugere, trata-se de uma técnica introduzida com a finalidade de auxiliar no dimensionamento da litigiosidade repetitiva mediante uma cisão da cognição por meio do procedimento-modelo ou procedimento-

-padrão, ou seja, um incidente no qual são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares (questões jurídicas de direito material ou processual), não sendo meio hábil para conhecer ou valorar qualquer direito subjetivo contido no processo-modelo.

Na lição de Temer (2017, p. 277), o IRDR é trifásico, pois pode ser segmentado em três fases principais: a fase de instauração e admissão – que compreende os atos preparatórios ao debate, com o reconhecimento do objeto que incidirá a tese jurídica formulada; a fase de afetação e instrução – que compreende a delimitação da sua estrutura, atuação dos legitimados que constam do rol do artigo 977 do CPC, as possibilidades de intervenção e os atos instrutórios; e a fase de julgamento – que compreende a decisão que fixa a tese jurídica e os possíveis recursos que podem ser interpostos contra esse pronunciamento judicial.

Concluídas as etapas, a tese jurídica fixada deverá ser aplicada aos casos repetitivos que tiveram a sua semelhança reconhecida pelo IRDR.

Entretanto, feitas breves considerações acerca das etapas contidas no procedimento do IRDR, faz-se necessário mencionar que o IRDR, mesmo que autorize sua instauração de ofício ou por simples petição, exige o preenchimento de requisitos de admissibilidade, previstos no art. 976 do CPC, que serão analisados pelo órgão colegiado do tribunal competente.

Da mesma maneira segue o Enunciado nº 91 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC: cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática, explica Bueno (2015, p. 620).

Também se faz digno de nota que a legitimidade para postulação e instauração do incidente será do presidente do tribunal (estadual ou federal), que pode atuar de ofício ou ser provocado por um dos legitimados mencionados no artigo 977 do CPC, quais sejam: as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública, por meio de simples petição, que deverá ser instruída com documentos que comprovem a existência de inúmeras demandas que versem exclusivamente sobre a mesma questão de direito.

Na lição de Bueno (2015, p. 616), a menção feita pelo inciso III do art. 977 do CPC ao Ministério Público e à Defensoria Pública merece ser interpretada amplamente, pois a legitimidade desses órgãos se dá tanto na condição de parte como quando o Ministério Público atua na qualidade de fiscal da ordem jurídica e a Defensoria na representação de hipossuficiente.

Uma vez admitido um incidente, o relator deverá suspender todos os processos que versem sobre a matéria jurídica suscitada que tramitam no Estado ou região, sejam elas ações individuais ou coletivas, e pedir informações adicionais ao juízo originário, que deverão ser atendidas em quinze dias. O relator também

deverá intimar o Ministério Público para se manifestar em igual prazo conforme previsão no art. 982 e incisos do CPC.

Iniciada a instrução, as partes interessadas serão ouvidas e poderão juntar documentos que entenderem necessários, em audiência pública previamente agendada pelo relator.

A partir do julgamento, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitam nos juizados especiais do respectivo Estado ou região. E, se não observada a tese adotada, caberá reclamação (arts. 985 e 986 do CPC).

Acerca da legitimidade de processamento e julgamento do IRDR dada aos tribunais, estaduais ou federais, devemos considerar que suas decisões serão utilizadas como uniformização de jurisprudência para o próprio tribunal, bem como a todos a ele vinculados, além de incidir sobre o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, conforme o § 3º do art. 979 do CPC. Trata-se de exigência plenamente justificável dada a razão última de ser do IRDR, de acordo com o art. 976 do CPC.

Ainda, registre-se que o parágrafo único do art. 978 do CPC dispõe que o órgão colegiado competente, além de julgar o IRDR e fixar a tese jurídica, também conhecerá do recurso, caso instaurado, bem como da remessa necessária ou do processo de competência originária de onde ele se originou.

Uma das mais importantes exigências contidas no regramento do IRDR é a de que a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça – CNJ, conforme prevê o art. 979 do CPC.

Também é previsto no art. 980 do CPC prazo de um ano para julgamento do incidente, observando-se a preferência nos casos de réu preso e *Habeas Corpus*.

Ainda, em conformidade com o art. 12, § 2º, do CPC/2015, com as alterações trazidas pela Lei 13.256/2016, os tribunais e juízes devem, preferencialmente, obediência à cronologia de conclusão dos autos processuais para a prolação da sentença ou acórdão, mas é excluída de tal comando a decisão proferida em recursos repetitivos ou em IRDR.

O fato de o IRDR não obedecer à ordem de antiguidade no julgamento por juízes e tribunais é exceção legal ao princípio da igualdade no tempo da finalização dos processos.

Para Bueno (2015, p. 619), tal disposição quer, e a exigência é absolutamente pertinente como elemento imanente à construção de uma teoria dos precedentes à brasileira, é a contextualização jurídica e fática da tese jurídica, conforme dispõe o § 1º do art. 927 do CPC e sua expressa remissão ao § 1º do art. 489

do CPC. É esta discussão, não apenas a menção a uma tese jurídica descontextualizada de seus fundamentos e de seus fatos determinantes, que será capaz de formar precedente.

Nesse sentido, Temer (2017, p. 214-215) explica que, a despeito da ausência de consenso total quanto a sua definição, o termo precedente é empregado quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, com certo grau de potencialidade, capaz de firmar como paradigma entendimento que servirá como orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. E, se compreendermos o termo sob essa perspectiva, então é possível enquadrar a decisão do IRDR como precedente pela sua eficácia vinculativa prevista no novo CPC (arts. 926 e 927).

Ressalta-se que, apesar da eficácia vinculativa, o precedente formado no IRDR não deve ser entendido tal como uma súmula vinculante, nos moldes conhecidos para as decisões do STF e STJ, porque a disciplina legal do IRDR trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 não avença essa possibilidade para os casos repetitivos julgados.

O SISTEMA DE PRECEDENTE SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Com a crise da legalidade acentuada no Século XXI, o Direito deixa de ser visto como um conjunto puro de regras, passando a incorporar também princípios, eis que as normas que compõem o sistema passam a ter conteúdo e direção orientados por valores e pelos princípios, o que acaba por exigir a construção de sentido ao caso concreto. Assim, nesse contexto de decadência do Positivismo, o Direito volta a ser descrito como uma prática social racional, e não mais como uma ordem criada num ato único e necessariamente arbitrário; logo, torna-se insuficiente a aplicação da fonte do Direito consubstanciada nas regras jurídicas produzidas pelo legislador para fundamentar as decisões, afirma Bustamante (2012, p. 116).

Ao se adentrar ao tema dos precedentes judiciais vinculantes, salta aos olhos uma valorosa questão: a convivência entre o sistema e alguns dos princípios constitucionais, tais como: da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF) e da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF). Isto porque os princípios se mostram como uma presença constante no universo jurídico, expressando e traduzindo valores inerentes a um determinado tempo histórico de certa sociedade e se vinculam às demais normas do ordenamento jurídico, que, inclusive, devem seguir seus mandamentos, eis que determinam a conduta humana e estatal.

Em sua importante obra sobre o tema, assevera Rothenburg (apud Rocha, 2003, p. 14) que a norma que dita um princípio constitucional não se põe à contemplação, como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo; põe-se

à observância do próprio Poder Público do Estado, bem como de todos os que à sua ordem se submetem.

Nesse contexto, o princípio da igualdade merece atenção e será o primeiro aqui analisado. Insculpido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal Brasileira, sua leitura leva à conclusão da necessidade de um processo justo, no qual os litigantes devem ter igual tratamento e oportunidades quando demandarem em Juízo.

Contudo, a igualdade formal insculpida no referido artigo se mostra insuficiente para sanar as paridades existentes na sociedade contemporânea, cada dia mais exigente e complexa, motivo por que a igualdade material visa tratar os desiguais na medida de suas desigualdades.

Isto porque, partindo do marco histórico ocorrido entre a primeira e segunda dimensão de Diretos Humanos, percebeu-se a necessidade de intervenção do Estado no direito concernente à coletividade.

Nesse sentido, Lafer (2006, p. 127) suscita que a primeira geração de direitos viu-se igualmente contemplada historicamente pelo legado do socialismo, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do "bem-estar social", entendido como os bens que os homens, por meio de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *Welfare State*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas.

Assim, torna-se possível perceber que a insuficiência da igualdade formal na tutela dos direitos do homem na primeira geração acaba por influenciar na igualdade material deflagrada na segunda geração dos Direitos Humanos, em uma constante tentativa de igualar o cidadão.

Ainda sobre a igualdade material, Dinamarco (2008, p. 209) leciona que neutralizar desigualdades significa promover a igualdade substancial, que nem sempre coincide com uma formal igualdade de tratamento porque esta pode ser fonte de terríveis desigualdades. A tarefa de preservar a isonomia consiste, portanto, nesse tratamento formalmente desigual que substancialmente iguala.

Da leitura dos doutrinadores supramencionados, visualiza-se que a regra do precedente judicial trazida pelo novo Código de Processo Civil impõe uma verdadeira exclusão processual à parte que observa seu direito sendo estabelecido a partir da incidência de casos semelhantes. E, assim, viola a concretização

do princípio da isonomia consistente em proporcionar participação equânime às partes, quando as particularidades de cada caso concreto são analisadas de forma genérica e impessoal.

É necessário haver uma assimilação do Direito de uma forma cada vez mais humana, afastando-se a ideia das decisões em massa no estilo Fordismo[1], nas quais o que realmente importa não é a análise crítica da circunstância, mas, sim, a produção de decisões coletivas. Ora, não há que se falar em igualdade material se os juízes passarem a resolver os conflitos de maneira simples, com a aplicação de precedentes ou a incidência e subsunção ao caso concreto da lei ou do ato normativo.

É certo que a lei e o próprio precedente judicial vinculante não conseguem, por si próprios, prever todas as situações hipotéticas que podem se enquadrar, todavia, caberá sempre aos julgadores a melhor decisão em cada caso concreto.

Além da observância ao princípio da legalidade, o IRDR também poderá ser proposto quando houver risco à segurança jurídica, que é princípio constitucional implícito no ordenamento jurídico brasileiro, extraído a partir da leitura do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que prevê que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Entretanto, acredita-se que há uma verdadeira insegurança jurídica no que tange à adoção dos precedentes vinculantes, dada a abrupta mudança da orientação jurisprudencial. Tal posicionamento se justifica principalmente porque os litigantes processuais devem consultar a jurisprudência antes da prática dos atos, para que este seja classificado como perfeito.

Para Donizetti (2016, p. 1302), as Cortes de Justiça, por seu turno, ao julgarem a validade de um ato jurídico, por exemplo, deverão verificar a jurisprudência imperante à época. Afinal, *tempus regit actum*, o que significa dizer que, em casos em que o precedente firmado pela tese jurídica não se amolda a um caso em concreto, este não pode ser atingido, mas, sim, analisado individualmente.

ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO SISTEMA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES

Como já ventilado nos tópicos acima, não existem doutrinas e artigos acadêmicos que versem sobre o Processo Civil de Exclusão, dado o curto espaço de tempo decorrido desde a promulgação da lei.

Contudo, é imperioso registrar que, durante a pesquisa, foram observadas correntes divergentes sobre os precedentes judiciais, técnica processual puramente

---

[1] Fordismo é um sistema de produção, criado pelo empresário norte-americano Henry Ford, cuja principal característica é a fabricação em massa de carros.

costumeira (*Common Law*) e hoje consagrada na sistemática processual brasileira, pela promulgação do novo Código de Processo Civil.

Diante de tal realidade, buscam-se nas esparsas teses e dissertações publicadas *on line* vozes que coadunam com o entendimento dos pesquisadores, ora autores, de que a sistemática dos precedentes judiciais, no caso do Brasil, apresenta-se como engessamento das decisões judiciais, quando obrigam os operadores do Direito e os magistrados à observância de julgamento prévio no tribunal sobre o direito discutido em casos semelhantes.

De tal feita que, pela suposta celeridade processual e efetividade, a decisão certa está no precedente, em detrimento dos princípios constitucionais mais relevantes e respeito às garantias fundamentais da pessoa humana.

Assim sendo, os precedentes no nosso sistema são meros instrumentos de aceleração de julgamento, vedação de acesso às Instâncias Superiores, e, pior ainda, configuram formas de supressão do direito de ação do jurisdicionado quando restringem, de maneira reiterada, as garantias processuais mais comuns, como o contraditório e a motivação das decisões judiciais.

CONCLUSÃO

Por meio da criação do Incidente de Resolução das Demandas Repetitivas, observa-se que, ao entender a sua decisão como precedente judicial, trazido do sistema *common law* para o sistema jurídico brasileiro, visou à diminuição de demandas repetitivas, eis que fixada a tese jurídica, acaba por exigir dos Magistrados, ao menos vinculados ao tribunal que criou a tese, a aplicação do mesmo entendimento para as demandas que demonstrem ter o inconformismo baseado no mesmo objeto, seja de direito material ou processual.

Ainda, foi possível concluir que, levada a tese jurídica fixada em IRDR à apreciação das Cortes Superiores, pela interposição dos recursos especiais e extraordinários, tal tese teria sua eficácia vinculativa, antes considerada regional, ampliada para eficácia vinculativa nacional, na qual todos os tribunais, estaduais ou regionais, devem observância à nova interpretação dada a norma, como ocorria e ocorre quando temos recursos repetitivos ou criação das súmulas vinculantes.

Entretanto, acredita-se que, mesmo que o IRDR tenha sido um instituto criado para dar maior celeridade processual e evitar demandas numerosas com o mesmo objeto, eis que o novo procedimento judicial não verifica direito subjetivo das partes, mas, sim, o direito objetivo (material ou processual), além de evitar riscos aos princípios da igualdade e da segurança jurídica. Acabou-se, em contrapartida, engessando a atuação jurisdicional dos Magistrados, que não terão, na análise do caso concreto, uma ampla atuação, eis que devem obediência ao precedente já formado.

Não obstante, devemos considerar que, mesmo que se entenda que a decisão do IRDR seria um precedente, é sabido que, ao longo dos anos e com o evoluir diário da sociedade, este poderá restar antiquado, o que admite a realização de sua revisão, diferentemente do que ocorre e é admitido no sistema *common law*.

Sendo assim, acredita-se e chega-se à conclusão de que, mesmo que o legislador tenha inserido em nosso sistema algumas técnicas do *common law*, esta não será absoluta, devido às nossas normas codificadas e nossa preocupação em observar princípios, eis que não mais atuamos em busca da aplicação plena do positivismo, mas colocamos à frente de todo conflito a utilização e aplicação da norma em conjunto com o respeito ao princípio da dignidade humana, preocupando-se em proporcionar um resultado processual justo, adequado, em que as partes atuem em paridade de armas e tenham, ao final, a segurança jurídica de um direito efetivado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 jan. 1973.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial:* a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme como elemento estruturante do sistema jurídico brasileiro*. 2014. 371 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6364/1/Claudia%20Aparecida%20Cimardi.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

DIDIER JR, F.; OLIVEIRA, R.; BRAGA, P. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2008.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DUARTE, Zulmar; GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Teoria geral do processo:* comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Forense, 2015.

GRILLO, Marcela Fontenelle. A aplicação prática do precedente judicial: *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*. *Jusbrasil*, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/1119672-marcela-fontenelle-grillo/publicações>.

HELLMAN, Renê Francisco. *Precedentes e decisão judicial no processo civil brasileiro: a necessidade da busca pela resposta correta*. 2015. Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2015.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos:* um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador/BA: Juspodivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 1. ed. em *e-book* baseado na 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

NOGUEIRA, André. A teoria do direito como Integridade e a falácia sistêmica do CPC. In: OLIVEIRA, Flávio Luis de (Org.). *Garantias fundamentais do processo civil brasileiro:* dominação ou efetividade? Paraná: Redige Produção Editorial, 2016.

NUNES, D.; BAHIA, A. M. F. Precedentes do CPC-15: por uma compreensão constitucionalmente adequada de seu uso no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Novo CPC doutrina selecionada*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2: Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O incidente de resolução de demandas repetitivas introduzido no direito brasileiro pelo novo Código de Processo Civil. *RIL*, Brasília, ano 53, n. 210, p. 63-80, abr./jun. 2016. p. 63. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p63.pdf>.

PERETTI, F. V.; RODRIGUES, D. G. O. C. Histórico do *amicus curiae* no direito estrangeiro. Encontro de Iniciação Científica – EIC 2015, *Revista Intertemas*, Presidente Prudente/SP. Disponível em: <intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/download/4984/4874>. Acesso em: 21 jul. 2017.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

SIQUEIRA, Marília. Noções fundamentais para o julgamento por aplicação do precedente judicial: necessidade de adaptação a partir do novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). *Novo CPC doutrina selecionada*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2: Processo de conhecimento e disposições finais e transitórias.

TALAMINI, Eduardo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR):* pressupostos. Migalhas de Peso, março 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047Incidente+de+resolução+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>. Acesso em: 20 jul. 2017.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

Data de recebimento: 12/03/2018

Data de aprovação: 19/06/2018

LAICIDADE E DEMOCRACIA: O ABUSO DO PODER RELIGIOSO NO PROCESSO ELEITORAL COMO OFENSA AOS POSTULADOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

LAITY AND DEMOCRACY: THE ABUSE OF RELIGIOUS POWER IN THE ELECTORAL PROCESS AS AN OFFENSE AGAINST THE POSTULATES OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais*

RESUMO

O presente artigo aborda o abuso de poder religioso no processo eleitoral como ofensa aos postulados do Estado Democrático de Direito. Num primeiro momento, aborda o princípio da laicidade estatal, inserido no artigo 19 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, decorrente do princípio da dignidade humana, esteio do constitucionalismo contemporâneo brasileiro. Posteriormente, são revistos princípios eleitorais setoriais relacionados ao tema, para, no final, ser analisada a possibilidade de serem cassados mandatos ou diplomas, como também decretar inelegibilidade em decorrência do abuso de poder religioso. Para isso, é necessário estudar as características das práticas abusivas da religião, como também o limite entre o exercício do direito da liberdade de crença e a lisura do processo eleitoral.

Palavras-chave: Abuso de poder; Democracia; Estado democrático de direito; Laicidade; Religião.

---

* Mestre e Doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Ciências Criminais (UGF-RJ). Professor na graduação em Direito da Universidade de Itaúna e na Faculdade de Pará de Minas. Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna. Coordenador-adjunto do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna. E-mail: marcioeduardopedrosamorais@gmail.com.

ABSTRACT

This article deals with the abuse of religious power in the electoral process as an offense against the postulates of the Democratic State of Law. Firstly, it addresses the principle of state secularity, inserted in article 19 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, stemming from the principle of human dignity, the mainstay of Brazilian contemporary constitutionalism. Subsequently, sectorial electoral principles related to the subject are reviewed, in order to analyze the possibility of canceling mandates or diplomas, as well as decreasing ineligibility due to the abuse of religious power. To do so, it is necessary to study the characteristics of abusive practices of religion, as well as the limit between the exercise of the right of freedom of belief and the smoothness of the electoral process.

Keywords: Abuse of power; Democracy; Democratic state; Laicity; Religion.

INTRODUÇÃO

Marques Batista de Abreu[1] (PTB) moveu Ação de Investigação Judicial Eleitoral[2] (AIJE) no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, que recebeu o número 537003, contra os deputados eleitos Marcio José Machado Oliveira (Missionário Marcio) (estadual, do PTB, pela Coligação Avante Minas) e Franklin Roberto de Lima Souza (pastor Franklin) (federal, do PT do B, pela Coligação +Minas) e o pastor evangélico Valdemiro Santiago de Oliveira.

O fundamento das ações foi o abuso de poder político, de autoridade e religioso, em decorrência de evento de cunho religioso realizado na Praça da Estação, na cidade de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, às vésperas das eleições do ano de 2014. Os dois candidatos investigados estiveram no evento, onde panfletaram material de campanha, tendo sido também conduzidos ao palco pelo pastor Valdemiro, que pediu votos aos milhares de fiéis presentes. O evento, com estrutura para um público de 15 a 25 mil pessoas, foi custeado pela Igreja Mundial do Poder de Deus, com *shows* e fretamento de transporte para os participantes. Como meios de divulgação foram utilizados o *site* da Igreja, redes sociais, *busdoor*, como também a transmissão ao vivo pela TV Mundial e pela internet.

---

1 Marques Batista de Abreu foi futebolista, tendo atuado no final da década de 1990 e início de 2000 em times como Corinthians, Flamengo, São Paulo Futebol Clube, Vasco da Gama, Atlético Mineiro, como também clubes japoneses. Também teve passagens pela seleção brasileira.

2 A Lei Complementar 64, de 1990, prevê, no seu artigo 22, que qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou partido político.

Além do abuso de poder político, alegou-se o abuso de poder religioso, uma vez que houve atrelamento de pedido de votos a crenças e práticas religiosas.

Diante da procedência da Ação, os mandatos dos parlamentares foram cassados e declarada a inelegibilidade dos três por um período de oito anos. Como destacado por Roberto Moreira de Almeida (2016, p. 637), a AIJE é a "ação destinada a proteger a legitimidade e normalidade das eleições e coibir o abuso do poder econômico ou público, a utilização indevida de veículos ou meios de comunicação, bem como a fraude nos pleitos eleitorais brasileiros".

Num primeiro momento, o caso traz nuance que pode auxiliar na discussão do problema, o que será feito na última seção da pesquisa: o fato de o requerente da AIJE ser atleta reconhecido nacionalmente, com passagem por importantes clubes do futebol brasileiro, ou seja, é personagem conhecida no cenário esportivo midiático. Neste sentido, poderia ser alegado também ter o requerente utilizado de sua imagem pública de modo abusivo, o que teria alavancado sua candidatura de modo benéfico e desigual em relação aos outros concorrentes.

A referida AIJE é importante por veicular temática recente nas discussões do Direito Eleitoral, ainda desmerecida e desconsiderada pelos tribunais brasileiros, que, à esteira daquilo que se afirma na sociedade brasileira, o jargão "religião não se discute" parece ser considerado verdadeiro pelo Poder Judiciário. Ainda são isolados os enfrentamentos do Judiciário em relação ao corriqueiro abuso de poder religioso,[3] apesar de ser comum a prática de indivíduos que se afiliam a determinadas instituições religiosas com o intuito antiético e antidemocrático de angariar apoio político dos fiéis.

Partindo-se desse dado de realidade, é possível perceber um novo entendimento jurisprudencial sobre o abuso de poder no processo eleitoral,[4] qual seja, o abuso do poder religioso. Definir no caso concreto o *abuso de poder* demanda esforço hermenêutico, principalmente em se tratando do processo democrático, no qual há publicidade, *marketing* eleitoral e a própria exposição de figuras conhecidas na sociedade, como artistas, esportistas, religiosos, o que aconteceu nos dois polos da AIJE no caso em epígrafe. Desse modo, são fundamentais bom senso e proporcionalidade por parte do intérprete ao analisar o abuso de poder religioso, sob pena de ferir a própria dignidade humana do candidato, que terá sua imagem misturada com suas opções de credo religioso.

---

[3] Importante destacar a existência de jurisprudência entendendo como impossível a aplicação do abuso de poder religioso, em razão da ausência de previsão legal, conforme entendimento da Ministra Luciana Lóssio, do Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento de pedido Liminar na Ação Cautelar n. 134.223.

[4] Por *processo eleitoral* entende-se o "fenômeno social ou a complexa relação que tem por escopo viabilizar a concretização do direito fundamental de sufrágio e, pois, de escolha, legítima, dos ocupantes dos cargos público-efetivos em disputa" (GOMES, 2016, p. 645).

A religião é um aspecto importante da realidade humana, porém, deve estar relacionada ao campo privado, e não ao público. Desde as mais remotas civilizações, e até mesmo antes, com os povos pré-civilizados, notam-se elementos religiosos nas práticas cotidianas, principalmente nas inscrições das pinturas rupestres, nos rituais, nas vestimentas, ou seja, a religiosidade é um fator presente na humanidade, constituindo uma tentativa humana de se entender aquilo que não é plausível no mundo físico, aquilo que não pode ser explicado pelo conhecimento científico de uma época.

Partindo-se da premissa de que a religião não pode legitimar práticas públicas, considera-se inconstitucional a utilização de instituições religiosas como palanque para a busca pelo voto, o que também provoca desequilíbrio entre os candidatos, ferindo os valores democráticos, que demandam liberdade de escolha.

Considerando a influência da religião no País, é chegado o momento de realizar uma rápida explanação sobre a imbricação entre política e religião no cenário brasileiro, uma relação de mais de 500 anos de história.

Quando da chegada dos europeus, em 1500, a *cruz* foi apresentada aos índios, sendo utilizada como objeto de evangelização e de dominação. Rapidamente chegaram os jesuítas, com o intuito de educar "a pobre gente" nos ensinamentos do cristianismo. Assim, durante mais de 300 anos, a *Terra Brasilis* era *Ecclesiae voluntas*, ou seja, a vontade da Igreja Católica, tendo havido momentos históricos nos quais foi impossível separar Colônia e Igreja (1500-1822), e, posteriormente, Estado e Igreja (a partir de 1822).

Em síntese: essa relação entre Igreja e Colônia, depois Estado independente, teve momentos de proximidade, assim como de rupturas, mas sempre se caracterizou como sendo de conexão. De um lado, os interesses católicos sendo protegidos por governantes, de outro, membros da Igreja infiltrando na estrutura administrativa estatal, de modo direto e indireto, no sentido da presença de agentes públicos que representavam os interesses eclesiásticos.

A proximidade da Igreja Católica com o Estado será oficializada logo na Constituição monárquica de 1824, que instituiu o modelo confessional de Estado, com uma religião oficial: o Catolicismo. O documento oficial do indivíduo era o batistério, os cemitérios eram reservados aos católicos, e os religiosos eram indicados pelos governantes. Deste modo, para que alguém pudesse assumir algum cargo político, necessário se fazia ser católico, pois, do contrário, não haveria a cidadania brasileira. Com a laicização jurídica do Estado, efetivada pelo Decreto 119-A, de 1890, com a participação fundamental de Ruy Barbosa, a Igreja Católica não pode mais atuar publicamente, porém continua a fazê-lo "na sombra", demonstrando sua influência na política nacional.[5]

---

[5] Para aprofundar as questões envolvendo o papel da Igreja Católica nos acontecimentos marcantes da sociedade brasileira, *vide*: SERBIN, Kenneth P. *Padres, celibato e conflito social*: uma história da Igreja católica no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

Posteriormente, o protestantismo ganhou destaque no Estado, inclusive na política.[6] Esse aumento de influência do protestantismo na política tem início na década de 1980 e chegou aos momentos atuais, juntamente com a aproximação já existente entre o catolicismo e a política. O que se percebe é a utilização de elementos religiosos e morais na esfera pública, às vezes explícita, outras implicitamente.

Até a década de 1980, havia o consenso entre os protestantes de que *crente não se mete na política*. Assim, não houve, até final do século vinte, nenhum candidato à Presidência da República que vinculasse sua candidatura a uma determinada religião, o que somente ocorreu nas eleições de 2002, quando Anthony Garotinho (RJ) lançou sua candidatura, apoiado pela Igreja Universal do Reino de Deus, como também pela Assembleia de Deus e pela Igreja Sara Nossa Terra.

Como destacado, é a primeira candidatura à presidência da República de alguém que ressaltou sua convicção religiosa, trazendo para o debate público uma questão que deveria se localizar no campo privado, ou seja, utilizando uma instituição religiosa como meio para angariar votos.

Anthony Garotinho, apesar de inserir alguns elementos religiosos nos seus discursos, o fez de modo tímido, diferentemente do que ocorreu nas eleições presidenciais de 2010, quando houve constante influência de elementos morais e religiosos nos discursos políticos na esfera pública. A candidata Dilma Rousseff visitou diversas igrejas evangélicas, além de elaborar o documento "Carta Aberta ao Povo de Deus", por intermédio do qual ressaltou a importância do trabalho da comunidade evangélica na sociedade brasileira. Como ocorreu na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, quando a bancada protestante assumiu posição privilegiada nas decisões políticas, nessas eleições grupos políticos ligados ao protestantismo conquistaram considerável destaque político, principalmente em decorrência da fidelidade existente entre os fiéis.

O fenômeno se repetiu nas eleições de 2014. A presença de dois presidenciáveis ligados à Assembleia de Deus, Marina Silva e Pastor Everaldo,[7] potencializaram a discussão sobre política, Igreja e o voto evangélico (SANTOS, 2014). Questões religiosas foram inseridas na agenda de debates políticos: *o aborto, a legalização das drogas, o modelo ideal de família e de orientação sexual*. Esses temas foram tratados sob a ótica religiosa, sendo a Bíblia o fundamento para tanto.

---

[6] O fenômeno foi visível na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. Para uma análise aprofundada sobre a influência dos protestantes durante o período, *vide*: MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. *Liberdade religiosa:* o ensino religioso na assembleia nacional constituinte de 1987-1988. Curitiba: Juruá, 2015.

[7] O candidato Pastor Everaldo utilizou-se da nomenclatura *Pastor*, representando, além do seu sacerdócio, a própria religião protestante no processo eleitoral. Durante sua candidatura, utilizando-se de argumentos religiosos, combateu a legalização do aborto e das drogas, como também ressaltou a importância da família heterossexual.

Como destacado alhures, não há impedimento para que religiosos participem do processo político sob o aspecto passivo, ou seja, podendo ser candidatos, o que contraria a Constituição Federal, como também a legislação eleitoral, é a utilização de instituições religiosas como mecanismo para a conquista de votos.

A partir do momento em que o "altar" se transforma em "palanque" eleitoral, caracterizado está o abuso de poder religioso. Por *abuso de poder* entende-se "qualquer ato, doloso ou culposo, de inobservância das regras de legalidade, com consequências jurídicas negativas na esfera do direito [...] a utilização excessiva – seja quantitativa ou qualitativamente – do poder [...]" (ZILIO, 2016, p. 540). No mesmo sentido da doutrina, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral possui elementos basilares para a compreensão do que seja o abuso. Desse modo, considera abuso de poder a conduta que possa afetar o equilíbrio entre os candidatos, que macule a disputa eleitoral, ofendendo sua legitimidade. A decisão abaixo é didática:

> 1. No abuso de poder, o bem protegido é a legitimidade da eleição. A lei visa a afastar o desequilíbrio entre os candidatos, em face de possíveis excessos praticados e, com isso, garantir a lisura do pleito. 2. Nos termos da firme jurisprudência da Corte, é necessário que esteja presente o requisito da potencialidade, que é a demonstração de que os atos praticados teriam força suficiente para macular o processo de disputa eleitoral. [...] (Ac. de 23.6.2009 no RO n. 1.481, rel. Min. Marcelo Ribeiro)

José Jairo Gomes ressalta que o conceito de *abuso de poder* é "fluido, indeterminado, que, na realidade fenomênica, pode assumir contornos diversos" (GOMES, 2016, p. 656). Continuando, frisa que "essas variações concretas decorrem de sua indeterminação *a priori*". (GOMES, 2016, p. 656). Essas características tornam o conceito elástico e flexível, devendo ser a situação analisada no caso concreto.[8]

Não é necessário para a caracterização do abuso de poder que o ato praticado esteja previsto como ilegal, bastando o benefício eleitoral angariado por intermédio desse ato e a demonstração da gravidade da conduta. Não é necessário, por conseguinte, que o abuso do poder seja potencialmente hábil a modificar o resultado das eleições, conforme modificação legislativa introduzida pela Lei

---

[8] Alguns exemplos de *abuso de poder* são destacados por José Jairo Gomes: "uso nocivo e distorcido de meios de comunicação social; propaganda eleitoral irregular; fornecimento de alimentos, medicamentos, materiais ou equipamentos agrícolas, utensílios de uso pessoal ou doméstico; material de construção; oferta de tratamento de saúde; contração de pessoal em período vedado; percepção de recursos de fonte proibida; coação moral; compra de apoio político de adversário" (GOMES, 2016, p. 656).

Complementar 135, de 2010, acrescentando o inciso XVI ao artigo 22 da Lei Complementar 64, de 1990.[9]

Os candidatos que possuem apoio eleitoral em decorrência de sua inserção numa determinada instituição religiosa estão em situação de vantagem em relação àqueles que não se encaixam nessa realidade. O poder religioso de uma determinada liderança religiosa é forte e incondicional, não podendo ultrapassar seu espaço, que é o religioso, o íntimo, o privado, para se manifestar no público.

Feitas as considerações introdutórias anteriores, passa-se à pergunta-chave a ser analisada por intermédio da presente pesquisa, ou seja, o problema metodológico, que é: *o abuso do poder religioso no processo eleitoral ofende princípios constitucionais e eleitorais, desestruturando o postulado do Estado Democrático de Direito, modelo de Estado instituído na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*?

Com o objetivo de responder a tal questão, o presente trabalho se subdivide em quatro partes: *a*) análise do princípio da laicidade estatal como sustentáculo do Estado Democrático de Direito; *b*) estudo dos princípios eleitorais relacionados ao tema; *c*) abuso do poder religioso no processo eleitoral; e *d*) conclusão.

Numa primeira observação, entende-se que o abuso do poder religioso ofende diversos princípios, tanto constitucionais como eleitorais, e principalmente o postulado do Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Inicialmente, ofende o princípio da laicidade, sistema de relação entre Igrejas e Estado, contrariando, por consequência, os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade religiosa e o princípio democrático. Em nível setorial, ataca os seguintes princípios eleitorais: *princípio democrático; princípio da soberania popular; princípio da representatividade*; *princípio republicano*; *princípio da lisura das eleições* (isonomia de oportunidades); *princípio da normalidade* e *legitimidade das eleições*; e *princípio da igualdade.*

Neste sentido, parte-se da hipótese de que o abuso do poder religioso caracteriza uso indevido do poder político ou de autoridade, o que ensejará a inelegibilidade do representado e de quantos tenham contribuído para a prática do ato, cominando-lhe a sanção de inelegibilidade para as eleições que se realizarem nos oito anos subsequentes à eleição em que se verificou.

---

[9] "Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: [...] XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam (Incluído pela Lei Complementar n. 135, de 2010)."

O principal dado de realidade utilizado para a análise da problemática metodológica é a AIJE 537003, supracitada. Como bibliografia, serão utilizadas obras de referência *gerais* e *específicas*. Deste modo, como obras de referência gerais, serão utilizados manuais de Direito Eleitoral e o texto legislativo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além do Código Eleitoral, da Lei Complementar 64, como também a Lei das Eleições. Como obras de referência específicas, serão utilizados estudos monográficos sobre o princípio da laicidade e artigos científicos.

O tema é importante, por tratar de questão histórica na sociedade brasileira que contraria os postulados do Estado Democrático de Direito, que prevê um processo eleitoral livre de manipulação ideológica e que respeite a vontade de cada eleitor. Devido à importância e influência das instituições religiosas no Brasil, seus líderes são figuras de destaque e formadores de opinião, e, não raro, são utilizadas como meio para angariar votos nas eleições, sejam nacionais, regionais ou locais.

O PRINCÍPIO DA LAICIDADE ESTATAL COMO SUSTENTÁCULO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito, modelo de Estado adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especificamente por intermédio do *caput* do artigo 1º, que prevê constituir a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República, na verdade, princípio mais importante do Estado, juntamente com o princípio da solidariedade, pressupõe participação do povo na formação da vontade estatal, de modo igualitário e democrático. Por Estado Democrático de Direito entende-se a forma de Estado Moderno que inclui todos os projetos de vida, tendo os direitos humanos como base jurídica, em especial a dignidade da pessoa humana.

Em decorrência da dignidade humana, desenvolve-se o princípio da laicidade estatal, previsto no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 19 da Constituição de 1988,[10] que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios o estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, sua subvenção, o embaraço de seu funcionamento ou a manutenção com eles ou com seus representantes de relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. Desse modo, o Estado Democrático não rechaça as instituições religiosas da vida pública, como ocorre no modelo de laicidade

---

[10] "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" (BRASIL, 2016a).

francesa (*laicista*),[11] que ataca a religião, mas impõe que a colaboração de tais instituições somente ocorrerá em prol do bem comum.

Esquematicamente, o *princípio da laicidade* é formado pelos princípios da igualdade, princípio democrático e princípio da liberdade religiosa.

Por *igualdade* entende-se a inexistência de visões de mundo consideradas mais adequadas, como também projetos de vida que sejam mais nobres do que outros. Todos merecem igual respeito e consideração, não podendo haver discriminação negativa ou positiva em decorrência da visão de mundo individual. No sentido da laicidade, quer-se dizer que nenhuma visão religiosa possui primazia em face de outra, seja ela positivista ou negativista, ou seja, um olhar religioso ou um olhar antirreligioso (agnóstico ou ateu, por exemplo). Porém, como todo direito, a igualdade de religião também é limitada pela lei e pelos direitos humanos, não podendo nenhuma pessoa descumprir a lei ou os direitos humanos alegando que esteja atuando em conformidade com a sua religião.

O *princípio democrático* expressa a necessidade de legitimação procedimental por intermédio de todas as pessoas, independentemente de padrão financeiro, cultural, educacional. Todos aqueles que estão inseridos numa sociedade regida por normas jurídicas têm o direito de participar de sua elaboração, como também devem ter seus pontos de vista respeitados, o que conduz a uma sociedade inclusiva. O Estado Democrático não tolera a inserção de apenas algumas pessoas no processo democrático, ou seja, não é excludente, atribuindo a todas as pessoas o mesmo peso na escolha de seus governantes, como também nos planos de governo.

Por sua vez, o *princípio da liberdade religiosa*, direito humano de primeira dimensão, gênese de todos os outros direitos, caracteriza-se como o direito de cada indivíduo ter sua religião, como também de não a ter; além disso, o direito de manifestar sua religião publicamente, desde que também essa manifestação não ofenda a lei e os direitos humanos. Neste sentido, a *liberdade religiosa* se subdivide em: *i*) liberdade de culto; *ii*) liberdade de crença; e *iii*) liberdade de pensamento.

A liberdade de culto é a exteriorização da religião, caracterizando-se como os atos/ ritos relacionados com a religião. Por sua vez, a liberdade de crença se relaciona com o direito de cada indivíduo crer ou não crer, enquanto a liberdade de pensamento está localizada no íntimo, geralmente não se manifestando externamente.

---

[11] Há um entendimento doutrinário de que o ataque à religião caracteriza a laicidade francesa, também denominada laicismo. Deste modo, haveria um contraponto entre laicidade e laicismo. Enquanto a laicidade representaria o afastamento da religião da vida pública, o laicismo caracterizaria o ataque estatal à religião. Neste sentido, para uma análise aprofundada do Estado laicista, *vide*: BAUBERÓT, Jean. *Historia de la laicidad francesa*. Cidade do México: El Colegio Mexiquense, 2005.

Como todo direito fundamental, a liberdade religiosa também possui limites. A tolerância é o seu principal limite, no sentido de determinar que nenhum projeto de vida, seja religioso ou não, está em situação de superioridade em relação a outro. Além da tolerância, o ordenamento jurídico possui outros limites à liberdade religiosa, tais como o respeito à fauna, aos bons costumes, à alteridade.

O Estado laico ainda é um modelo inacabado, sofrendo mutações em sua manifestação, ora assumindo postura de tolerância à manifestação pública do fenômeno religioso, ora atacando a religião (laicismo). Fato é que, como princípio jurídico, sua aplicação deve ser analisada no caso concreto, utilizando-se juízo de ponderação em decorrência de sua característica de direito fundamental relativo.

Em síntese, o princípio da laicidade tem como pressuposto a independência do homem como indivíduo, como também da sociedade, e, mais particularmente, do Estado, a respeito de qualquer organização ou confissão religiosa, separando a sociedade civil da sociedade religiosa, ou seja, referido princípio tem como postulado a ausência de influência religiosa ou eclesiástica nas instituições, e, particularmente, no Estado.

PRINCÍPIOS ELEITORAIS RELACIONADOS AO TEMA

É tradicional a divisão das normas jurídicas em *princípios*[12] e *regras*. Robert Alexy ensina que *princípios* "são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes" (ALEXY, 2008, p. 90). São mandamentos de otimização, que se caracterizam pelo fato de poderem ser satisfeitos em graus variados, não dependendo sua satisfação somente das possibilidades fáticas, como também das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008).

Seguindo a conceituação proposta por De Plácido e Silva, *princípio* é "a espécie de norma jurídica cujo conteúdo é genérico, contrapondo-se à regra ou do preceito, que é a norma mais individualizada [...]" (SILVA, 2008, p. 587). Constituem a origem, o fundamento das normas, participando da ideia básica de principialidade (em sentido ontológico), o que lhe outorga primazia perante as restantes fontes do Direito, estruturando-se no respeito à pessoa humana, na natureza das coisas e por elas se encerram.

Com a ascensão de uma nova conceituação do *constitucionalismo*, iniciada no Pós-Guerra, os princípios ganham destaque no ordenamento jurídico, assumindo *status* de normas fundamentais estruturantes que organizarão as regras jurídicas, seja de modo geral, como também de modo específico.

---

[12] Os princípios jurídicos podem ser gerais ou setoriais. O princípio da laicidade estatal, estudado na seção anterior, constitui princípio geral, abrangendo toda a ciência jurídica, enquanto os princípios setoriais relacionam-se apenas a uma disciplina jurídica, como são exemplos os que serão analisados na presente seção.

Partindo-se dessa nova caracterização, abordando os princípios constitucionais eleitorais, Eneida Desiree Salgado destaca que:

> A Constituição brasileira dá as pistas do desenho dos princípios constitucionais eleitorais, ainda que não os indique explicitamente. Assim, estabelece o Estado de Direito como fundamento da cidadania contemporânea, uma noção de democracia, uma concepção de representação política, indicando os contornos dessa relação, e um ideal republicano, a partir de uma forte noção de liberdade e de igualdade, com a assunção de direitos e deveres de cidadania (SALGADO, 2011, p. 107).

O Direito Eleitoral também se sustenta sobre princípios. Dentre tais, destacam-se, para o estudo proposto, o *princípio democrático*, o *princípio da soberania popular*, o *princípio da representatividade*, o *princípio republicano*, o *princípio da lisura das eleições* (isonomia de oportunidades), *princípio da igualdade*[13] e o *princípio da autenticidade eleitoral.*

O princípio democrático (ou democracia), componente do princípio da laicidade, tem para o Direito Eleitoral o significado de "participação popular nas deliberações de formação da vontade do Estado" (ZILIO, 2016, p. 31). A razão de ser do Direito Eleitoral é a democracia, que deve ser inclusiva, como destacado alhures, ou seja, deve oportunizar que todos os projetos de vida concorram em igualdade no processo democrático. Nesse sentido, o abuso do poder religioso constitui óbice à prática democrática, forçando o voto que não foi escolhido, no sentido de não ter sido livre, consciente, mas, sim, pressionado, influenciado por um discurso religioso incrustado de manipulação política, que, em verdade, objetiva conquistar o apoio dos fiéis, utilizando-se da força do argumento religioso. Com relação ao princípio democrático, Gomes observa que:

> Mais que princípio inscrito na Lei Magna, a democracia constitui fundamento e valor essencial das sociedades ocidentais, definindo sua estética, o modo como elas existem e operam. Tanto é que o artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e o artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, elevaram-na ao *status* de direitos humanos (GOMES, 2016, p. 46).

Intimamente relacionado ao princípio democrático, o princípio da soberania popular está localizado no parágrafo único do artigo 1º da CRFB/88, ao prever que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (BRASIL, 2016a). O poder

---

[13] Outros princípios não foram elencados por não se relacionarem com a temática da pesquisa, tais como: princípio da preclusão, princípio da anualidade ou anterioridade eleitoral, princípio da responsabilidade solidária entre os candidatos.

é soberano quando não está sujeito a nenhum outro. "É o que dita e comanda sem que possa ser refreado. Soberano é o poder supremo. Sem ele, não se concebe o Estado, que o enfeixa em nome de seu titular, o povo" (GOMES, 2016, p. 54). A soberania popular se revela com o poder incontrastável de decidir, que não é absoluto, mas democrático, limitado, como é da essência do Estado Democrático.

Do mesmo dispositivo constitucional extrai-se o princípio da representatividade, significando o modelo de democracia adotado pelo Estado brasileiro, que é semidireto, ou seja, o povo exerce o poder por intermédio de seus representantes, como também de modo direto, com o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, o direito de petição. Quando ocorre o abuso de poder religioso, não há representatividade, tendo em vista a presença de um voto (escolha) que não foi livre, desembaraçado. Do mesmo modo, é desrespeitado o princípio da soberania popular, pois ausente a presença de uma escolha soberana, contrariando a dignidade democrática do eleitor vítima.

Em decorrência do princípio republicano, haverá a temporariedade dos mandatos, impedindo a perpetuação no poder, principalmente por ser o Estado *res publica*.[14] José Jairo Gomes, analisando o princípio republicano, ressalta que:

> Atualmente, duas são as formas de governo mais difundidas: monarquia e república. Aquela tem como características a hereditariedade e a vitaliciedade do chefe de Estado. Não há, pois, rotatividade no exercício do poder. Diferentemente, a república tem por fundamentos a eletividade, a temporalidade e a alternância de pessoas no comando do Estado (GOMES, 2016, p. 55).

O abuso de poder religioso pode ensejar a permanência de grupos no poder político do Estado, utilizando-se do subterfúgio da fé, o que também pode contrariar o princípio republicano, que, além de significar a eletividade, temporalidade e alternância de comando, tem como sentido a ofensa à coisa pública, o que faz com que o público seja confundido com o privado, situação comum no Brasil, e que é muito prejudicial à incipiente democracia brasileira, que possui instrumentos democráticos (democracia formal), mas que não constitui democracia material (efetiva, que possui resultados almejados por um procedimento democrático ordinário).

---

[14] "Com *res publica* os romanos definiram a nova forma de organização do poder após a exclusão dos reis. É uma palavra nova para exprimir um conceito que corresponde, na cultura grega, a uma das muitas acepções do termo *politeia*, acepção que se afasta totalmente da antiga e tradicional tipologia das formas de Governo. Com efeito, *res publica* quer pôr em relevo a coisa pública, a coisa do povo, o bem comum, a comunidade, enquanto que, quem fala de monarquia, aristocracia, democracia, realça o princípio do Governo (*archia*). Foi Cícero sobretudo quem definiu conceptualmente o significado de *res publica*, ao demonstrar que por povo se há de entender 'non omnis *hominum coetus quoquo modo*'" (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 1107).

O princípio da lisura das eleições, também fundamental para o Direito Eleitoral, tem como sentido a obrigatoriedade de eleições honestas, sérias, transparentes. Roberto Moreira de Almeida (2016) destaca a existência de vários dispositivos constitucionais voltados ao referido princípio, tais como a cidadania como fundamento da República brasileira, a legitimidade popular, prevista no parágrafo único do artigo 1º, o § 9º do artigo 14, que estabelece a previsão de lei complementar tratar outros casos de inelegibilidade, além dos constitucionais, com o intuito de proteger a probidade administrativa e a moralidade para exercício de mandato. O abuso do poder religioso se relaciona profundamente com a lisura eleitoral, descaracterizando a probidade que deve encerrar o processo de escolha.

Sem sombra de dúvidas, o princípio da lisura das eleições é um dos mais abalados pela prática de desvio de poder religioso, transformando a escolha eleitoral, que deve ser livre, num procedimento viciado, incutindo no eleitor o medo, seja do abandono, da exclusão do grupo, do sobrenatural, do sagrado, tendo em vista a força do argumento religioso no íntimo de muitos indivíduos, que, ancorados num radicalismo religioso, levam a religião às últimas consequências, inclusive desnaturando passagens bíblicas, com interpretações que destoam da hermenêutica teológica, o que transforma a religião em objeto de manipulação, ao contrário de ser um meio para aperfeiçoamento do caráter, de tranquilidade espiritual, potencializando o desenvolvimento humano.

O princípio da igualdade, previsto no *caput* do artigo 5º da CRFB/88, objetiva impedir qualquer tipo de discriminação, exceto se houver previsão justificada. Na seara eleitoral, o princípio da igualdade objetiva conferir iguais oportunidades aos concorrentes a cargos público-eletivos. Deste modo, o abuso de poder religioso fere a igualdade, gerando situação de desequilíbrio entre os concorrentes. A situação de desigualdade tem sua origem numa situação que está em desarmonia com a liberdade religiosa: ao exercer a liberdade de culto, o indivíduo que almeja sua satisfação espiritual e religiosa é pressionado a apoiar determinado candidato, o que contraria incisivamente o objetivo de qualquer religião e instituição religiosa, que é, como destacado, oferecer afago espiritual, a aproximação com *Deus*.

Assim, a cidadania, em simbiose com os princípios da igualdade, da liberdade, como também com a democracia radical, ou seja, a democracia inclusiva, demanda a autenticidade da vontade popular. Essa autenticidade se sustenta no *princípio da autenticidade eleitoral,*[15] relacionando-se com a "exigência constitucional de eleições livres e limpas, de garantia de opções reais ao eleitor, de ampla

[15] Do referido princípio decorrem três subprincípios: I) princípio da autenticidade do voto; II) veracidade do escrutínio; III) autenticidade do escrutínio (SALGADO, 2011).

liberdade de expressão e informação e de formação do voto livre de vícios" (SALGADO, 2011, p. 103). Decorre tal princípio do postulado do Estado Democrático de Direito, no sentido de exigir igualdade de condições e vontade livre, sem coação, inclusive ideológica.

O princípio da autenticidade eleitoral está intimamente ligado ao princípio da laicidade estatal, no sentido de que o modelo laico de Estado demanda a ausência de vícios na vontade do eleitor, e, dentre esses vícios, é possível destacar a manipulação realizada por algumas instituições religiosas, o que faz com que o processo eleitoral perca sua autenticidade, gerando manipulação, característica do abuso do poder religioso.

O ABUSO DO PODER RELIGIOSO NO PROCESSO ELEITORAL

Historicamente, o processo eleitoral brasileiro foi caracterizado por períodos de fraudes, de abusos, tendo como pano de fundo uma sociedade marcada por forte desigualdade social, com voto de cabresto. Somente depois de mais de cem anos de emancipação política o Brasil desenvolveu mecanismos legais, procedimentais e jurisdicionais, objetivando moralizar seu processo eleitoral, inicialmente com a instituição do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por intermédio do Decreto n. 21.076.

A moralidade almejada com a criação do TSE está presente no texto da Constituição de 1988, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade humana, objetivando a efetivação de uma sociedade justa e solidária, com menos desigualdade social e comprometida com os valores democráticos.

Considerando o abuso de poder extremamente prejudicial à democracia, deve ser esse fiscalizado, não somente pelo Poder Público como também por todos os interessados no processo político. José Jairo Gomes, ao abordar suas mazelas, destaca:

> O pleito em que se instala resulta corrompido, maculado, pois impede que a vontade genuína do eleitor se manifeste nas urnas. Isso contribui para a formação de representação política inautêntica, mendaz. Daí a necessidade de se dotar o Direito Eleitoral de instrumental adequado para refrear eficazmente o uso abusivo do poder nas eleições, antes e durante o período de campanha (GOMES, 2016, p. 312).

No sentido da busca de um resultado autêntico, que corresponda à vontade popular, ausente de vícios, Rodrigo López Zilio frisa:

> A Constituição Federal estatui que a normalidade e a legitimidade do pleito são valores elementares, evidenciando preocupação com a preservação da vontade do eleitor. A busca da autenticidade ou verdade eleitoral, de forma que o voto dado pelo eleitor corresponda exatamente ao voto apurado, é um dos princípios basilares do Direito Eleitoral. Daí que

> não pode haver qualquer elemento que desvirtue ou perturbe a manifestação de vontade do eleitor, já que a soberania popular é sustentáculo do princípio democrático (ZILIO, 2016, p. 538).

Como destacado, o abuso do poder religioso está sendo estudado e observado ultimamente com mais atenção. Não que ele não tenha existido em tempos anteriores; na verdade, é realidade que acompanha o Estado brasileiro desde antes de sua emancipação. Acontece que, aparentemente, a jurisprudência está começando a se interessar pelo assunto.

Como exemplos de condutas que podem ser caracterizadas *abuso de poder religioso,* destacam-se: o registro de números de candidaturas de fácil vinculação com números bíblicos; arregimentação de discípulos de células como cabos eleitorais; pedidos de votos na porta das igrejas, como também os apelos emocionais proferidos no altar durante os cultos de celebração, utilizando-se uma suposta base equivocada na Palavra de Deus, transformando o ato de celebração religiosa em comício.

Inserido numa comunidade religiosa, o cidadão tende a seguir não somente os ensinamentos religiosos pregados por essa comunidade como também o comportamento e os hábitos de seus membros. Ademais, devem ser destacadas as tentativas de líderes religiosos de manipular a escolha do voto de fiéis, utilizando estratagemas que incluem passagens bíblicas. A título de ilustração, com o intuito de exemplificar o que se afirma, cito uma afirmação pública de Silas Malafaia, pastor da Assembleia de Deus, para quem:

> O pastor não é um cidadão comum. Ele é o homem de Deus tratado na Bíblia como o anjo da Igreja [...] tem autoridade espiritual para aconselhar o povo de Deus em todas as áreas da vida. Sua palavra jamais será a de um cidadão comum [...] que os pastores possam conduzir suas ovelhas da melhor maneira possível, porque existem muitos lobos querendo solapar a autoridade pastoral e, com isso, dispersar o rebanho. Que Deus nos guarde (MALAFAIA, 1994).

A interpretação literal do discurso de Silas Malafaia traz elementos que somente se podem conhecer por intermédio da fé, ou seja, sobrenaturais: *anjo da Igreja;* o pastor como detentor de *autoridade espiritual para aconselhar o povo de Deus em todas as áreas da vida*; a palavra de alguém que não é um *cidadão comum*. É possível prever a profundidade com que esse tipo de argumento adentra a mente religiosa fundamentalista.[16]

---

[16] A título de exemplo, considerados os dados de realidade, é forçoso destacar os vários atentados terroristas perpetrados por instituições utilizando-se de pretextos religiosos ocorridos no ano de 2016, tais como no Iraque, Alemanha, Turquia, o que pode auxiliar na compreensão da força do fundamentalismo religioso.

Leonildo Silveira Campos (2006), estudando o comportamento político de protestantes históricos e pentecostais no Brasil, ressalta que o controle da campanha eleitoral é feito de uma maneira direta e incisiva, "excluindo-se da vista de seus fiéis qualquer outro candidato que não o oficialmente apresentado aos irmãos", havendo, inclusive, recomendações para que os fiéis não votem em determinados candidatos.

Essa situação contraria a regra do artigo 242 do Código Eleitoral,[17] que veda atos de propaganda que possam criar estados mentais, emocionais ou passionais artificiosamente estabelecidos. Desta feita, a vinculação de um indivíduo a uma determinada instituição religiosa poderá ligá-lo emocional ou passionalmente a candidatos que estejam relacionados com essa determinada igreja, sob pena de, em caso contrário, gerar sentimento de despertencimento, isolamento, maculando a vontade soberana do indivíduo.

Não há dúvidas de que situações como essas contrariam a lisura do processo eleitoral, extravasando os limites da normalidade democrática, o que caracteriza abuso de poder, ultrapassando o objetivo de qualquer religião, que é *religar* o indivíduo ao sagrado.

O processo eleitoral materialmente democrático demanda liberdade de escolha por parte do eleitor, que não pode sofrer nenhum tipo de coação, seja física ou psicológica. Cada cidadão tem responsabilidade sobre sua escolha e, consequentemente, sobre o bem comum, não devendo considerar o ápice do processo democrático, a eleição, como momento para objetivar vantagens pessoais, o que contraria os princípios da *coisa pública*.

A religião não pode também ser utilizada como meio para alcançar interesses pessoais, desconsiderando o interesse público em prol do privado, além de malferir a responsabilidade do sagrado sobre o íntimo de cada indivíduo.

Partindo-se para a conclusão e revisitando o caso apresentado no início da pesquisa, tem-se uma situação interessante, como destacado, o requerente da AIJE também é figura pública, conhecido na seara futebolística, tendo atuado em importantes clubes do futebol brasileiro. Mas o que diferencia as duas situações? Simplesmente o fato de que Marques Batista de Abreu utilizou sua própria imagem, construída ao longo de sua trajetória esportiva, não tendo se valido dos clubes pelos quais atuou para compelir os torcedores, por exemplo, a votar nele, ao contrário dos requeridos, que utilizaram a instituição para pedir votos aos fiéis, descaracterizando a instituição religiosa, que não deve ser eleitoreira, palco de comício, mas, sim, *locus* de espiritualidade.

---

[17] "Art. 242. A propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais. (Redação dada pela Lei n. 7.476, de 15.05.1986)."

CONCLUSÃO

O olhar religioso sobre o mundo está presente nas mais longínquas formas de coletividade humana, não constituindo fenômeno recente. A história apresenta práticas religiosas ainda durante a era das cavernas, ou seja, ainda antes de o homem constituir as primeiras civilizações.

Acontece que seu logradouro não pode ser a esfera pública, mas, sim, a privada. Apesar de a liberdade de culto, como manifestação da liberdade religiosa, poder ocorrer em locais públicos, isso não autoriza afirmar que a religião seja uma diretriz tolerada no processo de escolha política, ou seja, o processo decisório democrático deve ser pessoal e sigiloso, conforme prevê o artigo 12 da Constituição de 1988.

Nos últimos anos, tem-se acentuado a presença de instituições religiosas na vida pública, fazendo uso de seu aparato de dominação ideológica para angariar apoio político, seja por intermédio da estrutura tecnológica, principalmente televisiva, quanto pela fidelidade de seus membros. "Irmão vota em irmão" – não seria desarrazoada a observação. Anthony Garotinho, candidato à Presidência da República em 2002, iniciou as candidaturas de membros do protestantismo à Chefia do Poder Executivo federal. Importante destacar que, até a década de 1980, havia um distanciamento intencional das igrejas protestantes da vida política ativa, com a afirmação de que *crente não se mete na política*.

Não se trata de considerar a impossibilidade de religiosos concorrerem a cargos públicos. O que fere o princípio da laicidade é a utilização, na esfera pública, de discurso religioso, que deve ser reservado à esfera privada. No momento em que a religião é utilizada como meio para captação de voto, está caracterizado o abuso de poder religioso, pois, candidatos que possuem apoio eleitoral em decorrência de religião estão em situação de vantagem em relação àqueles que não o possuem.

O caso apresentado no início do texto, a AIJE do Estado de Minas Gerais, é um exemplo de que o Poder Judiciário está começando a se interessar pela utilização indevida do campo religioso institucionalizado no processo eleitoral. Para a caracterização do abuso de poder, não é necessária a prática de ato ilegal previsto em lei, bastando o benefício eleitoral angariado por intermédio do ato abusivo e a demonstração da gravidade da conduta. Deste modo, não é necessário que o abuso do poder seja potencialmente hábil a modificar o resultado das eleições, conforme modificação legislativa introduzida pela Lei Complementar 135, de 2010, acrescentando o inciso XVI ao artigo 22 da Lei Complementar 64, de 1990.

O princípio da laicidade não suporta o abuso do poder religioso. Ao defender a laicidade, não se está estimulando o ataque às religiões, mas, sim, destacando que as decisões públicas não podem se embasar em fundamentos religiosos.

O abuso de poder religioso fere o princípio da laicidade e, deste modo, contraria os princípios democrático, da igualdade e da liberdade religiosa. A escolha do candidato deve ocorrer de maneira livre e soberana, não podendo possuir vício em sua manifestação. A propaganda eleitoral realizada por uma autoridade ou instituição religiosa é capaz de criar estados mentais, emocionais ou passionais artificiosamente estabelecidos, podendo gerar manipulação mental ou emocional decorrentes da sobrenaturalidade da experiência religiosa.

Além do princípio da laicidade (princípio geral), um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito, o abuso de poder religioso ofende outros princípios setoriais do Direito Eleitoral, tais como o *princípio democrático*, o *princípio da soberania popular*, o *princípio da representatividade*, o *princípio republicano*, o *princípio da lisura das eleições* (isonomia de oportunidades), o *princípio da igualdade* e o *princípio da autenticidade eleitoral*.

REFERÊNCIAS

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o estado*. Coimbra: Almedina, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (Org.). *Dicionário da cultura jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUBERÓT, Jean. *Historia de la laicidad francesa*. Cidade do México: El Colegio Mexiquense, 2005.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988* (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2016a.

BRASIL. Lei Complementar 64 (1990) *Lei das inelegibilidades*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016b.

BRASIL. *Tribunal Superior Eleitoral*. RO n. 1.481, rel. Min. Marcelo Ribeiro. Ac. 23.6.2009.

BURITY, Joanildo; MACHADO, Maria das Dores Campos (Org.). *Os votos de Deus*: evangélicos, política e eleições no Brasil. Recife: Fundação Joaquim Nabuco: Massangana, 2006.

CAMPOS, Leonildo Silveira. Os políticos de Cristo: uma análise do comportamento político de protestantes históricos e pentecostais no Brasil. In: BURITY, Joanildo; MACHADO, Maria das Dores Campos (Org.). *Os votos de Deus*: evangélicos, política e eleições no Brasil. Recife: Fundação Joaquim Nabuco: Massangana, 2006. v. 1, p. 29-90.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito, religião e sociedade no estado constitucional*. Lisboa: IDILP, 2012.

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Curso de direito eleitoral*. Salvador: Juspodivm, 2016.

KIMURA, Alexandre Issa. *Manual de direito eleitoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MALAFAIA, Silas. Decálogo da rebelião. *Folha Universal*, São Paulo, 21 ago. 1994, ed. 124.

MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito (Org.). *O estado laico e a liberdade religiosa*. São Paulo: LTr, 2011. p. 106-124.

MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. *Liberdade religiosa*: o ensino religioso na assembleia nacional constituinte de 1987-1988. Curitiba: Juruá, 2015.

MORANGE, Jean. Laicidade. In: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (Org.). *Dicionário da cultura jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 1072-1075.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração universal dos direitos humanos*. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no direito eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SALGADO, Eneida Desiree. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta. *Estudos Eleitorais*, v. 6, n. 3, p. 103-129, 2011.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SANTANA, Uziel et al. (Org.). *O direito de liberdade religiosa no Brasil e no mundo*. Brasília: Anajure, 2014.

SANTOS, Valmir Nascimento Milomem. Abuso do poder religioso: a influência da religião evangélica no processo eleitoral brasileiro. In: SANTANA, Uziel et al. (Org). *O direito de liberdade religiosa no Brasil e no mundo*. Brasília: Anajure, 2014. p. 83-101.

SERBIN, Kenneth P. *Padres, celibato e conflito social*: uma história da Igreja católica no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: RT, 2002.

TREJO OSORNIO, Luis Alberto. *De urnas, sotanas y jueces*: nulidad de elecciones por vulneración del principio de laicidad. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015 (Série Cultura laica).

ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

MEDIAÇÃO, SENSIBILIDADE E CIDADANIA: COMPONENTES ESTRUTURAIS DE SUSTENTABILIDADE COMUNITÁRIA

MEDIATION, SENSITIVITY AND CITIZENSHIP: STRUCTURAL COMPONENTS OF COMMUNITY SUSTAINABILITY

João Martins Bertaso*
Alini Bueno dos Santos Taborda**
Candice Nunes Bertaso**

RESUMO

O presente ensaio teórico se faz articulando mediação, autonomia, direitos humanos, cidadania e democracia. A mediação tomada como formação cidadã exemplifica as demandas multifacetadas que contornam e desafiam diferentes aspectos sociais e culturais, indo além da intra e interculturalidade, tornando-se transculturais ou locais/globais. Pensa-se a mediação como condição de autonomia e mecanismo de empoderamento da sociedade civil. A mediação como um processo no qual a participação, responsabilização e principalmente a escuta do outro seja uma atitude a ser perseguida no cotidiano das pessoas. Assim, a mediação pode

* Pós-Doutor pela Unisinos. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo (Fadisa). Graduado em Pedagogia pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Santo Ângelo. Líder de grupo de pesquisa "novos direitos na sociedade globalizada" no CNPq. Doutor Pesquisador vinculado à URI – Universidade Regional Integrada de Santo Ângelo-RS. Coordenador Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da URI/Santo Ângelo-RS. Desenvolve pesquisa em cidadania, direitos humanos, interculturalidade e psicanálise. E-mail: joaomartinsbertaso@gmail.com.

** Mestra em Direito e Doutoranda em Direito pela URI – Campus de Santo Ângelo/RS; Especialista em Formação Pedagógica pela Celer Faculdades/SC, Especialista em Direito Tributário e Exercício do Magistério Superior pela UNISUL/SC; Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq Conflito, Cidadania e Direitos Humanos e do Grupo Cidadania e Direitos Culturais: a proteção dos direitos das minorias nos tribunais brasileiros, vinculado ao CNPq. E-mail: alinitaborda@gmail.com.

*** Mestre e Doutoranda em Direito pela URI. E-mail: candybertaso@yahoo.com.br.

ser uma ferramenta de formação de uma cultura de paz e de realização da cidadania, contribuindo para a construção de um novo modelo de sustentabilidade e de desenvolvimento social.

Palavras-chaves: Mediação; Sensibilidade; Cidadania.

ABSTRACT

This theoretical essay articulates mediation, autonomy, human rights, citizenship and democracy. The mediation taken as a citizen training, exemplifies the multifaceted demands that circumvent and challenge in different social and cultural aspects, going beyond intra and interculturality, becoming transcultural or local/global. Mediation is thought of as a condition of autonomy and a mechanism for empowerment of civil society. Mediation as a process in which participation, accountability, and especially listening to the other, is an attitude to be pursued in people's daily lives. Thus, mediation can be a tool for forming a culture of peace and citizenship, contributing to the construction of a new model of sustainability and social development.

Keywords: Mediation; Sensitivity; Citizenship.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

> "A maioria das escolas de mediação está formando profissionais incompletos, pois preocupam-se com as técnicas, com rituais, as formalidades, boas recomendações e esquecem do principal o trabalho dos sentimentos e da sensibilidade. As escolas de mediação formam conciliadores, negociadores, porém não mediadores."
>
> Warat, *O ofício do mediador.*

O presente trabalho pretende analisar as condições e possibilidades de a mediação se constituir num processo irradiador de autonomia individual e coletiva, com repercussão sobre a formação cidadã das pessoas e o empoderamento da sociedade civil. Pensar a mediação como condição de autonomia e mecanismo de empoderamento da sociedade civil, em certa medida, é (re)ver categorias como cidadania, sensibilidade, solidariedade, democracia, diálogo e direitos humanos. Ou seja, importa ao ensaio a articulação de algumas categorias para viabilizar a formação e a potencialização da cidadania, as quais remetem à construção de uma cultura de paz, tão necessária para dar conta de uma convivência sustentável às questões que afetam as sociedades complexas, diversificadas e multiculturais, como são conformadas as sociedades atuais.

Por esse olhar, a temática deste ensaio teórico articula mediação, autonomia, direitos humanos, cidadania e democracia. A mediação, tomada como formação cidadã, exemplifica as demandas multifacetadas que contornam e desafiam di-

ferentes aspectos sociais e culturais, indo além da intra e interculturalidade, tornando-se transculturais ou locais/globais. Desse modo, pretende-se vincular a ideia de cidadania solidária à mediação, que já se entende repercutir, no plano pragmático, sobre os direitos humanos e a democracia.

Assim, desde esta proposta teórica, o tema escolhido centra-se em estabelecer uma conexão epistemológica entre mediação, cidadania, direitos humanos e democracia, tendo como questão central as seguintes perguntas: considerando o momento de radicalização atual em que vive a sociedade brasileira, é possível uma formação cidadã e solidária, calcada na cidadania como prática dos direitos humanos, repercutir no plano pragmático sobre as relações individuais e comunitárias? Os procedimentos dialógicos de uma mediação transformativa ensejariam a formação de uma comunidade constituída por pessoas autônomas, sensíveis e abertas ao diálogo com o outro?

Para responder a essas perguntas complexas, adota-se como horizonte teórico o entendimento de que a mediação não se confunde ou se limita a uma técnica direcionada a um acordo entre pessoas que conflitaram e que precisam resolver sua(s) contenda(s), atendendo a lógica de um tempo pré-datado. Parte-se do pressuposto de que uma sociedade que busca sustentar a convivência entre seus pares possui desafios complexos e paradoxais. As condições para que uma sociedade alcance um estágio solidário e democrático pressupõem a necessidade de formar pessoas autônomas.

De tal modo, o horizonte teórico que norteia este ensaio se substancia em alguns fragmentos do pensamento republicano e democrático que possam enriquecer e oxigenar o plano pragmático da vida comunitária, uma aposta na mediação comunitária. É no âmbito comunitário que pessoas e grupos de pessoas convivem ou devem conviver com autonomia, livres, iguais e solidárias e, ao mesmo tempo, responsáveis por si mesmas e por todos; ao mesmo tempo, cidadãos(ãs) e pessoas; ao mesmo tempo, dotadas de deveres e se realizando por meio dos direitos; ao mesmo tempo, dotadas de autonomia no espaço privado e portadoras de um potencial de poder político no espaço público; pessoa e cidadão não separados.

A vincularidade em relação aos direitos humanos aponta à compreensão de que esses direitos são construídos ao longo da história a partir de tempos, espaços e contextos distintos, porém com demarcação social, cultural, intercultural, local e global. Enquanto construção, os direitos possuem fundamento antropológico, que não pode ser entendido como fundamento idealizado, perfeito e imutável. Em outras palavras, o que se procura compreender é que o direito tem fundamento racional e social, no entanto, não a partir de uma racionalidade metafísica, mas se compreendem desde uma dinâmica social construída a partir do cuidado, da responsabilidade e do respeito para cada um e para com todos.

Assim, pode-se articular mediação, autonomia, direitos humanos, cidadania e democracia não dissociada a fim de sinergizar a proposta, já que, em sociedades complexas e multiculturais em que vivemos, categorias individualizadas não dão conta de mediar situações de conflito, sejam elas interindividuais, intergrupais ou comunitárias; menos ainda se alcançarão os resultados esperados em um processo mediador. Pode, assim, a cidadania se transformar em mediadora entre os diferentes grupos socioétnicos, já que todos eles são merecedores de igual respeito e dignidade. Em bases dialogais, a mediação será tomada como mecanismo voltado a construir uma cultura fraterna, ambiente onde as pessoas e os grupos possam realizar-se com autonomia, considerando suas diferenças, dificuldades e alteridades.

De outra parte, a proposta atende a criação de espaços de participação da cidadania com repercussão sobre a materialidade da democracia, pois a mediação é comprometida com o diálogo e com a autonomia de sujeitos, que, de alguma forma, encontram-se em situações de conflito. Conflitos e dissensos são corriqueiros no cotidiano das pessoas, podendo, assim, ocorrer o empoderamento da sociedade civil. De qualquer modo, além de um mecanismo voltado para resolver conflitos interindividuais, a mediação potencializa a interação comunitária entre grupos no âmbito da sociedade civil e entre a sociedade civil e as instituições públicas.[1]

Ressalta-se que o que caracteriza a cidadania, como prática dos direitos humanos, é a de ser mediadora intercultural, já que cria espaços de efetiva participação e de modos de equiparação e de acesso paritário para as pessoas; em especial, aos grupos vulneráveis, que se tornam invisíveis socialmente, sem voz e vez; são aqueles com menor ou nenhuma representatividade no sistema político e social instituído. Vista assim, a mediação facilita a produção de novas práticas sociais, acolhedoras e respeitosas ao outro, e se tornar um procedimento importante de sustentabilidade às sociedades multiculturais e potencializar atores socioculturais menos dependentes do poder estatal. Trata-se de uma abordagem metodológica de característica cidadã, que visa potencializar a dimensão política da sociedade civil. O propósito é dar conta do objetivo do ensaio, de fazer real o poder político da cidadania e a autonomia das pessoas.

Sabe-se que o conflito é inerente à vida humana, representando oportunidades de se aprimorar relações, seja pela sua transformação ou resolução. Contudo, especialmente na cultura brasileira, o conflito é visto muitas vezes como algo negativo, que deve ser sanado o mais brevemente possível e, de preferência, por um terceiro estranho à disputa. Isto reflete uma sociedade que não aprendeu

---

[1] Nesse sentido, vale ressaltar que o PPG Direito da URI de Santo Ângelo vem realizando, há dez anos, cursos de extensão comunitária em mediação, dos quais participam instituições como escolas e núcleos comunitários, que compõem a sociedade local.

a dialogar e a solucionar suas próprias questões de modo democrático, na qual todos têm oportunidades da fala.

O ensaio traz a ideia potencializada da mediação, como mecanismo transformador das relações sociais, como preconiza Luis Alberto Warat, que apresenta a mediação para além da resolução não adversarial de conflitos, encarando-a como capaz de promover uma abordagem pedagógica, uma estratégia educativa, como a realização política da cidadania, dos direitos humanos e da democracia.[2]

O encaminhamento aponta para a mediação como um processo dialogal; é ele que permite a autonomia das partes, a desconstrução do conflito e a restauração das relações sociais. Nesse sentido, primordial se faz realizar uma reflexão quanto à importância e aos benefícios da escuta ativa. E vai-se além, importa ressaltar o sentido da escuta, tomar a escuta como cuidado ao outro, como habilidade de transformar e mediar, viabilizando a comunicação.

MEDIAÇÃO, SENSIBILIDADE E CIDADANIA

Pensamos a mediação como espaços geradores de situações mediadas em bases sensíveis. São espaços dialógicos que viabilizam o estabelecimento de interações vinculares com o outro.[3] Nesses espaços, o diálogo possui duas faces: as faces dos conflitantes. Concebido assim, são espaços interativos empáticos de recomposição de vínculos rompidos. Vínculos rompidos são afetos negativos que se transformaram em uma espécie de dor/sofrimento inter ou transindividual. Estamos pensando a mediação de base waratiana. A mediação de base waratiana projetada neste ensaio não tem como objetivo básico o acordo, mas promover espaços de escuta, de diálogo e de entendimento, com a pretensão de criar encontros mediados.[4]

Por esse olhar, o tempo da mediação é o tempo da sensibilidade, o tempo da recomposição dos vínculos rompidos, o tempo da transformação do conflito, o tempo do cuidado, o tempo do encontro oportuno. O tempo do encontro oportuno é o mesmo da autonomia. Pessoas autônomas resolvem-se e resolvem suas crises dialogando. Já o tempo do mediador é o tempo da compreensão da dor do outro, da sensibilidade. O mediador, nessa aposta, é o artífice do diálogo, alguém que possui um andar sensível sobre as dores dos conflitantes, o tempo da escuta sensível.

Trata-se de uma das habilidades básicas do mediador: escutar e compreender as pessoas. Demonstrar que todos são cuidadosamente ouvidos, olhar sempre

---

2 WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador.* Florianópolis: Habitus, 2001. p. 88.

3 Estamos vivendo uma transição referente às interações vinculares: dos vínculos de afetos sólidos, transitamos para os líquidos, agora vivemos o tempo dos vínculos invisíveis, como são as alucinações coletivas circunstanciais, e os "vínculos" virtuais por celulares.

4 WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador.* Florianópolis: Habitus, 2001.

nos olhos, dialogar sobre os questionamentos proferidos. A escuta é um vínculo comunicacional construído por uma atitude de confiança; escutar é uma forma de cuidar e de se preocupar com a dor do outro. Uma escuta ativa[5] transpassa o mediador, pois a mediação, além de se constituir em um método de enorme importância na resolução de conflitos, implica diálogo e escuta, já que os fragmentos afetivos (os positivos e os negativos), manifestados pelas partes envolvidas, suas opiniões e omissões, seus gestos, atitudes e falas, encerram uma cartografia dos sentimentos e dos vínculos rompidos em uma situação dada.

Assim, "saber" escutar é uma forma de empatia, facilita a obtenção de um ambiente adequado ao encontro transformador, em que pessoas buscam soluções para seus conflitos. Nesse ambiente, o mediador é aquele que encaminha a comunicação, sem constranger as partes, e o mediador/facilitador deve monitorar o processo e não procurar encaminhar uma solução. O diálogo é o meio pelo qual os envolvidos em um conflito se modificam mutuamente, exteriorizam suas controvérsias e seus anseios, já que percebem pontos comuns favoráveis a uma possível solução. A mediação se estabelece quando o mediador percebe, de forma sensível, as manifestações sutis das partes conflitantes, podendo interferir no processo sem interferir no conflito e conduzir as partes para o entendimento. Para Warat, a consciência mediadora vem através da sensibilidade, que é uma percepção do que está invisível, o que as partes não expressam de forma objetiva.[6]

No que diz respeito ao conflito, Warat afirma que o mediador precisa ter sentimentos, pois não se pode entender os conflitos, mas senti-los.[7] Sentir os sentimentos que desencadearam ou desencadeiam o conflito é fazer com que os conflitantes prestem atenção em si mesmos. Escutar o outro é condição de possibilidade para as pessoas se compreenderem como merecedoras de atenção. Quando os interlocutores se interessam, a comunicação se torna mais fácil, assim, as pessoas ficam comprometidas no processo de ouvir e trocar informações.[8]

O mediador precisa atuar com concentração e sensibilidade, agindo de modo a fomentar o diálogo, e conduzi-lo para que as próprias partes busquem uma solução satisfatória para as suas contendas. Ademais, deve empenhar-se em restaurar o canal de comunicação entre os envolvidos, propiciar um ambiente adequado para que as pessoas possam dialogar, assumindo uma conduta coope-

---

5 Importante mencionar que o termo foi utilizado inicialmente para a negociação cooperativa pela Escola de FISHER, Roger; URY Willian; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*: a negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

6 WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador.* Florianópolis: Habitus, 2001.

7 WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador.* Florianópolis: Habitus, 2001.

8 A escuta ativa e a mediação. INFORME NMC-XLIII – 9 a 15 de abril de 2010. Ministério Público do Ceará. GRUNWALD, Astried Brettas. *A mediação como forma efetiva de pacificação social no estado democrático de direito.* Disponível em: www.jusnavigandi.com.br. 2002.

rativa e pacífica, ajudando a descobrir os caminhos que podem conduzi-los a soluções de seus problemas.

Para Vezzulla, a escuta ativa é essencial para que seu objetivo real seja alcançado, por meio da atenção que mediandos e mediadores dão aos fatos que os levam a estar interligados com o entendimento do conflito. Pela escuta atenta e sensível, os envolvidos no conflito desenvolvem maior predisposição em acentuar a comunicação entre eles, reconhecendo com maior facilidade os pontos controversos, e, consequentemente, chegando ao consenso de forma satisfatória.[9]

Na proposta de Lilia de Morais:

> O caminho da pacificação remete, necessariamente, à valorização do ser humano, concedendo-lhe formas e oportunidades de dialogar e participar da transformação de sua vida e de sua comunidade, o que, por conseguinte, gera nas pessoas o sentimento de inclusão e responsabilidade social.[10]

Assim, por meio da comunicação, reconhece-se a necessidade do outro de se expressar. Exatamente por isso os conselhos devem ser substituídos por uma escuta ativa para fins de mostrar que seus sentimentos estão sendo entendidos e são importantes. Ao contrário da escuta e do sentir os sentimentos, os conselhos bloqueiam as necessidades de expressão, reconhecimento e emancipação dos mediados.

A comunicação é de suma importância para o sucesso de uma solução pacífica e adequada dos conflitos trazidos ao mediador, uma vez que ele possui a tarefa de criar situações para que ocorra o empoderamento[11] das partes, direcionando-as para que aconteça o entendimento.

A mediação, como espaço gerador de situações mediadas a partir do diálogo, abre caminhos para a transformação dos conflitos, oportunizando, assim, o restabelecimento dos vínculos afetivos em que se baseiam as interações humanas. Ressalte-se que são espaços interativos empáticos de recomposição de vínculos rompidos.

É dessa forma que a escuta sensível possui o significado de sentir os sentimentos e de ampliar a dimensão da comunicação com o outro. O mediador pode,

---

9 VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Florianópolis: IMAB, 2001.

10 SALES, Lilia Maia de Morais. *Mediação de conflitos*: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 9.

11 A palavra "empoderamento" é descrita em dicionários da língua portuguesa, como Aurélio e Houaiss e, de acordo com eles, o termo conceitua o ato ou efeito de promover conscientização e tomada de poder de influência de uma pessoa ou grupo social, geralmente para realizar mudanças de ordem social, política, econômica e cultural no contexto que lhe afeta. A ideia é dar a alguém ou a um grupo o poder de decisão em vez de tutelá-lo.

assim, sem intervir no conflito, favorecer o processo para a transformação do conflito entre as partes, fomentando uma nova cultura de pacificação e de comunicação não violenta, fato que resulta em autonomia e empoderamento das pessoas, para resolverem seus conflitos nas relações sociais.

MEDIAÇÃO COMO REALIZAÇÃO DA CIDADANIA

Historicamente, a cidadania[12] tem sido, pelo menos nas democracias modernas, o elo entre o social e o político. Na proposta republicana, está ligada a sentimentos de pertença do cidadão a um grupo ou nação, portanto vincula as pessoas à comunidade política, seria a participação "na coisa pública", agir pela e na sociedade, a cidadania é expressão de uma sociedade de cidadãos que pactuaram viver em comum. Já na proposta de T. H. Marshall, quando os sujeitos fortalecem a autoestima e o respeito próprio, como resultado, passam a desenvolver também respeito pelos seus semelhantes, e se percebem como verdadeiros seres humanos.

Atualmente, compreende-se a cidadania vinculada à prática do conjunto dos direitos humanos,[13] civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Assim, quando falamos de cidadania, referimo-nos ao principal fundamento da finalidade do Estado Democrático de Direito, que deve possibilitar aos cidadãos(ãs) as condições de possibilidades da realização da cidadania, como realização da pessoa humana. Observa Warat a existência de falsos relatos que fizeram a sociedade crer que a cidadania se exercia por meio de representantes do Estado e pela lei, o que acabou por incutir nas pessoas que elas só conseguiriam se ver enquanto cidadãos no espelho do Estado Moderno,[14] fato que acabou por afastar as pessoas do encaminhamento de suas vidas e da solução direta de seus conflitos, percebendo, inclusive, o sistema judicial como não democrático, por não abarcar a escuta e a participação ativa dos envolvidos nos processos de tomada de decisão. Nesse aspecto, Warat afirma ser necessário perceber que a justiça é uma expectativa permanente a potencializar a diversidade dos grupos humanos no âmbito de seus processos históricos.[15]

---

12 Cidadania, palavra derivada de cidade, estudada por Aristóteles, é mais bem compreendida se pensarmos a cidade como o Estado. Desse modo entendida a cidadania, é possível dizer que todo cidadão que integra a sociedade pluralista do Estado democrático é senhor do exercício da cidadania, que, em síntese, é um vocábulo que expressa um extenso conjunto de direitos e de deveres. MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e* status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

13 BERTASO, João Martins. Cidadania, reconhecimento e solidariedade: sinais de uma fuga. *In:* BERTASO, João Martins (org.). *Cidadania, diversidade, reconhecimento.* Santo Ângelo: FURI, 2009.

14 WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador.* Florianópolis: Habitus, 2001, p. 157.

15 Considerado esse aspecto, o processo histórico, em seus distintos modos, aumenta a procura por soluções mais eficazes, que podem ser alcançadas não apenas por intermédio de meios estatais, mas pela própria participação dos litigantes, por meio de meios inovadores e alternativos.

A partir desses fragmentos de cidadania, encaminha-se a compreensão do tema a partir da ideia da busca do bem comum. Trata-se da cidadania na sua vincularidade social e política, e a mediação no seu aspecto de empoderamento das pessoas, envolvendo-as na participação na vida comunitária, é o mesmo que dizer que o envolvimento enseja a construção de espaços coletivos onde a cidadania se realiza em suas múltiplas dimensões. Trata-se de solidariedade social e empoderamento individual e coletivo. O empoderamento da sociedade civil dá as condições da realização da pessoa humana e de sua autonomia. Por esse olhar e proposta da presente pesquisa, a cidadania retoma seu potencial de poder político,[16] o qual provoca as pessoas a refletirem sobre os possíveis caminhos e os encaminhamentos aceitáveis para viabilizar a transformação dos conflitos àqueles que estão inseridos no contexto de uma disputa.

Está-se diante das condições de possibilidade da materialização da democracia, da realização da cidadania e do empoderamento da sociedade civil. Desse modo, garantem-se e promovem-se os bens e os valores de um Estado Democrático de Direito, multiétnico, plural e multicultural, tendo como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, entre outros. Assim, no âmbito social, político e jurídico, tudo o que vier a ser estabelecido ou criado deve observar obrigatoriamente os princípios democráticos de direito, devendo pautar-se na efetivação da cidadania e na dignidade da pessoa humana.[17] Compreende-se, desse modo, a democracia enquanto determinada pela cidadania, dando vida à cidade. Está se falando de uma cidadania solidária e paritária em relação ao desfrute dos bens sociais.[18]

Quanto à realização da cidadania desde o olhar da mediação, vê-se a possibilidade de a mediação se tornar um espaço que tende a criar as condições de possibilidades para a mediação criar espaços de inclusão política e social para as pessoas em situação de conflito, já que não se considera única finalidade da mediação a obtenção de um acordo. Busca-se, primeiramente, ajudar os interessados a transformar o conflito, aqui percebido como um conjunto de condições

---

16 A cidadania compreendida em sua genética desde um potencial de poder político; um *quantum* de poder que todos os cidadãos possuem. A partir dessa compreensão, pode-se afirmar ser o cidadão protagonista das práticas sociais. BERTASO, João Martins. Cidadania, reconhecimento e solidariedade: sinais de uma fuga. *In:* BERTASO, João Martins (org.). *Cidadania, diversidade, reconhecimento*. Santo Ângelo: FURI, 2009.

17 BERTASO, João Martins; PRADO, Keila Sim do. Aspectos de mediação comunitária, cidadania e democracia. *Revista Novos Estudos Jurídicos* – Doi: 10.14210/nej.v21n2. p. 50-74, p. 50. Disponível em: file:///C:/Users/seger/Downloads/10632-28951-2-PB%20(1).pdf.

18 BERTASO, João Martins; PRADO, Keila Sim do. Aspectos de mediação comunitária, cidadania e democracia. *Revista Novos Estudos Jurídicos* – Doi: 10.14210/nej.v21n2. p. 50-74, p. 50. Disponível em: file:///C:/Users/seger/Downloads/10632-28951-2-PB%20(1).pdf.

psicológicas, culturais e sociais que motivaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas.[19]

A mediação, para Luis Alberto Warat, é uma tentativa de favorecer processos de transformação de conflitos, de integrar as partes para modificar o conflito. Segundo ele, trata-se de um encontro transformador; transforma o conflito entre pessoas que se enfrentam pelas suas diferenças, seus interesses opostos e coincidentes.[20] Pelo olhar waratiano, a mediação é um processo de reconstrução simbólica do conflito, que ajuda as pessoas a resolverem suas diferenças, pois procura reinterpretar, no plano simbólico, o conflito. O escutar sensível do mediador facilita a geração de situações de interpretação para que ocorram os mecanismos de transferência. É dessa forma que o mediador, segundo Warat, interfere no processo de transferência e interpretação, não no conflito. O mediador, assim, não resolve e nem decide o conflito.

De tal modo, a mediação começa quando as partes conseguem interpretar, no plano simbólico, seus ódios, seus amores e seus desconhecimentos, que as diferenciam e que deram causa aos conflitos. Warat ressalta que os conflitos de ordem emocional decorrem de uma história entre pessoas que, em algum momento e por algum motivo, foi rompida.[21] Acentua, ainda, que, para que algo possa ser mediado, é necessário que uma das partes, pelo menos, tenha um conflito de ódio, amor ou dor.[22] Diferentemente de outras formas, na mediação transformativa, o mediador ajuda as partes num conflito a se reencontrarem, a se escutarem, a terem sensibilidade, compreenderem suas angústias e as da outra parte e as administrarem.

Para Warat, importa a dimensão pedagógica da mediação, já que a autonomia *é* que dá às pessoas condições de resolver, sem tutelas, seus conflitos. Para o autor, ocorre uma espécie de encontro transformador com o outro. Assim, do sentido pedagógico da mediação, Warat ressalta o surgimento de as possibilidades da autonomia pessoal e comunitária virem a ocorrer, uma vez que o diálogo cria os meios necessários para o entendimento, tanto em nível pessoal quanto grupal.[23]

A mediação reduz e tenta anular o desgaste emocional das partes, pois tende a facilitar o diálogo entre as pessoas, de modo que possam, com autonomia

---

19 WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca*: ofício do mediador. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: 2004.

20 WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo*: a mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998. p. 102.

21 É importante ressaltar que, para Warat, nos conflitos de ordem patrimonial, sem histórias, o que se decide são as diferenças, não há conflito afetivo a resolver.

22 WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo*: a mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998. p. 33.

23 WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 38-39.

em suas decisões, encaminhar e pacificar as relações deterioradas, vislumbrando um acordo como resultado do processo. Ou seja, na linguagem técnica da mediação, as partes agem partilhando atitudes destinadas à recomposição das relações rompidas; toma como objeto a ser mediado os vínculos rompidos, decorrentes de uma relação que, de algum modo, foi abalada. Reconstruir os vínculos rompidos, pessoais ou grupais, é objetivo primeiro da proposta waratiana de mediar conflitos.

De tal modo, as partes envolvidas reconhecem uma forma pacífica e colaborativa de negociar suas diferenças afetivas, por meio de procedimentos/atitudes que privilegiam a escuta ativa e o diálogo. Ao se envolverem na solução de seus conflitos, realizam-se como cidadãos, reconhecendo-se responsáveis pela solução e gerenciamento de seus desentendimentos em suas vidas. Afirma-se, assim, que dessas experiências de reconhecimento mútuo os envolvidos saem mais fortalecidos e preparados para a vida, podendo verdadeiramente contribuir para a construção de uma justiça mais cidadã.

Warat, ainda:

> Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia como uma forma de produzir diferenças e tomar decisões com relação a conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania.[24]

Sob esse olhar, em Warat, a mediação, na sua forma transformadora, converte-se em realização da cidadania, em espaços de inclusão, onde a interação entre as pessoas e grupos viabiliza e sustenta a vida comunitária. Sob esta ótica, o objeto da mediação não são os acordos, são os vínculos que se romperam, são laços afetivos e expectativas que não se realizaram ou que desmoronaram. É dessa forma que o conflito é tomado como uma oportunidade de crescimento das partes, repercutindo numa melhor qualidade de vida. E é também por esse motivo que Warat afirma que o mediador é o lugar da ternura e do amor, não é o lugar do poder.

Em seu conjunto de aspectos, Warat descreve assim:

> A mediação é:
>
> A inscrição do amor no conflito
>
> Uma forma de realização da autonomia
>
> Uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos

---

[24] WARAT, Luis Alberto. Mediación el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto. *Scientia Iuris*, n. 4, p. 9, 2000.

> Um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades
> Uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade
> Um paradigma cultural e um paradigma específico do Direito
> Um modo particular de terapia
> Uma nova visão da cidadania, dos direitos humanos e da democracia.[25]

Em sociedades complexas e multiculturais, como as atuais, a mediação tem a capacidade de restabelecer os vínculos humanos rompidos, já que pauta suas técnicas no diálogo e no reconhecimento do outro. E, como resultado, realiza a cidadania coletiva, a solidariedade, a fraternidade e a responsabilidade individual e coletiva, reconstruindo bases de organização democrática da sociedade civil, já que privilegia atores sociais comprometidos com a transformação social e promove o empoderamento dos grupos sociais e culturais.[26] A mediação, desde esse olhar, é vista como realização da cidadania, pois a escuta e o envolvimento ativo das partes constroem espaços de autonomia.

Dessa forma, por meio do fortalecimento e autonomia da condição humana, busca-se que os sujeitos retomem o controle de suas vidas e sejam capazes de dirimir seus desentendimentos, não necessitando mais que o Estado e o direito, de forma exclusiva, imponham-lhes uma saída, fato que representa um novo ideal de cidadania, concretizada pela mediação, conforme sugere Luís Alberto Warat:

> A cidadania está reduzida a indivíduos que participam indiretamente na produção das decisões do Estado, para logo delegar-lhe a missão de decidir seus próprios conflitos. É um cidadão que renuncia a administrar seus próprios conflitos, porque foi forçado a crer que era melhor que o Estado, que ele ajudava indiretamente, fosse o que tomasse medidas coercitivas sobre suas próprias situações de insatisfação. [...] Chegou a hora de devolver à cidadania e aos Direitos Humanos suas possibilidades de humanizar nossa relação com os outros, principalmente, por intermédio de um Direito comprometido com a humanização de suas funções nos conflitos, o Direito da mediação.[27]

Daí a mediação como realização de cidadania,[28] uma vez que, dessa forma, estar-se-á garantindo a utilização de uma ferramenta que possibilita a gestão de

---

25 WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca*: ofício do mediador. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: 2004, p. 67.

26 CANDAU, Vera Maria. Educação em direitos humanos: desafios atuais. *In:* SILVEIRA, Rosa Maria Godoy *et al* (org.). *Educação em direitos humanos*: fundamentos teórico metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007. p. 408.

27 WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador.* Florianópolis: Habitus, 2001. p. 161.

28 BERTASO, João Martins. Cidadania, reconhecimento e solidariedade: sinais de uma fuga. *In:* BERTASO, João Martins (org.). *Cidadania, diversidade, reconhecimento.* Santo Ângelo: FURI, 2009.

conflitos e que exige das partes comprometimento e responsabilidade em seu processo de aplicação. A condição de ser cidadão é a de ter capacidade, habilidade e competências para opinar e decidir em suas relações sociais, ser responsável por sua vida e realizar sua autonomia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão-problema que norteou o desenvolvimento do presente texto instigou o estabelecimento de uma conexão epistemológica entre mediação, cidadania, direitos humanos e democracia, tendo como questão central a seguinte pergunta: é possível uma formação cidadã e solidária, calcada na cidadania como prática dos direitos humanos, repercutir no plano pragmático sobre as relações individuais e comunitárias? Os procedimentos dialógicos de uma mediação transformativa ensejariam a formação de uma comunidade constituída por pessoas autônomas, sensíveis e abertas ao diálogo com o outro?

Na tentativa de responder a essa questão, adotou-se como horizonte teórico o entendimento de que a mediação pode ser tomada como um meio de estabelecer relações individuais e coletivas sustentáveis, podendo também construir situações de formação de pessoas solidárias e autônomas. O pressuposto é a ideia de que pessoas autônomas são pessoas que possuem habilidades e competências para resolver os problemas relativos à comunidade, bem como aqueles relativos a suas vidas, ou seja, pessoas e cidadãos(ãs) realizando-se numa relação de solidariedade social, virtuosa e fraterna.

Diante desse quadro teórico, alguns aspectos convergentes na proposta chamaram a atenção:

A temática do ensaio articulou mediação, autonomia, direitos humanos, cidadania e democracia, já que se vive em um período em que as demandas são multifacetadas e complexas, que contornam e desafiam em diferentes aspectos sociais e culturais. Desde esse quadro, pretendeu-se vincular a ideia de cidadania e mediação, já que, no plano pragmático, as práticas sociais e a vincularidade de suas relações repercutem sobre os direitos humanos e a materialidade da democracia.

As habilidades geradas em situação de mediação tendem a desenvolver sentimentos de empatia mútua entre as pessoas envolvidas em um conflito, ao invés da repulsão, da agressão e do ressentimento.

A escuta sensível, como atitude de respeito ao outro, atende as necessidades de ambas as partes que se encontram envolvidas na dor do conflito, independentemente de qual delas tenha provocado.

Ao estimular a responsabilidade de assumir as consequências dos próprios atos, por conta da formação de uma consciência reflexiva, a recomposição dos

vínculos rompidos tende a ocorrer desde o âmbito de um processo calcado em espaços mediados, construídos por procedimentos colaborativos.

Espaços de mediações geram fragmentos de autonomia, que oportuniza o envolvimento de cada uma das partes no encaminhamento dos diversos aspectos para a possível solução do conflito.

A autonomia facilita a reintegração das partes como membros valiosos que contribuem para a sociedade, criando, assim, ambientes de convívio e interação sustentáveis em sociedades complexas, plurais e multiculturais. Ou seja, é uma forma de transformação das relações conflituosas, pautada na democratização da comunicação intra, inter e transcultural.

Sob esse aspecto, a escuta sensível atenta às narrativas expostas por cada uma das partes envolvidas em um conflito pode provocar os resultados almejados pela mediação, já que são atitudes básicas quando da intervenção dos mediadores no decorrer de um processo mediativo democrático.

A mediação é pedagógica na medida em que habilita pessoas a transitarem de uma racionalidade bélica para formar a razão de uma cultura de paz. Uma cultura de paz se potencializa pelo reconhecimento das diferenças, sem delegações excessivas à tomada de decisões a outro, ao Estado.

Assim, a autonomia se expressa pela materialização das decisões dos envolvidos. A cidadania vai se realizando pela capacidade da autodeterminação ao conferir responsabilidades aos sujeitos; a mediação na proposta do direito humano ao cuidado recíproco; a solidariedade sob o aspecto da responsabilidade, tendendo à construção de uma sociedade fraterna e includente.

A mediação, em suas diferentes formas, pode ser concebida como um instituto democrático de cidadania, que enseja o empoderamento da sociedade civil. Assim, as pessoas e as comunidades realizam, no plano pragmático, o direito humano que possuem, especialmente àqueles segmentos sociais vulneráveis, que são os que possuem pouco ou nenhum poder representativo junto ao poder social e político instituído.

De tal forma, cidadania e mediação se complementam e se energizam. Vista assim, a mediação é uma forma de realização da cidadania. Ressalta-se que cidadania hoje é compreendida por inclusão de todos, voltada para o respeito às diferenças e para o reconhecimento social, viabilizando a interação dos mais diversos grupos sociais. Não somente a interação sob o aspecto formal, mas também a interação que dá a sustentabilidade a uma sociedade de pessoas livres, reconhecidas como possuidoras de igual dignidade e que buscam viver de forma fraterna.

É dessa forma que a mediação [interindividual, grupal ou comunitária] vai se transformando num direito de todos, de cidadania, um paradigma organiza-

cional de natureza coletiva, indicador democrático, solidário e reconhecido às liberdades e às igualdades sociais.[29]

Daí a cidadania como um instituto de potência inclusiva, de respeito à igualdade e às diferenças, descontaminada dos critérios excludentes, de hegemonia, de seletividades e segregações, uma cidadania de genética não xenófoba. Nessa proposta, a cidadania tende a ser entendida como um *locus* de vincularidades, de respeito, de proteção e de cuidados mútuos. Uma sociedade que fuja de uma política de autonomia ofertada, por uma classe de profissionais [político-burocrática], que a mantém em situação de manipulação e de submissão.

Entendida desde este olhar, a cidadania é vincularidade, respeito e interação entre pessoas e grupos, pelos quais a proteção de uns para com os outros se faz por meio do cuidado, uma espécie de fio condutor para a construção de uma sociedade mais fraterna.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. Acesso e saída da justiça. *In:* FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias (org.). *Arbitragem, jurisdição e execução.* São Paulo: RT, 1999.

BERTASO, João Martins. Cidadania, reconhecimento e solidariedade: sinais de uma fuga. *In:* BERTASO, João Martins (org.). *Cidadania, diversidade, reconhecimento.* Santo Ângelo: FURI, 2009.

BERTASO, João Martins; PRADO, Keila Sim do. Aspectos de mediação comunitária, cidadania e democracia. *Revista Novos Estudos Jurídicos* – Doi: 10.14210/nej.v21n2. p. 50-74. Disponível em: file:///C:/Users/seger/Downloads/10632-28951-2-PB%20(1).pdf.

CANDAU, Vera Maria. Educação em direitos humanos: desafios atuais. *In:* SILVEIRA, Rosa Maria Godoy *et al* (org.). *Educação em direitos humanos*: fundamentos teórico metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo*: para uma teoria da cidadania. São Paulo: Loyola, 2005.

FISHER, Roger; URY Willian; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*: a negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

---

[29] Com relação à cidadania enquanto política de direitos humanos, Bertaso afirma: "Penso que a cidadania enquanto política dos direitos humanos tende a legitimar os cidadãos no direito de agir em defesa da vida e apostando numa sociedade que pode se sustentar em cuidados mútuos; há que se reconhecer o direito à diferença, considerando as culturas particulares – suas diversas dimensões espaciais e temporais, local e global – com suas respectivas articulações e inter-relações" (BERTASO, João Martins. Cidadania, reconhecimento e solidariedade: sinais de uma fuga. *In:* BERTASO, João Martins (org.). *Cidadania, diversidade, reconhecimento.* Santo Ângelo: FURI, 2009. p. 15).

GRECCO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça. *In:* GRUNWALD, Astried Brettas. *A mediação como forma efetiva de pacificação social no estado democrático de direito*. Disponível em: www.jusnavigandi.com.br.

GRUNWALD, Astried Brettas. *A mediação como forma efetiva de pacificação social no estado democrático de direito*. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. 2002.

HICKS, Donna. Resolução de conflitos e educação em direitos humanos: ampliação da agenda. *In:* ANDREOPOULOS, Geroge J.; CLAUDE, Ruchard Pierre (org.). *Educação em direitos humanos para o s*éculo XXI. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2007.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e* status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação*: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

SALES, Lilia Maia de Morais. *Mediação de conflitos*: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Florianópolis: IMAB, 2001.

WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo*: a mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.

WARAT, Luis Alberto. Mediación el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto. *Scientia Iuris*, Londrina, n. 4, 2000.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca*: ofício do mediador. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: 2004.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS E SEUS LIMITES

BIOJURIDIC BUSINESS AND THEIR LIMITS

*Juliana Carvalho Pavão**
*Paula Barbosa de Góis***
*Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador****

RESUMO

Em consequência dos avanços das tecnologias, conjuntamente com a medicina, é factível a realização de negócios de caráter biojurídico, que se constituem por meio da autodeterminação dos indivíduos em situações jurídicas existenciais com caráter de gratuidade. Entretanto, esses negócios ainda não apresentam regulamentação específica, e, diante disso, eles são ajustados pelas partes, acatando as resoluções do Conselho Federal de Medicina, que tratam os feitos pelo viés médico. Pela constatação deste problema de ausência legislativa, o objetivo do estudo é demonstrar a necessidade da aplicação dos princípios constitucionais, civis e bioéticos para não deixar as partes desprotegidas e, consequentemente, equilibrar as relações contratuais. Conclui-se que os negócios biojurídicos não podem ser pactuados de forma arbitrária e ilimitada, e o Estado deve atuar na forma de princípios, para apresentar barreiras a esses negócios, visando sempre o zelo pelo ser humano. Utilizou-se como fonte a pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa e o método dedutivo.

Palavras-chave: Autodeterminação; Autonomia; Negócios biojurídicos; Princípios bioéticos.

ABSTRACT

Because of the advances of technologies and medicine, it is feasible to carry out business of a biojuridical character, which is constituted through the self-determination of the individuals in legal existential situations of

* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada. E-mail: juliana.pavao@hotmail.com.

** Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: paulinha_bargo@hotmail.com.

*** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina e da Graduação da Universidade Estadual de Londrina, Departamento de Direito Privado. E-mail: rita.tarifa@gmail.com.

a gratuitous character. However, these businesses still do not present specific regulations, therefore, they are adjusted by the parties in compliance with the resolutions of the Federal Medical Council, which deals with decisions made by the medical bias. Through this problem of lack of legislation, the objective of this study is to demonstrate the need to apply constitutional, civil and bioethical principles in order to avoid leaving the parties unprotected and, consequently, to balance contractual relations. It was concluded that biojuridical business cannot be arbitrarily and unrestricted, the State must act respecting principles to present barriers to these businesses, always aiming at the human being. The bibliographical research with a qualitative approach and the deductive method were used as methodology.

Keywords: Self-determination; Autonomous; Biojuridic business; Bioethics principles.

INTRODUÇÃO

A autonomia é elemento essencial para a formação dos negócios jurídicos, uma vez que expressa o desejo dos particulares de realizar o pacto. No decorrer dos anos, a autonomia passou por diversas transformações; inicialmente, ela apresentava um caráter amplo e posteriormente passou a ser limitado. Além disso, a autonomia estava, em sua origem, relacionada ao aspecto estritamente patrimonial, uma vez que o importante para a sociedade era o ter, e não o ser. Com as transformações sociais e tecnológicas, os Estados passaram a se preocupar mais com o ser, possibilitando, então, que os interesses existenciais fossem discutidos no plano da autonomia.

Ademais, o negócio jurídico acompanhou essas transformações, passando, agora, a abordar também aspectos existenciais, e não só patrimoniais. Deste modo, graças aos avanços da medicina e das tecnologias, possibilitaram-se novos negócios que nem eram imaginados no passado, negócios de caráter biojurídico, que têm como objeto o próprio ser humano. Todavia, esses negócios não apresentam regulamentação específica, considerando a atualidade da questão.

Tendo em vista a existência desses negócios, que podem ser denominados biojurídicos, e a ausência de normas, esse trabalho busca estudar como a autonomia formadora desses negócios está sendo limitada, se o Estado está omisso ou apresenta dispositivos limitadores para esses casos. O objeto desse trabalho é extremamente relevante, uma vez que esses negócios envolvem o ser humano e sua dignidade, assim devendo ter sempre atenção sobre os avanços médicos para que eles não causem um desrespeito à vida humana.

Para compreender os negócios biojurídicos, devem-se necessariamente compreender os conceitos de autonomia privada e a autodeterminação, que são elementos fundamentais para a viabilidade da confecção desses atos. Em seguida, devem-se analisar os conceitos do negócio biojurídico, tema central do presente estudo.

E, por fim, observando que não há normas jurídicas específicas sobre o assunto e sabendo que o ordenamento jurídico não está restrito às normas jurídicas, será estudada a atuação desses princípios nesses casos como mecanismos de proteção do ser humano. O método utilizado é o dedutivo, realizando uma análise de consulta bibliográfica, principalmente das obras de Maria Helena Diniz, Francisco Amaral, Sergio Ferraz e Rose Melo Vencelau Meireles, que tratam do assunto.

AUTONOMIA PRIVADA E AUTODETERMINAÇÃO

As linhas de exposição deste item estão direcionadas aos conceitos, à distinção, essência, clareamento das principais características e fundamento constitucional de autonomia privada e autodeterminação no ordenamento jurídico construídas ao longo do tempo.

Sobre o conceito de autonomia privada concentraram-se questões que dependem em preponderância da configuração do ordenamento. Por esta razão, a autonomia privada pode ser determinada, especificamente, em relação ao ordenamento jurídico e à experiência histórica que, de diferentes modos, coloca a sua exigência. Isto posto, pode-se depreender por "autonomia privada" o poder reconhecido ou outorgado pelo ordenamento estatal a um grupo ou a um indivíduo, de estabelecer vicissitudes jurídicas como resultado de comportamentos livremente assumidos.[1]

Nesse mesmo sentido, pode-se depreender da leitura de Rose Melo Vencelau Meireles[2] que a autonomia privada seria a essência para a criação, modificação ou extinção das situações jurídicas subjetivas, formada pelo ordenamento jurídico, de modo que esse poder jurídico não é um direito subjetivo ou faculdade em uma situação subjetiva, mas, sim, um precedente às situações subjetivas. Ademais, elas poderão ser constituídas, exercidas, modificadas ou extintas, particularmente com sua disciplina e fundamento na autonomia privada, razão pela qual o princípio da autonomia privada, na figura de poder jurídico, antecede as vicissitudes jurídicas e lhes permite existir validamente.

Para Francisco Amaral,[3] a alçada da liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado denomina-se autonomia, o direito de gerir-se com suas próprias leis. O autor considera que a liberdade jurídica é a viabilidade de a pessoa atuar com eficiência jurídica para regular juridicamente suas relações. Deste modo, a autonomia privada é expressão reservada da liberdade jurídica. Além disso, Rose

---

1 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17.

2 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 68-69.

3 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 347.

Melo Vencelau Meireles,[4] sob o ponto de vista valorativo, frisa que não é permitido que a autonomia privada seja compreendida abstratamente, uma vez que se submete conjuntamente ao juízo de mérito de tutela, de acordo com o valor que vise garantir a produção de efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos.

De modo tendencial, Pietro Perlingieri[5] dispõe sobre a importância da liberdade do indivíduo de regular, por si, as próprias ações e permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento habitual determinar as regras por meio de um entendimento comum sobre aquele comportamento.

Não obstante, Pontes de Miranda[6] explana que existem manifestações de vontade que entram no mundo jurídico sem produzir o negócio jurídico, contudo, para produzir o negócio jurídico, elas precisam ser claras. O suporte fático do negócio jurídico está na manifestação de vontade que a integra ao mundo jurídico. Para tal, o elemento "consciência" é essencial à manifestação de vontade ou à declaração de vontade. A manifestação de vontade que constitui o negócio deve ser consciente, por reivindicação da teoria do autorregramento da vontade, denominada autonomia privada. Se faltar a manifestação da vontade,[7] não haverá negócio jurídico.

Tradicionalmente, os aspectos nos quais se manifesta a autonomia privada estão, antes de qualquer coisa, na liberdade de negociar, de determinar o conteúdo contratual, de escolher o contratante, optar pela forma do ato. No entanto, faz-se necessário verificar se estas liberdades correspondem, com efetiva incidência, à teoria dos atos, pelo motivo de a fisionomia da autonomia privada estar baseada nos princípios gerais do ordenamento. Deste modo, são esses princípios a essência para avaliar se a autonomia privada é considerada de proteção por parte do ordenamento. Revelando-se indispensável para a verificação da noção à luz do juízo de valor dos atos realizados, de tal maneira que se possa concluir se estes, individualmente verificados, poderão ser regulados pela autonomia privada, ou ao menos em parte. Todavia, a teoria dos atos não se restringe a tais negócios e, principalmente, deve-se ponderar que as expressões de liberdade em matéria não patrimonial atingem uma posição mais elevada na hierarquia constitucional.[8]

---

4 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 69.

5 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*, cit., p. 17.

6 PONTES DE MIRANDA, F. C. 1892-1979. *Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova*. Atualizada por Marcos de Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Júnior. São Paulo: RT, 2012. p. 56-59.

7 Apesar da terminologia adotada por Pontes de Miranda como "manifestação de vontade", muitos autores se referem, quando tratam dos negócios jurídicos, à declaração de vontade. A diferença reside no fato que a manifestação de vontade é um ato adeclarativo, no qual não há uma transmissão expressa, clara a um destinatário da sua vontade, enquanto a declaração deve ser realizada de forma clara, expressa e para uma pessoa.

8 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*, cit., p. 18.

A doutrina, em maioria, entende que a autonomia privada se realiza por intervenção do negócio jurídico. Nesse sentido, Rose Melo Vencelau Meireles[9] expõe que o negócio jurídico seria instrumento para a efetiva realização da autonomia privada, posto que é por meio dele que se diferenciam, visto que o negócio jurídico é o fato a que o ordenamento atribui eficácia jurígena para produzir efeitos jurídicos constitutivos, modificativos ou extintivos, em conformidade com a declaração de vontade do agente, resultando no surgimento da autonomia negocial, porque realizável mediante a celebração de negócios jurídicos.

A tentativa de especificar o fundamento da autonomia na garantia constitucional da iniciativa econômica privada é parcial, pois negociações que tenham por objeto ocorrências subjetivas não patrimoniais, de natureza existencial e pessoal, devem ser empregadas nas relações à cláusula geral de tutela humana. Portanto, os atos de autonomia têm fundamentos diversificados, no entanto, encontram um lugar comum na imprescindibilidade de serem assimilados ao desporto de interesses e de funções que logram a tutela e que são socialmente úteis. Ademais, existe sempre a exigência, na utilidade social, de que atividades e atos não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana.[10]

Nesse sentido, constata-se que o fundamento constitucional da autonomia privada é de maior importância, ainda que esta, por vezes, não seja reconhecida pela doutrina adequadamente, no seu pleno significado. Todavia, a autonomia privada passou por uma evolução, uma vez que as tecnologias avançaram, possibilitando novos negócios envolvendo a pessoa e seu desenvolvimento. Então, hoje se fala também de autodeterminação.

Cumpre fazer a incursão terminológica da autodeterminação, cujo conteúdo é fornecido pelo Direito Constitucional e pelo Direito Internacional Público, compondo-se pela prerrogativa de cada povo constituir-se em estado soberano, originando regras próprias sobre a organização interna de suas instituições políticas, com o devido respeito das demais pessoas jurídicas internacionais. Porém, no que tange ao interesse inerente ao Direito Privado, a autodeterminação vem ganhando delineados diversos, procedendo-se como uma ordem jurídica mais extensa que a autonomia privada da vontade.[11]

A autodeterminação, à sua conformidade, seria o poder juridicamente declarado e socialmente útil, de caráter ontológico, fundamentado na abertura do homem para o mundo e seus conhecimentos adquiridos e solicitações sensíveis

---

9 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 69-71.

10 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*, cit., p. 19.

11 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. p. 126.

ou não. O plano da autodeterminação estaria no poder de cada indivíduo de livre gestão de sua esfera de interesses, direcionando a sua vida de acordo com as suas preferências.[12]

Segundo Otávio Luiz Rodrigues Junior,[13] preferiu-se o termo autodeterminação, por seus traços mais específicos e suas conexões com o Direito Privado, para classificar o modo de maestria humana de suas condutas em um plano individual. No mais, esse conceito também encontra lastro constitucional (artigo 1º, inciso III), pois efetiva a dignidade da pessoa humana, sob a perspectiva do personalismo ético-social e coadunado ao reconhecimento do pleno valor da pessoa humana. Prontamente, a autodeterminação abarcaria a autonomia privada da vontade, bem como as escolhas individuais no que se refere à ideologia, ao partido político, à religião, à orientação sexual e ao direito de renunciar à própria vida.

Por fim, Éverton Willian Pona,[14] em brilhante explanação sobre a distinção entre autonomia privada e autodeterminação, traz que a autonomia privada ampara tanto situações jurídicas subjetivas patrimoniais quanto as existenciais. Contudo, ao reportá-la como autodeterminação, faz-se evidente a diferenciação entre tais situações. Nas situações jurídicas patrimoniais, a justificativa primordial acomoda-se na liberdade contratual ou negocial, na livre estruturação da propriedade e livre iniciativa econômica em todo o tempo no ordenamento brasileiro, impostas pelas barreiras e exigências da boa-fé e função social. De outro modo, quando as situações jurídicas são existenciais, em que é apresentada a autonomia para cumprir sua obrigação de eficácia, casar-se-ão com a dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, posteriormente, em texto oportuno, alinhar-se-ão considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana como a principal armadura para a proteção do ser humano, uma vez que deverá ser observada em qualquer situação jurídica, pois toda e qualquer forma de discriminação é abominada pela Constituição Federal. Dessa forma, a vida deve ser vista como um bem fundamental do ser humano e acompanhada de dignidade no viver. Além disso, serão observados no próximo tópico os negócios biojurídicos, seu conceito e o porquê de utilizar tal terminologia.

---

12 RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato*: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. p. 22.

13 RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade, cit., 2004.

14 PONA, Éverton Willian. *Autonomia prospectiva e situações jurídicas subjetivas existenciais*: discurso sobre os fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. Curitiba: Juruá, 2015. p. 249.

NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS

A medicina tem avançado muito nos últimos anos, o que proporcionou mudanças na sociedade, como a possibilidade de geração de uma criança cujo genitor faleceu, desde que haja congelado o embrião e utilize-se de técnicas de reprodução assistida. Ademais, perante esses novos avanços, os negócios jurídicos também foram expandidos, logo, não é mais possível tratar apenas de negócios jurídicos patrimoniais, existindo hoje o negócio biojurídico.

Os negócios jurídicos estão regulamentados na parte geral do Código Civil Brasileiro, sendo formados com base na autonomia privada das partes. Diante disso, considerando que o negócio jurídico, como está expresso no texto legal, é apenas categoria geral, ele pode atuar em qualquer situação subjetiva, tanto patrimonial como extrapatrimonial.[15] O próprio Código Civil de 2002 foi redigido tendo como base uma carga principiológica alta, visando não abarcar todos os casos possíveis, mas permitir uma interpretação de casos novos, conforme apresenta Noemí Lidia Nicolau[16] sobre o Código Civil Brasileiro:

> El perfil del nuevo modelo exigía una técnica legislativa bien diferente a la tradicional, consistente en normas que no fueran cerradas, en el sentido de que no pretendieran prever de manera exhaustiva todos los supoestos de hecho y sus consecuencias jurídicas. Se requerían normas flexibles y com um grado importante de apertura, que los redactores supieron trabajar adecuadamente.

Desse modo, é possível que existam negócios jurídicos de origem existencial, tendo em vista que as relações entre as pessoas se tornaram mais complexas, graças principalmente ao avanço tecnológico.

Nesse sentido, José Abreu Filho[17] classifica os negócios jurídicos em patrimoniais e extrapatrimoniais. No primeiro caso, há uma natureza econômica, enquanto no segundo é o contrário, não há avaliação econômica.[18] Isso indica

---

15 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 120.

16 NICOLAU, Noemí Lídia. Una pecularidad del modelo jurídico derivado del nuovo código civil brasileño. *Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, v. 16, 2003. p. 45.

17 ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 93-95.

18 É interessante observar que José Abreu Filho (1997) critica a utilização da expressão negócios familiares para os negócios extrapatrimoniais, porque, na visão do autor, a expressão é imprecisa, uma vez que limita muito os negócios à natureza familiar, excluindo a possibilidade de negócios envolvendo os direitos personalíssimos. Nesse contexto, é muito oportuna a observação realizada pelo autor, porque, nos dias atuais, veem-se muitos negócios de natureza existencial que não envolvem o direito de família, por exemplo, uma diretiva antecipada de vontade.

posição favorável a essa divisão, sendo possível afirmar a existência de negócios biojurídicos como categoria de negócio jurídico extrapatrimonial.[19] Essa diferenciação de negócios, com base no conteúdo patrimonial ou não, também é realizada por Noemí Lidia Nicolau,[20] contudo ela alcunha os negócios jurídicos extrapatrimoniais de personalíssimos:

> Es important tener em cuenta que los derechos personalísimos, como todos los derechos subjetivos, se dinamizan cuanta su titular celebra negocios jurídicos que los involucra, a los que denominamos "negocios jurídicos personalísimos", para diferencirlos de los actos de contenido patrimonial.

Assim, nota-se a possibilidade de negócios jurídicos que não tenham como único fim o patrimônio ou apenas negócios jurídicos que já tenham previsão na legislação. Diante disso, surgiram os negócios biojurídicos, que têm como objeto a saúde e o corpo da parte,[21] deste modo, os casos que apresentam esses negócios podem envolver tanto o estado físico como o psíquico. As ilustrações desse tipo de negócio são o contrato de gestação de substituição e a disposição de material genético.

A classificação dos negócios biojurídicos é feita da mesma maneira que os demais negócios, ou seja, em unilaterais ou bilaterais.[22] Entretanto, esses negócios devem ter especificamente o caráter de gratuidade, uma vez que têm como objeto o corpo de um ser humano, logo, qualquer disposição que possa quantificá-lo em um aspecto monetário estaria violando a dignidade da pessoa humana.

Ao tratar desses negócios, é importante analisar o aspecto da autonomia, porque, conforme os demais negócios, seu alicerce é a autonomia privada, principalmente nesse caso em que não existe regulamentação específica. Por este motivo, o desenvolvimento da personalidade se consubstancia na autonomia privada, sendo esta a única base legal que permite a realização desses tipos de negócio.[23]

---

[19] Os negócios biojurídicos se enquadram na categoria de negócios jurídicos extrapatrimoniais ou existenciais, mesmo que às vezes apresentem caráter econômico, mas têm como objeto direitos da personalidade. Diante disso, falar em negócio biojurídico é tratar de uma espécie de negócio jurídico considerado um gênero.

[20] NICOLAU, Noemí Lídia. Una pecularidad del modelo jurídico derivado del nuovo código civil brasileño, cit., p. 45.

[21] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Negócios biojurídicos. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). *Negócio jurídico e liberdades individuais:* autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

[22] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Negócios biojurídicos, cit., 2016.

[23] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 123.

Contudo, deve-se diferenciar a autonomia apresentada nesse comento, que tem atuação no direito civil, com o princípio bioético da autonomia do paciente. Tendo em vista o objeto de atuação desses negócios, este princípio bioético terá sua incidência limitada à relação médico-paciente, uma vez que prevê que uma pessoa capaz deve tomar as decisões sobre a sua vida, cabendo ao médico respeitá-las.[24] Destarte, as escolhas do paciente devem ser respeitadas, quando não prejudicarem terceiro.[25] Assim, nota-se a relação da autonomia privada com o princípio bioético nesses negócios, conforme será exposto mais adiante.

A autonomia se apresenta como ato de iniciativa de pelo menos uma das partes interessadas na negociação, a operação de direitos subjetivos e, por vezes, de deveres de solidariedade, de específicas obrigações legais de contratar. Deve entender que o termo "solidariamente" não incide apenas na esfera econômica, mas também nas esferas social e familiar, conforme estabelece o artigo 29 da Constituição Federal. Pode ser exemplificado com o vasto campo dos atos de disposições do próprio corpo e especialmente os transplantes. A negociação exprime cada vez mais técnicas e formas distintas, de modo a impossibilitar a construção de uma figura negocial unitária, mas, de fato, individualizada, com base na definição de contrato e compatível com outro ato qualquer.[26] Esse tema traz a incabível consequência da retirada da natureza negocial de atos que apontam incompatibilidade com regras próprias do contrato, uma vez que a função do ato não é suscetível de avaliação patrimonial.

Um exemplo de negócio biojurídico muito comentado é a diretiva antecipada de vontade. Destarte, Éverton Willian Pona[27] aduz que ela é um documento que contém a manifestação de vontade do paciente sobre procedimentos ou tratamentos a que ele não queira se submeter, se estiver impossibilitado de se manifestar quando for necessário. A diretiva funciona, como um "seguro" para o paciente para que seus familiares saibam quais são suas vontades, quando ele não puder expressá-las, destarte, considerando que os negócios jurídicos envolvem questões existenciais, as diretivas constituem um negócio biojurídico.

Nesse contexto, Evangelina Castilho Duarte[28] explana que o testamento vital tem a escopo de acautelar-se contra tratamentos invasivos, inúteis, dolorosos,

---

24 ROBERTI, Maura. *Biodireito*: novos desafios. Porto Alegre: safE, 2007. p. 64.

25 PONA, Éverton Willian. *Autonomia prospectiva e situações jurídicas subjetivas existenciais*: discurso sobre os fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. 2014. 249 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial). Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2014. p. 127.

26 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*, cit., p. 19.

27 PONA, Éverton Willian. *Autonomia Prospectiva e situações jurídicas subjetivas existenciais*: discurso sobre os fundamentos das diretivas antecipadas de vontade, cit., dissertação, p. 137.

28 DUARTE, Evangelina Castilho. *O direito de morrer a propósito da resolução CFM 1.995/12*. Biblioteca digital do Tribunal do Estado de Minas Gerais. ISSN 19827946. 12 set. 2017. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br:80/jspui/handle/tjmg/8448>. Acesso em: 3 dez. 2017.

que prolongam a vida sem dignidade, representando a vontade do indivíduo sobre os limites que deverão ser respeitados em caso de inconsciência ou patologia grave que o acometa. Destarte, a autonomia refere-se à perspectiva da escolha de cada ser humano, verdadeiramente livre, de si e para si, tendo acesso às condições mínimas para se consumar.

Partindo dessa premissa, esses negócios podem ser classificados em: unilateral, gratuito, revogável e personalíssimo. É unilateral porque necessita apenas da manifestação do paciente para ser formalizado. O seu caráter gratuito é devido à incidência do princípio da dignidade da pessoa humana. A revogabilidade permite que o paciente revogue a diretiva. E personalíssimo por se tratar do desenvolvimento da personalidade do paciente, que é o único com capacidade para fazê-lo.[29]

Sobre a unilateralidade do negócio jurídico, observa Pontes de Miranda[30] que todos os pressupostos, pessoais e materiais, do ato jurídico unilateral têm de ser satisfeitos. Não se pode dispensar a ação constitutiva, que é o motivo do exercício de direito formativo, salvo se não for essencial para a eficácia da judicialidade.

Assim, o fundamento para que as diretivas antecipadas de vontade sejam um negócio jurídico está na autonomia privada em situações existenciais, que, no caso, envolvem a vida, a saúde e o corpo do paciente.[31] Isso ilustra bem como hoje é possível a existência de negócios jurídicos existenciais e biojurídicos, uma vez que o testamento vital permite garantir o controle do indivíduo nas decisões sobre sua saúde.

Diante disso, pode-se compreender melhor o termo "negócio biojurídico", por que é possível utilizá-lo e também ilustrar com alguns casos de negócios que tenham como objeto aspectos do ser humano. Perante isso, conclui-se que os negócios biojurídicos são uma realidade para o Direito e devem ser analisados principalmente quanto aos seus limites, tendo em vista que têm um objeto extremamente particular. Assim, no próximo tópico, deve-se analisar como é possível limitar esses negócios.

LIMITES AOS NEGÓCIOS BIOJURÍDICOS

Desde a modernidade, a autonomia dos particulares apresenta limites na sua atuação e, consequentemente, os negócios jurídicos não podem mais ser celebrados de forma absoluta pelas partes. Todavia, nem sempre os limites dos negócios jurídicos estão especificados em lei, principalmente no caso dos negócios biojurídicos.

---

29 PONA, Éverton Willian. *Autonomia Prospectiva e situações jurídicas subjetivas existenciais*: discurso sobre os fundamentos das diretivas antecipadas de vontade, cit., dissertação, p. 137.

30 PONTES DE MIRANDA, F. C. 1892-1979. *Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova*, cit., p. 202-204.

31 PONA, Éverton Willian. *Autonomia Prospectiva e situações jurídicas subjetivas existenciais*: discurso sobre os fundamentos das diretivas antecipadas de vontade, cit., dissertação, p. 139.

O Código Civil prevê, por exemplo, a proibição de disposição de partes do corpo humano de forma lucrativa (Artigo 14 do Código Civil), todavia novos procedimentos, como disposição de material genético e reprodução assistida, não são tratados pela legislação pátria, dessa forma, é muito importante observar os princípios que regem esses negócios, a fim de apresentar limites à autonomia dos particulares e zelar pela proteção da pessoa.

A ausência de normas mais específicas é criticada por Noemi Lidia Nicolau:[32]

> A nuestro entender seria necesario que, además de las reglas generales relativas a los derechos personalisimos, las nuevas codificaciones establecieran un mínimo de reglas retaivas a los "negocios jurídicos personalísimos", como em alguna medida hacen el Código civil de Quebec y el de Francia.

Todavia, o Código Civil não trata dessas questões de forma mais detalhada, nem outras normas abordam essa questão. Assim, os casos são deixados para ser regulados pelas partes, obedecendo às resoluções do Conselho Federal de Medicina, que abordam os casos sob o viés médico, e não jurídico. Diante desse quadro, mostra-se necessário valer-se dos princípios para não deixar as partes desamparadas, causando um desequilíbrio.

A utilização de princípios nem sempre é muito bem aceita, como se pode notar na afirmação de Eros Roberto Grau:[33] "Estou farto de princípios no/do direito. Queria mesmo é que as regras voltassem para o Direito". Infelizmente, para os negócios biojurídicos, não existem regras específicas, devendo recorrer aos princípios enquanto houver essa omissão do legislativo.

Os princípios fazem parte do ordenamento jurídico juntamente com as regras, contudo eles são dispositivos diferentes. Quanto aos princípios, eles apresentam um caráter mais abstrato e, em caso de colisão de dois princípios, há a análise do maior peso relativo, a ponderação. Já as regras apresentam uma maior concretude de significado, e, em caso de conflito, uma regra será declarada inválida e, consequentemente, será retirada do ordenamento.[34] Sobre essa arbitrariedade dos princípios, é oportuno citar José Puig Brutau:[35] "Los principios generales del Derecho son la manifestación de criterios de conducta con

---

32 NICOLAU, Noemí Lídia. Una pecularidad del modelo jurídico derivado del nuovo código civil brasileño, cit., 2003.

33 GRAU, Eros Roberto. Princípios? Não quero princípios; queria é que as regras voltassem para o Direito! In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero (Coord.). *Direito civil*: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. São Paulo: Atlas, 2015. p. 6.

34 ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 169.

35 BRUTAU, José Puig. *Fundamentos de derecho civil*. Tomo Preliminar: Introducción al derecho. 2. ed. Barcelona: Bosh, 1989. p. 217.

transcendencia social, que se imponen por su propia fuerza persuasiva sin referencia a supuestos concretos de su aplicación".

Diante disso, Francisco Amaral[36] elucida que os princípios concedem ao ordenamento jurídico um mecanismo de orientação do intérprete na aplicação da lei e de regulamentação de todo o ordenamento, dessa forma, servem como a base da estrutura jurídica.

Os princípios jurídicos podem ser divididos em: positivos e suprapositivos. Os primeiros são formados pelos princípios constitucionais e os institucionais (presentes em outros dispositivos de ordem supralegal). Já os princípios suprapositivos são "princípios gerais de Direito", por exemplo, a justiça, a segurança e a dignidade. Esses princípios são a base de todo o ordenamento jurídico, logo, atuam em todo o direito.[37]

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê no seu artigo 4º: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Diante disso, nota-se a importância dos princípios para esses casos do biodireito, ante a ausência legislativa no sentido de regulamentá-los devidamente, devendo-se utilizar os princípios para orientar a realização desses negócios. A presença dos princípios gerais de direito e sua aplicação nos casos concretos podem ser citadas no contexto internacional no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, no seu artigo 38.[38]

Assim, pode-se compreender brevemente o que são os princípios e sua importância para o âmbito jurídico, devendo então analisar os princípios importantes para o presente estudo e ilustrar o seu âmbito de aplicação.

Diante desses avanços, é importante estudar os princípios constitucionais, que são a base do ordenamento jurídico, juntamente com o direito ao desenvolvimento da pessoa e o desenvolvimento científico. Cada vez mais surgem negócios biojurídicos e, diante da falta de normatização a respeito, é muito importante observar o princípio basilar do Estado Democrático de Direito para a formação desses negócios.

Princípios constitucionais

O primeiro princípio que deve ser analisado é a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CRFB).

A ideia de dignidade da pessoa já existia desde o antigo pensamento chinês, entretanto apenas com o cristianismo que essa ideia adquiriu maior relevância.

---

36 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, 6. ed., cit., p. 54.
37 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, 6. ed., cit., p. 55.
38 [38] BRUTAU, José Puig. *Fundamentos de derecho civil*, cit., p. 227.

O fundamento filosófico veio com Kant, que afirmou que as coisas têm preço, e o homem não tem preço porque ele tem dignidade, logo, a pessoa é o fim em si mesma. Essa ideia foi apresentada posteriormente na forma de princípio, adquirindo relevância após a Segunda Guerra Mundial, sendo reconhecida na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 da seguinte forma: "Age de tal maneira que trates a humanidade, tanto na sua própria pessoa como na do outro, sempre como fim e jamais como um meio".[39]

Posteriormente, o princípio da dignidade da pessoa foi transportado para as constituições de vários países. No Brasil, esse princípio está consagrado na Constituição Federal e apresenta uma dupla natureza: subjetiva e objetiva. O aspecto subjetivo significa que a pessoa pode invocá-lo perante o Estado para sua concretização, e o objetivo prevê que é um princípio-base do ordenamento que deve orientar terceiro para seu cumprimento.[40]

Além disso, a dignidade está relacionada à liberdade, devendo o Estado garantir formas para seu exercício. Essa ligação decorre do fato de que a liberdade permitiu o reconhecimento da dignidade; quando a pessoa age de forma livre, ela está exercendo a sua dignidade.[41] Deve-se salientar que a dignidade também tem destaque no cenário internacional, tanto na constituição de diversos países como em acordos internacionais firmados por Estados soberanos, mostrando a importância desse princípio para o mundo, e também que a mudança de pensamento deixou de ser sobre o "ter" e passou a ser no "ser".

Ademais, quanto ao respeito à dignidade, conforme bem aponta Ludger Honnefelder,[42] deve ser aplicado, competindo a cada pessoa enquanto indivíduo, todavia o podendo se referir também à dignidade própria da natureza do gênero humano, e aludir, enfim, ao que entendemos, quando ponderamos uma vida humanamente digna. No primeiro caso, a dignidade corresponde ao sujeito individual; no segundo, à sua própria natureza genética; no terceiro, quando essa natureza atinge sua plenitude, resultando em uma vida bem-sucedida.

Diante desse fundamento constitucional, a bioética não pode permitir que haja condutas médicas que firam a dignidade da pessoa humana.[43] Os avanços

---

39 SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito "in vitro"* – Da bioética ao biodireito – Temas polêmicos, legislação atualizada, projetos de lei. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 66.

40 AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 8. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 83.

41 FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais*: uma introdução. Porto Alegre: Sete Mares, 1991. p. 19.

42 HONNEFELDER, Ludger. Genética humana e dignidade do homem. Ética e Genética, Porto Alegre: EDIPUCRS, v. 78, 1998. p. 93.

43 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 16-17.

científicos apresentam como limite a pessoa humana e sua dignidade, assim como os negócios biojurídicos. Não é possível realizar um contrato de compra e venda de um órgão porque estaria reduzindo a pessoa e sua integridade à condição de coisa e, consequentemente, ferindo a dignidade, assim como também não é viável implantar embriões humanos em animais, nem o contrário, com base neste princípio.[44]

Sob essa ótica, Alberto Silva Franco[45] afirma que, quando houver conflito entre a livre expressão da atividade científica e o direito fundamental da pessoa humana, o remédio constitucional ou o ponto de equilíbrio será o respeito à dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Portanto, nenhuma liberdade científica deverá ser sobreposta ao colocar em perigo a dignidade da pessoa humana, devendo a liberdade científica sofrer as limitações indispensáveis para a preservação do ser humano na sua dignidade.

Outrossim, em defesa da sobreposição desse princípio, aduz Enrique Varsi Rospigliosi:[46]

> El hombre por su esencia y estado natural no puede ser objeto para la ciência. La libertad de las investigaciones no deben atentar contra la individualidad del mismo, esto em base a la defensa de los derechos fundamentales de la persona como son el derecho de todo ser humano a la vida, a la integridade física y así como los derechos de la familia y del hijo.

Dessa forma, esse princípio prevê o respeito à identidade e à integridade tanto física como psíquica da pessoa. Com base nele, realiza-se a inseminação artificial, todavia não pode haver a venda de material genético nem o "aluguel" do útero, porque geraria a comercialização do ser humano. Deve-se ressaltar que os casos envolvendo manipulação genética e reprodução assistida diferenciam-se dos casos envolvendo doação de órgãos, porque os primeiros, além da presença da dignidade dos interessados na relação, consta também a geração de uma criança, devendo pensar também no interesse dela.[47]

Considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana tem relevância também no plano internacional, nota-se que a Convenção dos Direitos Humanos e Biomedicina (1997), visando resguardar a dignidade da pessoa, previu

---

44 FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais*: uma introdução, cit., p. 62.

45 FRANCO, Alberto Silva. *Genética humana e direito, bioética*, 4:17-29. In: AMARAL, Francisco. *Racionalidade e sistema no direito civil*. O direito. Portugal, 1994. p. 22-23.

46 ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Derecho genético*. 4. ed. Lima, Peru: Grijley, 2001. p. 58.

47 FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais*: uma introdução, cit., p. 19-30.

normas sobre experimentos envolvendo pessoas, tanto capazes como incapazes, intervenções no genoma humano, direito à informação e consentimento. Diante disso, todas essas normas visaram sempre à proteção da dignidade.

Há outros princípios constitucionais que apresentam relevância nos negócios biojurídicos, contudo é melhor analisá-los em um caso específico para compreender melhor a sua aplicação. Assim, deve observar a técnica de inseminação artificial.

A inseminação artificial é uma técnica médica que insemina o gameta feminino, *in vitro* ou no aparelho genital feminino, com o sêmen, permitindo, assim, a geração de uma criança em casos de infertilidade do casal ou a impossibilidade de reprodução por via natural. A inseminação permite utilizar sêmen de um doador, mas, nesse caso, não deve ser usado o material genético de um doador portador de uma doença genética conhecida que possa ser transmitida à prole, porque feriria o princípio do livre desenvolvimento da criança, ao retirar dela o direito a uma vida saudável. Ademais, no caso de utilização de material genético doado, deverá haver a autorização do cônjuge, para que seja respeitado o dever conjugal, uma vez que a criança gerada não será filho biológico dele. Além disso, essa técnica deve ser utilizada por um casal que realmente necessite.[48]

Outro ponto importante envolvendo a inseminação artificial refere-se ao princípio da igualdade dos filhos. É possível que hoje seja utilizado o material genético congelado de um cônjuge que já faleceu, conforme o princípio constitucional e dispositivo do Código Civil, e essa criança gerada terá os mesmos direitos dos filhos do falecido concebidos naturalmente.

Com relação ao princípio da igualdade em sentido amplo e a proibição da discriminação, tendo em vista os avanços com o genoma humano que hoje permitem a identificação do sequenciamento genético e até a seleção de embriões, a Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina[49] (1997) previu que é proibido discriminar pessoas com base em questões genéticas.[50] Apesar de decorrer de um documento internacional, pode ser analisado no contexto brasileiro, no sentido de que, considerando que a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a igualdade de todas as pessoas e a proibição de qualquer discriminação, o dispositivo tem todo sentido no contexto brasileiro, na medida em que, pela legislação pátria, também é proibida a discriminação com base em caracteres genéticos.

---

48 FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais*: uma introdução, cit., p. 44-46.

49 Em inglês, a convenção é denominada Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine.

50 No Capítulo IV – Human genome, artigo 11 – Non-Discrimination está expresso: "Any form of discrimination against a person on grounds of his or genetic heritage is prohibited".

Após analisar os princípios constitucionais, devem-se observar especificamente os negócios biojurídicos, e sobre eles é muito importante tratar da Bioética e dos seus princípios, uma vez que a bioética atua ativamente nos casos envolvendo a medicina.

Princípios bioéticos

O termo Bioética foi utilizado pela primeira vez por Van Rensselder Potter na obra *Bioethics: bridge to the future*, em 1971, contudo o autor relaciona o termo ao sentido mais biológico, como a "ciência da sobrevivência", e não ético. Segundo Potter, a bioética estaria relacionada à busca da sobrevivência e à preservação da espécie humana. Posteriormente, André Hellegers utilizou o termo "bioética" quando fundou o Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study oh Human Reproduction and Bioethics, como a ética da ciência médica.[51] Esse é o conceito utilizado até hoje, como se pode notar na Encyclopedia of Bioethics, que define a bioética como: "o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz de valores e princípios morais".[52]

Dessa forma, bioética consiste nas reflexões filosóficas e éticas sobre a vida humana, por exemplo, sobre o início da vida, dignidade do embrião e a morte digna, e no estudo da relação médico-paciente, abordando como deve ser a conduta nesta relação, o que pode ser realizado e de que forma. Assim, como reflexo disso, hoje há a necessidade da assinatura, pelo paciente, do termo de consentimento livre e esclarecido antes de realizar um procedimento, atestando que está ciente, por meio de informações concedidas pelo profissional da saúde, dos riscos que poderá correr. Além disso, há a necessidade de o médico agir sempre com o máximo de cautela e respeito ao paciente, entre outros fatos. Isso ilustra a conduta médico-paciente guiada pela bioética.

A Bioética tem como base três princípios bioéticos que orientam toda a discussão sobre os temas envolvendo os avanços biomédicos. Esses princípios foram tratados pela primeira vez no final da década de 1970 e início da década de 1980 no *Belmont Report,* publicado pela National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedicial and Behavioral Research (Comissão Nacional para Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédicas e Comportamental). Esse relatório tinha como objetivo apresentar princípios éticos que deveriam orientar as pesquisas envolvendo seres humanos. Contudo, hoje esses

---

51 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 9.

52 Apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *O equilíbrio do pêndulo*: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998. p. 38.

princípios tornaram-se a base da bioética e são utilizados como meio norteador de todos os procedimentos médicos, e não exclusivamente experimentos com seres humanos, como a reprodução assistida e a possibilidade de realização de uma Diretiva Antecipada de Vontade. Os três princípios presentes no relatório são: autonomia, beneficência e justiça. Posteriormente, o princípio da beneficência foi dividido também em princípio da não maleficência,[53] conforme será abordado adiante.

Primeiramente, o princípio da autonomia, na ótica de Francesco Bellino,[54] prevê o respeito pela liberdade do outro e das decisões do paciente e fidedigna a obrigatoriedade do consentimento livre e informado, para obstar que o enfermo se torne um objeto. Neste contexto, Léo Pessini[55] aclara que a autonomia se refere à capacidade que tem a racionalidade humana de se autogovernar, ou de fazer leis para si mesma, sem restrições internas ou externas. Segundo o autor, este critério foi introduzido na ética médica nos anos 1970, quando ocorreu uma revolução no relacionamento entre médico e paciente, consistindo em uma relação de sujeitos autônomos que estabelece relações entre si, partilhando as decisões em parceria e no usufruto de plenos direitos.

O princípio da autonomia prevê que o profissional da saúde deve respeitar a vontade do paciente ou de seu representante, sempre considerando os valores morais e religiosos do enfermo.[56] Dessa forma, segundo esse princípio, o médico sempre deve considerar a vontade do doente, assim como nos negócios jurídicos a vontade constitui um elemento essencial, aqui na bioética a vontade é determinante para a realização de um procedimento. Diante desse princípio, podem-se citar casos de pessoas que se recusaram a realizar um procedimento médico devido aos riscos possíveis. Estando a pessoa plenamente capaz, a sua vontade deve ser respeitada. Nesse sentido, o *Belmont Report* [57] prevê o seguinte:

> Respect for persons incorporates at least two ethical convictions: first, that individuals should be treated as autonomous agents, and second, that persons with diminished autonomy are entitled to protection. The principle of respect for persons thus divides into two separate moral

---

53 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 14.

54 BELLINO, Francesco. *Fundamentos da bioética*. Tradução de Nelson Souza Canabarro. São Paulo: Edusc, 1997. p. 198.

55 PESSINI, Léo. Os princípios da bioética: breve nota histórica. In: *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Paulus, 1996. p. 44.

56 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 14.

57 BELMONT REPORT (1979). The Belmont Report: Ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research. The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. 18 abr. 1979. Disponível em: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html>. Acesso: 3 dez. 2017.

requirements: the requirement to acknowledge autonomy and the requirement to protect those with diminished autonomy.[58]

Assim, é resguardada a liberdade do paciente de realizar a conduta que deseja, desde que não prejudique terceiros,[59] e também é protegido o paciente que não consegue dispor da sua vontade, tem a sua autonomia reduzida, seja por uma questão momentânea ou definitiva.

Nesse âmbito, é necessário que o paciente consinta sobre os procedimentos aos quais será submetido. Sobre o consentimento, isso já foi debatido no Código de Nuremberg, que constatava ser obrigatório o consentimento do doente. Isso também se refletiu no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[60] (artigo 7[61]),[62] que prevê a necessidade de consentimento para experimentos médicos, pois, caso não houvesse o consentimento e mesmo assim houvesse a experimentação, como ocorreu na época da Segunda Guerra Mundial com os médicos nazistas, estaria submetendo a pessoa a tratamento desumano.

Diante desse princípio e da autonomia privada, no âmbito jurídico, é possível realizar os negócios biojurídicos, porque ambos se preocupam com a vontade da pessoa. Então, o paciente tem autonomia para decidir qual tratamento deseja ou não realizar, por exemplo, um paciente que seja testemunha de jeová pode se recusar a receber uma transfusão sanguínea e, sendo ele maior de idade e capaz, o médico não poderá forçá-lo. Desse princípio também decorre o termo de consentimento livre e esclarecido,[63] que é uma declaração na qual o paciente informa que conhece os riscos aos quais estará submetido e, mesmo assim, aceita realizar o procedimento. Diversos procedimentos médicos requerem esse termo, por exemplo, a reprodução assistida e o contrato de armazenamento do sangue das células-tronco do cordão umbilical.

Contudo, a grande questão nesse caso reside quando envolve uma pessoa incapaz, seja por uma impossibilidade momentânea de exprimir a sua vontade

---

58 Tradução livre: "Respeito pelas pessoas incorpora pelo menos duas convicções éticas: primeiro, que os indivíduos devem ser tratados como agentes autônomos, e, segundo, que as pessoas com autonomia diminuída têm direito à proteção. O princípio do respeito à pessoa decorre, portanto, de duas exigências morais distintas: a exigência de reconhecimento da autonomia e a exigência de proteção àqueles com autonomia diminuída".

59 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *O equilíbrio do pêndulo*: bioética e a lei: implicações médico-legais, cit., p. 43.

60 O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos foi criado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e entrou em vigor no Brasil em 24 de abril de 1992.

61 O artigo 7º do Pacto prevê que "ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem o seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas".

62 BRASIL. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* – ONU, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

63 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 14.

ou pela questão da idade; em ambos os casos, um responsável deverá expressar essa vontade. Em casos envolvendo filhos menores de idade, os pais manifestam a vontade em nome dos filhos sobre a realização ou não do procedimento. Quando alguém está em coma, algum membro da família concede a autorização para realizar uma técnica médica.

Um primeiro aspecto a este respeito refere-se à situação de emergência, na qual se encontra em risco a vida do paciente. Diante disso, o médico deve realizar o procedimento, mesmo sem a autorização dos pais, porque se encontra em perigo o direito à vida do paciente, que não pode expressar a sua vontade. Isso pode ser notado no julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação cível 70020868162.[64] Além disso, há a questão da doação de órgãos, em que muitas pessoas declaram ser doadoras de órgãos, contudo, quando estão inconscientes, a família recusa a conceder a autorização para a retirada de órgãos. Essa atitude, até egoísta da família, viola claramente a autonomia da pessoa, que deseja realizar um ato altruístico de, com o fim da sua vida, poder salvar outras.

Outro exemplo de negócio biojurídico que utiliza o princípio da autonomia é a disposição de material genético. Um homem pode dispor de seu sêmen para que seja utilizado por uma pessoa ou um casal que necessitem desse material para realizar a reprodução assistida. O documento assinado pela pessoa dispondo do seu material genético é firmado pela a ideia de autonomia do doador, além do princípio da solidariedade do Código Civil, que deseja fornecer, de forma altruísta, o seu material para alguém que necessite.

Dessa forma, é muito importante ter em vista o princípio da autonomia e o seu respeito, ponderando, quando necessário, com os outros direitos fundamentais.

O segundo princípio é o da beneficência, que prevê que o médico sempre deve realizar o procedimento visando ao bem do paciente e não causando prejuízos.[65] Assim, o médico sempre deve agir com prudência, cautela e perícia para que obtenha bons resultados, tendo como objetivo a melhoria da vida do paciente. O ocorrido na segunda guerra mundial, quando médicos alemães realizavam experimentos em gêmeos para saberem como os afetariam, sem se preocupar com a vida deles, não pode jamais ocorrer novamente, segundo esse princípio e outros também, porque o ato médico estava causando sérios danos à vida daquelas pessoas.

---

[64] Nesse caso, o tribunal afirma que não é necessária a autorização judicial para realizar o procedimento médico quando o paciente se encontra em perigo de vida, porque é dever do médico zelar por sua saúde.

[65] DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 15.

Deve-se destacar a observação realizada pelo *Belmont Report*[66] de que, apesar de o termo "beneficência" estar muito relacionado com atos de bondade ou de caridade, não é o sentido pretendido nesse princípio. Nesse contexto, a ação médica não significa um ato voluntário no sentido de ser bondoso com o paciente, mas, sim, uma obrigação do profissional.[67]

Pode-se notar a presença desse princípio na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina,[68] que prevê, no seu artigo 16, referente às regras sobre as pesquisas científicas envolvendo seres humanos:

> Artigo 16º– Protecção das pessoas que se prestam a uma investigação:
>
> Nenhuma investigação sobre uma pessoa pode ser levada a efeito a menos que estejam reunidas as seguintes condições:
>
> (...) ii) Os riscos em que a pessoa pode incorrer não sejam desproporcionais em relação aos potenciais benefícios da investigação (...).

Nesse dispositivo, está clara a necessidade da existência de benefícios para a pessoa. Assim, um experimento médico não pode ter como único fim o avanço da ciência, mas também deve analisar a condição do paciente, considerando-o pessoa, e não uma mera cobaia, necessária para que a ciência prospere.

Desse princípio decorreu o princípio da não maleficência,[69] que não está previsto no relatório, contudo hoje é considerado um princípio bioético.

O último princípio bioético é o princípio da justiça. Ele prevê que os benefícios e riscos dos procedimentos devem ser distribuídos a todos, assim, trata da justiça distributiva. A justiça distributiva, segundo Aristóteles,[70] era uma espécie da justiça particular e está presente no *Belmont Report*:[71]

---

66 BELMONT REPORT (1979). *The Belmont Report: Ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research*. The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. 18 abr. 1979. Disponível em: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html>. Acesso em: 3 dez. 2017.

67 No *Belmont Report* (1979) está expresso: "The term 'beneficence' is often understood to cover acts of kindness or charity that go beyond strict obligation. In this document, beneficence is understood in a stronger sense, as an obligation". Tradução livre: "O termo 'beneficência' geralmente é entendido para cobrir atos de bondade ou de caridade que vão além da obrigação estrita. Neste documento, a beneficência é entendida em sentido mais forte, como uma obrigação".

68 COUNCIL OF EUROPE. *Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine*: convention on human rights and biomedicine. Oviedo, 4 de maio de 1997. Disponível em: <https://rm.coe.int/168007cf98>. Acesso em: 3 dez. 2017.

69 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 15.

70 70 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *O equilíbrio do pêndulo*: bioética e a lei: implicações médico-legais, cit., p. 51.

71 BELMONT REPORT (1979). *The Belmont Report: Ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research*. The National Commission for the Protection of Human

> Who ought to receive the benefits of research and bear its burdens? This is a question of justice, in the sense of "fairness in distribution" or "what is deserved". An injustice occurs when some benefit to which a person is entitled is denied without good reason or when some burden is imposed unduly.[72]

Diante disso, nota-se que os avanços da medicina devem ser distribuídos entre os que necessitam, sob pena de serem injustos.

No âmbito médico, Maria Celeste Cordeiro dos Santos[73] destaca também a justiça legal e a arte médica. O médico deve agir sempre de forma justa até se subordinado à justiça. Esse princípio teve maior destaque nos últimos anos, quando a medicina deixou de estar estrita como um problema privado e passou a ser um problema de questão pública.[74] Assim, hoje, o médico deve agir de forma justa, realizando a distribuição dos encargos e dos benefícios.

Um exemplo de aplicação desse princípio encontra-se no caso de paciente capaz, que é testemunha de jeová e se recusa receber transfusão de sangue. O médico deve, nesse caso, buscar alternativas e trazer outras possibilidades para cuidar do paciente,[75] quando for possível. Nesse caso, especificamente, existe um hospital em São Paulo, capital, chamado Hospital Pan-Americano, que oferece um atendimento diferenciado para pacientes Testemunhas de Jeová, o que permite o acesso a um tratamento de saúde que respeite a convicção religiosa da pessoa. Isso mostra que, em certos casos, é possível respeitar tanto o direito à vida como a liberdade religiosa, precisando o médico buscar os meios. O Código de Ética Médica já apresenta dispositivo nesse sentido, de que o médico deve "aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente" (inciso V do Capítulo I do Código de Ética Médica).

Diante disso, podem-se observar os princípios bioéticos, importantíssimos para os negócios biojurídicos. A partir desse momento, devem-se estudar os princípios civis e suas aplicações.

Subjects of Biomedical and Behavioral Research. 18 abr. 1979. Disponível em: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html>. Acesso: 3 dez. 2017.

72 Tradução livre: "Quem deve receber os benefícios da pesquisa e suportar seus fardos? Esta é uma questão de justiça, no sentido de 'equidade na distribuição' ou 'o que é merecido'. Uma injustiça ocorre quando algum benefício a que uma pessoa tem direito é negado sem uma boa razão ou quando algum fardo é imposto indevidamente".

73 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *O equilíbrio do pêndulo*: bioética e a lei: implicações médico-legais, cit., p. 53.

74 HOSSNE apud SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *O equilíbrio do pêndulo*: bioética e a lei: implicações médico-legais, cit., p. 53.

75 MARINI, Bruno. O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue. *Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 661, 28 abr. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6641>. Acesso em: 10 set. 2017.

Princípios civis

Para encerrar os princípios que envolvem os negócios biojurídicos, devem-se analisar os princípios modernos que regem os contratos, espécie de negócio jurídico, que devem ser respeitados. O princípio basilar dos negócios jurídicos é a autonomia privada, conforme já abordado no primeiro tópico. Esse princípio é limitado por outros princípios, e na ordem civil, ele é limitado pela boa-fé e pela função social dos contratos, conforme os artigos 113 e 421 do Código Civil.

O princípio da boa-fé é uma diretiva básica para auxiliar na interpretação do direito. Esse princípio se baseia nos deveres de lealdade e de cooperação entre os contratantes.[76] No âmbito dos negócios jurídicos, atua a boa-fé objetiva,[77] que é uma regra de comportamento, indicando que o agente deve agir de forma honesta e leal durante todas as fases do contrato (seja nas meras negociações até a sua conclusão).

Para Cristiano de Souza Zanetti,[78] o princípio da boa-fé objetiva apenas foi legitimado na legislação brasileira com a edição do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso III, e, seguidamente, com o Código Civil de 2002, nos artigos 187 e 422. "A lacuna legal explica-se pela intenção de evitar ao máximo a interferência do Judiciário no domínio do contrato, sentida, muito fortemente, no final do séc. XIX, quando foi redigido o projeto que viria a ser o Código Civil de 1916".

Este princípio tem origem muito remota, considerando que era o núcleo normativo dos contratos, uma vez que o contraente deveria seguir a sua palavra. Na Idade Média, esse princípio foi sedimentado com as perspectivas subjetivas e objetivas. Posteriormente, na era das codificações, os países europeus, como Itália e França, trouxeram esse princípio para as suas codificações.[79]

Dada a relevância, tem-se que "na chamada fase pré-contratual, o princípio da boa-fé impõe aos negociantes, por exemplo, o dever de prestar informações verídicas e, igualmente importantes, de respeitar a confiança despertada por sua conduta nos potenciais contratantes". Caso não o efetive, deverá arcar com os prejuízos causados, nos termos dos artigos 187 e 927 do Código Civil.[80]

O Código Civil de 2002 apresentou esse princípio no seu artigo 113. Nos negócios jurídicos, a boa-fé objetiva tem as funções de: interpretação, integração

---

76 AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução, 8. ed., cit., p. 90-92.

77 Juntamente com a boa-fé objetiva, existe a boa-fé subjetiva, contudo a sua perspectiva é mais psicológica. A boa-fé subjetiva prevê a convicção do agente que está seguindo corretamente o ordenamento jurídico, está presente, por exemplo, no caso de casamento putativo (AMARAL, 2014, p. 462).

78 ZANETTI, Cristiano de Souza. Princípios. In: MORRIS, Amanda Zoe et al. *Direito dos Contratos.* Direito civil 3. São Paulo: RT, 2008. p. 68.

79 AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução, 8. ed., cit., p. 462-463.

80 ZANETTI, Cristiano de Souza. Princípios, cit., p. 68.

e limitação. A primeira função é de conceder um critério para averiguar o alcance e o sentido do dispositivo pactuado. A segunda função é utilizada para preencher lacunas existentes no negócio, e, por fim, a função limitadora, que delimitará a autonomia privada. A boa-fé também apresenta deveres anexos, por exemplo, o dever de informação, que é tão importante nos negócios biojurídicos.[81]

Nos negócios que envolvem os avanços biomédicos, observa-se que as partes devem sempre respeitar esse princípio, na medida em que devem fornecer todas as informações importantes. Por exemplo, no caso de um contrato de reprodução assistida, é de vital importância que o médico explique todos os riscos envolvidos e como decorre o procedimento, para que a pessoa possa estar plenamente ciente de todos os efeitos e, assim, poder exercer conscientemente a sua autonomia. O próprio termo de consentimento livre e esclarecido, que deve ser assinado pelo paciente ou responsável antes de algum procedimento médico mais invasivo, contém expressamente que o paciente está ciente dos riscos aos quais estará exposto, porque o médico o informou. Novamente, está presente o dever de informação.

Todavia, a boa-fé não está restrita ao médico, mas também engloba a outra parte da relação negocial. O paciente deve informar seu histórico médico para o profissional da saúde antes do procedimento, para que ele avalie qual tratamento deverá adotar. No caso de uma disposição de material genético, é muito importante que o doador informe a clínica sobre o conhecimento de alguma doença genética que poderá ser passível de transmissão à prole. A clínica de armazenamento do sangue do cordão umbilical também tem o dever contratual e decorrente do princípio da lealdade com o contratante sobre o estado do material embrionário, prestando informações de acordo com a periodicidade acordada.

Outro princípio é o da função social, que incide no âmbito civil sobre a propriedade, o patrimônio e o contrato. Tendo em vista que ocorreram transformações sociais ao longo dos anos, a sociedade passou a se preocupar com os interesses da coletividade e não mais apenas com os interesses individuais. Assim, nesse contexto, surge a função social que busca atender aos interesses sociais sem se esquecer dos individuais.[82] Esse princípio tem sua base no princípio geral do Código Civil da socialidade, que prevê a prevalência dos interesses sociais sobre os individuais.[83] A existência desse princípio concede a passagem da visão individualista para uma funcionalização das situações jurídicas com a Constituição, permitindo a tratativa de situações existenciais[84] como as abordadas nesse trabalho.

---

81 AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução, 8. ed., cit., p. 464.

82 AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução, 8. ed., cit., p. 92.

83 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro.* 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1: Teoria geral do direito civil, p. 67.

84 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 211.

Para o presente estudo, é importante o princípio da função social do contrato, uma vez que está analisando os negócios biojurídicos nos quais os contratos estão incluídos. A função social dos contratos está prevista no artigo 421 do Código Civil e significa que o contrato não pode ser utilizado como mecanismo para cometer atos abusivos, gerando, consequentemente, danos a outra parte ou a terceiros. Assim, afirmar que o contrato deve respeitar a função social significa que ele deve ser estipulado em benefício de ambas as partes contratantes e sem trazer prejuízos ao interesse público.[85]

Nesse diapasão, Antônio Junqueira de Azevedo[86] reconhece o princípio da função social como um preceito que busca a integração dos contratos "numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas". Deste modo, é notoriamente acolhida a ideia de função social do contrato pela Constituição, ao fixar o valor social da livre iniciativa em seu artigo 1º, inciso IV, como um dos fundamentos da República.

Neste sentido, o contrato não é oportuno apenas às partes contratantes, pois passou a refletir positiva e negativamente também em relação a terceiros. Quanto à sua eficácia, no que diz respeito às obrigações contratuais, pode-se afirmar que é sempre relativa, no entanto, ao envolver interesses de terceiros ou da comunidade, sua oponibilidade será absoluta, de modo a cumprir o princípio da solidariedade proclamado pela ordem constitucional.[87]

Esse princípio se baseia, por exemplo, no contrato de disposição do material genético, porque o que fundamenta a existência desse negócio é o interesse social, a ideia de ajudar alguém que precisa, e não meramente um interesse pessoal.

Assim, podem-se estudar alguns princípios relevantes para os negócios biojurídicos e como eles são aplicados nesses negócios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisar a autonomia privada e a autodeterminação como elementos dos negócios jurídicos e conceituar os negócios biojurídicos, pode-se constatar que esses negócios são formados pela autonomia dos particulares, todavia, não há norma jurídica específica que aborde o assunto. O Código Civil apenas trata especificamente de contratos de aspectos patrimoniais, como compra e venda e aluguel, omitindo-se quanto aos contratos envolvendo o interesse existencial,

---

85 REALE, Miguel. *Função social do contrato.* Publicado em 20 de nov. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

86 Apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social.* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 12.

87 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social,* cit., p. 15.

como a disposição de material genético. A Lei de Biossegurança, que vem para suprimir a lacuna existente no ordenamento diante dos avanços biotecnológicos, nada apresentou sobre esses tipos de negócio, abordando mais especificamente a pesquisa com células-tronco embrionárias e organismos geneticamente modificados.

Diante disso, constata-se primeiramente que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, normas específicas sobre negócios biojurídicos, contudo, tendo em vista a autonomia das partes e a possibilidade de existirem contratos atípicos, esses negócios são realizados. Assim, surge a primeira indagação: nesses casos o Estado está sendo omisso? Para essa questão, a resposta, conforme apresentado no trabalho, é negativa, o Estado não está sendo omisso, porque deve-se considerar que o sistema jurídico não é formado unicamente por normas, mas também por princípios.

A segunda indagação apresentada é: não sendo o Estado omisso, como a autonomia privada pode ser limitada? Ou ela não está limitada? A autonomia privada é limitada, o Estado limita essa autonomia na forma de normas e de princípios. No caso específico, a limitação dos negócios biojurídicos encontra-se na forma dos princípios constitucionais, princípios bioéticos e princípios civis. Dessa forma, os negócios biojurídicos podem ser realizados, desde que respeitem os princípios apresentados no trabalho, conforme os exemplos tratados.

Assim, conclui-se que é muito importante a existência desses negócios biojurídicos, porque permitem o pleno desenvolvimento da pessoa. Todavia, pelos interesses envolvidos, eles não podem ser pactuados de forma arbitrária e ilimitada; nesse sentido, o Estado atua na forma de princípios para apresentar barreiras a esses negócios, visando sempre ao zelo pelo ser humano.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 8. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BELLINO, Francesco. *Fundamentos da bioética*. Tradução de Nelson Souza Canabarro. São Paulo: Edusc, 1997.

BELMONT REPORT (1979). The Belmont Report: Ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research. The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. 18 abr. 1979. Disponível em: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html>. Acesso em: 3 dez. 2017.

BRASIL. Código Civil (2002). *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 set. 2017.

BRASIL. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* – ONU, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

BRUTAU, José Puig. *Fundamentos de derecho civil*. Tomo Preliminar: Introducción al derecho. 2. ed. Barcelona: Bosh, 1989.

COUNCIL OF EUROPE. Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: convention on human rights and biomedicine. Oviedo, 4 de maio de 1997. Disponível em: <https://rm.coe.int/168007cf98>. Acesso em: 3 dez. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1: Teoria geral do direito civil.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUARTE, Evangelina Castilho. *O direito de morrer a propósito da resolução CFM 1.995/12*. Biblioteca digital do Tribunal do Estado de Minas Gerais. ISSN 19827946. 12 set. 2017. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br:80/jspui/handle/tjmg/8448>. Acesso em: 3 dez. 2017.

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais*: uma introdução. Porto Alegre: Sete Mares, 1991.

FRANCO, Alberto Silva. Genética humana e direito, bioética, 4:17-29. In: AMARAL, Francisco. *Racionalidade e sistema no direito civil*. O direito. Portugal, 1994.

GRAU, Eros Roberto. Princípios? Não quero princípios; queria é que as regras voltassem para o Direito! In: SIMÃO, José Fernando (Coord.); BELTRÃO, Silvio Romero. *Direito civil*: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. São Paulo: Atlas, 2015.

HONNEFELDER, Ludger. Genética humana e dignidade do homem. Ética e Genética, Porto Alegre: EDIPUCRS, v. 78, 1998.

MARINI, Bruno. O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue. *Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 661, 28 abr. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6641>. Acesso em: 10 set. 2017.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Negócios biojurídicos. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (Coord.). *Negócio jurídico e liberdades individuais:* autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016 (e-book).

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NICOLAU, Noemí Lídia. Una pecularidad del modelo jurídico derivado del nuovo código civil brasileño. *Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, v. 16, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSINI, Léo. Os princípios da bioética: breve nota histórica. In: *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.

PONA, Éverton Willian. *Autonomia prospectiva e situações jurídicas subjetivas existenciais*: discurso sobre os fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. Curitiba: Juruá, 2015.

PONA, Éverton Willian. *Autonomia prospectiva e situações jurídicas subjetivas existenciais*: discurso sobre os fundamentos das diretivas antecipadas de vontade. 2014. 249 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial). Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2014.

PONTES DE MIRANDA, F. C. 1892-1979. *Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova*. Atualizada por Marcos de Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Júnior. São Paulo: RT, 2012.

REALE, Miguel. *Função social do contrato*. Publicado em 20 de nov. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: 3 dez. 2017.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2718>. Acesso em: 19 maio 2017.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato*: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

ROBERTI, Maura. *Biodireito*: novos desafios. Porto Alegre: safE, 2007.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Derecho genético*. 4. ed. Lima, Peru: Grijley, 2001.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *O equilíbrio do pêndulo*: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito "in vitro"* – Da bioética ao biodireito – Temas polêmicos, legislação atualizada, projetos de lei. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ZANETTI, Cristiano de Souza. Princípios. In: MORRIS, Amanda Zoe et al. *Direito dos Contratos*. Direito civil 3. São Paulo: RT, 2008.

Data de recebimento: 29/05/2018

Data de aprovação: 26/07/2018

O DEBATE ENTRE HANS KELSEN E CARL SCHMITT SOBRE A CUSTÓDIA DA CONSTITUIÇÃO

THE DEBATE BETWEEN HANS KELSEN AND CARL SCHMITT ABOUT CONSTITUTION'S CUSTODY

Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira*
José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior**

RESUMO

O trabalho apresenta, dialeticamente, os discursos científicos de Hans Kelsen e Carl Schmitt acerca do órgão responsável pela realização da custódia da Constituição, como forma de contribuição para o desenvolvimento do pensamento científico. Demonstra-se, ainda, ser necessário o resgate da discussão doutrinária sobre a temática, especialmente diante da consagração da jurisdição constitucional em diversos sistemas jurídicos contemporâneos e da carência de discursos sólidos acerca da legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade, em virtude da natureza contramajoritária de seus órgãos. No desenvolvimento do trabalho científico, utilizou-se o método comparativo, a partir de um debate científico dialético, por meio da comparação entre as teorias desenvolvidas pelos autores e do confronto dos argumentos que as sustentam. A discussão acerca da legitimidade do órgão – seja de natureza política, seja jurisdicional – responsável pela guarda da Constituição trouxe elementos relevantes para a solidificação de argumentos favoráveis à confirmação da compatibilidade do modelo de justiça constitucional com o princípio da separação entre os poderes e com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Epistemologia; Pensamento científico; Jurisdição constitucional; Princípio da separação entre os poderes; Estado democrático de direito.

---

* Mestre em Direito Público (PUCMinas) e Doutorando em Direito Público (PUCMinas). Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Membro do Conselho Editorial da *Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais*. Consultor em Direito, na especialidade Direito Constitucional e Administrativo, da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Advogado sócio fundador do Nogueira Amorim Sociedade de Advogados. E-mail: bruno@nogueiraamorimadvogados.com.br.

** Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Master of Law pela Harvard Law School. Professor do Programa de pós-graduação em Direito da PUCMinas. Advogado. E-mail: josealfredo@oliveirabarachoegodoi.com.br.

ABSTRACT

The paper presents, dialectically, the scientific discourses of Hans Kelsen and Carl Schmitt about the body responsible for carrying out the custody of the Constitution, as a contribution to the development of scientific thought. It is also necessary to recover the doctrinal discussion on the subject, especially in view of the consecration of the constitutional jurisdiction in several contemporary legal systems and the lack of solid discourses on the legitimacy of the judicial review, due to the countermajoritarian nature of its organs. In the development of scientific work, the comparative method was used, based on a scientific dialectic debate, by means of a comparison between the theories developed by the authors and the confrontation of the arguments that support it. The discussion about the legitimacy of the body – whether of a political nature or a judicial one – responsible for the protection of the Constitution brought important elements for the solidification of arguments favorable to the confirmation of the compatibility of the model of judicial review with the principle of separation of powers and with the paradigm of democratic constitutional state.

Keywords: Epistemology; Scientific thinking; Judicial review; Principle of separation of powers; Democratic constitutional state.

INTRODUÇÃO

O pensamento científico evolui a partir de bases científicas que são construídas ao longo do tempo. Ainda que certas premissas científicas sejam superáveis e refutáveis com o desenvolvimento de novas teorias, em diversas ocasiões os fundamentos científicos da teoria que se pretende superar nem sempre são integralmente refutados, servindo como matrizes para a construção de novos discursos científicos e, consequentemente, de novas teorias.

No âmbito da Teoria da Constituição, notadamente a partir da consagração, na maioria dos sistemas jurídicos, da jurisdição constitucional como mecanismo responsável pela tutela constitucional, demonstra-se ainda incipiente a discussão doutrinária acerca da legitimidade do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos quando exercido por órgãos de natureza jurisdicional, desprovidos, *prima facie*, de elementos de representação popular.

Nesse contexto, o escopo do presente ensaio é apresentar, a partir de uma dialética científica estabelecida entre dois autores – Hans Kelsen e Carl Schmitt –, os fundamentos político-jurídicos que norteiam os discursos diametralmente opostos acerca do órgão responsável pela realização da custódia da Constituição, como forma de contribuição para o incremento do debate científico sobre a temática, ainda contemporânea e merecedora de discussões jurídicas mais aprofundadas.

Foi realizado um debate científico dialético, corroborando a ideia de que a ciência é um espaço de conversação dialética. O método comparativo foi utilizado no desenvolvimento deste trabalho científico, a partir da comparação entre as teorias desenvolvidas pelos autores e do confronto dos argumentos que as sustentam, chegando-se, ao final, à confirmação da teoria mais adequada, contemporaneamente, com o princípio da separação entre os poderes e com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

APONTAMENTOS SOBRE A METODOLOGIA CIENTÍFICA E A EPISTEMOLOGIA E A CONTRIBUIÇÃO DAS "REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS" PARA O DESENVOLVIMENTO DO PENSAMENTO CIENTÍFICO

No meio científico atual, está difundida a ideia de que a ciência não é produzida pela verificação, e sim pela demonstração racional e razoável. Assim, fala-se que algo é "cientificamente demonstrado e não cientificamente comprovado". Ademais, o pensamento científico tem pretensão de verdade, mas esta pretensão necessita ser demonstrada de forma segura e deve se basear em critérios racionais e razoáveis, capazes de promover assertividade e solidez. Assim, o pensamento baseado no senso comum é infundado, na medida em que não se apresenta de forma autocrítica.

Nesse diapasão, tanto a metodologia científica quanto a epistemologia são ciências indispensáveis para a sistematização do conhecimento e do pensamento científico. Se, por um lado, a metodologia científica designa o modo de organização do pensamento científico – o qual necessita ser sistematizado para ser exposto –, apresentando-se como uma estratégia, mediante o uso de métodos, para tornar uma ideia mais inteligível, por outro, a epistemologia[1] é a ciência que busca estudar as condições de demonstração do conhecimento científico, ou seja, as condições de verdade do discurso científico.

Os metodólogos da contemporaneidade apresentam suas premissas a partir de convicções cientificamente demonstradas. Tornaram-se reconhecidos por originalidades no pensamento científico e/ou por refutações a teorias, métodos ou premissas anteriormente estabelecidos. A esse respeito, Karl Popper destacou-se por ser o primeiro a romper com a metodologia empirista; por ser um crítico do positivismo; por acreditar que o método indutivo não gera uma certeza absoluta; por preconizar que o papel da ciência é a formulação de hipóteses para conhecê-las e refutá-las (MORRISON, 2012, p. 270-273).

---

[1] O termo "episteme" foi cunhado originariamente por Platão, designando o conhecimento verdadeiro, de natureza científica, em oposição à opinião infundada ou irrefletida.

Imre Lakatos, por sua vez, é um crítico de Popper. O ponto central do pensamento do autor é a ideia de que a ciência é um complexo de teorias, com contradições e paradoxos, mas o pensamento científico prescinde da refutação total às teorias, apresentando-se como um programa científico de ideias a partir do qual surgem diversas criações, de modo que a ciência é uma sucessão de teorias com partes comuns. Destaca-se também o pensamento de Paul Feyerabend, para quem a ciência é desprovida de métodos, por serem eleitos pelo cientista. Segundo o autor, a ciência não é racional, e sua progressão ocorre quando os cientistas descumprem as regras.

Nesse contexto, torna-se relevante a investigação do pensamento científico de Thomas Kuhn. Para muitos, Kuhn é popperiano heterodoxo – mas que tem a intenção de superar o seu mestre –, buscando compreender, de forma mais precisa, a atividade científica e seu progresso, de modo a considerar, na análise do desenvolvimento científico, além dos elementos lógico-metodológicos, os aspectos históricos e psicossociais (DIAS, 2012, p. 145-146).

O paradigma – e a possibilidade de sua substituição por um novo – consiste em elemento essencial para o desenvolvimento da teoria de Kuhn. Segundo ele, paradigmas são "as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência" (KUHN, 1991, p. 13).

Ainda que o paradigma represente "um trabalho que foi completado de uma vez por todas", sendo concebido, no seu uso estabelecido, como "um modelo ou padrão aceitos", Kuhn pondera que esse sentido atribuído de "modelo" deve ser concebido com restrições, de tal forma que o paradigma, na ciência, é raramente suscetível de reprodução. Nesse contexto, Kuhn reconhece que o paradigma "é um objeto a ser melhor articulado e precisado em condições novas ou mais rigorosas". Assim, conclui Kuhn: "para que se compreenda como isso é possível, devemos reconhecer que um paradigma pode ser muito limitado, tanto no âmbito como na precisão, quando de sua primeira aparição" (KUHN, 1991, p. 43-44).

Kuhn é o responsável por apresentar a concepção daquilo que ele compreende por "revoluções científicas". Trata-se daqueles "episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior". Ainda segundo o autor, a razão pela qual a revolução é concebida como uma mudança de paradigma pode ser explicada a partir do paralelismo realizado entre o desenvolvimento político e o científico. Se as revoluções políticas iniciam-se a partir de um sentimento crescente da comunidade política – frequentemente restrito a um determinado segmento desta – de que as instituições não são mais capazes "de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram em parte a criar", as revoluções científicas, de maneira bastante semelhante, iniciam-se também a partir de um sentimento crescente da comunidade científica

– restrita a uma pequena subdivisão desta – "de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma". Conclui o autor que em ambos os desenvolvimentos (político e científico), "o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar à crise, é um pré-requisito para a revolução" (KUHN, 1991, p. 125-126).

A teoria de Kuhn, portanto, ainda que se baseie na ideia de paradigmas como "padrões" científicos universalmente aceitos, fornecendo soluções para uma determinada comunidade científica durante um determinado momento, reconhece a possibilidade de superação de um paradigma por outro, diante de sua imprecisão e de sua necessidade de melhor articulação em contextos novos e diversos.

Ao preconizar a ideia de "revoluções científicas" a partir da substituição de um paradigma por outro, a teoria de Kuhn contribui, categoricamente, para o desenvolvimento científico, notadamente por reconhecer que os paradigmas são "modelos" flexíveis e passíveis de superação em novos contextos. Efetivamente, a dinamicidade dos paradigmas é essencial para o desenvolvimento científico. A ciência é contingencial, possuindo, portanto, horizonte efêmero, de tal modo que o cientista é responsável por demonstrar cientificamente perspectivas diferentes sobre a mesma coisa. Se, para Kuhn, cada paradigma supera o outro, Lakatos assevera que, no curso da evolução científica, os paradigmas se amoldam mutuamente, refutando, portanto, a ideia de superação.

A contribuição da teoria de Kuhn, ao preconizar a dinamicidade dos paradigmas e a possibilidade de sua superação, é fundamental para o estabelecimento de debates científicos que tenham por objetivo apresentar argumentos racionais e razoáveis para a fundamentação de suas teorias.

A esse respeito, Carl Schmitt e Hans Kelsen travaram relevante debate no início do século passado acerca da natureza do órgão responsável pela guarda da Constituição. Esse debate, de viés científico, contribuiu sobremaneira para o incremento de argumentos hábeis a sustentar ou o controle político ou o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, como também para o desenvolvimento científico acerca do tema.

O DEBATE ENTRE HANS KELSEN E CARL SCHMITT SOBRE A CUSTÓDIA DA CONSTITUIÇÃO: "QUEM É O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO?"[2]

A partir do momento em que a Constituição surge como principal instrumento e símbolo do constitucionalismo moderno – ou "movimento constitucional

[2] Em consonância com a expressão "*quis custodiet ipsos custodes*", que foi e ainda é utilizada para se referir à custódia da Constituição.

moderno", referindo-se às palavras de Canotilho (2002, p. 51-52)[3] –, ergue-se, concomitantemente, a questão relativa à sua custódia. A busca pela defesa da Constituição está, pois, atrelada à potencialidade de violação de seus dispositivos. Nesse diapasão, Schmitt preleciona que a "demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución"[4] (SCHMITT, 1983, p. 27).

Ao longo da história, a defesa da Constituição esteve sob a responsabilidade dos mais variados órgãos e instituições. Não há, portanto, univocidade no que concerne à sua guarda. Na história francesa, por exemplo, no final do século XVIII e início do século XIX, a atribuição da custódia da Constituição ficou a cargo do Senado conservador (*Sénat conservateur*), o qual aprovava ou anulava todos os projetos inconstitucionais apresentados pelo *Tribunato* ou pelo Governo.

O constitucionalismo do século XIX, influenciado pelo modelo clássico do *eforato* espartano, caracterizou-se pela existência de diversas instituições, tais como os tribunos, censores e síndicos, os quais eram institucionalmente responsáveis pela guarda da Constituição. Destarte, o Senado romano, autêntico defensor de sua Constituição, representou grande importância para o pensamento constitucional europeu, na medida em que foi utilizado como modelo para a instituição de uma segunda Câmara como defensora da Constituição. Nesse contexto, seguindo o modelo do Senado romano, a Constituição francesa do ano VIII (1799) instituiu o Senado conservador como guardião da Constituição, bem como, analogamente, sua Constituição de 11 de janeiro de 1852. Dessa forma, concebido como Alta Corte de Justiça, o Senado (Segunda Câmara) manteve-se, ao longo do século XVIII, institucional e constitucionalmente responsável pela guarda da Constituição em diversos ordenamentos jurídicos (SCHMITT, 1983, p. 36-38).

A defesa da Constituição está, pois, atrelada à existência de uma instituição ou órgão incumbido da realização e efetivação de tal tarefa. A responsabilidade orgânica pela guarda da Constituição é historicamente atribuída a instituições tanto de natureza política quanto judicial (ou jurisdicional), ou de ambas.[5]

---

[3] Segundo o autor, o constitucionalismo moderno – movimento político, social e cultural – surgiu em meados do século XVIII com o objetivo de questionar os esquemas tradicionais de domínio político e sugerir uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder.

[4] "[…] a busca por um guardião da Constituição é, na maioria dos casos, um sinal de que o documento constitucional passa por situações críticas" (tradução livre).

[5] A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no *caput* de seu artigo 102, atribui ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, demonstrando que o sistema brasileiro concebe a Justiça (Constitucional) como sua principal guardiã, a par do controle político que se efetiva principalmente no âmbito do Poder Legislativo, *e.g.*, verificação da constitucionalidade das leis, realizada pelas Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania (Câmara dos Deputados) e de Constituição, Justiça e Cidadania (Senado Federal),

Relevante debate acerca da custódia da Constituição travou-se entre dois grandes juristas no início do século XX: de um lado, Carl Schmitt, o qual defendia um controle político de constitucionalidade das leis, de responsabilidade do chefe do Poder Executivo (Presidente do Reich), e, de outro, Hans Kelsen, o qual, influenciado pelas ideias de Jellinek, preconizou a justiça constitucional como a guardiã da Constituição, desenvolvendo, originariamente, o modelo concentrado de controle de constitucionalidade das leis, a cargo do Tribunal Constitucional.

A perspectiva de Schmitt foi desenvolvida em um contexto histórico no qual vigia a Constituição de Weimar de 1919, a qual, ao lado da Constituição Mexicana de 1917, propiciou o início do processo de consolidação de um novo paradigma de Estado – o do Estado Social de Direito –, com a constitucionalização de diversos direitos de cunho social e econômico. Ambas consubstanciaram-se como "as primeiras constituições sociais que buscaram conciliar direitos de liberdades e direitos socioeconômicos em seus textos, estabelecendo a cláusula social" (SOARES, 2001, p. 290).

Contudo, muito embora os fundamentos e argumentos utilizados pela teoria schmittiana acerca da defesa da Constituição tenham sido desenvolvidos com o objetivo de justificar a necessidade de implantação do paradigma de Estado Social de Direito, em contraposição à perspectiva do Estado Liberal – a qual foi considerada uma simples ideologia relegada ao mundo da ficção –, acabaram por servir como instrumento ideológico para a implementação futura do Estado totalitário na Alemanha.

A construção teórica de Schmitt, relativamente à defesa da Constituição, objetiva, primordialmente, repudiar a solução apresentada pela doutrina constitucional liberal, a qual, diante da falta de legitimidade do paradigma do Estado Liberal de Direito, desenvolveu, de acordo com a proposição de Kelsen, um modelo de justiça constitucional – implantado originariamente na Constituição austríaca de 1920 –, cuja função de guarda da Constituição foi atribuída ao Tribunal Constitucional.

Schmitt busca demonstrar que o modelo de justiça constitucional – especificamente o do Tribunal de Justiça Constitucional previsto nas Constituições alemãs do século XIX –, como protetor da Constituição, é apenas uma das formas de defesa da Constituição – e não a mais importante –, a par de outros instrumentos de tutela constitucional. Nesse sentir, assevera que:

---

processo e julgamento do Presidente da República e de outras autoridades pelo Senado Federal por crimes de responsabilidade, veto (jurídico) presidencial relativamente a proposições legislativas inconstitucionais, análise formal e material das medidas provisórias pelo Congresso Nacional, sustação de atos normativos do Poder Executivo que tenham extrapolado os limites do poder regulamentar ou de delegação legislativa, entre outros.

> Cuando, en las Constituciones alemanas del siglo XIX, se prevé junto a otras garantías un Tribunal de Justicia Constitucional para la *protección judicial de la Constitución*, viene a expresarse con ello la sencilla verdad de que la protección judicial de la Constitución no es más que un sector de las instituciones de defensa y garantía instituidas con tal objeto, pero revelaría una superficialidad notoria el hecho de olvidar la limitación extrema que todo lo judicial tiene, y que por encima de esta protección judicial existen otras muchas clases y métodos de garantizar la Constitución (SCHMITT, 1983, p. 41).[6]

Assim, na perspectiva schmittiana, o controle judicial de constitucionalidade das leis, na Alemanha, não se constitui, em sentido estrito, na defesa da Constituição, na medida em que, contrariamente ao que ocorre no sistema norte-americano, os Tribunais supremos alemães não exercitam tal controle de forma acessória, ocasional, incidental e concreta, deixando de aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos, mas, pelo contrário, invalidam-nas genericamente.

O repúdio de Schmitt relativamente ao modelo de justiça constitucional delineado por Kelsen fundamenta-se, principalmente, no fato de que a decisão do Tribunal Constitucional atribui invalidação à lei inconstitucional, que é total e genericamente retirada do ordenamento jurídico. Assim, na perspectiva schmittiana, a jurisdição constitucional atua como legislador negativo, de modo que a atribuição de efeitos genéricos à decisão do Tribunal Constitucional, na declaração de inconstitucionalidade de uma lei, configura caráter legiferante à função jurisdicional.

Diante dessa perspectiva, o modelo kelseniano, caracterizado por consolidar originariamente o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, violaria o princípio da separação dos poderes, na medida em que a função jurisdicional interferiria na função legislativa, originária e eminentemente atribuída ao Poder Legislativo.

Nesse diapasão, Schmitt só atribuiu caráter jurisdicional à justiça ordinária, cuja declaração de inconstitucionalidade de uma lei é efetivada tão somente no sentido de considerá-la inaplicável aos casos concretos, tal como ocorre no sistema norte-americano. Por outro lado, o modelo de jurisdição constitucional, concentrado e abstrato, não se consolida eminentemente como função

---

[6] "Quando, nas Constituições alemãs do século XIX, institui-se, ao lado de outras garantias, um Tribunal Constitucional para a tutela judicial da Constituição, expressa-se, com isso, a simples verdade de que a jurisdição constitucional nada mais é do que um setor das instituições de guarda e garantia instituídas para esse fim, revelando, pelo contrário, uma notória superficialidade para esquecer a extrema limitação que o Judiciário possui, e que, para além do controle exercido por órgãos de natureza judicial, existem muitas outras formas e métodos de se tutelar a Constituição" (tradução livre).

jurisdicional. Assim, em termos fundamentais, a tarefa de guarda da Constituição somente é atribuída à jurisdição constitucional "en un Estado judicialista que someta la vida pública entera al control de los Tribunales ordinarios" (SCHMITT, 1983, p. 46).

Nesse sentir, ao estabelecer um paralelo entre as concepções schmittiana e kelseniana de Constituição, Gárcia assevera que:

> (...) cuando se trata de contradicciones evidentes entre leyes ordinarias y la Ley Constitucional, la justicia ordinaria puede, en virtud del principio de supremacía constitucional, dejar sin aplicar la ley ordinaria. Pero que una cosa es este control difuso de constitucionalidad, y otra muy distinta que la ley considerada inconstitucional, según el sistema kelseniano, quede automáticamente suprimida del ordenamiento jurídico (GÁRCIA, 1983, p. 19).[7]

Dessa forma, Schmitt conclui que o controle judicial de constitucionalidade na Alemanha, exercido pelo Tribunal Supremo do Reich, não se assemelha ao sistema norte-americano, de modo que "puede decirse que el centro de gravedad del fallo político se halla situado en la legislación" e não na jurisdição, cuja atividade não se consubstancia como criação do Direito, na medida em que o exercício da função jurisdicional se sujeita às proposições legislativas gerais elaboradas pelo Legislativo (SCHMITT, 1983, p. 51-52). Nesse diapasão, sintetizando seu raciocínio, assevera que:

> Ante todo la Justicia queda sujeta a la ley, pero por el hecho de situar la sujeción a la ley constitucional por encima de la sujeción a la ley simple, el poder judicial no se convierte en protector de la Constitución. En un Estado que no es un mero Estado judicial, no es posible que la Justicia ejerza semejantes funciones (SCHMITT, 1983, p. 55).[8]

Diante de tal ilegitimidade do modelo de justiça constitucional kelseniano, Schmitt desenvolve sua tese relativamente à custódia da Constituição no sentido de atribuir tal função e responsabilidade ao chefe de Estado (Presidente do Reich), utilizando como fundamentação a proposição do poder neutro (*pouvoir neutre*) de Constant.

---

7 "Quando se trata de evidentes contradições entre leis ordinárias e a Lei Fundamental, a justiça ordinária pode, em virtude do princípio da supremacia constitucional, deixar de aplicar a lei ordinária. Mas uma coisa é esse controle difuso de constitucionalidade, e outra, muito distinta, ocorre quando uma lei é considerada inconstitucional, segundo o sistema kelseniano, situação em que a lei é suprimida automaticamente do ordenamento jurídico" (tradução livre).

8 "Acima de tudo, a justiça está sujeita à lei, mas o fato de a sujeição ao ordenamento constitucional estar acima da sujeição à lei simples, o Judiciário não se torna protetor da Constituição. Em um Estado que não se caracteriza como um mero Estado judicial, não é possível que o Judiciário exerça semelhantes funções" (tradução livre).

Schmitt contextualiza sua fundamentação teórica com base na necessidade de que, se no final do século XVIII e início do século XIX, com o declínio da monarquia absoluta e o advento do Parlamento, buscou-se a proteção deste, representante dos anseios populares contra as interferências do Executivo, já no século XX, objetiva-se instituir uma forma de defesa da Constituição contra a legislação imposta pela maioria parlamentar.

Nesse contexto, questiona-se até que ponto é possível instituir um guardião da Constituição no âmbito jurisdicional, na medida em que a efetivação de tal proteção constitucional, na verdade, mesmo dotada de aparência judicial, adquiriria conotação política (SCHMITT, 1983, p. 62-63).

Considerando que a justiça constitucional é a responsável pela guarda da Constituição, atribuindo, como corolário, caráter político à função jurisdicional, Schmitt busca a concretização de outro guardião da Constituição, no sentido de efetivar o reequilíbrio dos poderes, considerando o chefe de Estado, popularmente legitimado, neutro e independente em relação às forças parlamentares e políticas, como a figura responsável pelo cumprimento daquele mister.

Contudo, ao sustentar, ideológica e juridicamente, a atribuição da função de custódia da Constituição ao chefe do Executivo – o Presidente do Reich na Alemanha –, Schmitt serviu como paradigma e marco teórico para a implementação do nazismo, o qual se consolidou na Alemanha a partir da interpretação do art. 48 da Constituição de Weimar, no sentido de conceder poderes elásticos e extraordinários ao representante supremo do Estado quando da ocorrência de situações excepcionais.

Surge, pois, a figura do chefe de Estado como o defensor da Constituição, fundado na ideologia do poder neutral, no sentido de que, com a finalidade de garantir o funcionamento constitucional de todos os Poderes e da própria Constituição, faz-se necessário, em um Estado de Direito, retirar da órbita dos poderes a função de guardião da Constituição, em prol do princípio da separação dos poderes, de forma a estatuir "un poder neutral específico junto a los demás poderes, y enlazarlo equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales" (SCHMITT, 1983, p. 213-214).

Segundo a teoria do poder neutro de Constant, marco teórico de Schmitt na proposição do chefe de Estado como guardião da Constituição, não haveria violação ao princípio da separação dos poderes, ao conferir excessivas atribuições e competências ao representante máximo do Poder Executivo; pelo contrário, a assunção de tal poder ao chefe de Estado, o qual se encontra em uma posição neutra, faz-se necessária para a manutenção do equilíbrio entre os Poderes, legitimando, assim, sua atribuição de defensor da Constituição.

Nesse diapasão, referindo-se especificamente à Constituição de Weimar, Schmitt assevera que a figura do chefe de Estado representa, acima das atribuições a ele conferidas:

> (...) la continuidad y permanencia de la unidad política y de su homogéneo funcionamiento, y que por razones de continuidad, de prestigio moral y de confianza colectiva debe tener una especie de autoridad que es tan consustancial a la vida de cada Estado como la fuerza y el poder imperativo que diariamente se manifiestan de modo activo (SCHMITT, 1983, p. 218-219).[9]

A neutralidade da figura do chefe de Estado reveste-se, pois, de fundamental importância em sua legitimação como defensor da Constituição, visto que sua função não se revela como uma atividade contínua, imperativa e regulamentadora, mas essencialmente como mediadora, tutora e reguladora, cuja manifestação somente se efetiva em casos de necessidade extraordinária, evitando-se, assim, a fim de preservar a independência e competência de todos os Poderes, a expansão de seus próprios poderes (SCHMITT, 1983, p. 218-219).

Entretanto, a atribuição do poder máximo de defender a Constituição ao chefe de Estado já não mais encontra sustentação jurídica desde o início do século XX, quando Kelsen atribuiu tal tarefa à justiça constitucional,[10] cuja função de controlar a constitucionalidade das leis transforma-se, única e exclusivamente, em responsabilidade do Tribunal Constitucional.

A elevação da justiça constitucional à guardiã da Constituição já se mostrava necessária, visto que as tarefas de defesa da Constituição, atribuídas aos demais Poderes, não se revelavam como legítimas, tendo em vista, respectivamente, os abusos cometidos pelo Executivo e os conflitos políticos desencadeados no âmbito do Parlamento. Nesse contexto, a justiça constitucional surgia, pois, sob uma perspectiva, como a mais compatível com o princípio da separação dos poderes, na medida em que a função de tutor da Constituição transformou-se em responsabilidade de um órgão intermediário e imparcial, situado fora dos âmbitos do Executivo e do Legislativo, a cuja função típica – de dizer sobre a atributividade do Direito – não se acumulavam outras funções, tal como ocorria quando tal tarefa era atribuída àqueles Poderes.

Nesse diapasão, Kelsen já revelara uma questão, a qual, apesar de sua obviedade, não fora objeto de debate relativamente ao problema da garantia da Constituição:

---

9 "[...] a continuidade e permanência da unidade política e de seu funcionamento homogêneo, a qual, por razões de continuidade, de prestígio moral e de confiança coletiva devem ter um tipo de autoridade tão inerente à vida de cada Estado quanto a força e o poder imperativo que diariamente se manifestam de maneira ativa" (tradução livre).

10 Hans Kelsen escreveu diversos textos e artigos acerca do modelo de justiça constitucional, os quais foram sistematizados e publicados, em 1981, sob o título *La giustizia constituzionale*, em Milão. Tal obra contém as ideias principais do autor relativas à jurisdição constitucional, que foram utilizadas como marco teórico para a edificação do modelo de Tribunal Constitucional como defensor da Constituição, implantado originariamente na Constituição austríaca de 1920.

> (...) o fato de que, caso se deva mesmo criar uma instituição através da qual seja controlada a conformidade à Constituição de certos atos do Estado – particularmente do Parlamento e do governo –, tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados (KELSEN, 2003, p. 239-240).

Entretanto, a maior dificuldade enfrentada por Kelsen na construção de sua teoria foi a de formular fundamentos juridicamente contundentes, no sentido de atribuir legitimidade a um órgão que, embora não fosse o responsável pela elaboração dos atos a serem controlados, consubstanciava-se como não representativo dos interesses populares.

Assim, o combate à ilegitimidade da justiça constitucional em face do princípio da separação dos poderes foi a maior dificuldade jurídica encontrada por Kelsen,[11] na medida em que se sustentava ser o Tribunal Constitucional verdadeiro legislador negativo, cuja função de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, anulando uma norma geral, elaborada pelo Poder Legislativo, consubstanciava-se, na verdade, como atividade intrínseca ao Poder representante dos anseios populares.

Relativamente a essa questão, Kelsen assevera que, diante da sustentada ilegitimidade da justiça constitucional, com a finalidade de se evitar a transferência da atividade intrínseca ao Poder Legislativo a outro órgão ou Poder, dever-se-ia limitar e evitar, o máximo possível, a discricionariedade atribuída pelas leis aos juízes constitucionais, retirando-lhes o caráter de legislador negativo.

Nesse contexto, segundo a perspectiva kelseniana, deve-se restringir a atividade legislativa no sentido de que as normas constitucionais, especialmente as definidoras do conteúdo de leis futuras, *e.g.*, as que dispõem sobre direitos fundamentais, não devem ser formuladas com conotação genérica, imprecisa e vaga, de forma a atribuir ampla liberdade ao Tribunal Constitucional em sua aplicação; do contrário, "existe o perigo de uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele, a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento" (KELSEN, 2003, p. 262-263).

Não obstante, a caracterização da função do Tribunal Constitucional como legislador negativo não é repudiada por Kelsen, mas, contrariamente, por ele defendida, embora sob uma perspectiva diferente daquela construída por Schmitt. Efetivamente, Kelsen acredita que não só o Tribunal Constitucional, mas também os Tribunais civil, criminal ou administrativo exercem a função de criação do

---

[11] Faz-se importante salientar que, ainda hoje, a questão da legitimidade jurídico-política dos Tribunais Constitucionais e, como corolário, do modelo concentrado e abstrato de justiça constitucional, constitui-se em um dos principais problemas a serem enfrentados pelo Direito Constitucional e pela Teoria da Constituição.

Direito, embora de formas diferentes: os segundos apenas produzem normas de caráter individual, ao deixarem de aplicar uma lei no caso concreto, enquanto o primeiro confere invalidez e anulabilidade a uma lei inconstitucional, eliminando, consequentemente, a norma genericamente considerada (legislador negativo) (KELSEN, 2003, p. 263).

Contudo, segundo Kelsen, deve-se salientar que, apesar da diferença existente entre os dois tipos de tribunais na atividade de verificação da constitucionalidade das leis e atos normativos, pode-se atribuir também a qualidade de legislador negativo, no sentido material da palavra, ao tribunal que não aplica uma lei ao caso concreto em razão de sua inconstitucionalidade, uma vez que também elimina uma norma de caráter geral, observando-se, porém, nessa situação, que a anulação da norma geral limita-se a um determinado caso e não a vários casos abstratamente iguais, tal como ocorre na decisão proferida pelo Tribunal Constitucional (KELSEN, 2003, p. 263-264).

A par dos argumentos utilizados acerca da legitimidade da justiça constitucional como defensora da Constituição, Kelsen busca demonstrar que a teoria schmittiana, atribuindo ao chefe de Estado a tarefa de guardião da Constituição, também não se coaduna com o princípio da separação dos poderes, pois não há como desvincular aquela tarefa da atividade exercida pelo chefe de Estado, na qualidade de representante máximo do Poder Executivo. A neutralidade a que se refere Schmitt, como atributo do chefe de Estado no exercício da atividade de defensor da Constituição não estaria completamente caracterizada, pois não seria possível o desempenho de duas tarefas distintas pelo mesmo órgão de forma imparcial e neutra.

Assim, nessa perspectiva, a interpretação da doutrina do *pouvoir neutre* de Constant por Schmitt, na legitimação do chefe de Estado como defensor da Constituição, é refutada por Kelsen – o qual, por sinal, admira-se pelo fato de aquele autor, professor de Direito Público na Berliner Handelshochschule, pretender restaurar uma das mais antigas doutrinas acerca da monarquia constitucional, de forma a aplicá-la ao Estado republicano –, na medida em que atribuiu conotação diferenciada ao poder neutral do chefe do Executivo (KELSEN, 2003, p. 243).

A doutrina de Constant baseia-se na suposição de que o Poder Executivo seja dividido em dois Poderes diferenciados: o ativo e o passivo, detendo o monarca apenas o último, o qual se caracteriza como neutro. Diante disso, Kelsen questiona como seria possível o exercício da tarefa de guardião da Constituição pelo chefe de Estado, de forma neutra e passiva, na medida em que tal função – assim como outras – demandaria sua presença ativa (KELSEN, 2003, p. 245).

Destarte, segundo Kelsen, Schmitt se contradiz em vários momentos, ao utilizar a teoria do poder neutro para legitimar o chefe de Estado como guardião da Constituição. Com efeito, ao afirmar que, na monarquia constitucional, a possibilidade de violação da Constituição provém do governo, isto é, da esfera do

Poder Executivo, acaba por anular as ideias de que o monarca, como chefe de Estado, exerce função neutra e de guardião da Constituição (KELSEN, 2003, p. 247).

Nesse diapasão, questionando se o Judiciário, efetivamente, poderia atuar como guardião da Constituição, contradiz-se novamente, ao negar tal atributo aos Tribunais civis, criminais e administrativos na Alemanha e não à Corte Suprema dos Estados Unidos, muito embora ambos exerçam um controle concreto de constitucionalidade das leis, deixando de aplicá-las às situações concretas, quando consideradas inconstitucionais (KELSEN, 2003, p. 248-249).

Diante de tal consideração, Schmitt procura demonstrar que a função jurisdicional, particularmente quando no exercício da declaração de inconstitucionalidade das leis, caracterizar-se-ia como ato político, e não judicial, na medida em que a jurisdição constitucional atuaria como legislador negativo, criando, assim como o Poder legislativo, normas gerais e abstratas. Segundo o autor, a decisão acerca do conteúdo da norma é atribuição da competência política do legislador, e não do juiz (PALU, 1999, p. 78).

Contudo, Kelsen rebate a argumentação schmittiana de que as funções jurisdicional e política seriam essencialmente contraditórias, dizendo que o exercício daquela manifesta-se também com conotação política, uma vez que prossegue no exercício da tarefa de criação do Direito, na medida em que o legislador, ao autorizar o juiz a decidir, ainda que de forma limitada, sobre conflitos de interesses, atribuindo o direito a uma das partes, confere-lhe, também, poder de criação jurídica. Nesse diapasão, conclui que: "A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a 'verdadeira' jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva" (KELSEN, 2003, p. 250-251).

Ao mesmo tempo em que Schmitt retira o caráter de função judicial da jurisdição constitucional – apesar de não conseguir defini-la precisa e claramente (KELSEN, 2003, p. 253) –, desenvolve sua tese no sentido de demonstrar que tal função não se caracteriza como "guardiã" da Constituição. Verifica-se, assim, segundo o autor, que a "defesa da Constituição" tem conotação diferente da exercida pela jurisdição constitucional.

A argumentação schmittiana de que a jurisdição constitucional é considerada, na verdade, função legislativa, ao considerar que a decisão judicial já se encontraria pronta e definida na lei, da qual seria deduzida, sem qualquer interferência cognitiva e interpretativa do juiz, é totalmente refutada por Kelsen, segundo o qual:

> (...) é justamente dessa compreensão que resulta o fato de que entre a lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, uma produção do direito, que a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, de produção do direito, não deixa de ser um ato de jurisdição, ou seja, de aplicação do

> direito, e particularmente que, em função de o elemento da *decisão* não se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também – e necessariamente – estar contido na função judicial, ambas devem possuir caráter *político* (KELSEN, 2003, p. 257-259, grifos no original).

A par de tais argumentos schmittianos, refutando a legitimidade da jurisdição constitucional como defensora da Constituição, Kelsen demonstra que o "Estado total" preconizado por Schmitt, de forma a consolidar sua unidade política, ao atribuir ao chefe de Estado a tarefa de guardião da Constituição, consubstancia-se como ilegítimo e antidemocrático.

Apesar de o entendimento schmittiano considerar que a jurisdição constitucional – composta por um conjunto de pessoas ilegítimas para o exercício da função de defesa da Constituição, visto que não foram escolhidas por um processo democrático, representativo dos anseios populares –, manifestar-se-ia de forma ilegítima e antidemocrática, sua teoria do chefe de Estado como guardião da Constituição não se apresenta, da mesma forma, como legítima e democrática.

Na verdade, a atribuição de tal função ao chefe de Estado, fundada no poder neutro de Constant, e não à jurisdição constitucional, tal como concebe Schmitt, não se mostra compatível com os princípios democráticos e da separação dos poderes, em face da atribuição de funções distintas ao mesmo órgão.

A argumentação schmittiana de que o chefe de Estado, cujo mandato é conferido pelo povo, representaria a vontade geral da maioria, em prol da unidade política, é extremamente contestável e discutível não apenas pelo fato de que a vontade geral não se efetiva verdadeira e legitimamente, mas também pela consideração de que a eleição não se apresenta como uma garantia ao chefe de Estado no sentido de equilibrar interesses conflitantes. Reportando-se às palavras de Kelsen (2003, p. 283), "a eleição do chefe de Estado, que se dá inevitavelmente sob a alta pressão de ações político-partidárias, pode ser um método democrático de nomeação, mas não lhe garante particularmente a independência".

Nesse diapasão, arremata dizendo que:

> Não há, particularmente, razões suficientes para considerar a independência do chefe de Estado eleito mais forte ou mais garantida que do que a do juiz ou do funcionário. Não se pode, sobretudo, desvalorizar a neutralidade do juiz de carreira em favor da do chefe de Estado com o argumento de que "Os verdadeiros detentores do poder político podem facilmente obter a influência necessária sobre o preenchimento dos postos de juízes e a nomeação dos peritos. Se o conseguem, a resolução em forma judiciária ou técnica das controvérsias torna-se um cômodo instrumento político, e isso é o oposto do que na verdade se objetivava com a neutralização" (KELSEN, 2003, p. 283-284).

Em conformidade com o entendimento de Kelsen, similarmente à argumentação schmittiana de que o chefe de Estado seria um guardião democrático da

Constituição, poder-se-ia atribuir também tal função, com base em fundamentos diferentes, à jurisdição constitucional, manifestada na figura do Tribunal Constitucional, exigindo-se que, para tanto, seja conferida conotação democrática à posição jurídica e ao modo de nomeação de seus membros, consubstanciada, respectivamente, pela consideração dos juízes como funcionários de carreira e por sua escolha por meio de processo popular e democrático, tal como ocorrera relativamente à Corte Constitucional austríaca, nos moldes da Constituição de 1920, cujos membros foram escolhidos pelo Parlamento (KELSEN, 2003, p. 291).

Dessa maneira, considerando que não há como separar as funções exercidas pelo Poder Executivo como chefe de Estado e como guardião da Constituição, bem como o fato de os atos originados do Legislativo e Executivo constituírem o alvo principal de declaração de inconstitucionalidade, quando incompatíveis com a Constituição, não se pode atribuir a tarefa de defesa da Constituição seja ao Poder Executivo, seja ao Legislativo.

Diante de tais considerações, a jurisdição constitucional, especialmente quando é atribuída ao Tribunal Constitucional, ergue-se como uma terceira instância, situada fora da esfera dos demais Poderes, capacitando-a a exercer a função de defesa da Constituição de forma independente e imparcial, alheia às decisões e discussões de cunho político. Segundo Kelsen (2003, p. 276), "a vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo".

CONCLUSÃO

O pensamento científico só é capaz de desenvolver-se a partir das contribuições da metodologia científica e da epistemologia. Se a construção científica não necessita ser comprovada, bastando ser demonstrada de forma racional e com base em premissas justificáveis, torna-se extremamente relevante, para se chegar ao resultado pretendido com a investigação, a organização do pensamento científico, a partir da criação de uma estratégia que busque tornar a teoria ou a ideia proposta mais inteligível e com alto poder de persuasão. Além disso, o desenvolvimento científico depende da capacidade de demonstração das condições de verdade dos discursos científicos.

Os metodólogos contemporâneos contribuíram para o desenvolvimento científico a partir da apresentação de teorias construídas sob novas perspectivas, refutando ou não ideias já consolidadas. A esse respeito, a teorização de Kuhn acerca dos paradigmas – e da possibilidade de superação de um por outro – reflete a ideia de flexibilidade e dinamicidade dos "modelos" científicos desenvolvidos, incentivando, portanto, o debate científico a partir de perspectivas diversas e com base em argumentos distintos capazes de produzir novas compreensões.

O debate científico promovido entre Kelsen e Schmitt sobre o órgão responsável pela custódia da Constituição insere-se nesse contexto. A contribuição dos autores para a comunidade científico-acadêmica perpassa, sobretudo, pela discussão acerca da legitimidade do órgão – seja de natureza política seja jurisdicional – responsável pela guarda da Constituição. A contextualização da discussão com o princípio da separação entre os poderes trouxe elementos relevantes para a solidificação de argumentos favoráveis à defesa da justiça constitucional.

Em que pese o debate ter sido superado cientificamente com a consolidação da jurisdição constitucional, na maioria dos países, como um modelo de tutela constitucional legítimo e compatível com o princípio da separação entre os poderes e com o Estado Democrático de Direito, certo é que sua contribuição científica foi fundamental – e ainda o será – para o incremento da discussão, ainda presente na comunidade acadêmica atual, sobre a legitimidade dos órgãos jurisdicionais de tutela constitucional, sobretudo a partir da possibilidade de apresentação de novos argumentos que poderão levar a uma viragem paradigmática – a "revolução científica" referida por Kuhn.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DIAS, Elizabeth de Assis. As relações entre Popper e Kuhn. In: OLIVEIRA, Paulo Eduardo de (Org.). *Ensaios sobre o pensamento de Karl Popper*. Curitiba: Círculo de Estudos Bandeirantes, 2012. p. 145-146.

GÁRCIA, Pedro de Veja. Prólogo. In: SCHIMITT, Carl. *La defensa de la Constitución:* estudio acerca de las diversas espécies y posibilidades de salvaguarda de la constitución. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito:* dos gregos ao pós-modernismo. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade:* conceitos, sistemas e efeitos. São Paulo: RT, 1999.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución:* estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvarguarda de la constitución. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado:* o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Data de recebimento: 29/11/2017

Data de aprovação: 02/08/2018

OS CÍRCULOS RESTAURATIVOS COMO INSTRUMENTO DE MEDIAÇÃO DOS CONFLITOS NAS ESCOLAS: A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA CULTURA JURÍDICA

THE RESTAURANT CIRCLES AS A MEDIATION INSTRUMENT FOR CONFLICTS IN SCHOOLS: A CONSTRUCTION OF A NEW LEGAL CULTURE

*Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci**
*Claudia João Felício***

RESUMO

Piaget foi fundador das bases do Construtivismo, e, por esse motivo, é considerado o estudioso que revolucionou a educação. O biólogo constatou que o fruto da construção do conhecimento é a edificação gradativa do saber, respeitando, para isso, as diferentes fases do desenvolvimento humano. Corroborando com a inovação das propostas piagetianas, surgem, atualmente, os círculos restaurativos, utilizando, para sua prática, o diálogo como instrumento na resolução pacífica dos conflitos. Em um contexto de violência e de microviolência dentro das escolas, o presente estudo busca avaliar de que maneira os círculos restaurativos contribuem para a solução pacífica desses conflitos e como podem ser construídas as formas de acordo realizadas pelos envolvidos. Busca também analisar o contexto em que a vítima e o ofensor estão inseridos, de modo a identificar os possíveis fatores desencadeadores dos conflitos, visando à possibilidade de evitar futuras demandas judiciais. Esse estudo tem o objetivo de investigar a efetividade dos círculos restaurativos no ambiente escolar, assim como

* Doutor em História Social e do Direito pela Universidade de São Paulo (FFLCH-USP); Mestre em História Social pela Universidade de São Paulo; Graduado e Licenciado em História pela Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Universidade Nove de Julho (Uninove). Coordenador do Grupo de Pesquisa interdisciplinar Direito e Educação (CNPq) "Justiça Dialógica (GrupJus)" e Tutor do Programa de Educação Tutorial (PET-MEC) Uninove (Direito e Administração). E-mail: bareska@gmail.com.

** Mestranda em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (Uninove). Advogada. E-mail: cfelicio22@gmail.com.

os resultados obtidos com a sua aplicação, utilizando, para isso, o método dialético. Com isso, procura uma possível alternativa para a diminuição de futuros litígios, por meio da conscientização dos alunos, buscando a transformação de uma cultura da busca exacerbada pelo judiciário.

Palavras chave: Círculo restaurativo; Crise do Judiciário; Educação; Justiça restaurativa; Piaget.

ABSTRACT

Piaget was founder of the bases of Constructivism, and for that reason, is considered the scholar who revolutionized the education. The biologist constituted by the knowledge of the construction of knowledge is a gradual building up of relative knowledge, for this, as different phases of human development. Correct with the innovation of Piagetian ideas, currently, the restorative indicators, using for its application the resolution as peaceful resolution of conflicts. In a context of violence and microviolence within schools, the present study seeks to evaluate how restorative systems contribute to a peaceful solution and can be constructed as forms of communication. It also seeks to analyze the context in which the victim and the offender are inserted, to allow the triggering factors of the conflicts, the possibility of future demands to be judicial. This study aims to investigate the effectiveness of restorative circles in the school environment, as well as its results with its application, using the dialectical method. To this end, you can obtain an alternative edition of future exercises, through the awareness of the students, seeking the transformation of a culture of the search exacerbated by the judiciary.

Keywords: Restorative circle; Crisis of the Judiciary; Education; Restorative justice; Piaget.

INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, a educação vem sendo debatida em suas diversas nuances e procedimentos, e as diferentes teorias e métodos demonstram a variedade de propostas existentes sobre o tema. Por um lado, isso salienta a dificuldade inserida no ato de educar, por outro, como a educação pode ser realizada de diversas formas e maneiras. Porém, existe um ponto pacífico para todos os envolvidos nesse debate: a educação é fundamental para o desenvolvimento de relações saudáveis na sociedade e para a construção de uma sociedade próspera.

Nesse sentido, a educação é um ponto chave para o amadurecimento da democracia e de nossas instituições políticas. No que tange ao nosso sistema de justiça, é possível imaginarmos que o desenvolvimento de jovens conscientes do papel do direito e dos métodos de resolução de conflitos, bem como da força do diálogo coletivo, seja um ponto essencial para que as demandas que chegam ao Poder Judiciário sejam aquelas que realmente necessitem da apreciação dos profissionais da área.

Esse artigo procura abordar o tema ressaltando a importância de promover nas escolas um enfrentamento maduro diante dos diversos conflitos que perpassam o cotidiano das instituições escolares, levando em conta a Resolução SE 41/2017 que promove os Círculos Restaurativos. Elegemos as contribuições de Piaget como uma referência teórica para relacionarmos educação, conflitos, diálogo, (re)construção de soluções e justiça restaurativa.

As teorias de Piaget vêm sendo aplicadas por educadores em todo o mundo, com a proposta de fazer com que o aluno exerça um papel mais ativo e de constante construção do conhecimento por meio da interação. Nesse sentido, proporciona uma atitude do educando buscando informações, debatendo questões, e, principalmente, aprendendo com os seus próprios erros a dirimir possíveis conflitos oriundos do ambiente escolar. Essa proposta pode ser ampliada, uma vez que as práticas relativas à Justiça Restaurativa sejam aplicadas na esfera educacional.

Salienta-se que a violência, muitas vezes prevista nesse contexto, tem efeitos devastadores, colocando em xeque o papel socializador das instituições de ensino. Dessa maneira, é preciso avaliar a eficácia dos métodos tradicionais de resolução de conflitos, em contraponto com um modelo de solução amparado na justiça restaurativa. As escolas públicas, na sua maioria, utilizam-se de instrumentos normativos para suprimir conflitos internos, com punições que, muitas vezes, são ineficazes.

Como paradigma ao modelo até então utilizado, a Secretaria de Estado da Educação, por meio do Sistema de Proteção Escolar, instituiu a mediação nas escolas públicas estaduais de São Paulo, por intermédio da Resolução SE 01/2011, porém, devido a fatores inerentes à implementação do projeto, os resultados foram discretos. Após várias discussões sobre o tema, surge a Resolução SE 41/2017, a qual revoga todas as anteriores e promete mudar o procedimento diante da resolução de conflitos no ambiente escolar.

Atendendo à Resolução, os profissionais devem ser instruídos a dirimir conflitos escolares utilizando para esse fim as práticas da justiça restaurativa. A medida orienta, ainda, as Instituições para que informem as possíveis ocorrências à Secretaria de Ensino, por meio do sistema ROE (Registro de Ocorrência Escolar).

Desse modo, as práticas restaurativas surgem como possível condão da inclusão e participação do aluno na resolução dos conflitos, de maneira a transformar a atual cultura da litigância, abrindo um novo caminho para que as partes possam, juntas, por meio do diálogo, encontrar uma solução para seus litígios. Tal projeto está abrindo portas para a construção de uma nova cultura jurídica e prevenindo a proliferação de futuras demandas judiciais.

Ressalta-se, ainda, que a adoção dos Círculos Restaurativos pelas Instituições de Ensino, em um contexto de busca pela resolução pacífica de conflitos, age como

mecanismo de inclusão social, promovendo a comunicação entre os indivíduos, de maneira a proporcionar uma diminuição na atuação do Poder Judiciário.

Para o desenvolvimento do presente artigo, será utilizado o método dialético, o qual procura identificar no processo os conflitos existentes e as contradições envolvidas na análise de um problema de pesquisa. Não obstante o presente estudo tenha o objetivo de investigar a efetividade dos círculos restaurativos no ambiente escolar, é importante salientar que a proposta sobre as práticas da Justiça Restaurativa aplicada nas escolas demonstra-se incipiente, motivo pelo qual haverá indefinição nos dados utilizados para a sua apuração.

O CONSTRUTIVISMO

O construtivismo pode ser classificado como uma corrente de pensamento, inspirada nas teorias de Jean Piaget (1896-1930), reconhecido pelos seus estudos voltados aos processos de aquisição do conhecimento, baseados no desenvolvimento humano. Assim, temos o construtivismo como uma teoria, não como uma prática ou método de ensino. Nesse sentido, Becker argumenta:

> O construtivismo não é uma prática nem um método, e sim uma teoria que permite conceber o conhecimento como algo que não é dado e sim construído e constituído pelo sujeito através de sua ação e da interação com o meio. Assim, o sentido do construtivismo na educação diferencia-se da escola como transmissora de conhecimento, que insiste em ensinar algo já pronto através de inúmeras repetições como forma de aprendizagem. Na concepção construtivista a educação é concebida (BECKER, 1994, p. 89).

Vale ressaltar que o construtivismo é um conceito intermediário entre o racionalismo e o empirismo, que são maneiras de se contemplar o conhecimento a partir das teorias filosóficas. A teoria racionalista tem como pressuposto que todo o conhecimento vem da razão, que é gerado pelo homem, e se externa. Assim, segundo Hessen (1987, p. 60), o racionalismo é a "posição epistemológica que vê no pensamento, na razão, a fonte principal do conhecimento".

De outro vértice, para os teóricos empiristas, o conhecimento é produzido por meio dos sentidos, portanto, é por intermédio do contato com o mundo físico que adquirimos o saber. Isso quer dizer que aprendemos mediante o contato com os objetos e também com o mundo. Nas palavras de Honderich (1995, p. 226), o construtivismo é a "concepção que fundamenta nosso conhecimento, ou o material com o qual ele é construído, na experiência através dos cinco sentidos". Com o advento dos estudos de Piaget, surge uma terceira corrente de estudos sobre a concepção do conhecimento, com base no desenvolvimento humano: o construtivismo. Trata-se de uma teoria baseada na interação entre o ser humano

e o objeto, por meio da qual ocorre a aprendizagem derivada da experiência adquirida, que, para Piaget (1976 apud Freitas 2000, p. 64): "o conhecimento não procede nem da experiência única dos objetos nem de uma programação inata pré-formada no sujeito, mas de construções sucessivas com elaborações constantes de estruturas novas".

Do ponto de vista científico, Piaget procura explicar o conhecimento a partir da gênese do conhecimento, como também responder questões sobre como ocorre a construção do saber. O que, para Battro (1978, p. 64), é uma "tendência genética de ultrapassar sem cessar as construções já acabadas para satisfazer as lacunas (...) do conhecimento".

A teoria construtivista, enquanto ciência, é definida por Piaget, nos seguintes termos:

> Não existem estruturas inatas: toda estrutura pressupõe uma construção. Gênese e estrutura são indissociáveis temporalmente, ou seja, estando em presença de uma estrutura como ponto de partida e de mais uma complexa como ponto de chegada, entre as duas se situa necessariamente um processo de construção que é a gênese (PIAGET, 1977, p. 93).

Portanto, para Piaget, epigênese define que o conhecimento não nasce com o sujeito, nem mesmo da interação do sujeito com o objeto, e, sim, das sucessivas experiências advindas dessa relação. Assim, segundo a sua teoria, o conhecimento não traz estrutura biológica; ela não é inata. É necessário que haja a interação do organismo com o meio físico e social, e, ainda, que aconteçam sucessivas experiências resultantes dessa relação. Nesta perspectiva, Piaget esclarece:

> Levando em conta, então, esta interação fundamental entre fatores internos e externos, toda conduta é uma assimilação do dado a esquemas anteriores (assimilação a esquemas hereditários em graus diversos de profundidade) e toda conduta é, ao mesmo tempo, acomodação destes esquemas a situação atual. Daí resulta que a teoria do desenvolvimento apela, necessariamente, para a noção de equilíbrio entre os fatores internos e externos ou, mais em geral, entre a assimilação e a acomodação (PIAGET, 2011, p. 89).

A ideia de Construtivismo, para Piaget, parte do princípio de que o conhecimento é um processo de incessante construção e está sempre em evolução, portanto, ele não se conclui. Nas palavras de Piaget:

> A inteligência não aparece, de modo algum, num dado momento do desenvolvimento mental, como um mecanismo completamente montado e radicalmente diferente dos que o precederam. Apresenta, pelo contrário uma continuidade admirável com os processos adquiridos ou mesmo inatos respeitantes à associação habitual e ao reflexo, processos sobre os quais ela se baseia, ao mesmo tempo que os utiliza (PIAGET, 1986, p. 23).

AS CONTRIBUIÇÕES DAS TEORIAS DE PIAGET PARA A EDUCAÇÃO CONTEMPORÂNEA

Com o passar dos anos, a educação sofreu importantes transformações, inclusive no que concerne às técnicas educacionais. Durante muito tempo, o método tradicional vigorou nas instituições de ensino, porém, gradativamente, foram surgindo novas perspectivas de estudo sobre os fenômenos do conhecimento, modificando a sua metodologia.

Com o surgimento das teorias de Piaget, no século XX, algumas escolas passaram a viabilizar suas propostas de ensino fundamentadas no Construtivismo. Neste modelo, o educador deixa de ser o detentor do conhecimento e passa a instigar o aluno a discutir e debater situações do cotidiano, a fim de estimular indiretamente o desenvolvimento de suas habilidades.

A mudança de papel do professor é essencial, pois ele deve abdicar da sua atribuição de autoridade máxima para se colocar em interação com o aluno. É proposto que o educador apresente desafios ao estudante, a fim de que ele construa seu conhecimento por meio de estímulos, formulação de hipóteses e atividades de interação. O professor deve sugerir ao aluno a busca do conhecimento por intermédio do conflito de ideias.

Isso porque, segundo Piaget, o desenvolvimento cognitivo acontece quando entramos em um processo de conflito, chamado por ele de desequilíbrio, portanto, a exploração crítica do raciocínio é de suma importância para o aprendizado:

> (...) numa perspectiva de equilibração, deve procurar-se nos desequilíbrios uma das fontes de progresso no desenvolvimento de conhecimentos, pois só os desequilíbrios obrigam um sujeito a ultrapassar o seu estado atual e procurar seja o que for em direções novas (...) (PIAGET, 1977, p. 23).

É provável que, diante dos desequilíbrios, surjam os erros, que devem ser considerados um convite ao aprendizado, e não uma deficiência ou falha do aluno. Logo, é por meio do erro que o aluno irá alcançar formas inovadoras de conhecimento. Nesse sentido, pronunciam-se Ferreiro e Teberosky:

> Na teoria de Piaget, o conhecimento objetivo aparece como uma aquisição, e não como um dado inicial. O caminho em direção a este conhecimento objetivo não é linear: não nos aproximamos dele passo a passo, juntando peças de conhecimento umas sobre as outras, mas sim através de grandes reestruturações globais, algumas das quais são "errôneas" (no que se refere ao ponto final), porém "construtivas" (na medida em que permitem aceder a ele). Esta noção de erros construtivos é essencial (FERREIRO; TEBEROSKY, 1985, p. 30).

Nesta perspectiva, o ensino perde o seu viés tradicional, abrindo espaço para o aluno construir o seu conhecimento. Em contrapartida, o educador deve permitir que isso aconteça e, sobretudo, abrir mão de ser apenas um repassador de conhecimento. Para isso, os professores devem ser orientados a seguir alguns princípios, em consonância ao ensino construtivista, conforme NCREL citado por Argento:

> 1. Encorajar e aceitar a autonomia e iniciativa dos estudantes;
> 2. Usar dados básicos e fontes primárias juntamente com materiais manipulativos, interativos e físicos;
> 3. Usar a terminologia "classificar", "analisar", "predizer" e "criar" quando estruturam as tarefas;
> 4. Permitir que os estudantes participem das aulas, discutindo alterações das estratégias instrucionais e do conteúdo;
> 5. Questionar sobre a compreensão do estudante antes de formular seus próprios conceitos sobre o tema; (NCREL apud ARGENTO).

Enfim, encorajar e estimular os alunos, promovendo o desenvolvimento do senso crítico, por meio de pesquisas, aguçando, dessa maneira, a criatividade dos estudantes.

Conforme exposto, podemos entender que as teorias piagetianas têm muito a contribuir com as técnicas voltadas ao ensino. Primeiro, no sentido de identificar o processo de desenvolvimento humano e aplicar as práticas de ensino direcionadas a determinadas etapas do crescimento. Segundo, e não menos importante, em oferecer ao educador estratégias que possam permitir ao aluno uma ação autônoma, para que ele seja capaz de construir seus conhecimentos. Nesse sentido, Piaget incentiva a construção de um espaço onde o diálogo deve ser incentivado e praticado como princípio básico da construção do conhecimento.

O legado de Piaget é fonte de estudo para os mais diversos profissionais, tanto da área educacional quanto da área da psicologia. Nesse sentido, nas palavras de Carretero:

> (...) a teoria de Piaget continua oferecendo, na atualidade, a visão mais completa de desenvolvimento cognitivo, tanto pela grande quantidade de aspectos que aborda (desenvolvimento cognitivo desde o nascimento até a idade adulta, desenvolvimento moral, noções sociais, lógicas, matemáticas, etc.) como por sua coerência interna e utilização de uma metodologia que deu origem a resultados muito produtivos durante cinquenta anos de pesquisa (CARRETERO, 1997, p. 76).

Dentro dessa perspectiva, o construtivismo surgiu como uma proposta aos dirigentes escolares, para que se repense a maneira de instituir um novo paradigma perante a educação tradicional. Salienta-se que os métodos utilizados por

esse modelo são, geralmente, mecanismos de controle, predispostos à doutrinação dos educandos. De outro vértice, a teoria construtivista possibilita a construção do senso crítico, permitindo que o aluno emita opiniões, argumente, verifique várias perspectivas sobre o objeto discutido, e, com isso, resolva os seus conflitos de maneira satisfatória.

É importante frisar que os conflitos, na concepção construtivista, são oportunidades de desenvolvimento e aprendizagem, necessários para o desenvolvimento cognitivo, portanto, aprender a lidar com o conflito é fundamental. Nesse processo, a presença do educador é de suma importância, pois ele deverá assumir o papel de mediador, auxiliando na relação interpessoal dos envolvidos no processo educacional, buscando, assim, a diversificação de ideias, porém em um ambiente equilibrado, e, consequentemente, pacífico.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Trata-se de uma proposta metodológica pela qual se busca, por meio de intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio da comunicação entre a vítima, o ofensor e a comunidade em que esses estão inseridos. As práticas da Justiça Restaurativa foram inspiradas nos costumes das tribos Maoris, mais especificamente na Nova Zelândia. Essas práticas são aplicadas aos aborígenes quando da quebra de regras impostas por uma determinada tribo.

Tais práticas priorizam a conscientização daquele ofensor pelo ato praticado, por meio de cantigas, as quais são recitadas em volta da fogueira. As cantigas são compostas no momento do nascimento do indivíduo e funcionam como o reconhecimento de sua identidade. As canções buscam um significado auspicioso, ressaltando as características positivas do ser humano. Para que ocorra a confraternização, todos os integrantes da tribo são convidados a participar dos rituais, com a finalidade de conscientizar tanto o ofensor como sopesar a responsabilidade dos demais indivíduos sobre o ato praticado.

Diante dos resultados positivos decorrentes dessa prática, vários países passaram a adotá-la, como, Nova Zelândia, Canadá, Austrália, Reino Unido, Colômbia, Espanha, África do Sul, Argentina, Chile e Japão, com experimento de resultados positivos. Segundo a professora Gabrielle Maxwell:

> (...) as práticas inspiradas nos costumes dos aborígenes *Maoris* da Nova Zelândia têm solucionado 75% dos casos de delinquência juvenil, em que 44% destes há um diálogo reservado entre a polícia e o infrator e 32% há um encontro entre o infrator e a vítima, com suas respectivas famílias, e a polícia (MAXWELL, 2005, p. 7).

O modelo de Justiça Restaurativa traz uma reflexão sobre a necessidade de utilizar situações de conflito como uma oportunidade de aprendizado de cres-

cimento e geração de ganhos mútuos, possibilitando a "cicatrização" do trauma ocorrido por meio do diálogo. Segundo o autor Renato Pinto:

> (...) é uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso, à "justiça" identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado e que deve ser restaurado, oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo ela, a Justiça, avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico seja alcançado (PINTO, 2007, p. 103).

Conforme bem delineado pelo autor, constata-se que existe a humanização no procedimento da mediação entre os envolvidos, a fim de que haja a conscientização do ofensor, que, na maioria das vezes, só compreende a dimensão dos seus atos quando há uma interlocução entre ele e a vítima. Essa, por outro vértice, necessita compreender o ocorrido (todos os aspectos do conflito) e entender, nas palavras do próprio ofensor, que o ato cometido não foi algo pessoal, que ele está arrependido e quer reparar o dano causado. Dessa maneira, não há simplesmente a atribuição da culpa ao ofensor. Conforme delineia Daniel Achutti:

> (...) se trata de uma tentativa de criação de um novo modelo de justiça criminal, desvinculado do excessivo formalismo – típico da modernidade – e procurando pensar em solucionar a situação-problema, e não simplesmente em atribuir culpa a um sujeito (ACHUTTI, 2009, p. 101).

Portanto, vale destacar que o diálogo é de suma importância para ambas as partes, pois possibilita a reflexão, a compreensão mútua, a relativização das concepções de mundo e a empatia recíproca. Compreendendo a magnitude de suas ações, provavelmente o ofensor pensará melhor antes de agir de maneira a prejudicar o outro, diminuindo a probabilidade de reincidência.

A Justiça Restaurativa busca uma lógica de corresponsabilidade, portanto, além da responsabilização do ofensor, busca-se a responsabilização dos demais envolvidos, tais como a família, a comunidade, ou seja, a sociedade como um todo. Trata-se de um processo de conscientização das pessoas inseridas em um determinado conflito, no qual se busca evitar a reincidência por meio da compreensão, e não pela sanção punitiva aplicada, ou seja, o entendimento pelo qual aquele ato ofensivo não deveria ser praticado. Conforme preconiza Pedro Scuro Neto:

> "Fazer justiça" do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causado pelo malfeito,

> contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstruir de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo (SCURO NETO, 2000, p. 225).

A Justiça Restaurativa surge como um modelo de materialização dos direitos humanos, respeitando os envolvidos, de acordo com as suas necessidades, pois tende a aproximá-los com o intuito de restaurar relações, de maneira a propiciar o respeito mútuo e o reconhecimento das diferenças. Nesse contexto, é importante mencionar que o Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê mecanismos procedimentais flexíveis, os quais possibilitam a adaptação dos métodos previstos pela Justiça Restaurativa, conforme preconiza Rafaela Cruz:

> O Estatuto da Criança e do Adolescente também impulsiona à implementação da Justiça Restaurativa, uma vez que recepciona o instituto da remissão, através do art. 126. Nesse caso, o processo poderá ser excluído, suspenso ou extinto, desde que a composição do conflito seja perfectibilizada entre as partes, de forma livre e consensual. Além disso, diante do amplo elastério das medidas socioeducativas, previstas no art. 112 e seguintes, do mesmo diploma legal, verifica-se, da mesma forma, abertura ao modelo restaurativo por meio da obrigação de reparar o dano (CRUZ, 2013, p. 80-81).

Ademais, o artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que "na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários".

Embasando tal entendimento, nossa atual Constituição Federal estabelece, em seu artigo 227, que: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Diante disso, temos que é de suma importância que tal instrumento mandamental assuma novas vertentes mediante os atuais contornos da realidade brasileira.

PRÁTICAS RESTAURATIVAS: OS CÍRCULOS RESTAURATIVOS

A Justiça Restaurativa possui diversas vertentes e uma delas recebe o nome de Círculo Restaurativo. Essa prática é aplicada em várias situações e seu foco central é a garantia de igualdade de voz a todos os envolvidos perante uma situação de conflito, fornecendo a todos a possibilidade da exposição dos fatos.

O processo inicia-se com o chamamento dos envolvidos, para que participem da reunião inicial o ofensor, o receptor do ato, familiares e comunidade. Para Pranis (2010, p. 21), "os círculos restaurativos superam outras ferramentas mediativas para transformação de conflitos".

Os Círculos Restaurativos são constituídos por três etapas:

I) O pré-círculo é o primeiro contato, ocorre quando o facilitador se encontra com os envolvidos para que haja uma preparação. Nesta fase, o profissional responsável colhe todas as informações a fim de se inteirar sobre o fato que gerou o conflito.

Para Brancher:

> O pré-círculo é a primeira etapa do processo, em que a(s) pessoa(s) que o iniciou e os convidados serão ouvidos, seguindo essa ordem. É também nessa fase em que o Ato a ser trabalhado no Círculo será definido em conjunto com a pessoa que inicia o processo. Nesse momento, o Facilitador escuta empaticamente cada participante e explica o processo passo a passo, pergunta, a cada um, quem mais precisa estar presente no Círculo para que a situação seja modificada no futuro e certifica-se de que, dentro das condições apresentadas, a pessoa gostaria de seguir em frente. É nessa etapa que o facilitador prepara as pessoas para o círculo, tendo definido quem serão os participantes; o local do círculo; a data e o horário do círculo (BRANCHER, 2006, p. 14).

II) O círculo propriamente dito é o encontro dos envolvidos naquele determinado ato, coordenado por pessoa capacitada. Tem como objetivo a conscientização por meio do acolhimento dos participantes, de maneira com que haja a igualdade de tratamento e respeito à dignidade de cada um. Todos são ouvidos durante a reunião, que tem como desfecho o comprometimento dos envolvidos para a resolução daquele determinado conflito. Brancher entende que:

> O círculo restaurativo é a reunião das partes envolvidas no conflito, em um espaço desenvolvido para que o diálogo entre eles ocorra sem o abuso do poder, em situação de igualdade. O intuito é que, depois de uma dinâmica de compreensão mútua e autorresponsabilização, surjam condições para um acordo desenvolvido pelos participantes, para modificar essa situação no futuro, de modo que todos possam viver melhor dali em diante. Isso resultará em um Plano de Ação, onde estarão listadas

> ações para o futuro, com prazos determinados para que elas aconteçam. Todos os participantes devem estar de acordo com as ações e assinar o Plano de Ação (BRANCHER, 2006, p. 14).

O pós-círculo ocorre na sequência da realização do encontro, com o acompanhamento do compromisso firmado entre os participantes. Nessa etapa, verifica-se não só o estado emocional do ofensor e da vítima, mas também a satisfação do processo pelos demais envolvidos. Conforme Brancher:

> O Pós-Círculo é um novo encontro, estabelecido ao final do Círculo, que envolve igualmente todos envolvidos e afetados pelo conflito. Tem como objetivo avaliar o grau de satisfação entre os participantes em relação a atual situação em que se encontram, depois do Plano de Ação. A partir desse encontro, podem surgir novas propostas de ação (BRANCHER, 2006, p. 15).

Os encontros a serem realizados acontecem com o convite dos envolvidos para que compareçam ao local designado e participem das reuniões. O ofensor e a vítima devem comparecer de maneira espontânea, assim como os possivelmente envolvidos, sem nenhum modo de coerção. E, ainda, complementa Brancher (2006, p. 45): "Recomenda-se estimular a presença do maior número de pessoas, desde que de algum modo estejam ligadas aos envolvidos ou ao fato, objeto do círculo (...)".

A presença do facilitador[1] é de suma importância, pois é ele quem irá direcionar o grupo, procurando transmitir tranquilidade, promovendo o diálogo e esclarecendo possíveis questionamentos, provenientes de qualquer um dos envolvidos.

Facilitador é o profissional qualificado para acompanhar os procedimentos das práticas restaurativas. Conforme o item I.5 da Resolução 2002/12 da ONU: "Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo".

Dado o início da reunião, as pessoas se organizam em círculos. O facilitador, então, deverá explicar qual a dinâmica do encontro, para que todos estejam cientes do processo de que estão participando. O profissional deve agir de maneira a deixar todos à vontade, o que nas palavras de Brancher (2006, p. 40), para se "expressarem livremente, sem receio de terem sua intimidade posteriormente exposta pelos organizadores do encontro ou pelos demais participantes. Isso é um compromisso de todos e que deve ser ressaltado de antemão".

---

[1] Os chamados facilitadores coordenam os círculos restaurativos, de forma a permitir que todos os envolvidos sejam ouvidos e a colaborar na busca de uma solução. Disponível em: <https://abdir.jusbrasil.com.br/noticias/262112779/cnj-servico-conceitos-basicos-da-justica-restaurativa>. Acesso em: 20 fev. 2017.

Nesse processo, tanto o ofensor, a vítima, como também as pessoas envolvidas no ato ofensivo têm um papel de suma importância, pois irão externar todos os seus sentimentos, sejam de cólera, por parte da vítima, e até o sentimento de arrependimento, pelo ofensor. Garapon expõe o seu entendimento sobre o estado emocional da vítima, vejamos:

> O primeiro reconhecimento para a vítima é poder agir em justiça, ser autorizada a denunciar o seu agressor, a acusá-lo. É a ocasião de exteriorizar sua cólera, designando-lhe um objeto e logo de começar a pôr um fim à sua condição de vítima, tanto a injustiça é "desequilíbrio entre a paixão e a ação que se dividem em partes desiguais" (GARAPON, 2004, p. 289).

Para Zehr, o ofensor também necessita de apoio emocional, segue seu entendimento:

> Os ofensores têm muitas necessidades, é claro. Precisam que se questionem seus estereótipos e racionalizações – suas falsas atribuições – sobre a vítima e o evento. Talvez precisem aprender a ser mais responsáveis. Talvez precisem adquirir habilidades laborais ou interpessoais. Em geral precisam de apoio emocional. Muitas vezes precisam aprender a canalizar raiva e frustração de modo mais apropriado. Talvez precisem de ajuda para desenvolver uma autoimagem mais sadia e positiva e também para lidar com a culpa. Como no caso das vítimas, se essas necessidades não forem atendidas, os ofensores não conseguem fechar o ciclo (ZEHR, 2008, p. 189).

As pessoas que, de alguma maneira, fizeram parte daquela situação ofensiva também devem estar presentes; são aquelas do convívio da vítima e também do ofensor, como seus familiares, amigos, e aquelas que estão próximas do cotidiano de ambos.

O objetivo dos Círculos Restaurativos é a perspectiva de um acordo entre o ofensor, a vítima e os demais envolvidos que possibilite não só a reparação do dano, como também a satisfação da vítima, a conscientização do ofensor e a corresponsabilização de todos. Enfim, a restauração das relações enfraquecidas pelo ato ofensivo, possibilitando um ambiente de harmonia. Sobre a finalidade das práticas restaurativas, no seu item I.3, a Resolução da ONU n. 12/2002 apregoa:

> 3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.

Para Costello, Wachtel e Wachtel, esses resultados fazem parte de um modo mais humano de alcançar os efeitos esperados, denominado por eles um "processo justo", e os três componentes deste processo são:

> Engajamento – envolver indivíduos em decisões que os afetam ao escutarem seus pontos de vista e genuinamente levar em conta suas opiniões; Explicação – explicar o raciocínio por trás de uma decisão a todos os envolvidos ou afetados por ela; Clareza de expectativas – assegurar que todos entendam claramente uma decisão e o que é esperado deles no futuro (COSTELLO; WACHTEL e WACHTEL, 2012, p. 28).

Vale ressaltar que as práticas restaurativas são modelos inovadores e têm como base o diálogo, a corresponsabilização dos envolvidos, a restauração das relações sociais e a reparação dos possíveis danos causados, sem abrir mão do respeito dos direitos individuais de cidadania.

"APRENDENDO A VIVER JUNTOS" – RELATÓRIO DELOR

As relações no âmbito escolar são bastante complexas, pois nelas estão inseridas a convivência entre alunos, professores e alunos, dirigentes, funcionários, família, enfim, uma gama muito grande de correlação entre indivíduos, gerando, assim, os mais diversificados tipos de conflitos, frutos dessa convivência.

Diante da complexidade em lidar com as dificuldades dos relacionamentos socioeducativos, oriundas do mundo moderno, a Unesco divulgou o Relatório Delors, intitulado *Educação, um Tesouro a Descobrir* (1996), com a coordenação do ex-ministro da economia francês, Jacques Delors, o qual investigou o que estava sendo feito e quais as orientações do processo educativo para o novo milênio.

O Relatório tem como base quatro pilares da educação para o século XXI, que, segundo Jacques, consiste em:

> **Aprender a conhecer**: O aumento dos saberes, que permitem compreender melhor o ambiente sob os seus diversos aspectos, favorece o despertar da curiosidade intelectual, estimula o sentido crítico e permite compreender o real, mediante a aquisição de autonomia a capacidade de discernir; Aprender a fazer: **As tarefas puramente físicas são substituídas por tarefas de produção mais intelectuais ou mentais (...) à medida que as máquinas também se tornam mais inteligentes, e que o trabalho se desmaterializa** (...); Aprender a viver juntos, aprender a viver com os outros: De fato, essa competição resulta, na atualidade, em uma guerra econômica implacável e em uma tensão entre os mais e os menos favorecidos...É de se lamentar que a educação contribua, por vezes, para alimentar esse clima, devido a uma má interpretação da ideia de emulação; Aprender a ser: a preocupação em desenvolver a imaginação

> e a criatividade deveria também revalorizar a cultura oral e os conhecimentos retirados da experiência da criança e do adulto (DELORS, 1996, p. 31).

As propostas oferecidas pela comissão coordenada por Delors são de suma importância, pois auxiliam no direcionamento dos profissionais de ensino, com relação aos princípios norteadores da educação. Nessa toada, o conceito de "Aprender a Viver Juntos" está diretamente ligado à ideia de convivência e, consequentemente, com o surgimento do conflito e as possibilidades de resolução.

A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO AMBIENTE ESCOLAR

Na ocorrência do conflito, há uma divergência de interesses entre as pessoas envolvidas, quando percebem que seus objetivos são incompatíveis. Segundo a teoria de Lewin (1994, p. 14): "O conflito pode ser definido como embate entre forças ou valências opostas e de intensidade idênticas".

Ocasionalmente, desse enfrentamento de ideias pode surgir uma desavença, ainda mais quando o assunto é a relação socioeducacional de adolescentes e jovens, que nesse período se deparam com mudanças, como: o aumento da taxa de hormônios, a regulação do tom da voz, a autoafirmação, que acabam alterando seu estado de humor.

No ambiente escolar, os conflitos ocorrem por diversos motivos: o empurra-empurra na hora da saída, o tumulto na fila do lanche, o *bullying*, o ciúme, entre outras tantas causas resultantes da divergência de opiniões derivadas da convivência escolar. De acordo com Martinez Zampa, a partir da realidade dos conflitos ocorridos no ambiente escolar, os que ocorrem com maior frequência são:

> • Entre docentes, por: falta de comunicação; interesses pessoais; questões de poder; • conflitos anteriores; valores diferentes; busca de "pontuação" (posição de destaque); conceito anual entre docentes; não indicação para cargos de ascensão hierárquica; divergência em posições políticas ou ideológicas.
>
> • Entre alunos e docentes, por: não entender o que explicam; notas arbitrárias; divergência sobre critério de avaliação; avaliação inadequada (na visão do aluno); discriminação; falta de material didático; não serem ouvidos (tanto alunos quanto docentes); desinteresse pela matéria de estudo.
>
> • Entre alunos, por: mal entendidos; brigas; rivalidade entre grupos; discriminação; *bullying*; uso de espaços e bens; namoro; assédio sexual; perda ou dano de bens escolares; eleições (de variadas espécies); viagens e festas.
>
> • Entre pais, docentes e gestores, por: agressões ocorridas entre alunos e entre os professores; perda de material de trabalho; associação de pais e amigos; cantina escolar ou similar; falta ao serviço pelos professores;

> falta de assistência pedagógica pelos professores; critérios de avaliação, aprovação e reprovação; uso de uniforme escolar; não atendimento a requisitos "burocráticos" e administrativos da gestão (MARTÍNEZ ZAMPA, 2005, p. 31-32).

A violência nas escolas vem aumentando de maneira patente, sem mencionar a incidência cada vez maior das microviolências[2], as quais podem passar despercebidas, e, erroneamente, são muitas vezes consideradas normais, porém possuem um impacto importante na criação de um clima de insegurança. São elas: as agressões verbais, especialmente os xingamentos, incivilidades, desrespeito, ofensas, modos grosseiros de se expressar, que, por diversas vezes, desencadeiam em atos violentos. Bonino (2005, p. 98) define microviolências como "pequeños e imperceptibles abusos de poder".

No entanto, as Instituições de Ensino utilizam os mesmos procedimentos, de maneira secular, em geral, métodos punitivos, sem se atentarem às causas que deram origem aos desentendimentos. Vejamos:

A possibilidade da aplicação de punições aos alunos que cometem faltas disciplinares está disposta no artigo 30 do Modelo de Regimento Escolar, derivado da UDEMO, Sindicato de Especialistas de Educação do Magistério Oficial do Estado de São Paulo, segue:

> Artigo 30. O não cumprimento dos deveres e a incidência em faltas disciplinares poderão acarretar ao aluno as seguintes medidas disciplinares:
>
> I – Advertência verbal;
>
> II – Retirada do aluno de sala de aula ou atividade em curso e encaminhamento à diretoria para orientação;
>
> III – Comunicação escrita dirigida aos pais ou responsáveis;
>
> IV – Suspensão temporária de participação em visitas ou demais programas extracurriculares;
>
> V – Suspensão por até 5 dias letivos;
>
> VI – Suspensão pelo período de 6 a 10 dias letivos;
>
> VII – Transferência compulsória para outro estabelecimento. (atualizado em 04.10.2016) (UDEMO, 2017).

Com a aplicação de medidas punitivas, no entanto, o objeto de atenção será a consequência, e não a transformação comportamental do indivíduo, que deu origem ao conflito. Para Sidman, o modelo de punição é meramente imediatista, vejamos:

> Os múltiplos produtos da punição e do reforçamento negativo nos fornecem bases racionais para concluir que estes tipos de controle

---

[2] A partícula "micro" e seu significado são tirados de Foucault em sua microfísica do poder.

> contribuem para muitos problemas e enfermidades sociais. O sucesso imediatamente visível da coerção muitas vezes parece justificar seu uso, mas os efeitos colaterais não pretendidos, que algumas vezes aparecem muito tempo depois, anulam o sucesso imediato. No final das contas, a coerção invalida seus próprios objetivos. (...) Uma maneira de impedir que as pessoas façam algo sem puni-las é oferecer-lhes reforçadores positivos por fazerem alguma outra coisa (SIDMAN, 1995, p. 247-248).

Portanto, a aplicação das punições tem efeito paliativo, vez que não busca identificar a origem do problema. É de suma importância que haja a identificação das causas pelas quais ocorreu determinado conflito, para que o educador propicie o diálogo, e, assim, possa alcançar várias possibilidades de aprimorar a convivência no ambiente escolar. Assim sendo:

> A escola precisa abandonar a punição como principal ferramenta pedagógica e a adoção de estruturação disciplinar para escolas baseadas nesses princípios. Explicitam na sua obra que as crianças precisam ao longo das suas vidas aprenderam a terem um comportamento adequado socialmente e a ter autodisciplina. Por isso acreditam que a disciplina restaurativa é uma possibilidade dos alunos que cometeram ofensas ou danos a alguém na escola consigam através do diálogo compreender as consequências dos seus atos, entender as necessidades geradas a partir disso e se responsabilizar pela reparação do mal cometido (AMSTUTZ; MULLET, 2012, p. 25).

Nesse contexto, é importante mencionar que o Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê mecanismos procedimentais flexíveis, os quais possibilitam a adaptação dos métodos previstos pela Justiça Restaurativa, pois, desse modo, as ocorrências serão resolvidas dentro do sistema educacional, resultando na conscientização dos educandos, tendo como consequência a redução de demandas judiciais, conforme preconiza Rafaela Cruz:

> O Estatuto da Criança e do Adolescente também impulsiona à implementação da Justiça Restaurativa, uma vez que recepciona o instituto da remissão, através do art. 126. Nesse caso, o processo poderá ser excluído, suspenso ou extinto, desde que a composição do conflito seja perfectibilizada entre as partes, de forma livre e consensual. Além disso, diante do amplo elastério das medidas socioeducativas, previstas no art. 112 e seguintes, do mesmo diploma legal, verifica-se, da mesma forma, abertura ao modelo restaurativo por meio da obrigação de reparar o dano (CRUZ, 2013, p. 80-81).

Como paradigma ao modelo até então utilizado, a Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, por meio da Resolução SE 01/2011, deliberou a função do Professor Mediador Escolar, a qual faz parte do Programa de Proteção Escolar.

Porém, com a falta de estruturação e implementação do projeto, os resultados foram discretos. Ocorreram deficiências nas áreas de especialização dos profissionais, diretrizes básicas, déficit na adesão de escolas, entre outras falhas organizacionais e de fiscalização.

Como maneira de superar tais deficiências, sobreveio a Resolução SE 41/2017, que, além de regular o exercício do cargo de mediador, é amparada pelo ROE (registro de ocorrência escolar), a qual promete superar os percalços resultantes das resoluções anteriores.

Por meio do ROE, a Secretaria da Educação poderá controlar a incidência e a gravidade dos conflitos nas escolas, de modo a oferecer mais apoio às escolas com maior índice de conflitos, e direcionar os mediadores, educadores e dirigentes para que tais desavenças sejam dirimidas mediante práticas restaurativas. Vale ressaltar que, no modelo apresentado, a prevenção é de suma importância, pois a conscientização tem papel fundamental na construção de um ambiente de respeito entre todos os atores – alunos, professores, dirigentes, familiares e comunidade.

Não obstante, uma vez que o conflito produza qualquer tipo de violência, será instaurado o círculo restaurativo, com a presença de todos os atores envolvidos naquele episódio, além da assistência de profissionais da área da saúde, se necessário. Por meio do diálogo, esse será o momento de os presentes expressarem seus sentimentos, além de cada qual assumir a sua responsabilidade perante o ato praticado.

O programa vem sendo adotado por um número cada vez mais significativo de escolas da rede estadual, com resultados positivos. Conforme as palavras de Antonio Ozório, em carta aberta aos dirigentes e autoridades da educação:

> (...) o programa do Professor Mediador Escolar e Comunitário (PMEC) que tem sido um dos projetos mais importantes da Secretaria Estadual de Educação do Estado de São Paulo, nos últimos anos. E sem dúvidas um dos mais baratos!
> Importante porque criou um profissional especializadíssimo dentro da escola, para construir diálogos, mediar conflitos e servir de interlocução com toda a rede protetiva. As escolas pouco se relacionavam em rede, sobretudo pela sobrecarga de trabalho de todos os profissionais que nelas atuam. O PMEC passou a ser esse elo indispensável na relação com a rede protetiva e o Sistema de Garantia de Direitos; o articulador da relação escola-família-comunidade; o profissional construtor de pontes nos vínculos internos entre os alunos e ganhou grande importância para o fortalecimento de uma escola mais participativa, incentivando as ações de Gestão Democrática nas comunidades escolares (OZÓRIO, 2017).

E, ainda, o autor salienta a importância da implantação dos círculos restaurativos como alternativa na resolução de conflitos no âmbito escolar; segundo

Ozório, os profissionais bem capacitados muitas vezes passaram a transformar escolas grandes e com alta vulnerabilidade social em escolas de acolhimento. Passaram a contribuir com o desenvolvimento humano integral desses alunos, principalmente aqueles mais vitimizados, a cuidar mais de quem precisava.

Dessa maneira, demonstra-se que há um diálogo interdisciplinar possível entre as áreas do Direito e da Educação, uma vez que as práticas restaurativas aplicadas no ambiente escolar favorecem a diminuição das demandas judiciais, pois visa ao diálogo e, consequentemente, fortalece as relações interpessoais, mecanismo essencial para que se possa minimizar a violência.

Frisa-se a necessidade de expansão do projeto para que as práticas restaurativas atinjam um número cada vez maior de escolas. Com a utilização dessas medidas, vislumbra-se a possibilidade de prevenção e o enfrentamento dos diferentes conflitos que emergem no cotidiano das escolas, de maneira a respeitar o princípio basilar dos direitos humanos, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A implantação das práticas restaurativas no ambiente escolar pode contribuir para que haja mais respeito nas relações sociais. A prevenção aparece como principal medida para evitar que os conflitos gerem violência e/ou microviolência, democratizando, assim, o ambiente escolar. As punições não se mostram eficazes na conscientização do aluno pela prática indisciplinar. É necessária uma medida de pré-conscientização, para que se insiram valores em sua conduta. Como paradigma, o círculo restaurativo é uma valiosa ferramenta de pacificação de conflitos, pois possibilita a interação entre alunos, professores, dirigentes, familiares e comunidade, a fim de que impere o respeito nas relações socioescolares.

Ao mesmo tempo, a proposta possibilita que crianças e adolescentes vivenciem experiências de diálogo e de (re)construção de formas de convivência, transformando e superando os conflitos a partir da proposta de transformá-los numa realidade que prima pela convivência, pelo reconhecimento e pelo respeito mútuo, uma vez que as soluções encontradas foram elaboradas pelos próprios protagonistas. Ao retirar a decisão de um terceiro, estranho à realidade cotidiana dos envolvidos, a proposta pode ser um meio eficaz na elaboração de uma nova cultura política e, nesse sentido, de uma nova cultura jurídica, que reconhece nos métodos alternativos de resolução de conflitos uma maneira mais concreta, eficaz e engajada na busca de soluções específicas para cada caso.

Nesse contexto, a Secretaria de Educação do Estado de São Paulo instituiu a função do professor mediador, a fim de implantar as medidas restaurativas nas

escolas públicas. Por meio dessa Resolução, muitos conceitos estão sendo modificados, porém o alcance do projeto ainda é limitado. É necessária a capacitação de um número maior de profissionais da educação, como também a inclusão de um percentual mais elevado de instituições de ensino.

Portanto, a implementação das medidas restaurativas mostra-se como alternativa à resolução dos conflitos inerentes ao ambiente escolar, tendo como base o diálogo, a corresponsabilização da culpa e a reparação dos danos, para que ocorra a transformação social, embasada no respeito aos valores morais e éticos.

É possível, ainda, concluir que a adoção dos Círculos Restaurativos pelas Instituições de Ensino, em um contexto de busca pela resolução pacífica de conflitos, age como mecanismo de inclusão social, promovendo a comunicação entre os indivíduos, de maneira a fortalecer o Poder Judiciário. Tais práticas atuam para que o fortalecimento e disseminação da conciliação e mediação se perpetuem como formas consensuais para a administração de conflitos e conferem aos envolvidos a autonomia para a resolução de demandas.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. *Modelos contemporâneos de justiça criminal:* justiça terapêutica, instantânea, restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AMSTUTZ, Lorraine Stutzman; MULLET, Judy H. *Disciplina restaurativa para escolas*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ARGENTO, Heloisa. *Teoria construtivista*. Disponível em: <http://penta3.ufrgs.br/midiasedu/modulo11/etapa2/construtivismo.pdf>. Acesso em 19 dez. 2018.

AUSUBEL, David. P. *Aquisição e retenção de conhecimentos:* uma perspectiva cognitiva. Lisboa: Plátano, 2003.

BATTRO, A. *Dicionário terminológico de Jean Piaget*. São Paulo: Pioneira, 1978.

BECKER, Fernando. O que é o construtivismo? *Ideias*, n. 20. São Paulo: FDE, 1994. Disponível em: <http://www.crmariocovas.sp.gov.br/pdf/ideias_20_p087-093_c.pdf>. Acesso em: 14 maio 2017.

BONINO, L. Las microviolencias y sus efectos*:* claves para su detección. In: RUIZ-JARABO C.; BLANCO, P. (Coord.). *La violencia contra las mujeres*: prevención y detección. Madrid: Díaz de Santos, 2005. p. 83-102.

BRANCHER, Leoberto. *Manual de práticas restaurativa*. PNUD, 2006.

CARRETERO, Mario. *Construir e ensinar as ciências sociais*. São Paulo: Artmed, 1997.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 4 jul. 2018.

CRUZ, Rafaela Alban. *Justiça restaurativa*: um novo modelo de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Instituto de Ciências Criminais – Tribuna Virtual, 2013.

DELORS, Jacques (Coord.). Os quatro pilares da educação. In: *Educação:* um tesouro a descobrir. São Paulo: Cortez, 1996.

ECA. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 3 jul. 2018.

FERREIRO, Emilia; TEBEROSKY, Ana. *Psicogênese da língua escrita*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1985.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia:* saberes necessários à prática educativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

FREITAS, Heloísa. *O desenvolvimento infantil*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar*: para uma justiça internacional. Tradução de Pedro Henriques. Lisboa: Imprenta, Instituto Piaget, 2004.

HESSEN, J. *Teoria do conhecimento*. Coimbra: Arménio Amado, 1987.

HONDERICH, T. (Ed.). *The Oxford companion to philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1995. Disponível em: <http://meuartigo.brasilescola.uol.com.br/educacao/professoreducador-uma-proposta-etica-na-educacao.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

LEWIS, R. *From chaos to complexity*: implications for organizations. Executive Development, v. 7, n. 4, p. 14, 1994.

MARSHALL, Gabrielle. *Informativo Interação Magistratura*. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=20826>. Acesso em: 20 jul. 2017.

MARTÍNEZ ZAMPA, D. *Mediación educativa y resolución de conflictos*: modelos de implementación. Buenos Aires: Ediciones Novedades Educativas, 2005.

MAXWELL, Gabrielle. Informativo interação magistratura. Os dados foram mencionados na palestra "*O ponto de vista da pesquisa no debate sobre práticas de sucesso ou boas práticas de justiça restaurativa na justiça da juventude*" proferida na Escola Paulista de Magistratura em 22 de junho de 2005.

ONU. Resolução 2002/12 – *Princípios Básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal*. Disponível em: <http://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com.br/2008/07/resoluo-200212-do-conselho-econmico-e.html>. Acesso em: 16 jul. 2017.

OZÓRIO, Antonio. *Professor mediador escolar e comunitário*. Disponível em: <http://estantedaeducacao.com.br/professor-mediador-escolar-e-comunitario>. Acesso em: 20 jun. 2017.

PIAGET, Jean. *Biologia e conhecimento*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

PIAGET, Jean. *O desenvolvimento do pensamento:* equilibração das estruturas cognitivas. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1977.

PIAGET, Jean. *O juízo moral na criança*. Tradução de Elzon Lernadon. 2. ed. São Paulo: Summus, 1994.

PIAGET, Jean. *O nascimento da inteligência da criança*. São Paulo: Crítica, 1986.

PIAGET, Jean. *Seis estudos de Piaget*. Trad. Maria Alice Magalhães D'Amorim e Paulo Sérgio Lima Silva. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. A construção da justiça restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de Justiça criminal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.432, 3 jun. 2007. Disponível em: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/renatoarticle>. Acesso em: 24 ago. 2017.

PRANIS, Kay. *Processos circulares*. São Paulo: Palas Athena, 2010.

RELATÓRIO DELORS. *Um Tesouro a descobrir.* Relatório para Unesco. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001095/109590por.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

SCURO NETO, Pedro. Chances e entraves para a justiça restaurativa na América Latina Slakmon. In: Vitto, C. R. de; Pinto, R. Gomes (Org.). *Justiça restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

SCURO NETO, Pedro. *Manual de sociologia geral e jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SIDMAN, Murray. *Existe algum outro caminho?* coerção e suas implicações. Tradução de Maria Amália Andery e Tereza Maria Sério. São Paulo: Editorial Psy, 1995.

UDEMO. *Sindicato de Especialistas de Educação do Magistério Oficial do Estado de São Paulo*. Disponível em: <http://www.udemo.org.br/Destaques/Destaque_263_Regimento.htm>. Acesso em: 1 jul. 2017.

WACHTEL, Ted; WACHTEL, Joshua; COSTELLO, Bob. *Círculos restaurativos nas escolas:* construindo um sentido de comunidade e melhorando o aprendizado. EUA: International Institute for Restorative Practices, 2012.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Data de recebimento: 29/01/2018

Data de aprovação: 19/06/2018

OS FATORES REAIS DE PODER COMO OBSTÁCULOS AO ACESSO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE: ANÁLISE A PARTIR DO ATUAL CENÁRIO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL

THE REAL FACTORS OF POWER AS OBSTACLES TO ACCESS TO QUALITY EDUCATION: ANALYSIS FROM THE CURRENT SCENARIO OF THE LEGAL COURSES IN BRAZIL

Priscila Tinelli Pinheiro*
Daury César Fabriz**

RESUMO

A situação do ensino – em todas as suas etapas – enfrenta diversos problemas que contribuem com a sua precarização. Diante dessa situação, o Estado implantou medidas, como o Plano Nacional da Educação (PNE), buscando garantir o acesso da educação a todos. Todavia, tal medida contribuiu ainda mais para a crise enfrentada por todo o ensino superior jurídico, aumentando de forma demasiada a oferta de vagas nos cursos jurídicos privados e públicos em todo o Brasil sem a devida estrutura. Para discutir tal situação, recorre-se à proposta de Ferdinand Lassalle acerca da análise do sistema jurídico brasileiro, em especial, a Constituição a partir da pressão exercida pelos "fatores reais de poder" constituídos por grupos sociais que buscam a prevalência de seus interesses em detrimento do interesse de toda a sociedade brasileira no ordenamento jurídico. Pretende-se analisar, por meio da pesquisa bibliográfica, quem são esses grupos que se apresentam como impedimento do acesso ao ensino superior de qualidade e contribuem com a manutenção do fenômeno da

* Mestre e doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro do Grupo de Pesquisa Invisibilidade Social e Energias Emancipatórias em Direitos Humanos (FDV). Advogada. E-mail: priscilatinelli@hotmail.com.

** Professor-adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo. Mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais. Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos – ABDH. E-mail: daury@terra.com.

massificação dos cursos jurídicos. Propõe-se, então, investigar quais seriam as possíveis alternativas para se alcançar um ensino superior de qualidade sem restringir o acesso às classes mais baixas.

Palavras-chaves: Direito à educação; Estado; Fatores reais de poder; Massificação; Ensino jurídico.

ABSTRACT

The teaching – in all its stages – faces several problems that contribute to its precariousness. Due to this situation the State implemented measures such as the National Education Plan (PNE), in order to guarantee access to education for all. However, this measure has contributed even more to the crisis faced by the colleges of law by greatly increasing the offer of vacancies in private and public legal courses throughout Brazil without the proper structure. In order to discuss this situation, Ferdinand Lassalle's studies of the Brazilian legal system (especially the Constitution) will be of great importance. It is based on the "real power factors" constituted by social groups that seek the prevalence of their interests in detriment of the interest of all Brazilian society. This article aims to analyze, through bibliographic research, who compose these groups that present themselves as a restriction to the access to a higher quality education and contribute to the maintenance of the phenomenon of the "massification of legal courses". Also this work also aims to investigate the possible alternatives for achieving higher quality education without restricting access to the lower classes.

Keywords: Right to education; State; Real factors of power; Massification; Law education.

INTRODUÇÃO

O direito à educação adquiriu o caráter de direito social fundamental com a promulgação da Constituição de 1988, haja vista a sua previsão no artigo 6º – que trata dos direitos sociais. Constitui-se também em um direito de todos os brasileiros e, além disso, em um dever do Estado e da família, conforme o artigo 205 da Constituição Federal.

Diante da importância que a educação adquiriu com o texto constitucional de 1988, faz-se necessário analisar de que forma ela vem sendo proporcionada para o brasileiro, e, além disso, convém averiguar quais os possíveis problemas enfrentados para a concretização de tal ação, em especial, no nível superior. Optou-se, desta forma, por analisar a situação do direito à educação nas instituições de ensino superior – sem olvidar que a maior parte dos problemas apresentados neste trabalho está presente em todos os níveis do ensino no Brasil.

Para tanto, traçou-se como principal objetivo a identificação dos obstáculos enfrentados para o fornecimento de uma educação superior de qualidade com o

foco nas faculdades de Direito. Como objetivos secundários, almejou-se delinear o histórico dos cursos jurídicos no Brasil, os problemas enfrentados e possíveis ações que, se implementadas, potencializariam a função social do profissional do Direito.

Além disso, apresentar-se-á como a educação pode ser, ao mesmo tempo, um direito de todos e um dever do Estado e da família e, por conseguinte, em que tal previsão constitucional consiste, isto é, quais as medidas disponíveis aos órgãos estatais para o cumprimento desse dever constitucional.

Assim, por meio de uma abordagem dialética, almeja-se promover uma discussão acerca do atual cenário protagonizado pelos cursos jurídicos a partir da importância da educação no Brasil e dos "fatores reais de poder" – a partir da construção teórica de Ferdinand Lassale – que se apresentam, perante o sistema jurídico brasileiro, como os grandes impedidores ao acesso à educação superior de qualidade.

EDUCAÇÃO COMO DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO

O tratamento jurídico despendido à educação iniciou-se logo com a primeira Constituição Brasileira, em 1824. Naquele texto constitucional, estavam previstos a gratuidade da instrução primária a todos os cidadãos e o ensino de ciências, belas letras e artes nos colégios e universidades por meio dos incisos XXXII e XXXIII do artigo 179, respectivamente.

Observa-se que, apesar da inclusão da educação no âmbito constitucional, pouca relevância foi dada à matéria educacional, tendo em vista os ínfimos dispositivos legais destinados ao seu tratamento. Isso reflete o processo pelo qual a educação passou até chegar a ser positivada como um direito fundamental social, como consta na Constituição Federal em vigor.

Destaca-se que este processo de incorporação da educação no âmbito constitucional foi lento, além de não ter seguido uma linearidade, na medida em que somente com o surgimento da Constituição de 1934 é que houve o reconhecimento da educação como um direito social, nos artigos 138 e 139. Contudo, a sua sucessora, "a Constituição Republicana de 1937 representou um corte ao caráter qualitativo da educação, por não mencioná-la como 'direito à educação'" (TEIXEIRA, 2001, p. 131), mesmo estando expresso nos demais dispositivos constitucionais o dever do Estado de executá-la.

Seguindo nessa retrospectiva, o "direito à educação" – outrora suprimido pelo texto constitucional – retornou a este cenário com a Constituição Republicana de 1946, o que, nas palavras de Teixeira (2001, p. 131-132), "[...] representou um resgate do 'direito à educação', sendo garantido a todos e [...] como responsabilidade da família e do Estado, ao dispor da livre iniciativa particular".

Ante o histórico constitucional apresentado, nota-se que foi somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que a matéria educacional consagrou-se de forma efetiva como um direito social fundamental. Ao ser incorporado ao artigo 6º da CRFB, entrou para o rol dos direitos sociais e, no que tange ao mencionado *status* de direito fundamental, Barretto (2003, p. 124) aduz que:

> [...] dentro de uma interpretação ética dos direitos humanos, fundada em valores intrínsecos à racionalidade humana, devem-se compreender os direitos sociais como direitos essenciais e inafastáveis, por conseguinte fundamentais. A partir dessa eticidade dos direitos humanos, pode-se falar em direitos fundamentais sociais, quais sejam, aqueles que, em vez de serem direitos contra o Estado, se constituem em direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais [...].

Com base no trecho citado e à luz da importância assumida pela educação na formação social, é possível classificá-la como mais que um direito social, uma vez que "[...] ínsita no direito à vida, é instrumento fundamental para que o homem possa se realizar como homem" (LINHARES, 2010, p. 108). Ou seja, constitui uma das bases para o exercício de outros direitos igualmente garantidos em âmbito constitucional.

Nesse sentido, o constituinte de 1988 destinou um capítulo para tratar das especificidades que compreendem a educação, quais sejam o Capítulo III do Título VIII, que se destina ao tema da educação, cultura e desporto. O primeiro dispositivo constitucional desta matéria – artigo 205 – dispõe que "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (BRASIL, 2014).

É possível extrair diversas considerações a partir da redação deste artigo, mas, por ora, serão analisadas algumas questões que envolvem a natureza bifronte do conceito apresentado. O primeiro aspecto do conceito remete à ideia da educação como um direito de todos, o que significa que todos os brasileiros devem ter acesso a ela. Acerca disso, Tavares (2009, p. 836) faz uma ressalva no sentido de que:

> Não se trata mais de qualquer direito à educação, mas daquele cujas balizas foram construídas constitucionalmente. Isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais.

O autor nos conduz a refletir que a garantia do acesso do cidadão à educação deve ser aquela oferecida de forma qualitativa, ou seja, em conformidade com os

preceitos constitucionais. Tais preceitos podem ser identificados ao longo do Capítulo III, por exemplo, no artigo 206 (BRASIL, 2014), que elenca a garantia do padrão de qualidade como um dos princípios em que o ensino será ministrado.

Em contrapartida, tem-se a dificuldade de definir em que consiste um ensino de qualidade – questão que será aprofundada no próximo tópico, que tratará do ensino jurídico – e, sobre essa temática, Oliveira e Araújo (2005, p. 8) traçam o seguinte panorama:

> De um ponto de vista histórico, na educação brasileira, três significados distintos de qualidade foram construídos e circularam simbólica e concretamente na sociedade: um primeiro, condicionado pela oferta limitada de oportunidades de escolarização; um segundo, relacionado à ideia de fluxo, definido como número de alunos que progridem ou não dentro de determinado sistema de ensino; e, finalmente, a ideia de qualidade associada à aferição de desempenho mediante testes em larga escala.

Na linha do que foi apresentado pelos autores, há várias formas de medir a qualidade de ensino, entretanto – neste momento – será adotado o parâmetro estabelecido pela própria Constituição acerca do direito à educação, em que é considerado um ensino de qualidade aquele que visa, de acordo com o art. 205, "[...] ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (BRASIL, 2014), o que se desdobra na seguinte reflexão:

> Enfatizando-se o conceito de educação, entende-se esta por um processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral da criança e do ser humano em geral, abrangendo, assim, todos os conhecimentos resultantes desse processo. A educação tem por objetivo propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; e (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização do ideal democrático (TEIXEIRA, 2001, p. 25).

O segundo aspecto contemplado pelo conceito fornecido pela CRFB é a educação como um dever, ao mesmo tempo, do Estado e da família. Destaca-se, desta forma, que

> Perante o direito à educação como direito fundamental ao Estado surge um dever de atuar positivamente, seja i) criando condições normativas adequadas ao exercício desse direito (legislação), seja, ii) na criação de condições reais, com estruturas, instituições e recursos humanos (as chamadas garantias institucionais relacionadas diretamente a direitos fundamentais) (TAVARES, 2009, p. 839).

Extrai-se, com base no trecho supracitado, que o Estado deverá atuar como garantidor do acesso à educação a todos, ou seja, ele deve criar mecanismos[1] que deem condições a todos os brasileiros de usufruir do ensino regular, o que está expresso no rol do artigo constitucional 208. Porém, é imprescindível que o acesso a este ensino seja – como já mencionado – de qualidade e atenda aos preceitos estipulados pela Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, há o dever da família no cumprimento deste direito à educação – igualmente expresso no artigo 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de dezembro de 1996) – ao dispor que "é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos sete anos de idade, no ensino fundamental". Isso significa que não basta o Estado fornecer a educação – em atendimento aos preceitos constitucionais – se, em contrapartida, os pais não viabilizarem o ingresso de seus filhos nas redes regulares de ensino. Nessa medida, tanto a família – pais ou responsáveis pelo menor – quanto o Estado são igualmente responsáveis pela entrada de seus assistidos nessas instituições como forma de efetivação do direito à educação.

Com o objetivo de avançar nas especificidades contempladas pelo direito à educação e chegar às discussões que envolvem o atual cenário dos cursos jurídicos no Brasil, faz-se necessária uma análise preliminar da educação no âmbito do ensino superior. Para tanto, a primeira consideração que deve ser feita diz respeito à autonomia concedida – pela Constituição Federal de 1988, no artigo 207 – às universidades. De acordo com o dispositivo constitucional, "as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão" (BRASIL, 2014).

Isso implica dizer que a autonomia conferida às universidades não é irrestrita, ou seja, ela deve ser exercida em conformidade com alguns parâmetros previstos na CRFB de 1988, bem como na LDB de 1996. Um desses parâmetros – extraídos do próprio artigo 207 do texto constitucional – consiste no fato de que a referida autonomia deve ocorrer tão somente no âmbito didático-científico, administrativo e da gestão financeira e patrimonial. Acerca dessa temática, Tavares (2009, p. 846) expõe que:

> As três características da autonomia já mencionadas encontram-se fortemente inter-relacionadas, pelo que o estudo de uma não pode ser realizado de maneira dissociada do das outras. Neste momento, pode-se conceituar autonomia como a impossibilidade de ingerência, dirigida ao Estado, quanto a todos aqueles assuntos que digam respeito à

[1] A título de exemplo de mecanismos estatais para a promoção da educação inclusiva, pode-se citar a determinação contida no inciso III do artigo 4º da LDB, a qual dispõe que: "o dever do

> consecução das finalidades universitárias próprias. Deve ser respeitada, tanto pelo legislador quanto pelo administrador, a livre esfera de atuação de que desfrutam as universidades quando desempenham sua tarefa constitucional de oferecer o ensino, a pesquisa e a extensão.

Como segundo parâmetro para o exercício desta autonomia nas universidades, o texto constitucional elenca o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Destaca-se que tal princípio contempla o denominado tripé ensino-pesquisa-extensão, o qual representa uma verdadeira finalidade do ensino superior nos últimos anos. Contudo, é preciso ressaltar que tal princípio ainda não é aplicado de forma unânime e igualitária nas universidades brasileiras, o que constitui um indicador da precarização do ensino superior brasileiro.

Sobre a questão suscitada acerca da implantação desta política de fomento à pesquisa científica dentro das instituições de ensino superior, Linhares (2010, p. 117) acrescenta que "[...] sem o tripé fundamental ensino/pesquisa/extensão nos seus currículos, a universidade ficará sempre presa a valores políticos, éticos e jurídicos que se opõem a seus princípios fundamentais", tendo em vista que é preciso avançar no conhecimento, e o espaço da academia é o mais apropriado para tal ação.

A preocupação com a efetivação do citado tripé educacional torna-se evidente também no artigo 43 da LDB de 1996, o qual traz em seu bojo algumas das finalidades da educação superior e, dentre elas, está o fomento à pesquisa e à investigação científica, bem como à extensão, o que reflete os preceitos constitucionais.

Nesse sentido, Tavares (2009, p. 845) descreve, com base do texto constitucional de 1988, as funções das universidades por meio do perfil a elas atribuído, o que se extrai da seguinte passagem:

> A Constituição, ao tratar das universidades, atribui-lhes suas funções, com o que acaba por traçar-lhes um perfil mínimo de atuação. Além de sua finalidade fundamental, que é a promoção do ensino, as universidades devem implementar outras duas: a pesquisa e a extensão. É o que se depreende da leitura do art. 207, quando fala da indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão. É para fazer frente a essa função tão cara

---

Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: III – atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino", bem como no inciso III do artigo 208 da CFRB/88. Tal medida representa um avanço – por parte do Poder Estatal – na garantia do acesso à educação às pessoas com necessidades especiais, mas não podemos olvidar das implicações que tal medida contempla, as quais, no cenário da educação brasileira atual, ainda não conseguiram ser efetivadas, tendo em vista a falta de capacitação dos professores e funcionários, bem como a falta de estrutura física para a promoção de tal política pública.

> a qualquer povo ou país, em qualquer época da História, que as universidades foram dotadas de autonomia. Esta, pois, não é uma graça concedida pela Constituição sem qualquer motivo ou vinculação maior.

Nota-se, portanto, que é atribuído um alto valor ao incentivo pelas instituições superiores de ensino para a realização de pesquisas científicas interligadas ao ensino e à extensão. Ocorre que – como será visto adiante – a efetivação de tal proposta acadêmico-científica, dentre outras medidas potencializadoras do ensino superior, esbarra em obstáculos que, por vezes, impedem a sua concretização, por exemplo, a fiscalização precária exercida – em especial – pelo Ministério da Educação.

CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL: DA CRIAÇÃO À MASSIFICAÇÃO

Para ilustrar as questões postas em discussão pelo primeiro tópico acerca das especificidades que compõem o ensino superior, elegeu-se a situação dos cursos jurídicos no Brasil. Nesse momento, portanto, far-se-á uma breve análise da criação destes cursos na sociedade brasileira por meio da apresentação das mudanças estruturais ocorridas daquela época em diante até chegar à atualidade.

Desta forma, o retorno à análise da criação dos cursos jurídicos no Brasil é necessário na medida em que o atual cenário educacional brasileiro traz em seu bojo demasiados resquícios da cultura que vigorava naquela época: formação de profissionais para compor a elite intelectual e cultural para conduzir o Estado brasileiro. Foram criadas, então, instituições jurídicas com o objetivo de formar "[...] bacharéis que pudessem assumir os diversos cargos que a burocracia estatal ofertava, nos poderes administrativo, legislativo e judiciário" (BENTO; MACHADO, 2013, p. 201).

Por ser a finalidade dos cursos jurídicos – tão somente – o fornecimento de profissionais capazes de conduzir a máquina estatal, o acesso ao ensino jurídico acabou tornando-se restrito às classes detentoras do poder, que visavam sua perpetuação nas instituições estatais, o que caracterizou "[...] o público alvo das faculdades de Direito, por anos a fio, [...] quase que exclusivamente composto por filhos das classes mais abastadas do país" (SANTOS, 2002, p. 36). Além disso, destaca-se que os primeiros cursos jurídicos foram criados nos centros urbanos – São Paulo e Olinda –, o que representa um obstáculo ao acesso daqueles que não habitavam tais localidades, que, em sua maior parte, pertenciam às classes mais baixas.

Nota-se, a partir do trecho em destaque, que as raízes do ensino jurídico estão atreladas ao contexto histórico do país, o qual reflete a realidade importada dos colonizadores europeus. Tem-se, dessa forma, a incorporação das características típicas desse ensino jurídico elitista para a constituição das primeiras faculdades de Direito no Brasil.[2] Como já mencionado, o acesso às instituições

---

[2] Tal situação refletia os preceitos difundidos pelas Constituições Brasileiras, por exemplo, "com a Carta de 1937, o ensino de caráter profissionalizante é explicitamente incentivado, em consonância com o ideário político que embasava o Estado Novo" (SANTOS, 2002, p. 38).

superiores e – em especial – as destinadas ao Direito não era democrático, na medida em que eram excluídos aqueles que não detinham determinado perfil para compor os quadros dos profissionais que deveriam ser formados por aquelas faculdades.

A partir dessa situação, denota-se a existência de um elevado grau de distanciamento entre a realidade social – protagonizada pela sociedade brasileira da época – e o saber disseminado nos primeiros cursos jurídicos. Em primeiro lugar, houve o reflexo do aspecto físico, pois, em virtude de a localização destas instituições dar-se nos centros urbanos, não havia o contato com o cenário vivenciado pela grande massa da população brasileira, que, por sua vez, não habitava aqueles ambientes. Em segundo lugar, destaca-se a preocupação com a formação do profissional do Direito, a qual era direcionada à condução da máquina estatal e, por isso, exigia-se tão somente um saber tecnicista, o que deixa novamente em evidência o completo afastamento do conhecimento proporcionado aos estudantes de Direito com a realidade social brasileira.

Sobre este ponto, Adeodato (2013, p. 566) traça a seguinte consideração acerca deste caráter tecnicista da formação jurídica – originado desde as primeiras faculdades de Direito – e ainda recorrente nos cursos jurídicos atuais:

> Os cursos mantêm seu caráter bacharelesco, indiferentes às mudanças sociais e aos debates sobre elas, mostrando-se inadequados não apenas para explicar e transmitir conhecimentos sobre a realidade jurídica brasileira como também na preparação do aluno para a vida profissional prática.

Apesar de essa situação ser típica daquele contexto histórico, ela ainda encontra-se presente em diversos cursos jurídicos atuais, o que revela, por completo, o descompasso entre a função para a qual o ensino superior, principalmente o jurídico, foi criado e a que eles efetivamente estão exercendo. Acerca desta função, pode-se dizer que a educação superior, especialmente a jurídica, possui um papel estratégico na formulação de um projeto de desenvolvimento sustentável; um desenvolvimento com justiça social e com respeito à cidadania (BENTO; MACHADO, 2013, p. 198).

Esse paradigma começa a se transformar com a inclusão de algumas disciplinas propedêuticas na grade curricular dos cursos jurídicos, por exemplo, a Filosofia do Direito, promovendo, por conseguinte, um conhecimento amplo e interdisciplinar para o estudante de Direito. Destaca-se, entretanto, que disciplinas como História, Economia e Filosofia já compunham os currículos dos primeiros cursos jurídicos, o que não se prolongou por muito tempo, a fim de conceder espaço às disciplinas dogmáticas, as quais atendiam à formação tecnicista almejada naquele momento. Sobre essa situação, Santos (2002, p. 42) destaca que "a partir de 1966, esse panorama começa a se alterar, passando a predominar um enfoque positivista; retornam o Direito Romano (em 1971) e a

Filosofia do Direito, e inclui-se a disciplina de Prática Forense, ainda que sem previsão legal para tanto".

Mas foi somente com a promulgação da intitulada Constituição Cidadã de 1988 que o enfoque da educação, em sua dimensão macro (básica, fundamental e superior), passou a ser o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, como preceitua o artigo 205 da CRFB/88. A inclusão destas especificidades nos leva a crer que a formação educacional, no que tange ao ensino superior, não se destina tão somente à formação técnica de um profissional, a qual – guardadas as devidas proporções – ainda é muito relevante para a composição do mercado de trabalho.

Deve-se ter em mente, desta forma, que a formação profissional adequada constitui-se pelo conhecimento técnico, mas se complementa – como afirma o dispositivo constitucional – com o desenvolvimento da pessoa e com o seu preparo para o exercício da cidadania. E, neste ponto, o Direito revela-se como um curso de demasiada importância para a sociedade, tendo em vista que ele pode vir "[...] para a transformação criativa do paradigma dominante, de modo a amenizar os problemas sociais sentidos na atualidade" (BORTOLON, 2010, p. 70).

Em consonância com os preceitos educacionais difundidos pela nova Constituição, pode-se citar uma transformação importante nos cursos jurídicos proporcionada pela edição da Portaria 1.886 do Ministério da Educação – MEC, em 1994. Por meio desta legislação, estabeleceu-se um conteúdo mínimo para a composição curricular dos cursos de Direito, dentre outras medidas, como a instituição do tripé ensino-pesquisa-extensão, a obrigatoriedade de apresentação e defesa de monografia final (art. 9º), além da criação de núcleos de prática jurídica coordenados por professores do curso (§ 1º do art. 10)[3].

Apesar de todas essas mudanças na regulamentação dos cursos jurídicos desde a sua criação até a atualidade, observa-se que elas pouco refletiram na formação dos novos estudantes de Direito, haja vista que algumas nem chegaram a ser implementadas por certas instituições, o que fomenta os diversos problemas ainda recorrentes na grande maioria das faculdades jurídicas do país. Para exemplificar algumas das causas que contribuem para a crise do ensino jurídico brasileiro, podemos citar as seguintes:

> [...] a) o baixo nível do corpo docente, amadores recrutados de qualquer maneira na advocacia privada, na magistratura, no ministério público,

[3] Tais mudanças tiveram como objetivo a efetivação do tripé ensino-pesquisa-extensão, já previsto pela Constituição Federal de 1988 e instituído, pela Portaria 1.866, aos cursos de Direito, uma vez que a obrigatoriedade da apresentação de monografia final representa um incentivo à pesquisa na academia, bem como a criação dos núcleos de prática, que promove a extensão do ensino das salas de aula com as demandas da população.

> muitos sem o menor preparo pedagógico, tornando o ensino jurídico uma atividade secundária, diletante e pessimamente remunerada; b) o baixo nível do corpo discente, selecionado a partir de um exame vestibular inapropriado e ignorante das necessidades do aluno [...]; c) [...] o ensino secundário mergulha em um pragmatismo que de pouco serve ao estudante após seu ingresso em determinadas faculdades, mormente as de direito; d) a proliferação do mercantilismo no ensino jurídico, tornando faculdades de direito um negócio fácil e lucrativo [...]; e) o estado caótico do ensino na maioria das escolas brasileiras de primeiro e segundo grau (ADEODATO, 2013, p. 566-567).

Diante das principais causas apresentadas pelo trecho supracitado, pode-se inferir que a crise no ensino jurídico é recorrente há anos, e que, mesmo com mudanças legais significativas, os resquícios de uma formação tecnicista e resumida à interpretação e à aplicação de textos normativos continuam presentes nas faculdades de Direito.

No que tange a essa permanente situação de crise protagonizada pelo ensino jurídico, Lenio Streck (2011, p. 97) faz uma consideração no sentido de que, antes de ser uma crise do ensino, é "[...] uma crise do Direito, que na realidade é uma crise de paradigmas, assentada em uma dupla face: uma crise de modelo e uma crise de caráter epistemológico". E o autor explica que "de um lado, os operadores do Direito continuam reféns de uma crise emanada da tradição liberal-individualista-normativista (e iluminista, em alguns aspectos); e, de outro, a crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência" (STRECK, 2011, p. 97).

Em virtude desse cenário, "o resultado dessa(s) crise(s) é um Direito alienado da sociedade" (STRECK, 2011, p. 97), ou seja, o conhecimento que se aprende nos bancos das faculdades de Direito pouca utilidade terá para a solução dos conflitos sociais, tendo em vista que o saber técnico propriamente dito mostra-se, muitas vezes, insuficiente para dar uma resposta às demandas apresentadas pela população.

Diante disso, faz-se necessária, então, a tentativa de aproximar o Direito e a realidade social na qual ele está inserido, pois, em virtude do caráter transformador contido nesta ciência, muitos dos problemas que afetam a sociedade brasileira poderiam ser resolvidos de maneira mais adequada por profissionais. Exigem-se dos profissionais de Direito (advogados, promotores de justiça, juízes), desta forma, conhecimentos que vão além da dogmática e, em virtude destas situações, é possível afirmar que "[...] somente através da aproximação do direito com as demais áreas do conhecimento, tais como a Economia, a Sociologia, a Filosofia, a Ciência Política, dentre outras é que o profissional do direito poderá ser promotor de uma mudança social" (MARQUES, 2011, p. 112).

Em consonância com o exposto, Adeodato (2013, p. 575) salienta que

> [...] há nas faculdades de Direito o que se pode chamar de um isolamento doutrinário, pois a teoria jurídica dominante ainda é a mesma de décadas atrás e desconsidera contribuições de outras ciências sociais, fechando-se em um modelo epistemológico dogmático inadequado à realidade.

Isso significa que estudar as disciplinas jurídicas à luz dos fatores sociais que circundam toda a sociedade tem a capacidade de transformar o estudante de Direito em um profissional muito mais completo, pois, assim, privilegia-se também a questão da formação humanística,[4] que é tão carente nos atores jurídicos e, ao mesmo tempo, tão necessária para a solução dos conflitos sociais.

Esse distanciamento estabelecido entre o Direito e a realidade social reflete-se até mesmo nos exemplos utilizados contidos nos livros, bem como naqueles usados pelos professores nas salas de aula para a contextualização das matérias jurídicas. Um exemplo recorrente ocorre no Direito Penal, quando, para a explicação do instituto do estado de necessidade, utilizam-se os famigerados personagens de Caio e Tício protagonizando um naufrágio em alto-mar, em que "[...] sobem em uma tábua, e na disputa por ela, um deles é morto (em estado de necessidade, uma vez que a tábua suportava apenas o peso de um deles...!)" (STRECK, 2011, p. 99).

Ao apresentar este exemplo – típico no ensino jurídico –, Lenio Streck (2011, p. 99) traça uma crítica aos manuais e aos professores de Direito que poderiam promover uma contextualização das matérias jurídicas com a realidade social brasileira, mas estão presos a exemplos que – nas palavras do aludido autor – chegam a promover uma ficcionalização do mundo jurídico, ao utilizarem casos que beiram o folclórico. Em sua obra, o autor elenca o seguinte exemplo para apresentar o instituto penal do estado de necessidade aos alunos do curso de Direito: "[...] menino pobre entra no Supermercado Carrefour e subtrai um pacote de bolacha a mando de sua mãe, que não tem o que comer em casa [...]" (STRECK, 2011, p. 97).

A partir dessas considerações acerca do distanciamento entre a ciência do Direito e a realidade social brasileira, é inevitável que surja o questionamento acerca do motivo pelo qual a ciência do Direito – mesmo contendo expressivo potencial transformador – não busca a compreensão da dinâmica social e baseia a sua prática nesse sentido.

---

[4] Resolução CNE/CES Nº 9/04: "Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania".

E, sobre essa indagação, a resposta parece ser clara quando se analisa que o referido potencial transformador do Direito pode apresentar-se como uma ameaça a toda a lógica dominante estatal e ao paradigma dogmático vigente, pois o "[...] lema do Estado Moderno é garantir a boa ordem, extirpando qualquer perigo de volta ao caos, mesmo que este 'perigo' sejam propostas emancipatórias" (BORTOLON, 2010, p. 74). Assim,

> [...] o Direito acaba servindo como instrumento de regulação social, para a consequente manutenção da ordem estatal. Já no parâmetro científico, o Direito continua amarrado à ideia de autossuficiência, bem como se mantém na busca por dogmas inquestionáveis, por verdades abstratas e universais (BORTOLON, 2010, p. 74).

Conforme exposto, o cenário da crise no ensino jurídico não se resume a um problema curricular, tendo em vista que a instituição de um currículo mínimo para as faculdades de Direito não se mostrou suficiente para a transformação do ensino jurídico, pois mesmo a inclusão de disciplinas tão caras a essa ciência, demonstrando um avanço, ainda encontra-se muito forte a cultura dos primeiros cursos jurídicos, que buscava a formação tecnicista desse profissional.

Dentre esse conjunto de fatores que contribui para a precarização do ensino jurídico, está a ausência de reflexão dos discentes acerca das normas jurídicas à luz dos fatores sociais. Seria, portanto, uma forma de incentivo dessa prática reflexiva o fomento à concretização do tripé ensino-pesquisa-extensão nas faculdades de Direito, de modo que o Direito possa acompanhar as mudanças protagonizadas pela sociedade, pois elas constituem o seu verdadeiro objeto de trabalho. Tal medida requer, portanto, uma prática diferenciada do estudante de Direito, por exemplo, a realização de pesquisas acadêmicas – que compõem o referido tripé –, e que estas, por sua vez, dediquem-se à compreensão dos fenômenos sociais.

Ocorre que, em muitas situações, quando há esse incentivo à pesquisa, esta segue a mesma lógica positivista difundida desde os primeiros cursos jurídicos brasileiros, ou seja, busca-se o conhecimento por meio de decisões judiciais, da análise de leis, mas é pouca reflexão crítica que é promovida por esse tipo de pesquisa, além de não contribuir com o que deve ser sua principal finalidade: transformação do ensino jurídico em atendimento à realidade social brasileira. Esta situação está bem refletida na seguinte passagem:

> [...] a pesquisa jurídica nas faculdades de direito, na graduação e na pós-graduação, é exclusivamente bibliográfica, como exclusivamente bibliográfica e legalista é a jurisprudência de nossos próprios tribunais [...]. Os juízes decidem com os que doutrinam, os professores falam da sua convivência casuística com os que decidem, os que doutrinam não

> reconhecem decisões. Esse é o trágico e paradoxal círculo viciosos da "pesquisa" jurídica tradicional; alienada dos processos legislativos (debates parlamentares, quando houve, a outra tragédia do autoritarismo), desconhece o fundamento de interesses das leis; alienadas das decisões continuadas dos tribunais, desconhece os resíduos dos problemas e do desespero forense do homem; alienada da verificação empírica, desconhece as inclinações e tendências da sociedade brasileira moderna (FARIA, 1987, p. 18).

Nesse sentido, o que se denomina massificação dos cursos jurídicos não se resume aos números alarmantes de alunos formados em Direito a cada semestre no Brasil, mas, sim, o perfil com o qual este estudante está saindo da faculdade, ou seja, o que é preocupante é que essa "massa" de estudantes seja composta por meros reprodutores de leis e deficientes de qualquer capacidade crítica.

É inegável que os números contêm grande representação, pois a quantidade de faculdades de Direito cresce de maneira preocupante, e, por isso, o mercado encontra-se tão saturado de profissionais jurídicos. Mas a preocupação deve voltar-se à qualidade desta formação, que, como demonstrado, não se mostra adequada à realidade brasileira.

Deve-se compreender, portanto, qual a lógica que impera em prol da manutenção da precarização do ensino jurídico, mesmo com a construção de faculdades privadas e aumento do número de vagas nas universidades públicas, e, em contrapartida, tentar desvelar o porquê de essa "massa" de bacharéis não conseguir se inserir no mercado de trabalho, seja pela advocacia ou por alguma carreira pública. Sobre essa temática, o próximo tópico destina-se a discutir o que está por trás dessa realidade que os cursos jurídicos enfrentam hoje no Brasil, com base na fiscalização, bem como no tipo de profissional que é formado pelas faculdades.

OS FATORES REAIS DE PODER E O ACESSO AO ENSINO JURÍDICO DE QUALIDADE

Após a apresentação da atual situação dos cursos jurídicos brasileiros a partir da análise constitucional direcionada ao direito à educação como direito de todos e dever do Estado, no presente tópico, pretende-se discutir acerca das situações que, por vezes, impedem que os brasileiros, ou pelo menos grande parte deles, tenham acesso a um ensino superior de qualidade, cujo enfoque será dado no ensino jurídico.

Torna-se evidente, após a realidade exposta pelo segundo tópico, que o ensino superior – em especial o jurídico – faz parte de uma lógica mercantil, principalmente pela construção de faculdades privadas, nas quais é vendido um diploma de bacharel ao cliente, no caso, o aluno de Direito, sem nenhuma preocupação com a qualidade da formação que é conferida a ele.

Para compreender melhor o surgimento desse processo de mercantilização sofrido por todo o ensino superior brasileiro, é importante fazer uma retrospectiva no sentido de observar que o advento da Constituição de 1988 proporcionou a implementação, no país, de medidas destinadas à promoção do papel do Estado calcado em políticas sociais e de ajuste fiscal, o que representou forte avanço no que diz respeito ao controle e redução de gastos públicos. Destaca-se, ainda, que tal situação representou, no âmbito educacional, "[...] o acirramento das tensões entre as expectativas de melhoria da qualidade dos sistemas de ensino e a disponibilidade de recursos orçamentários para a consecução desse fim" (OLIVEIRA; ARAÚJO, 2005, p. 6).

Desenvolveu-se, nessa medida, uma compreensão de qualidade do ensino a partir de dois pilares: eficiência e produtividade, trazendo, em seu bojo, uma perspectiva tipicamente empresarial e mercantilista "[...] em contraposição à ideia de democratização da educação e do conhecimento como estratégia de construção e consolidação de uma esfera pública democrática" (OLIVEIRA; ARAÚJO, 2005, p. 6).

Sobre isso, os autores Oliveira e Araújo trazem os seguintes apontamentos:

> [...] se até a década de 1980 podemos perceber certa identidade entre a ideia de qualidade e a ampliação das oportunidades de acesso aos serviços educacionais, a partir do princípio de justiça redistributiva dos bens sociais e econômicos, na década seguinte, esses princípios serão preteridos por aqueles ligados a uma lógica eminentemente empresarial, que enfatizam as ideias de maior produtividade, com menor custo e controle do produto (OLIVEIRA; ARAÚJO, 2005, p. 6-7).

Outro posicionamento de igual relevância acerca da demanda exacerbada de bacharéis em Direito é o de José Eduardo Faria, por meio do qual o autor divide o processo denominado "abastardamento do ensino superior" em três momentos, que se moldam de acordo com contextos históricos específicos:

> Num primeiro momento, devido à intensidade do ritmo de desenvolvimento do país, especialmente a partir do processo de industrialização acelerada da segunda metade dos anos 60, estimulado por um autoritarismo burocrático-militar que julgava poder legitimar-se pela eficiência de sua gestão administrativa, o parque fabril, o setor de serviços e a própria administração pública – quer a direta que a indireta – passaram a criar novas e crescentes oportunidades de trabalho. Com a expansão econômica, os recém-diplomados conseguiram empregar-se quase que independentemente do que haviam aprendido em seus respectivos cursos de graduação. Isto ocorreu porque um grande número de atividades de "ensino superior" exigia, quando muito, habilidades bastante genéricas. E estas, na verdade, podiam ser obtidas mais pelo relacionamento

> social e pelo ambiente então vivido pelos estudantes do que propriamente pelo conteúdo dos programas e dos currículos universitários (FARIA, 1987, p. 19).

Seguindo a sua construção, o autor nos apresenta que:

> Num segundo momento, já nos anos setenta, a absorção imediata e automática de uma grande massa de bacharéis com má formação acadêmica, dadas as prementes necessidades do mercado de trabalho em fase de crescimento, permitiu que a maioria dos sistemas educacionais se expandisse de maneira dissociada da realidade socioeconômica nacional, criando sua própria burocracia, definindo com relativa autonomia o teor de seus cursos e diplomando sucessivas turmas de jovens cujo despreparo profissional era compensado pelos centros (empresariais ou governamentais) de treinamento, reciclagem e aperfeiçoamento de recursos humanos. Num terceiro momento, tal círculo vicioso tornou-se ainda mais acentuado com a progressiva tendência à "corporativização" da educação superior, mediante a monopolização das oportunidades de trabalho em nome da formação profissional, estimulando assim a criação de cursos e diplomas sem conteúdo cognitivo e técnico que o justificassem (FARIA, 1987, p. 19).

Em uma tentativa de modificação desta lógica, de forma a viabilizar o acesso de todas as classes ao ensino superior, o governo criou o primeiro Plano Nacional da Educação – PNE, por meio da Lei nº 10.172/2001, que possui, dentre outras, a meta de "[...] prover até o final dessa década, a oferta de Educação Superior para pelos menos 30% da faixa etária de 18 a 24 anos" (LINHARES, 2010, p. 114). Tal plano teve diversas repercussões, sendo a principal delas o aumento do número de vagas na educação superior – seja pela construção de instituições privadas de ensino ou pelo aumento da disponibilidade nas universidades públicas.

Apesar disso, pode-se dizer que a abertura de faculdades de direito do modo como é realizada no Brasil nos últimos anos, longe de democratizar o ensino, prejudica sua qualidade. Nota-se que, conforme cresce o número de vagas nos cursos de Direito, há a redução da qualidade do ensino (BRITO, 2008, p. 78), pois há inúmeros fatores – os quais serão apresentados no decorrer deste tópico – que dificultam o atendimento dessa vasta demanda de estudantes.

A partir dessa afirmação, infere-se que a previsão constitucional de que a educação é um direito de todos nos induz a pensar que o Estado tem o dever de garantir a todos um montante de vagas que seja suficiente para atender a toda a população brasileira. No entanto, isso não é possível sem que haja, por outro lado, uma compensação, ou seja, mesmo que o Estado possuísse condições para atender a todos com vagas no ensino superior, por exemplo, essa formação seria – em algum momento – deficitária, como é a realidade que circunda, hoje, o ensino superior no Brasil.

É inegável, portanto, que o crescimento desenfreado de instituições de ensino superior – públicas ou privadas – coloca em risco o fornecimento de uma educação de qualidade, uma vez que permitir o acesso da população ao ensino não é garantia de que ele seja de qualidade, tendo em vista a falta de suporte para acompanhar tamanha demanda, seja pela insuficiência de corpo docente qualificado, ou mesmo pela estrutura física adequada.

Em virtude dessa situação, pode-se afirmar que as políticas de "democratização da educação" não correspondem ao seu objetivo maior: fornecimento de uma educação de qualidade, uma vez que ela é concedida de forma meramente quantitativa. Assim, o Estado está, novamente, descumprindo o seu dever constitucional, que consiste em proporcionar uma formação educacional em consonância com os objetivos estabelecidos pela Carta Magna de 1988.[5]

A partir dessas considerações iniciais, convém salientar que toda a lógica mercantil, na qual a educação brasileira e, principalmente, os cursos jurídicos estão submersos, não passa de um processo liderado pelos "empresários da educação" e que possui como outros atores o governo e a clientela. Sobre isso, Adeodato (2013, p. 568) explica que o fenômeno da massificação decorre da lógica observada pelos empresários, qual seja a de que os custos de uma educação jurídica de qualidade são elevados, o que não se mostra vantajoso para uma empresa. Por isso, então, eles se mostram contrários à obrigatoriedade do exame de ordem[6] e buscam cada vez mais o aumento do financiamento público, com vistas a elevar a demanda de seus alunos na iniciativa privada.

No que tange aos clientes – também protagonistas desta lógica empresarial – ressalta-se que eles se apresentam convenientes "[...] com duas características praticamente incontornáveis a médio prazo: não dispõe de recursos para pagar por um curso de qualidade e traz deficiências da formação básica que o curso superior simplesmente não consegue superar" (ADEODATO, 2013, p. 568).

---

5 Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII – garantia de padrão de qualidade; VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal (BRASIL, 1988).

6 "O exame de ordem, último bastião, ganha cada vez mais desafetos, mantido o presente status quo, pois aumenta e sempre aumentará o número de reprovados, um manancial de votos para políticos sem compromisso com a qualificação do profissional do direito, que argumentam que a OAB pretende reserva de mercado para seus advogados já inscritos, como se os recursos oriundos de eventuais novos advogados em massa não fossem significativamente superiores aos recursos obtidos com exames de ordem, ou como se o mercado mesmo não se garantisse contra essa inflação de bacharéis" (ADEODATO, 2013, p. 574).

Disso decorre o fato de que as relações hierarquizadas sobre as quais a sociedade brasileira se constrói estão diretamente relacionadas à precarização do ensino, tendo em vista que os maiores prejudicados serão os que integram a base dessas relações. Isso significa que aquelas classes[7] que não possuem condições financeiras suficientes para adquirir uma boa educação básica e fundamental são, num segundo momento, impedidas de ingressar em uma universidade pública de qualidade – em virtude da deficiência nestas etapas iniciais da formação –, não lhes restando opção senão aderir a faculdades que fornecem boas condições de pagamento e grande oferta de vagas.

Em terceiro lugar, aparece a figura do governo – também como um dos atores que constituem o fenômeno da massificação – cujo interesse está "[...] na quantidade de jovens na universidade, para fazer frente a indicadores, também quantitativos, de organismos internacionais, e parte da mesma lógica: com exigências de qualidade, a ampliação de vagas será muito menor e muito mais lenta" (ADEODATO, 2013, p. 569).

O reflexo de toda essa situação descrita origina-se na Constituição, por meio da ação dos "fatores reais de poder", que são formados pelos "empresários da educação" apresentados. De acordo com Lassalle (2001, p. 10), estes "[...] fatores reais de poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que elas possam ser, em substância, a não ser tal como elas são". Em outras palavras, o autor apresenta que a Constituição, bem como outras legislações esparsas que integram o sistema jurídico, é fruto da atuação de determinados grupos sociais, os quais exercem pressão para que seus interesses se encontrem devidamente protegidos e promovidos pelas regras jurídicas.

Estes grupos podem ser, segundo Lassalle (2001), a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia ou mesmo a classe operária. No caso do sistema educacional, temos a forte pressão exercida pelos intitulados "empresários da educação", que são os responsáveis pela transformação da educação em um produto, que, no ensino superior, pode ser adquirido por meio de um mero diploma de bacharel em Direito. Observa-se, então, que:

> Hoje, em grande parte dos cursos jurídicos, não se cursam disciplinas, mas "compram-se" créditos. É uma clara relação de compra e venda. O objeto de compra não é o conhecimento, mas o título cartorial que vai possibilitar determinado exercício profissional. Esse objeto é comprado

---

[7] Destaca-se que "[...] a clientela das faculdades privadas constitui-se geralmente de pessoas de menor renda, menos preparadas, afastadas da universidade pública pela grande concorrência" (ADEODATO, 2013, p. 573).

> pelo dinheiro das mensalidades e pelas avaliações favoráveis que devem ser alcançadas a qualquer preço. Assim, a relação educacional tornou-se mercantil e, tanto no que se refere à venda dos serviços educacionais pelas instituições privadas, quanto às relações creditícias que regem a composição curricular de cada um dos estudantes. Logo, podemos dizer que os cursos jurídicos tornam-se um balcão de vendas, em que todas as características da mercadoria estão presentes. Há um constante *dolus bonus* em que o professor aparece como melhor do que realmente é e os alunos procuram pressioná-lo a fim de obter com maior rapidez a mercadoria que está sendo comprada a prazo (AGUIAR, 1999, p. 84).
>
> A Constituição, dessa maneira, apresenta, como sua essência, "a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação" (LASSALLE, 2001, p. 17), cujo processo de formação pode ser vislumbrado na seguinte passagem:
>
> [...] juntam-se esses fatores reais de poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e por conseguinte é punido (LASSALLE, 2001, p. 17-18).

Retira-se da pressão exercida por tal grupo ao governo, o porquê de não se modificar a lógica do atual sistema educacional brasileiro – em especial o ensino superior jurídico – o qual pode ser resumido pela inviabilidade econômica e política que representa essa mudança. Nota-se, por um lado, que o potencial transformador do Direito acaba sendo "sufocado" em busca da manutenção do "[...] lema do Estado Moderno que é garantir a boa ordem, extirpando qualquer perigo de volta ao caos, mesmo que este 'perigo' sejam propostas emancipatórias" (BORTOLON, 2010, p. 74). Logo, "[...] o Direito acaba servindo como instrumento de regulação social, para a consequente manutenção da ordem estatal" (BORTOLON, 2010, p. 74).

Diante do atual cenário presente nas faculdades de Direito, pode-se questionar acerca de quais seriam as possíveis medidas adotadas para a alteração da precarização do ensino jurídico proporcionado pela lógica mercantilista que impera. Para responder a tal pergunta, foram eleitos três aspectos julgados imprescindíveis ao aumento do nível dos cursos jurídicos atuais, são eles: investimento na formação do corpo docente, fomento à pesquisa acadêmica e, por último, aplicação de uma fiscalização rígida pelos órgãos responsáveis pelo ensino superior.

Com relação à formação do corpo docente, nota-se que a falta de incentivo – em especial o financeiro – a sua qualificação é cada vez mais premente, o que reflete diretamente na forma como os conteúdos são ministrados nas salas de

aula. Ou seja, tem-se uma espécie de "pacto de mediocridade"[8] travado entre os alunos e os seus professores, em que vige a lógica do fornecimento de uma pseudoeducação por meio da mera reprodução da legislação sem nenhuma espécie de criticidade, por exemplo.

Divide-se, portanto, o atual corpo docente das faculdades de Direito em dois grupos:

> [...] uma parte é de amadores que não vivem do ensino e tomam umas poucas turmas, para espairecer, ostentar o título de "professor" ou mesmo complementar a renda, mesmo que esse título e essa renda tenham efeitos cada vez menos significativos; outra parte já verificou que o conhecimento exigido para aquele nível de aulas é superficial e não demanda grandes investimentos de tempo e estudo; aí, dependendo de seu talento para agradar os alunos em aula, assumem 30 horas semanais de sala em uma ou diversas faculdades e conseguem um salário relativamente satisfatório; é contingente de professores com dedicação exclusiva às faculdades privadas (ADEODATO, 2013, p. 571-572).

Entretanto, não se deve vislumbrar o professor como único e principal agente transformador do ensino jurídico, pois de nada adianta ele chegar com práticas inovadoras – do ponto de vista metodológico – e a turma, em contrapartida, não aderir ao sistema de aula. Nessa medida, faz-se imprescindível que o aluno – como integrante do processo de aprendizagem – saia da zona de conforto que ocupa como mero receptor do saber jurídico e caminhe em busca de uma mudança de *habitus*, qual seja a realização de pesquisas.

Sendo, portanto, o conhecimento uma construção realizada de maneira conjunta pelos atores do processo de aprendizagem, nota-se a importância que a pesquisa assume nos cursos de Direito e, assim:

> Enquanto no ensino o aluno desempenha um papel passivo, de receptor de informações relatadas pelo professor, dentro da tipologia da aula-conferência, a pesquisa implica fazer o aluno buscar a informação por sua própria conta. E a palavra-chave para uma educação mais completa do estudante de direito é exatamente a problematização que caracteriza a pesquisa. Enquanto no ensino jurídico o objetivo é fazer o aluno ser capaz de compreender e dar de volta a informação recebida, ainda que com suas próprias palavras, na pesquisa o aluno precisa partir de um

---

[8] Vigora, neste pacto da mediocridade, a seguinte situação: "o professor finge que ensina e os alunos representam que aprendem". Essa farsa é garantida formalmente por outra – a da avaliação – na qual o professor, que pouco ou nada produz ou reproduz, pouco ou nada exige de seus alunos. Por sua vez, os alunos que sempre recebem avaliações favoráveis, nada exigem de seus professores" (AGUIAR, 1999, p. 84).

> ou mais problemas específicos e daí desenvolver sua tese, que consiste exatamente na sugestão de uma resposta para aquele ou aqueles problemas (ADEODATO, 2013, p. 565).

Como último aspecto necessário à transformação do ensino jurídico, aponta-se a questão da fiscalização sobre as instituições de ensino superior, que é de competência do Ministério da Educação – MEC, tendo o próprio Conselho Federal da OAB como um ator secundário. Por meio das portarias criadas pelo MEC, é possível construir um padrão ideal para a criação, manutenção dos cursos jurídicos, bem como o aumento da oferta de vagas.

Apesar do estabelecimento de diversas regras para o funcionamento de cursos jurídicos em todo o país, observa-se que é recorrente a burla a tal fiscalização, o que justifica o grande número de instituições em perfeito funcionamento que formam profissionais em dissonância com o mercado para o qual ele se destina, ou mesmo para exercer o verdadeiro papel que lhe cabe na sociedade.

Há, na verdade, um completo descaso – por parte dos órgãos estatais – no que diz respeito ao controle destas instituições. Percebe-se a facilidade com que as regras são desrespeitadas para que sejam cumpridos os requisitos para a abertura, manutenção do curso, e, ainda, o aumento de vagas. Citam-se como formas de ludibriar estas regras o mascaramento da carga horária, da titulação dos professores e a implantação de bibliotecas de aluguel, as quais são instaladas da época em que é feita a fiscalização.

Importante ressaltar, todavia, que o Conselho Federal da OAB exerce um importante papel nesta seara, uma vez que ele é responsável pela emissão de um parecer de caráter opinativo e não vinculativo acerca da abertura de cursos jurídicos no Brasil. Ocorre que, como mencionado, este parecer – mesmo sendo obrigatório no processo de autorização ou de reconhecimento do curso – não tem capacidade de obstar a decisão proferida pelo MEC sobre o assunto.

Ademais, dois instrumentos contribuem para uma espécie de controle de qualidade dos cursos jurídicos – mesmo contendo diversos problemas na sua realização, cuja discussão não é objeto do presente estudo – são eles: o Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – Enade[9] e o Exame de Ordem,[10] aplicado pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

---

[9] De acordo com o artigo 33-D da Portaria Normativa nº 40 de 12/12/2007, o Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (Enade), que integra o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes), tem como objetivo aferir o desempenho dos estudantes em relação aos conteúdos programáticos previstos nas diretrizes curriculares do respectivo curso de graduação, e as habilidades e competências em sua formação.

[10] É regulamentado pelo Conselho Federal da OAB e a aprovação constitui um requisito obrigatório para a inscrição do bacharel em Direito na Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 8º do Estatuto da OAB).

Diante do exposto, é possível inferir que o ensino jurídico – há anos – passa por uma crise em decorrência do fenômeno da mercantilização do ensino, cujos principais responsáveis são os empresários, que encontraram nas instituições de Direito uma fonte de renda para injetar capital e obter lucros. É preciso, portanto, a realização de uma profunda reforma no sistema de ensino jurídico brasileiro, o que requer, por conseguinte, a transformação dessa mentalidade que alimenta a acomodação por parte dos professores, alunos e poder estatal, pois, enquanto a culpa pela precarização do ensino for concentrada em um único componente desta relação, não haverá melhora – nem se eles quisessem –, uma vez que cada um possui a sua parcela de responsabilidade e tem condições, portanto, de modificar tal realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado, a educação é um direito fundamental social que aparece no texto constitucional de 1988 – ao mesmo tempo – como direito de todos e dever do Estado e da família. Isso significa que o Estado deve fornecer e criar mecanismos para que todos os brasileiros tenham acesso à educação, e a obrigatoriedade de matrícula nas escolas, pelos pais, dirige-se à educação básica.

Entretanto, restou demonstrado que o dever do Estado em garantir o acesso à educação somente é cumprido no momento em que o ensino ofertado seja de qualidade, ou seja, mesmo se todos os brasileiros estiverem nas instituições de ensino e a educação for de má qualidade, ele não terá cumprido o seu dever constitucional.

E é justamente a má qualidade do ensino – em especial o superior jurídico – que se discutiu neste trabalho, o qual, em virtude da disponibilização de uma exorbitante quantidade de vagas, tendo em vista os mais de 1200 cursos jurídicos existentes, e das consequências advindas do fenômeno da mercantilização do ensino – com relação às faculdades privadas –, enfrenta uma profunda crise.

Nesse sentido, identificaram-se os "empresários da educação" – grupos econômicos que transformaram a educação em produto objeto de relações de compra e venda – como verdadeiros "fatores reais de poder", que exercem forte pressão para que a Constituição – incluído o sistema jurídico como um todo – represente os seus interesses. Tal situação tem se mostrado, dessa forma, um obstáculo ao acesso à educação de qualidade, já que no mercado almeja tão somente o aumento quantitativo do ensino, pois uma formação qualitativa – como se demonstrou ao longo do trabalho – requer gastos que não seguem a lógica do lucro.

Em face dessa precarização do ensino jurídico – em que impera o desestímulo dos professores quanto à formação continuada e implementação de técnicas pedagógicas inovadoras às aulas; alunos como clientes, que optam pela lei do

menor esforço para adquirir o diploma; as instituições de ensino, preocupadas em angariar cada vez mais alunos e manter o curso a baixo custo; e o governo como facilitador do acesso à educação a todos os brasileiros – é inegável a necessidade de reformulação.

Para tanto, é preciso que todos os atores da relação de ensino – alunos, professores, instituições de ensino, poder estatal – colaborem de modo a promover uma profunda mudança neste ciclo de massificação do ensino jurídico, já que o objetivo da formação de bacharéis em Direito – independentemente da quantidade – é o fornecimento de uma educação transformadora e potencializadora do caráter social que o Direito pode assumir.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. A OAB e a massificação do ensino jurídico. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 565-576.

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. *A crise da advocacia no Brasil*: diagnóstico e perspectivas. São Paulo: Alfa-Ômega, 1999.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais:* estudos de direito constitucional internacional comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134.

BENTO, Flávio; MACHADO, Edinilson Donisete. Educação jurídica e fundação educacional. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 197-213.

BORTOLON, Mariana Cavarra. A necessidade de uma formação humanística efetiva no ensino do Direito. In: FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti (Org.). *Ensino jurídico e pedagogia:* em busca de novos saberes. Curitiba: CRV, 2010. p. 53-76.

BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 out. 2014.

BRITO, Renato de Oliveira. O ensino jurídico no Brasil: análise sobre a massificação e o acesso aos cursos de direito. *VIDYA*, Santa Maria, v. 28, n. 2, p. 73-87, jul./dez. 2008.

FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução de Walter Stönner. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LINHARES, Monica Teresa Mansur. *Ensino jurídico:* educação, currículo e diretrizes curriculares no curso de Direito. São Paulo: Iglu, 2010.

MARQUES, Fabiano Lepre. A crise do ensino jurídico a partir do pacto da mediocridade: uma tentativa de superação através da formação docente. In: FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti (Org.). *Um diálogo entre ensino jurídico e pedagogia*. Curitiba: CRV, 2011. p. 109-124.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ARAÚJO, Gilda Cardoso de. Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação. *Revista Brasileira de Educação*, n. 28, 2005. p. 5-23.

SANTOS, André Luiz Lopes dos. *Ensino jurídico*: uma abordagem político-educacional. Campinas: Edicamp, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEIXEIRA, Eliana Franco. *O direito à educação nas constituições brasileiras.* Belém: Unama, 2001.

Data de recebimento: 29/11/2017

Data de aprovação: 02/08/2018

PERÍCIAS TÉCNICAS, DECISÕES JURÍDICAS E GESTÃO EM SISTEMAS SETORIAIS NO CONTEXTO DOS NOVOS DIREITOS*

TECHNICAL INSPECTIONS, LEGAL DECISIONS AND MANAGEMENT IN SECTORIAL SYSTEMS IN THE CONTEXT OF NEW RIGHTS

Leonel Severo Rocha*
Rafael Lazzarotto Simioni**

RESUMO

Esta pesquisa observa as perícias técnicas como relação de acoplamento estrutural entre direito e ciência. A observação das operações jurídicas no contexto dos novos direitos revela uma crescente utilização do *meio* científico como estrutura de codificação secundária no acoplamento estrutural entre direito e ciência. Esse acoplamento, no entanto, produz o paradoxo da autonomia/dependência das decisões jurídicas em relação às perícias técnicas. Utilizando-se como metodologia a observação de segunda ordem da teoria dos sistemas sociais autopoiéticos de Niklas Luhmann, sinaliza-se a forma de sistemas setoriais como uma categoria de observação diferente tanto dos sistemas de organização quanto dos sistemas de interação. Como resultado, verifica-se que as relações entre direito e ciência produzem tanto irritações quanto fundamentações recíprocas, e que essa integração é o resultado da própria auto-organização dos sistemas sociais.

---

* Esse artigo foi publicado originalmente no ano de 2004, na *Revista Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 101, set./dez. 2004. Agradecemos aos autores pela autorização de publicação.

** Pós-Doutor em Sociologia do Direito Pela Universitadegli Studi di Lecce. Doutor pela Ecoledes Hautes Etudesen Siences Sociales de Paris. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Santa Maria. Professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Coordenador Executivo do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado, Capes 6). Professor do curso de Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI). Membro pesquisador 1 do CNPq. Representante Titular da Área do Direito no CNPq. E-mail: leonel@unisinos.com.

*** Pós-Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (PPGD-FDSM). Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito do PPGD-FDSM. E-mail: simioni2010@gmail.com.

Palavras-chave: Perícia; Decisão; Sistemas setoriais; Novos direitos; Governança.

ABSTRACT

This research observes the expert report as a structural coupling between Law and Science. The observation of legal operations in the context of the new rights reveals a growing use of the scientific *medium* as a secondary coding in the structural coupling between Law and Science. However, this coupling produces the paradox of autonomy/dependence on legal decisions in relation to expert report. Using second-order observation of Niklas Luhmann's theory as a methodology, the form of sectorial systems is signaled as a different category of observation that organization and interaction. As a result, the relations between Law and Science produce irritations and reciprocal foundations and that this integration is the result of the self-organization of social systems.

Keywords: Expert report; Decision; Sectorial systems; New rights; Governance.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa observa as perícias técnicas como forma de acoplamento estrutural entre direito e ciência. A observação das operações jurídicas, especialmente no âmbito dos novos direitos, revela uma crescente utilização do meio de comunicação da ciência, em especial as perícias técnicas, como estrutura de codificação secundária da comunicação jurídica. Desde as perícias para constatar a prática de danos ao meio ambiente até as perícias sobre doenças, sistemas de informática, altas tecnologias ou cálculos contábeis complexos, as referências jurídicas ao código da ciência tornaram-se cada vez mais importantes para o processo de legitimação das decisões jurídicas.

Na perspectiva da teoria dos sistemas sociais autopoiéticos de Niklas Luhmann, as perícias técnicas e os sistemas de organização tornam-se dimensões importantes da observação. Basta considerar a importância que as perícias técnicas desempenham para a fundamentação das decisões jurídicas sobre danos a bens tutelados pelo direito ambiental, biodireito, direito da informática, das novas tecnologias, enfim, pelos novos direitos. O direito processual responde a essa pergunta com o conhecido princípio da livre convicção do juiz na valoração dos meios de prova e na livre atribuição de eficácia ao produto desses meios. No contexto dos novos direitos, contudo, as perícias apresentam características muito mais complexas; tão complexas que exigem um respectivo incremento na capacidade de gestão dessa complexidade na decisão jurídica.

Como todo incremento de complexidade cria oportunidades, o presente artigo objetiva a) observar algumas estruturas latentes criadas por essa assimetrização entre perícia técnica e decisão jurídica; e b) descrever como essas estruturas podem ser geridas na decisão jurídica, de modo a oportunizar uma assimilação

mais aberta à complexidade que a envolve. A questão central, portanto, é a observação das possibilidades de gestão jurídica das informações científicas (peritas) no contexto dos novos direitos, oportunizando decisões jurídicas mais conectadas às exigências setoriais (portanto diferenciadas) da sociedade contemporânea.

A estrutura latente, objeto desta investigação, localiza-se na relação entre decisão jurídica e perícia técnica e se desvela tanto na práxis dos processos judiciais como nas operações de consultoria jurídica. Mas não se trata de uma relação linear. Por isso, serão utilizados exemplos para ilustrar a aplicação prática das proposições teóricas, e, especialmente no âmbito da consultoria jurídica, serão utilizadas como exemplo as formas de integração setorial das decisões jurídicas no modelo de gestão ambiental ISO14001.

O SENTIDO JURÍDICO DE "BEM" NOS NOVOS DIREITOS

Falar de novos direitos pressupõe uma diferenciação temporal entre novos e velhos direitos. A partir de uma observação histórica, é possível classificar, por exemplo, o direito ambiental, biodireito, direito à saúde, direito da informática, do consumidor, da assistência social, cultura, desporto etc. como novos direitos, em detrimento dos "velhos" direitos civil, penal, processual, comercial, trabalhista, administrativo etc. Quer se chamem esses novos direitos de direitos de terceira geração ou dimensão, a referência a partir da qual ocorre essa diferenciação é o tempo.

A questão do tempo está ligada à forma de sociedade em que vivemos. O tempo é contextual (espacial)[1]. O tempo é, portanto, um critério bastante relativo para classificações. E assim o é porque ele funciona, na classificação, como uma fundação exterior a partir de onde o conhecimento pode se organizar. Renunciando, então, a fundações exteriores ao paradoxo constitutivo dos sentidos, torna-se possível observar o invisível. Qual é então a diferença que autoproduz o sentido dos novos direitos?

O direito estruturou-se dogmaticamente para acoplar-se prioritariamente com a economia e a política. Enquanto isso foi suficiente para a produção de sentido, o jurista podia trabalhar com alguma eficácia com os conceitos de dano contratual, dano patrimonial e até de dano moral. Foi suficiente, para isso, a generalização simbólica de um elemento de sentido social chamado "bem", para que o jurista pudesse então codificar todo e qualquer dano a valores juridicamente protegidos na forma de dano a bens, isto é, a valores passíveis de quantificação monetária.[2] Uma vez possível a quantificação monetária dos "bens" ju-

---

1 Sobre esta temática, ver ROCHA, Leonel Severo. A construção do tempo pelo Direito. In: *Anuário do PPGD-Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

2 Só assim foi possível para o direito da responsabilidade civil, por exemplo, reparar danos a valores não patrimoniais. Por meio do dinheiro – vale dizer, mediante a codificação secundária econômica –, os danos morais são compensados por indenizações. No direito ambiental, os danos a valores ambientais juridicamente protegidos são transformados em danos patrimo-

ridicamente tutelados, a assimilação dos danos pelo direito tornou possíveis as eficácias condenatórias, executivas e mandamentais geridas pelas decisões jurídicas. Só assim o descumprimento de uma obrigação ou o inadimplemento de um crédito pôde ser assimilado na decisão jurídica com o correspondente dispositivo declaratório, constitutivo, condenatório, executivo ou mandamental.

O direito do consumidor, por exemplo, encaixa-se facilmente na codificação secundária econômica porque ele ainda opera sob a lógica obrigacional. Eventuais violações às suas prescrições podem ser facilmente convertidas em dinheiro, para efeito de fixação de indenizações ou compensações dos danos, bem como na fixação de *astreintes* para cominações. Mas na maioria das situações envolvendo, por exemplo, direito ambiental, biodireito e direito da informática, surge uma diferença importante: os danos não são passíveis de conhecimento pela decisão, salvo se a decisão utilizar, novamente, uma estrutura de codificação secundária que não necessariamente precisa ser a clássica codificação secundária econômica chamada "bem".

Uma vez que o dano ambiental é colocado dentro da forma "bem", isto é, uma vez que o valor ambiental juridicamente tutelado é codificado secundariamente na forma econômica lucro/prejuízo, o jurista pode já estabelecer a ligação do prejuízo (econômico) com o ilícito (jurídico), condenando então o autor do fato à reparação desse prejuízo. A diferença problemática do dano ambiental em relação aos tradicionais danos econômicos está, portanto, não na sua tradicional operacionalização pela codificação secundária econômica (dano a bens), mas, sim, na forma por meio da qual o jurista pode observá-lo. Com efeito, enquanto os danos patrimoniais, contratuais, morais etc. podem ser facilmente entendidos pelo jurista na forma direito/não direito (em face da codificação secundária econômica do sentido simbolicamente generalizado de "bem"), o dano ambiental não apenas é informado ao direito por laudos técnicos (elaborados com códigos operacionais estranhos às suas estruturas política e econômica de codificação secundária) como também a própria decisão jurídica só será realizada com base, novamente, nas informações peritas, isto é, em informações codificadas pela forma da comunicação da ciência: verdade/falsidade.[3]

Nunca as decisões jurídicas dependeram tanto das perícias como nos novos direitos. E essa dependência, paradoxalmente, significa autonomia. A decisão jurídica está obrigada a manter-se jurídica apesar da dependência em relação às informações produzidas pela perícia. Em outras palavras, a decisão jurídica não pode deixar de ser jurídica (direito/não direito) para ser científica (verdade/

---

niais através da noção de "bem ambiental", isto é, os valores direito/não direito são codificados secundariamente pelos valores lucro/prejuízo.

[3] Sobre a ciência como um sistema autopoiético da sociedade, ver LUHMANN, Niklas *La ciencia de la sociedad*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhile Erder e Luis Felipe Segura, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: ITESO e Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1996.

falsidade). E isso significa que a decisão jurídica, diante da sua dependência em relação às perícias técnicas, deve manter, simultaneamente, a sua identidade operacional (autonomia) e a sua dependência. Assim, autonomia/dependência é um paradoxo que a decisão jurídica está obrigada a desenvolver de modo criativo.

Há várias possibilidades de desenvolvimento desse paradoxo da autonomia/dependência. O direito processual resolveu esse paradoxo com o princípio da livre valoração da prova pelo juiz. Mas, no contexto dos novos direitos, pode-se questionar essa liberdade. A definição de um "banhado", por exemplo, para efeito de juridicização de uma área de preservação permanente, seria ridícula se não fosse realizada por um perito. Somente um perito pode estabelecer se um banhado é realmente uma área de preservação permanente ou apenas uma área alagada devido à sazonalidade das chuvas. Qual jurista poderia afirmar que as novas tecnologias da criptografia na computação solucionam o perigo de fraudes virtuais se, antes disso, a criptografia também garante o anonimato do *hacker*?

Os novos direitos trabalham com instrumentos preventivos, que introduzem a possibilidade de observação de riscos e perigos nas decisões jurídicas. O licenciamento ambiental e o registro prévio de tecnologias de criptografia na informática são exemplos. A assimilação de riscos, no entanto, torna mais dramática ainda essa dependência da decisão jurídica em relação às perícias técnicas. Porque riscos e perigos jamais poderão ser conhecidos na decisão jurídica, a não ser, novamente, por meio das informações peritas. As novas biotecnologias, por exemplo, apresentam riscos e perigos que só a biotecnologia pode prever. Os riscos do progresso científico são bem trabalhados (prognosticados) pela ecologia, mas, para o direito, esses riscos não podem ser conhecidos senão mediante as observações da ecologia. Os perigos à saúde provocados pela introdução no mercado de novos fármacos não podem ser conhecidos pela abertura cognitiva do sistema econômico, mas podem ser calculados por sistemas de saúde.[4] Do mesmo modo que os riscos de baixa ou alta dos preços podem ser prognosticados pela economia monetária, mas não podem ser conhecidos pelo sistema jurídico. Os perigos da energia nuclear podem ser previstos pela tecnologia de segurança elaborada pela física e química do sistema científico da sociedade – e só por elas. Os riscos das tecnologias de informática também só podem ser previstos pela ciência da computação. Os perigos ecológicos decorrentes do desenvolvimento econômico são perigos só observáveis pela ecologia, que comunicam suas autodescrições ao ambiente (aos outros sistemas) na forma de movimentos de protesto, de publicações científicas e de política. Mas, mesmo assim, a observação econômica das informações produzidas nos movimentos de protesto só poderá observar as oportunidades de lucro/prejuízo (confecção de cartazes, selos e certificados ecológicos para abrir novos mercados, produtos ecologicamente corretos

---

[4] Sobre a saúde como sistema autopoiético, ver SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde:* efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

para certa classe de consumidores, responsabilidade ambiental dos empreendimentos para a imagem da empresa e para a sua própria continuidade operacional etc.).[5]

A solução então parece simples: o enfrentamento dos riscos pela decisão jurídica pode ser realizado por meio da observação da análise dos riscos projetados pelos outros sistemas da sociedade, especialmente por sistemas peritos. Mas o processamento (a assimilação) da informação sobre os riscos informados à decisão jurídica pelos outros sistemas (ecológico, político, econômico etc.), diante da autonomia autopoiética dos sistemas sociais, é um problema muito mais complexo.

ASSIMILAÇÃO DE COMPLEXIDADE E PRODUÇÃO DE SENTIDO

Não é à toa que se utiliza aqui a expressão "assimilação". Assimilar é tornar diferente o similar. É indicar uma diferença entre o igual e o diferente. Uma distinção entre o igual e o diferente cria uma diferença que produz complexidade. Então, paradoxalmente, a assimilação de complexidade é uma autoprodução de complexidade, mas de uma complexidade própria, isto é, uma complexidade estruturalmente organizada. Em outras palavras, a complexidade não tem sentido. O sentido surge quando a observação indica uma distinção. Quando um observador indica algo, o restante ele põe no ambiente. A clivagem[6] que então separa o sistema do ambiente é o que faz o sistema emergir de si mesmo, sem fundações exteriores. Assim, é o próprio paradoxo da diferença que cria o sentido.

Por isso que um mesmo elemento comunicativo da sociedade pode ganhar sentidos diferentes dependendo do contexto no qual ele é observado, vale dizer, dependendo do ponto de vista a partir do qual ele é diferenciado. A pesca, por exemplo, pode ter sentido jurídico quando observada do ponto de vista do direito, em que então ela pode ser observada como uma diferença entre conduta legal ou ilegal. A mesma pesca, contudo, ganha um sentido ecológico quando observada do ponto de vista da comunicação da ecologia (sustentável/degradante). Em um contexto de fim de semana, essa mesma pesca ganha outro sentido: o

---

5 Ver HART, Stuart L. Além da consciência ecológica: estratégias para um mundo sustentável. In: HARVARD BUSINESS REVIEW. *Estratégia corporativa*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 117-140; e CAIRNCROSS, Frances. *Meio ambiente:* custos e benefícios. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Nobel, 1992.

6 Expressão usada por Merleau-Ponty para designar o paradoxo da separação entre observador e observado (MERLEAU-PONTY, Maurice. *O visível e o invisível*. Tradução de José Artur Gianotti e Armando Mora d'Oliveira. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 27) e que Maturana e Varela utilizaram para designar o limite ou fronteira que fecha autopoieticamente um organismo vivo, como a membrana celular (MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento*. As bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001. p. 52).

sentido lúdico produzido pela diferença entre lazer/desgaste e, ainda, pode ter outro sentido se se tratar da profissão do pescador como meio de pagamentos (contexto econômico).

Dos vários sentidos possíveis a qualquer evento da sociedade surge a complexidade que impede a assimilação simultânea de todos os sentidos possíveis. Uma decisão empresarial é um bom exemplo para ilustrar isso: a posição de uma organização empresarial é privilegiada na sociedade porque ela está no ambiente dos sistemas da sociedade, e por isso pode utilizar a complexidade disponibilizada pelo direito, pela economia, política, ciência etc. nas suas próprias operações. Observe-se o que ocorre em uma decisão empresarial, por exemplo, que pretende instalar uma estação de tratamento de efluentes. Além da projeção financeira dos custos da implementação da ETE (pelo setor contábil), da viabilidade econômica do empreendimento (pelo setor financeiro), dos requisitos técnicos e operacionais do empreendimento (pelo setor técnico-científico), a decisão deverá observar também os requisitos legais (licença prévia, local da instalação), os recursos humanos para gerir o setor (pela administração de pessoal), e assim por diante. Cada setor da empresa pode sugerir orientações contraditórias em relação aos outros setores. A orientação econômica pode comprometer a segurança operacional do empreendimento, a orientação técnica pode inviabilizar o equilíbrio econômico-financeiro da empresa, a orientação jurídica pode implicar redução de custos com multas decorrentes de eventuais infrações à legislação ambiental etc. Como se vê, essa simples decisão de instalação de uma ETE passa por vários sistemas da sociedade, com orientações funcionais autônomas e, por isso, possivelmente contraditórias. Mas mesmo assim, a decisão deve ser realizada, porque não decidir já é também uma decisão.

Mas uma decisão jurídica, diferentemente de uma decisão empresarial ou pessoal, é uma decisão cuja validade está na referência à forma de diferença direito/não direito.[7] E como essa diferença é assimetrizada pelos programas jurídicos (legislação, princípios etc.), a decisão jurídica, para ser válida, pode ser até poética, mas está obrigada a decidir sobre o evento de o ambiente ser direito ou não direito. De outro modo, a decisão jurídica estaria corrompida, isto é, deixaria de ser jurídica para ser política, econômica, científica, moral, educativa ou outra coisa.

Assim, se o jurista apenas tem referência na lei, regras ou princípios para decidir validamente, então esse jurista já não tem condições para assimilar toda a complexidade que envolve a sua decisão e muito menos os impactos futuros

---

7 Ver LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, s/d.

que ela pode provocar no próprio direito (riscos) e nos demais sistemas da sociedade (perigos)[8]. Não lhe resta, portanto, alternativa senão confiar em sistemas peritos, isto é, nos demais sistemas da sociedade e torcer para que tudo saia bem. No direito ambiental, por exemplo, além de os impactos ecológicos não se limitarem a uma consequência local, sequer esse impacto ambiental (que, na dogmática, pode ser chamado de dano, excluindo, pois, todos os outros impactos cujos danos só apareçam daqui a vinte anos) pode ser avaliado pelo jurista sem o auxílio de peritos que trabalham com os códigos de outros sistemas (biologia, química, geologia, engenharias). E a situação na biotecnologia é a mesma.[9]

A questão que surge, portanto, é como uma decisão jurídica pode gerenciar a complexidade do ambiente. Em outras palavras, como e sob que condições uma decisão jurídica pode estruturar a complexidade do ambiente sob uma forma de diferença que produza sentido no direito? Como a decisão jurídica pode, de um lado, abrir-se para a complexidade do ambiente sem que ela se perca em um *continuum material* com os demais sistemas sociais? E, por outro lado, como a decisão jurídica pode manter sua identidade e autonomia autopoiética sem que ela se perca em um projeto cego em relação a todo o restante da realidade que transborda no lado de fora da forma da comunicação jurídica?

ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS E CODIFICAÇÕES SECUNDÁRIAS

A autonomia operacional dos sistemas da sociedade impede o estabelecimento de relações de comunicação lineares entre a decisão jurídica e o seu ambiente sistêmico. Mas essa autonomia não significa que cada sistema é fechado em relação ao ambiente, nem que é aberto. Um sistema autopoiético não pressupõe nenhum elemento além dos seus próprios elementos. Cada operação do sistema é uma operação recursiva, baseada tão somente na diferença entre auto e heterorreferência, sem nenhuma referência a um termo final ou a uma meta que, quando alcançada, daria o sistema por cumprido e o extinguiria. Cada sistema é um conjunto de operações que se efetua uma depois das outras, "em

---

8 Sobre a distinção risco/perigo, ver LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Guadalajara: Universidad Iberoamericana e Universidad de Guadalajara, 1992. Opta-se aqui por essa forma de distinção, em face do ganho de complexidade na manutenção da diferenciação funcional entre o sistema que decide (risco) e o sistema (ambiente) que é afetado pela decisão (perigo), que em uma perspectiva de distinção risco/seguridade (ver, por exemplo, BECK, Ulrich. Teoría de la sociedad del riesgo. In: GIDDENS, A.; BAUMAN, Z.; LUHMANN, N.; BECK, U. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Tradução de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996, especialmente p. 210 e seguintes) não seria possível conhecer.

9 Para uma discussão ética sobre as biotecnologias, ver HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana:* a caminho de uma eugenia liberal? Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

um movimento sem começo absoluto e sem fim necessário".[10] Uma efetuação que o efetua sem qualquer referência externa. Um "fazer existir" que o faz existir na forma de operações.[11] Por isso, as relações entre sistemas autopoiéticos são de difícil precisão. Há interferências entre sistemas autopoiéticos, mas essas interferências são aleatórias, vale dizer, são interferências produzidas por relações de causalidade não lineares, e, por essa razão, dinâmicas e instáveis.

A forma por meio da qual se podem observar essas relações de interferência entre sistemas se chama acoplamento estrutural.[12] Um acoplamento estrutural ocorre entre dois sistemas autônomos quando compartilham um ou vários elementos de sentido.[13] Pode-se ilustrar isso com o seguinte exemplo: a atuação em um jogo de xadrez é determinada por regras fáceis (posições no tabuleiro, limites para o movimento das peças, alternância dos jogadores) que cabem perfeitamente em um algoritmo ou programa condicional. O espaço do xadrez, embora com inúmeras possibilidades, é um espaço claramente limitado pelas regras desse jogo. Mas, ao contrário do mundo do xadrez, o mundo da direção de um automóvel não possui regras determinadas com exatidão. Além das regras de trânsito (sinaleiras, faixas, placas, cruzamentos), há pedestres, bicicletas, veículos, alguns mais e outros menos velozes, condições climáticas e a própria cultura de trânsito. Essas variáveis são indeterminadas, e, por isso, não cabem em um algoritmo: um robô programado para dirigir poderia guiar com segurança pelas rodovias do mundo, mas a segurança dos pedestres e dos outros veículos pressuporia um sistema de reconhecimento e de aprendizado[14] por esse robô. A "habilidade" desse robô motorista de não atropelar pedestres ou outros veículos dependerá do desenvolvimento de habilidades cibernéticas adquiridas não pela sua programa-

---

[10] CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 136.

[11] A expressão "operações" pode ser lida, aqui, também no sentido de "estrutura", em face da relação com o tempo (sobre isso, ver LUHMANN, Niklas. Estrutura y tiempo. In: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker; coord. Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 255-323). Mas como a estrutura de um sistema autopoiético também é produto de si mesmo, e, portanto, contingente, a estrutura é apenas processos, apenas operações, conforme as últimas publicações de Luhmann (ver especialmente *El derecho de la sociedad*, cit.; e *La ciencia de la sociedad,* cit.). Nesse sentido, também, PRIGOGINE, Ilya. *O nascimento do tempo*. Tradução do Departamento Editorial de Edições 70. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 27.

[12] Expressão de MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento,* cit., p. 87 e seguintes.

[13] Embora os sentidos não sejam compartilhados, apenas os elementos, porque o sentido é reconstruído conforme a lógica interna de cada sistema (LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad,* cit., p. 28).

[14] Exemplo de VARELA, Francisco; THOMPSON, Evan; ROSCH, Eleanor. *A mente incorporada*. Ciências cognitivas e experiência humana. Tradução de Maria Rita Secco Hofmeister. Porto Alegre: Artmed, 2003. p. 155.

ção, mas *na sua experiência de direção*, autogerada a partir da diferença entre satisfação/frustração. Ele deveria aprender, dentre outras coisas, a não mais repetir condutas que a ele foi possível identificar por meio de uma buzina (frustração) e manter as condutas satisfatórias (não frustrantes). Obviamente, ao menos até hoje, isso só um humano pode fazer: porque só o humano é autônomo o suficiente para aprender com a experimentação de suas frustrações/satisfações.

A partir desse reconhecimento da autonomia do motorista (e também dos pedestres e dos outros motoristas), a observação do acoplamento estrutural se torna mais visível. No exemplo do motorista, embora ele seja um sistema autônomo, ele deve autocondicionar sua experiência no trânsito com a dos pedestres e dos outros condutores, para que ele possa dirigir seu veículo sem provocar acidentes: esse motorista deverá reduzir a velocidade para não colidir com o veículo na sua frente e também deverá desviar dos pedestres. No trânsito (ambiente), o motorista é forçado, para continuar dirigindo, a compartilhar esse trânsito com os pedestres e demais condutores. Então, o motorista pode ser observado como um sistema operacionalmente autônomo, mas submetido às condições de tráfego (ambiente), da qual compartilham os outros sistemas (pedestres e demais condutores). E não há muito o que esse motorista (sistema) possa fazer para influenciar os outros sistemas (pedestres e demais motoristas) em um contexto de trânsito (ambiente), a não ser utilizar sua buzina, piscas, gestos e condutas que, para os outros sistemas (também autônomos), podem ser entendidos como atraso, desespero, grosseria, provocação, suplicação, enfim, cada um dos outros sistemas pode responder à sua própria maneira. Em outras palavras, a intenção do motorista (sistema), ao utilizar seus instrumentos para intervenção nas condições do trânsito (ambiente), pode não corresponder às suas expectativas. Do mesmo modo, a utilização dos instrumentos de intervenção do direito (sistema) na economia, na ecologia ou na política (ambiente) pode não corresponder ao que o jurista esperava.

Um acoplamento estrutural entre direito e economia ocorre mediante o compartilhamento de elementos de comunicação simbolicamente generalizados, como o contrato e a propriedade. Tanto o contrato quanto a propriedade conectam comunicativamente direito e economia, porque qualquer modificação nas condições jurídicas do contrato ou da propriedade produz ressonâncias na economia e vice-versa. Mas tal como os pedestres e os demais motoristas, a resposta da economia às interferências do direito na regulamentação do contrato e da propriedade pode não corresponder às expectativas depositadas no direito ao produzir essas interferências.

Assim, todo acoplamento estrutural é um ponto de contato comunicativo não linear entre sistemas, que pressupõe uma estrutura de codificação secundária para a sua operacionalização. Por exemplo, alguém que só entende português e espanhol não terá acesso a sistemas que utilizam comunicação por outro meio linguístico (porque aqui não há acoplamento estrutural), salvo se esses sistemas,

ou a própria pessoa, estão equipados com um decodificador dos códigos da linguagem não conhecidos (tradutor, dicionário ou outro instrumento que realize o acoplamento estrutural). No ambiente da sociedade, esse "alguém" pode assimilar todas as informações comunicadas por outros sistemas, exceto as que utilizem codificação diversa da estrutura da língua portuguesa ou espanhola. As comunicações em inglês e alemão, por exemplo, serão observadas por esse humano que só entende português e espanhol apenas como ruído sem sentido, embora possa saber que esse ruído tenha sentido para outros sistemas.

Observa-se nesse exemplo que a diferença entre informação que não informa (ruído) e informação que informa (comunicação) é uma diferença produzida pela noção de acoplamento estrutural entre sistemas sociais, cuja assimetrização é realizada através um meio de comunicação codificado binariamente, isto é, um meio de comunicação simbolicamente generalizado que permite o compartilhamento de informações entre sistemas, produzindo, assim, ressonância. A utilização de codificações secundárias, portanto, é o meio através do qual se pode incrementar a capacidade de assimilação da complexidade do ambiente nas decisões jurídicas, porque as codificações secundárias são as chaves para as portas dos acoplamentos estruturais.

Como já demonstrado, as estruturas de codificação secundária utilizadas pelo direito para observar as informações do ambiente continuam sendo a clássica codificação secundária da economia (o sentido de "bem" jurídico). A assimetrização entre perícias técnicas e decisões jurídicas, contudo, possibilita ir mais longe: agora se pode ver que a decisão jurídica dispõe de uma outra estrutura de codificação secundária além da econômica. Ela dispõe da ciência sob a forma das perícias técnicas.

O ACOPLAMENTO ENTRE DIREITO E CIÊNCIA

A observação da projeção das consequências das decisões jurídicas no ambiente sistêmico é apenas uma auto-observação a partir da referência à unidade operacional direito/não direito. Mas não é o direito que tem a competência social para dizer se um evento do ambiente é sustentável ou degradante, e, sim, a ecologia; como não é a ecologia que pode dizer se um evento do ambiente é direito ou não direito. A economia também não dispõe de uma estrutura capaz de decidir sobre o direito/não direito de um evento e nem sobre a sustentabilidade/degradação, mas tão somente sobre o lucro/prejuízo.[15] As decisões jurídicas sobre

[15] A própria economia ambiental trabalha no sentido da quantificação monetária dos recursos naturais para possibilitar decisões acerca do lucro/prejuízo na utilização desses recursos. A própria economia, assim, "autocontrola-se" a não degradar o meio ambiente em níveis capazes de interromper as suas próprias operações de produção.

novos direitos podem então passar a observar as operações da ecologia, da ciência, da economia etc., para manterem um melhor nível de atualização à complexidade do ambiente, por meio da utilização do código científico (verdade/falsidade) como estrutura de codificação secundária.

No caso do direito ambiental, o acoplamento estrutural com a ecologia, pelo meio de comunicação da ciência, torna-se possível porque a unidade operacional da ciência (código verdade/falsidade) é compartilhada no mesmo nível de codificação entre a ecologia e o direito. Sem embargo, é por meio do código científico que a ecologia observa no ambiente os eventos sob a forma sustentável/não sustentável – muito embora tenhamos dúvidas se a noção de sustentabilidade não constitui uma apropriação econômica da antiga noção científica de "conservação" da ecologia. A ecologia auto-observa a sustentabilidade/degradação dos eventos do ambiente pelo meio de comunicação da ciência, tal como o direito auto-observa a diferença direito/não direito dos eventos do ambiente por intermédio dos programas condicionais jurídicos, que geralmente demandam perícias, isto é, demandam a utilização dos meios de comunicação da ciência.

Assim, através do *meio* ciência, sob a forma das perícias, o programa do direito ambiental pode observar a verdade/falsidade a respeito da sustentabilidade/degradação (ecologia) dos eventos do ambiente, para então possibilitar a decisão sobre a licitude/ilicitude (reentrada no código direito/não direito) a respeito desse evento do ambiente. E é também por meio dessa codificação secundária científica que o direito pode observar a verdade/falsidade acerca da lucratividade/não lucratividade (economia) dos eventos do ambiente. Afinal, só com base em perícias contábeis e financeiras (ciência) é que a decisão jurídica conquista as condições necessárias para decidir sobre o direito ou não direito dos eventos sociais que, conforme o programa condicional do direito, demandam essas informações.

Há uma estrutura jurídica favorável para isso no programa condicional dos novos direitos. Os critérios de exigibilidade de Estudo de Impacto Ambiental ou de qualquer licenciamento ambiental, por exemplo, já são definidos pelo *meio* ciência, pois é a química, biologia, geologia e engenharias que informam ao direito ambiental o caráter potencialmente causador de impacto ambiental – ou de significativo impacto ambiental no caso da exigibilidade de EIA. Assim também no biodireito, o direito ou o não direito de um transexual realizar a cirurgia de transgenitalização já se encontra condicionado a laudos técnicos. Violações ao licenciamento de *softwares* também demandam perícias, porque vários *softwares* podem desempenhar a mesma função, e a sua diferença pode estar apenas nos códigos-fonte, assim como a questão das criptografias, da eutanásia, das pesquisas em humanos, entre outros exemplos.

A verificação empírica dessas descrições pode ser facilmente observada na práxis do direito ambiental: não há ação civil pública, ação penal, termo de

ajustamento de conduta ou ação de execução de termo de ajustamento de conduta que não tenham iniciado a partir de uma perícia, ainda que essa perícia tenha sido realizada por instâncias de decisão alheias ao sistema científico da sociedade.[16]

Pode-se observar, então, que a utilização do *meio* científico como codificação secundária no direito produz, simultaneamente, possibilidades de cognitivização da normatividade e de normativização da cognição. Porque as expectativas cognitivas produzidas por essa sensibilização temporal da abertura cognitiva do direito *reentram* na unidade operacional direito/não direito, criando o tempo necessário para o cruzamento do limite entre as exigências de disposição ao aprendizado (expectativas cognitivas) e as garantias de dispensa dessas exigências de aprendizado pela generalização simbólica das expectativas cognitivas (expectativas normativas). Isso significa que o jurista pode agora sair do direito para observar o ambiente e voltar ao direito para decidir sobre o direito ou o não direito do que ele viu lá no ambiente, sem perder o caminho por meio do qual ele, paradoxalmente, saiu para entrar e entrou para sair. Esse "caminho" é a ciência da sociedade, e as portas de entrada e de saída se chamam acoplamento estrutural. As chaves para a abertura dessas portas se chamam codificações secundárias.

GESTÃO JURÍDICA DE SISTEMAS SETORIAIS: A INTEGRAÇÃO FUNCIONAL

Após esses delineamentos entre acoplamentos e codificações secundárias, pode-se agora passar a experimentar essa estrutura latente disponível nos novos direitos. Elegem-se aqui apenas dois âmbitos da práxis do direito para experimentação: a prestação jurisdicional e a prestação de serviços de consultoria jurídica.

Tanto as decisões proferidas no âmbito das organizações judiciárias (prestação jurisdicional) quanto as efetuadas no âmbito das organizações empresariais (consultoria jurídica) realizam operações jurídicas. Ou seja, realizam decisões que operam a partir da unidade operacional do direito, que é a diferença entre direito e não direito. Se a unidade operacional fosse outra, como as diferenciações lucro/prejuízo, sustentável/degradante, verdade/falsidade, bem/mal, situação/

---

[16] Como são os laudos técnicos elaborados por órgãos colaboradores, mas não integrantes do SISNAMA, que, embora obedeçam ao código científico verdade/falsidade, não obedecem ao rigor teórico e metodológico (programa científico) que só as instâncias especialistas possuem a capacidade de gerir. Não são raros, por exemplo, expedientes administrativos que apontavam a existência de degradação ambiental que, após perícias especializadas, foram arquivados porque a degradação (ecologia) não era verdadeira (ciência). Na região de Caxias do Sul, a maior incidência desses erros metodológicos na adjudicação da verdade ou falsidade (ciência) da degradação (ecologia) dizem respeito à caracterização científica de áreas de preservação permanente (direito).

oposição, a decisão já não seria mais jurídica, mas, sim, respectivamente, econômica, ecológica, científica, moral, política etc. E, como demonstrado anteriormente, é impossível uma decisão onicompreensiva de todos esses sentidos possíveis.

Quando a observação indica uma separação em âmbitos a respeito da diferença entre decisões judiciárias e decisões consultivas, essa separação apenas se justifica como critério de distinção, e, portanto, de constituição paradoxal de sentidos possíveis. Essa diferença entre âmbitos é o que se passa a designar como sistema setorial. Sistema setorial é, pois, um âmbito mais ou menos rígido de observação dentro de um contexto de vários sistemas acoplados estruturalmente. Trata-se de uma forma de diferença para dar sentido à observação de mudanças nas operações internas de um sistema[17] em relação ao ambiente. Pode-se definir, por exemplo, uma vara judiciária como um sistema setorial em relação às demais varas judiciárias, no contexto de um sistema de organização judiciária. E pode-se definir também o departamento jurídico de uma empresa como um sistema setorial em relação aos demais departamentos (conselho, RH, *marketing*, financeiro, contábil, técnico, ambiental, vendas etc.), no contexto da organização empresarial.

Sistemas setoriais, portanto, não se confundem com sistemas de organização, tampouco com sistemas de interação. Trata-se de uma categoria conceitual que estamos utilizando para observar a existência de diferentes contextos de produção de sentido no âmbito interno dos sistemas de organização, os quais, todavia, também não se caracterizam pelas formas de sistemas de interação. Entendemos como sistema setorial um arranjo institucional, inscrito na estrutura de sistemas de organização, que produzem formas de racionalidade autônomas para as decisões dos diferentes setores da organização.

No contexto das organizações judiciárias, as decisões jurídicas a respeito de eventos sociais tematizados pelos novos direitos são fortemente influenciadas pelas decisões peritas. Pense-se, por exemplo, na existência de um arroio que atravessa uma área urbana consolidada. Trinta metros de cada lado do arroio é área de preservação permanente, mas o arroio se encontra poluído, produzindo odores e disseminando doenças. Então, o proprietário de um lote atravessado pelo arroio solicita o licenciamento para a canalização e licença prévia para edificação sobre a área de preservação permanente. Pelo programa condicional do sistema jurídico, a concessão de licença para canalização e edificação sobre a área de preservação permanente seria absolutamente ilícita, salvo se cumpridos os requisitos da legislação. Mas um laudo biológico providenciado pelo empreendedor poderia informar à decisão jurídica que, para o cumprimento da proposta do art. 225 da Constituição Federal – meio ambiente sadio –, haveria apenas duas

---

[17] O uso desse conceito na teoria da administração, com várias referências bibliográficas, pode ser observado em MALERBA, Franco. Sectorial systems and innovation and technology policy. *Revista Brasileira de Inovação*, Rio de Janeiro: FINEP, v. 2, n. 2, p. 329-376, jul./dez. 2003.

alternativas: ou a canalização do arroio ou sua despoluição. A despoluição, geralmente, é uma alternativa bastante cara em se tratando de áreas urbanas consolidadas, cujo valor poderia ser investido em benefícios que proporcionariam um meio ambiente sadio para mais pessoas do que apenas àquelas que habitam a área atravessada pelo arroio poluído. Um laudo geológico poderia também informar ao jurista a possibilidade técnica ou não da edificação, enfim, a ciência produz informações ao direito sobre a conveniência ou não da canalização e edificação sobre determinada área de preservação permanente. Se for cientificamente comprovada a conveniência, não pode ser a decisão jurídica quem vai dizer sobre o caráter sadio ou não sadio, sustentável ou não sustentável daquele meio ambiente, naquelas condições. Não é o sistema jurídico o sistema competente para decidir sobre a salubridade/insalubridade do meio ambiente ou sobre a sustentabilidade/não sustentabilidade de determinada atividade. Uma decisão jurídica que proibisse a canalização de um arroio nessas condições, ainda que com base no programa condicional do direito, seria uma decisão desconectada da complexidade do ambiente, porque a própria diferenciação funcional do direito não lhe dá a competência para julgar sobre a salubridade/insalubridade, mas tão somente pelo direito ou não direito da concessão da licença de canalização do arroio poluído sem as exigências da legislação. Até o questionamento da decisão perita em um processo judicial só pode ser realizado por outra decisão perita (os assistentes técnicos das partes).

Do ponto de vista setorial, não há problema algum para a gestão dessas informações na decisão jurídica. Cada vara judiciária, câmara ou turma de segunda instância decidirá com base no conjunto probatório que instruiu o processo. Mas, do ponto de vista do ambiente dos sistemas setoriais, pode-se observar uma crescente independência das decisões jurídicas em relação a outras. As decisões jurisdicionais nunca foram tão autônomas em relação a outras quanto hoje, com os novos direitos.

A prova disso pode ser observada por meio de uma simples comparação entre as tentativas de sistematização das matérias jurídicas pela doutrina e a realidade na práxis das decisões judiciais, que evoluíram para uma relativa independência em relação a outras decisões. Poucas decisões jurídicas dependem umas das outras,[18] senão apenas de precedentes sobre a mesma matéria. O procedimento de uniformização de jurisprudência não passou a ser mais utilizado atualmente do que há décadas atrás, apesar de os conflitos terem aumentado, como fala a crítica sobre as questões da morosidade do Poder Judiciário. Pode-se afirmar, atualmente, que as decisões envolvendo novos direitos são decisões que não têm outra alternativa senão se tornarem independentes umas das outras,

---

[18] Ver LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 153.

porque esses conflitos jurídicos cada vez mais são conflitos entre posições opostas igualmente justificáveis.[19]

O direito ao desenvolvimento econômico, por exemplo, é tão justificável juridicamente quanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E qualquer tentativa de consenso, aqui, como forma de conciliação entre esses dois postulados, estaria já condenada ao fracasso, em face da diferenciação funcional entre os sistemas ecológico e econômico da sociedade contemporânea.[20] A práxis do direito então pôde separar os princípios da proteção jurídica do meio ambiente dos da proteção jurídica do desenvolvimento, pelo mecanismo da setorialização dos sistemas decisórios, isto é, pela diferenciação das instâncias de decisão em varas especializadas, diferenciadas funcionalmente por critérios de competência.

Como se vê, a solução da prática forense foi mais criativa do que as soluções propostas pela doutrina, como foi a conhecida distinção entre princípios e regras e os critérios de razoabilidade e ponderação de bens.[21] A prática distinguiu as matérias das competências para proporcionar um isolamento (fechamento) sistemático dos tipos de conflito em cada caso.[22] A criação de juízos especializados comprova isso. Fora do limite da competência jurisdicional não se observam

---

19 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*, cit., p. 123.

20 Se uma ação racional é aquela que encontra justificação nas ordenações normativas vigentes, então tanto as pretensões ecológicas como as econômicas são racionais, mas cada uma com uma racionalidade própria, que, então, demandaria consenso como forma de resolução, um "consenso que descansa sobre el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica" (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I.* Racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988. p. 36). O problema é que "Todo consenso descansa en un reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica, y para ello hay que suponer que los sujetos que actúan comunicativamente son *capaces de criticarse recíprocamente*" (Ibidem, p. 168).

21 Essas propostas podem ser lidas em Canaris, Dworkin e Alexy, como observou MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação:* recursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997. p. 266 e 268: "Essa é uma estratégia de ocultação do paradoxo que procura apoiar a diferença legal/ilegal na ulterior assimetria princípio/consequência. [...] A forma princípio/consequência não pode observar a si mesma através de sua própria distinção: não se pode indicar, aqui, se a parte 'princípio' desta forma é um princípio (um ponto de partida) ou uma consequência; a mesma coisa vale para a outra extremidade da forma, a parte "consequência'". Com efeito, se o outro lado das consequências fosse os princípios, então a indicação de um princípio como referência produziria, ao mesmo tempo, a consequência, isto é, a própria referência a princípios produziria já suas próprias consequências.

22 Por exemplo, a ADI(MC) 1893-RJ, do Pleno do STF, que decidiu no sentido de o "meio ambiente do trabalho" ser matéria de direito do trabalho, portanto, da competência legislativa da União, suspendendo a eficácia de uma lei ambiental do Estado do Rio de Janeiro (ver AGUIAR, Ruy Rosado. O meio ambiente e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: RT, ano 7, n. 25, jan./mar. 2002. p. 202). Ou seja, para conferir racionalidade à opção entre os dois lados da forma (ambiente de trabalho = ambiente /ou/ trabalho), o Pleno precisou criar uma diferenciação hierárquica: indicou o "meio ambiente" como gênero e o "trabalho" como espécie.

conflitos; então, apenas aqueles conflitos que escapam dessa diferença competência/não competência é que poderão ser observados como conflitos.

A questão que surge, portanto, nesse contexto de crescente setorialização dos sistemas de organização judiciária é a possibilidade de uma integração das decisões jurídicas no sentido de uma maior coerência na gestão das demandas judiciais. Antes da indicação de uma resposta a essa questão, observa-se o que ocorre com a setorialização no âmbito dos sistemas de organização empresariais, para que a resposta possa abranger esses dois tipos de sistemas de gestão de decisões jurídicas. A mesma resposta para ambos os sistemas é possível porque tanto a setorialização nas organizações judiciárias quanto nas organizações empresariais são o resultado de um mesmo fenômeno, qual seja: a crescente diferenciação funcional da sociedade. O próprio direito Estatal, em face da diferenciação funcional da sociedade globalizada, começa a conflitar com outras dimensões regulatórias não estatais, como as normas ISO-ABNT,[23] o Constitucionalismo Societário[24] e os códigos de *best practices* da governança corporativa.[25]

No contexto das organizações empresariais (consultoria jurídica), elege-se como tema de experimentação a consultoria jurídica para a certificação ISO14000. Quando a NBR/ISO14001 foi editada, em 1996, a empresa que pretendesse essa certificação deveria atender a uma série de sugestões técnicas de estandardização. No que diz respeito ao direito, bastava que a empresa documentasse os requisitos legais aplicáveis ao seu processo produtivo, disponibilizando-os por meio de mecanismos de consulta, como um CD de legislação ambiental, por exemplo. Em novembro de 2004, contudo, a NBR/ISO14001 sofreu alterações significativas do ponto de vista do setor jurídico: além da manutenção de procedimentos para identificação e acesso à legislação aplicável aos seus aspectos ambientais, a empresa agora deve determinar *como* os requisitos legais estão associados aos seus aspectos ambientais. Novamente, aqui, a definição desses aspectos depende de peritos (engenheiros, biólogos, geólogos etc.).

Isso significa uma exigência (ou uma sugestão, na linguagem da NBR) de integração das decisões jurídicas com as decisões dos demais setores da empresa, vale dizer, uma integração da consultoria jurídica nos planejamentos setoriais da empresa. Em outras palavras, a setorialização sistêmica da organização

---

23 Disponíveis em: <http://www.abnt.org.br>.

24 No âmbito da informática, ver, por exemplo, TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade da informação no Brasil:* livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

25 No Brasil, ver, por exemplo, os modelos (níveis 1 e 2) de governança corporativa fornecidos pela Bolsa de Valores do Estado de São Paulo. Em: BOVESPA. *Níveis diferenciados de governança corporativa*. São Paulo: Bovespa, 2002. Disponível em: <http://www.bovespa.com.br/pdf/regulamentonv310502.pdf>; ver também CARVALHO, Antonio Gledson de. *Efeitos da migração para os níveis de governança da Bovespa*. São Paulo: Bovespa, 2003. Disponível em: <http://www.bovespa.com.br/pdf/uspniveis.pdf>.

empresarial que pretenda a certificação ISO14000 deve ser "dessetorializada". Esse paradoxo, no entanto, pode ser assimetrizado por meio de um terceiro valor criativo chamado função (observa-se a coincidência dessa solução empresarial com a solução judiciária de setorialização das varas judiciais sob critérios de competência, que também é um critério de diferenciação funcional). As decisões do setor jurídico da empresa continuarão a ser decisões do setor jurídico da empresa (autonomia operacional), mas integradas às decisões dos demais setores (dependência cognitiva). Assim, a função consegue desenvolver esse paradoxo da autonomia/dependência de um sistema setorial, apesar das instabilidades no ambiente da organização, porque ela é o resultado do próprio código operacional que estrutura a complexidade nos sistemas setoriais.

Por exemplo, o setor contábil decide, sob o código crédito/débito, a respeito dos eventos do ambiente, enquanto o financeiro decide sob o código lucro/prejuízo, e os outros setores decidem cada um com base em códigos que produzem a sua própria identidade setorial. A função permite a ligação entre esses sistemas setoriais porque ela é uma autofunção,[26] vale dizer, ela é o próprio resultado da diferenciação produzida pelo código operacional de cada sistema setorial. O setor jurídico da empresa pode, por exemplo, decidir sobre o direito ou o não direito das metas definidas no planejamento do setor financeiro da organização, que, por sua vez, decidirá sobre o lucro/prejuízo da decisão jurídica e, então, oportunizará a outro setor (o conselho deliberativo, por exemplo) decidir sobre a viabilidade/inviabilidade dessas metas.

Como se vê, a observação da função é o que permite aos sistemas setoriais serem, simultaneamente, operacionalmente autônomos e cognitivamente dependentes uns em relação aos outros.[27] Não é coincidência que também nas organizações judiciárias a setorialização em varas, câmaras e turmas especializadas ocorreu por intermédio de diferenciações funcionais, denominadas competência funcional ou material. Essa coincidência na forma de setorialização nas organizações judiciárias e empresariais é resultado da assimetrização do paradoxo da autonomia/dependência dos sistemas setoriais pela função que, sublinhe-se, é uma autofunção produzida pela própria forma de diferença com a qual cada sistema setorial produz a sua unidade (identidade) como unidade do que lhe é distinto.

---

[26] Prigogine fala em autofunção e demonstra matematicamente como é possível um sistema estar submetido à aplicação de operadores diferentes e, mesmo assim, permanecer com sua função invariada (PRIGOGINE, Ilya. *As leis do caos*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2002. p. 47 e seguintes).

[27] Ver TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 229: "No contexto de um sistema jurídico caracterizado por um alto grau de diferenciação funcional, a integração e unificação do direito deixou de poder ser obra de instrumentos conceptuais ou valorativos para passar a ser função da possibilidade de compatibilizar a autonomia dos diversos sectores jurídicos e da coordenação recíproca entre os respectivos princípios básicos".

A assimetrização do paradoxo pela função, contudo, permite a integração das gestões setoriais porque as funções de um sistema são sínteses de uma grande quantidade de possibilidades. De todas as possibilidades, só as possíveis de serem realizadas pelo sistema constituem funções.[28] A função do sistema constitui então uma orientação às suas operações sempre para o foco da unidade do sistema.

Embora a função que um sistema desempenhe para o sistema total da sociedade não constitua a base autorreferencial de suas operações,[29] a função é uma diferença com a qual um sistema setorial orienta suas operações com vistas a prestações aos demais sistemas setoriais, criando um *feedback* que permite a avaliação dos níveis de influência informados pelos demais sistemas setoriais, e, assim, dos níveis de coordenação (coerência) das operações de cada sistema setorial em relação à organização. Assim, a função suprime a necessidade de cláusulas gerais como *meio* para a tentativa de abranger toda a complexidade de uma decisão. A orientação funcional do sistema serve, portanto, como orientação para a decisão possível no caso concreto, sob a programação condicional do sistema (passado) do ambiente em que está submetida (presente) e com a abertura para a observação de oportunidades e riscos da programação finalística (futuro). É nessas condições que passado (norma jurídica), presente (condições ambientais) e futuro (riscos) podem tornar-se presentes em uma decisão jurídica setorial integrada aos demais sistemas setoriais.

Por mais que a observação tente manipular, intervir ou controlar a forma com a qual os sistemas operam, acoplam ou se organizam, as formas de organização são sempre formas de auto-organização. Nenhuma ordem pode ser imposta do exterior ao sistema, nenhuma forma de organização pode ser manipulada por uma ação externa à própria forma de auto-organização do sistema. A integração das formas de gestão jurídica é o resultado dessas próprias formas de gestão jurídica em sistemas setoriais. A observação até pode pretender manipular o ambiente do sistema a partir do qual ela opera, mas o ambiente, como afirmou Foerster, é como ele é.[30] A instabilidade das trajetórias evolutivas[31]

---

[28] LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales,* cit., p. 273: as funções "son siempre puntos de vista de la comparación entre posibilidades realizadas y otras".

[29] Pois a designação da identidade do sistema como unidade de diferença é atributo da autorreferência basal (código).

[30] Ver FOERSTER, Heinz Von. Notas para una epistemología de los objetos vivientes. In: FOERSTER, Heinz Von. *Las semillas de la cibernética*. Edición de Marcelo Pakman. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1996. p. 78: "El ambiente no contiene información; el ambiente es como es".

[31] Utiliza-se aqui a expressão de PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *A nova aliança*. Metamorfose da ciência. Tradução de Miguel Faria e Maria Joaquina Machado Trincheira. 3. ed. Brasília: UnB, 1997. p. 207: "Os caminhos da natureza não podem ser previstos com segurança; a parte de acidente é neles irredutível e bem mais decisiva do que o próprio Aristóteles julgava: a natureza bifurcante é aquela em que pequenas diferenças, flutuações insignificantes, podem, se se produzirem em circunstâncias oportunas, invadir todo o sistema, engendrar um regime de funcionamento novo".

dessas diversas formas de organização social não permite a concretização dessa ambição de manipulação ou de transformação planejada, pois nenhuma forma de organização é legítima. Nenhuma pode ser imposta pelo direito ou por qualquer outra instância de autoridade: todas são produtos de circunstâncias.

SETORIALIZAÇÃO E GOVERNANÇA JURÍDICA

Essa investigação sinalizou a forma de sistemas setoriais como uma categoria importante de observação da prática das decisões no âmbito dos sistemas de organização. Trata-se de arranjos institucionais que não se confundem com as organizações, tampouco com os sistemas de interação. Os sistemas setoriais permitem observar o modo por meio do qual as organizações/decisões estabelecem referências comunicativas criativas com o ambiente sistêmico, abrindo a decisão jurídica para a complexidade do ambiente, mas, ao mesmo tempo, estruturando essa complexidade no âmbito da estrutura da organização.

A partir das noções de acoplamento estrutural e codificação secundária, desenvolvidas segundo os aportes da teoria dos sistemas sociais autopoiéticos de Niklas Luhmann, procurou-se descrever como é possível um sistema setorial ser, ao mesmo tempo, setorial e não setorial, isto é, como é possível um sistema setorial desparadoxizar o paradoxo de ser simultaneamente autônomo e dependente dos demais sistemas setoriais, por meio de uma assimetrização pela introdução do terceiro valor indeterminado: a função que os outros sistemas setoriais (ambiente) prestam uns aos outros.

Nesse contexto de alta complexidade é que se pode pensar em governança jurídica para a gestão da complexidade que envolve as relações (não lineares) entre sistemas setoriais. Por isso que uma boa governança jurídica pressupõe mais do que um conjunto de métodos e técnicas para incrementação da eficiência, coerência, responsabilidade e transparência das ações setoriais em um contexto de organização de decisões:[32] pressupõe criatividade na assimetrização dos paradoxos. Entre o desejado e o viável, a integração funcional parece ser o melhor caminho para a ligação entre sistemas setoriais na base de uma gestão coerente da comunicação jurídica.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado. O meio ambiente e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, RT, ano 7, n. 25, jan./mar. 2002.

BECK, Ulrich. Teoría de la sociedad del riesgo. In: GIDDENS, A.; BAUMAN, Z.; LUHMANN, N.; BECK, U. *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Tradução de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona: Anthropos, 1996.

---

[32] Utiliza-se o conceito de governança da COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Governança Europeia*. Um livro branco. Bruxelas: COM (2001) 428 final, 2001. p. 8. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pt/com/cnc/2001/com2001_0428pt01.pdf>.

BOVESPA. *Níveis diferenciados de governança corporativa*. São Paulo: Bovespa, 2002.

CAIRNCROSS, Frances. *Meio ambiente:* custos e benefícios. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Nobel, 1992.

CARVALHO, Antonio Gledson de. *Efeitos da migração para os níveis de governança da Bovespa*. São Paulo: Bovespa, 2003.

CLAM, Jean. A Autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Governança europeia*. Um livro branco. Bruxelas: COM (2001) 428 final, 2001.

FOERSTER, Heinz Von. Notas para una epistemología de los objetos vivientes. In: FOERSTER, Heinz Von. *Las semillas de la cibernética*. Edición de Marcelo Pakman. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana:* a caminho de uma eugenia liberal? Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1988.

HART, Stuart L. Além da consciência ecológica: estratégias para um mundo sustentável. In: HARVARD BUSINESS REVIEW. *Estratégia corporativa*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, s/d.

LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhile Erder e Luis Felipe Segura, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: ITESO e Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1996.

LUHMANN, Niklas *Sistemas sociales:* lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker; coord. Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Guadalajara: Universidad Iberoamericana e Universidad de Guadalajara, 1992.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação:* recursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997.

MALERBA, Franco. Sectorial systems and innovation and technology policy. *Revista Brasileira de Inovação*, Rio de Janeiro: FINEP, v. 2, n. 2, p. 329-376, jul./dez. 2003.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento:* as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *O visível e o invisível*. Tradução de José Artur Gianotti e Armando Mora d'Oliveira. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *A nova aliança*: metamorfose da Ciência. Tradução de Miguel Faria e Maria Joaquina Machado Trincheira. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *As leis do caos.* Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2002.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *O nascimento do tempo.* Tradução do Departamento Editorial de Edições 70. Lisboa: Edições 70, 1999.

ROCHA, Leonel Severo. A construção do tempo pelo Direito. In: *Anuário do PPGD--Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde:* efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade da informação no Brasil:* livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético.* Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

VARELA, Francisco; THOMPSON, Evan; ROSCH, Eleanor. *A mente incorporada. ciências cognitivas e experiência humana*. Tradução de Maria Rita Secco Hofmeister. Porto Alegre: Artmed, 2003.

RECONHECIMENTO E DIFERENÇA NA TEORIA ÉTICA DE AXEL HONNETH: UMA QUESTÃO EM FORMA DE ENSAIO

RECOGNITION AND DIFFERENCE IN AXEL HONNETH'S ETHICAL THEORY: AN ESSAY

João Maurício Martins de Abreu*

RESUMO

Este ensaio propõe uma via para a crítica da ética do reconhecimento de Axel Honneth no que diz respeito ao lugar que atribui à *diferença*. Embora não discuta a importância do *reconhecimento* na vida ética e, principalmente, nas lutas políticas, o ensaio questiona a centralidade a que o *reconhecimento* é alçado na teoria de Honneth. Na base da crítica, está o papel do *negativo* (como contradição constitutiva), aparentemente superestimado por Honneth na vida ética. Este ensaio postula um lugar necessário para a *positividade* (como afirmação de si, afirmação positiva das relações e singularidade em si mesma) na vida ética.

Palavras-chave: Reconhecimento; Diferença; Negativo; Positivo.

ABSTRACT

This essay proposes one way to criticize the ethics of Axel Honneth's recognition, particularly the place he attributes to the problem of *difference*. The importance of recognition in ethical life and especially in political struggles is out of question. But this essay questions the centrality to which recognition is raised in Honneth's theory. Based on our point of view the role of the negative (as constitutive contradiction) is apparently overestimated by Honneth in ethical life. This essay affirms a necessary place for positivity (as affirmation of self, positive affirmation of relationships and singularity in itself) in ethical life.

Key-words: Recognition; Difference; Negative; Positive.

---

* Doutor em Direito pela PUC-Rio; Mestre em Sociologia e Direito pela UFF (2009). E-mail: martinsdeabreu@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

Uma das encenações do Teatro do Oprimido, fundado por Augusto Boal, apresenta a seguinte situação: um ator estende a mão a outro que vem chegando ao seu encontro e, quando este, em resposta, estende-lhe a sua mão para o cumprimento, o primeiro subitamente desfaz o gesto, retira a sua mão e aguarda, imóvel, frente a frente, a reação daquele que foi desrespeitado. Um narrador, então, interrompe a cena antes de qualquer reação e convida os que estão na plateia a, individualmente, refazerem a cena e continuá-la, a mostrarem como reagiriam em tal situação: "o que você faria se fosse com você? Não diga! Levante-se e faça".

A cena ilustra negativamente um dos aspectos mais banais do *reconhecimento em situação* na vida ética. Exemplos concretos de estigmatização e discriminação, com base em argumentos de raça, sexo, etnia, origem social e orientação sexual; exemplos de tortura, maus -tratos, estupro; exemplos de invisibilidade social; exemplos de tratamento jurídico desigual e até mesmo de repartição desigual de riquezas podem tornar mais clara a importância do *reconhecimento* como categoria fundamental da vida social e principalmente da luta política.

O *reconhecimento* – como respeito, glória, honra, mérito, reputação, estima social etc. – sempre desempenhou um papel essencial na filosofia prática. Contudo, é apenas com Hegel, no século XIX, e, já no final do século XX, com autores como Taylor, Honneth e outros, que o *reconhecimento* é alçado à condição de "pedra angular de uma ética" (HONNETH, 2007, p. 474). A afirmação do *reconhecimento*, em seus mais diversos graus e formas, como princípio constitutivo da vida ética, dá o chão comum sobre o qual tais autores, ainda que com diferentes concepções, constroem uma *teoria do reconhecimento* – ou algumas.

O objetivo deste ensaio é propor uma questão às bases fundamentais da *teoria do reconhecimento* de Axel Honneth. Não para fantasiosamente refutá-la – o que seria pretensão pueril. Mas, para, afirmando embora sua importância, pensar alguns possíveis limites, não desprezíveis à sua aplicação.

O texto está dividido em três partes. Na primeira, meramente preliminar, é identificado o pressuposto da teoria do reconhecimento de Honneth problematizado neste ensaio. Na segunda, são sumariamente expostas as bases da teoria do reconhecimento desenvolvidas por Honneth, em paralelo com as três esferas da vida ética identificadas por Hegel em sua Filosofia do Direito. Honneth, como se sabe, propõe uma reatualização crítica da estrutura do *reconhecimento* na obra de Hegel, aproximando-se deste no que há de nuclear em seus argumentos, mas apartando-se principalmente da dinâmica institucionalizante da vida ética, tal como proposta pelo filósofo alemão dos oitocentos. Daí o propósito de uma exposição conjunta.

Já na terceira parte, é apresentada e desenvolvida a questão que justifica este ensaio e que pode ser assim definida: está posto, ou melhor, adequadamente posto o problema da *diferença* na ética do reconhecimento de Honneth?

O PRESSUPOSTO PROBLEMATIZADO NESTE ENSAIO

Há dois pressupostos explícitos na teoria do reconhecimento de Honneth. O primeiro é mais político do que ético: a base da interação social são os conflitos, e a gramática da interação social é a luta por reconhecimento. A afirmação se faz em confronto aberto com a concepção habermasiana do *agir comunicativo*, orientada para o entendimento e não para o conflito.

O segundo pressuposto, por sua vez, é mais ético do que político: as relações de reconhecimento são formadoras da própria identidade, isto é, constituem a chave de leitura dos processos de subjetivação individual e coletiva. A visão que cada indivíduo ou coletividade tem de si mesmo gera uma expectativa de reconhecimento por parte dos outros; prova disso seria o sentimento de injustiça gerado pela frustração dessa expectativa, que feriria a consciência de si nos indivíduos e nas coletividades.

Como se vê, o segundo pressuposto oferece uma base moral[1] para a leitura do primeiro. A gramática dos conflitos é uma gramática *moral* dos conflitos, que obedece à seguinte sequência lógica: o desrespeito leva à luta por reconhecimento, e esta à mudança social. Certamente, não é qualquer desrespeito que gera a luta por reconhecimento, mas aquele fortemente enraizado (no indivíduo ou no grupo) e aquele dotado de alguma generalidade capaz de mobilizar outras pessoas para a mesma luta. Mas, uma vez posta tal ofensa sob uma linguagem comum, estará dada a condição motivacional das lutas sociais (Werle; Melo, 2007, p. 16).

Neste ensaio, objetiva-se a problematização do segundo pressuposto indicado. Será mesmo determinante o lugar do reconhecimento na formação da identidade e nos processos de individuação/subjetivação?[2]

AS BASES DA TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH

No terceiro capítulo de seu livro sobre a teoria social de Hegel, Honneth (2010) discute a possibilidade de retomarmos, em si mesmas, questões discutidas na Filosofia do Direito daquele filósofo, sem necessariamente receber um sistema

---

[1] Nas leituras de Honneth (2007, p. 477), referenciadas ao final, não se encontra o desenvolvimento de uma diferença entre ética e moral que permeie a obra, ainda que, rapidamente, o autor remeta a moral à dimensão da *lei* e a ética à dimensão do *bem* num contraponto que faz com Kant. Essa diferenciação sumária não aparece nos outros textos, que parecem utilizar uma expressão pela outra.

[2] Utilizam-se, neste ensaio, as expressões "individuação" e "subjetivação" como sinônimas.

hegeliano fechado a reboque. A intenção de Honneth é apropriar-se criticamente de conceitos e dinâmicas da teoria social de Hegel para mostrar seu caráter persuasivo para a abordagem de problemas atuais. Hegel lido, relido e interpretado é o apoio e a inspiração para Honneth dizer o que pretende e o que entende ser o mundo de hoje.

Por que as pessoas sofrem, individual ou coletivamente? Sofrem por algum tipo de indeterminação, de incompletude, de vazio que revela a ausência de alguma forma ou grau de reconhecimento conectado à liberdade humana.

É possível emergir do sofrimento? Para Honneth, existe na Filosofia do Direito de Hegel, mais exatamente na seção dedicada à *vida ética*, uma ideia implícita de *liberação*, de superação do sofrimento e direcionamento à liberdade possível em cada tempo histórico. E é na afirmação dessa possibilidade emancipatória que está o que Honneth vai buscar em Hegel para afirmar que "a vida ética nos liberta da patologia social ao criar para todos os membros da sociedade condições iguais para a realização da liberdade" (Honneth, 2010, p. 49).

AUTORREALIZAÇÃO, RECONHECIMENTO E PROCESSOS FORMATIVOS

Vida ética não é uma expressão qualquer. É expressão normativa. Na concepção de Honneth, todas as formas da *vida ética* devem obedecer a condições de *autorrealização* e *reconhecimento*, como padrões de ação capazes de nos fazer emergir do sofrimento, capazes de tornar possível a liberdade. Autorrealização e reconhecimento geram relações de condicionamento recíproco e são requisitos práticos, que devem ser realmente experimentados na vida dos sujeitos (individuais ou coletivos). Para a *autorrealização*, por exemplo, um certo número de formas de vida precisa ser um objeto plausível de aspiração para os indivíduos, isto é, uma aspiração efetivamente *reconhecida*, aceita por outros, e não uma possibilidade abstrata. Autorrealização e reconhecimento são as duas faces de uma mesma realidade ética.

A *autorrealização*, como condição da vida ética, significa o suprimento generalizado de oportunidades de satisfação individual que cada sujeito deveria ser capaz de experimentar como uma realização prática de sua liberdade. Mas a autorrealização depende do reconhecimento, porque só somos capazes de nos experimentar como seres livres quando confrontados com outros humanos opostos. Não há autorrealização sem *intersubjetividade*.

Reconhecimento, por sua vez, é um padrão de ação moral direcionado a outros. Implica respeitar e exigir, reciprocamente, comportamentos, direitos e deveres em circunstâncias concretamente determinadas. Reconhecer é conhecer algo (as escolhas ou os direitos de uma pessoa, por exemplo) a partir de modos

prevalecentes de interação social, independentemente de esforço político ou intelectual (Honneth, 2010 p. 50-51).[3]

Respeito, *direitos e deveres*, *reciprocidade* são expressões que parecem evocar os imperativos de Kant. Como estabelecer o que deve ser objeto de *reconhecimento*? Embora haja no reconhecimento uma base conceitual de respeito mútuo que Hegel deve a Kant, Honneth faz questão de registrar que o sentido em ambos é diferente. Enquanto em Kant o *dever* é um princípio vazio de subjetividade moral, um princípio eminentemente intelectual, na Filosofia do Direito de Hegel espera-se que as exigências éticas se tornem relações de necessidade. Melhor dizendo: Hegel tenta entender a realização da liberdade individual como um processo intersubjetivo, e não como um processo decisório, porque é apenas na relação com outros sujeitos que um ser humano restringe a si mesmo, suas inclinações e necessidades.[4]

E é aqui que surge o lugar dos processos de formação na vida ética, segundo Hegel: seria preciso produzir socialmente, por meio da educação, da cultura e de outros processos de formação, as formas de restrição e as inclinações dos sujeitos, de modo que elas percam a característica de algo meramente dado na natureza, ou de uma decisão racional pura – como em Kant. A vida ética deve constituir uma segunda natureza e, para tanto, os processos de formação desempenham um importante papel.

Vale destacar que o lugar central de tais processos de formação na constituição do *desejo* e das *inclinações* dos sujeitos e das coletividades não aparece desse modo impositivo na teoria do reconhecimento de Honneth. Enquanto em Hegel se pode antever nesse lugar a função e o papel do Estado, como condutor principal do processo de formação dos sujeitos e grupos sociais, em Honneth o Estado perde o lugar privilegiado de esfera ética mais importante e, consequentemente, os processos de formação se descentralizam.

Em síntese, a *vida ética* tem requisitos práticos a serem observados para tornar possível a liberdade: *autorrealização e reconhecimento*, em primeiro lugar, mas também os correspondentes *processos de formação* de cada esfera ética. A relação entre tais requisitos é de ininterrupto condicionamento recíproco.

---

[3] A essas duas condições da vida ética Hegel acrescenta uma outra, excessivamente institucionalizante, que Honneth não irá aparentemente absorver, embora escrupulosamente a mencione. Trata-se da necessidade, para Hegel, de que as ações intersubjetivas que constituem a vida ética expressem formas de reconhecimento recíproco determinadas. Assim, por exemplo, a *família* só constituirá uma esfera da vida ética se for constituída pelo matrimônio – única forma de reconhecimento recíproco familiar socialmente aceita na sociedade burguesa do início dos oitocentos. Honneth, como veremos, no lugar da família institucionalizada, encontra no *amor* e na *amizade* a forma da *vida ética*, semelhante à *família*, em que o reconhecimento se manifesta em primeiro lugar aos sujeitos.

[4] Veremos rapidamente, ao final deste segundo tópico, que Honneth faz uma concessão importante ao *imperativo categórico* de Kant.

AS FORMAS DE RECONHECIMENTO (OU PADRÕES DE RECONHECIMENTO INTERSUBJETIVO)

Honneth (apud Werle; Melo, 2007, p. 33) faz uma reatualização que qualifica de "indireta" da obra de Hegel. É dizer: uma reatualização que utiliza e reconstrói certos conceitos de Hegel em detrimento de outros, sem a preocupação de fidelidade integral ao filósofo dos oitocentos. Dentre as mais importantes reatualizações que Honneth produz para a construção de sua teoria, figura aquela sobre as diversas *instituições* dentro das quais se dá o *reconhecimento*. A inspiração do *amor e da amizade*, como formas primárias de reconhecimento para Honneth, nosso autor vai buscar nos padrões interativos da instituição da *família* de Hegel; a dos *direitos*, nos padrões interativos da instituição da *sociedade civil*; a da *solidariedade social*, nos padrões interativos da instituição do Estado.

Percebe-se a semelhança de estrutura dos raciocínios de Honneth e Hegel, mas nota-se, inclusive, porque Honneth (2010, p. 63-80) o explicita, a divergência em relação à dinâmica do *reconhecimento*: hiperinstitucional e hierarquizada em Hegel, mais descentralizada e não hierarquizada em Honneth.

A comparação do capítulo de Honneth dedicado exclusivamente à Filosofia do Direito de Hegel (Honneth, 2010, p. 48-80) com aquele capítulo, de *A luta por reconhecimento*, dedicado ao amor, aos direitos e à solidariedade (Honneth, 2003, p. 155-211) como *formas atuais de reconhecimento*, destaca bem a diferença entre ambos os autores. Nada substitui a leitura direta desses capítulos. Tendo em vista o objetivo deste ensaio, a exposição que se segue é meramente sumária e, inevitavelmente, genérica.

Os ferimentos morais resultam da intersubjetividade da vida humana, que gera uma expectativa de reconhecimento. A melhor forma de demonstrá-lo, segundo Honneth, é a da ofensa individual. Cada pessoa tem uma consciência ou um sentimento de si mesma, uma consciência ou um sentimento *práticos* no que diz respeito às faculdades e aos direitos que lhe cabem. Isso nosso autor denomina *relação a si*.

Nesse contexto conceitual da *relação a si*, as ofensas podem dirigir-se, primariamente, contra uma certeza elementar que cada um tem de suas necessidades e desejos, e que Honneth, apoiado na psicanálise, denomina (a) *confiança em si*, ou *autoconfiança*. Num outro patamar, a *relação a si* é ofendida quando se atinge a consciência prática de cada pessoa quanto a ser alguém dotado de discernimento moral, denominada por nosso autor (b) *respeito de si* ou *autorrespeito*. Enfim, num nível mais elevado da consideração de si mesmo, a *relação a si* é ofendida quando se atinge a consciência de cada pessoa sobre o valor social que dá a si mesma, a suas virtudes sociais e méritos, o que Honneth denomina (c) *sentimento do próprio valor* ou *autoestima* (Honneth, 2007, p. 476).

Honneth afirma que, para cada forma de ferimento moral, existe uma forma de reconhecimento correspondente, pois só há ofensa a um bem ou valor que preexista.

A forma de reconhecimento correspondente à *confiança em si* é o *amor* (e, por extensão, a amizade): aqui, as necessidades e os desejos de cada indivíduo têm um valor único e insubstituível para o outro. O que corresponde ao *respeito de si* são os *direitos*: aqui, cada indivíduo é reconhecido, indistintamente, como alguém de mesma capacidade e discernimento moral que o outro. Já a forma de reconhecimento que corresponde ao *sentimento do próprio valor* é a *solidariedade social*: aqui, existem uma capacidade e uma virtude particular do indivíduo que são socialmente reconhecidas como algo que o distingue do outro e que é constitutivo para uma comunidade concreta (Honneth, 2007, p. 477; Salvadori, 2011, p. 189).

As relações sociais de reconhecimento baseadas no *amor* são de caráter privado. Honneth utiliza-se largamente da abordagem da psicologia infantil de Winnicott para mostrar a importância da evolução do relacionamento primário entre mãe e filho para a afirmação da autoconfiança e autonomia deste. A relação de cuidado, dedicação e atenção, que se inicia como uma dependência e indistinção absoluta aos olhos do filho, deve progredir para uma relação de dependência relativa, em que o filho reconhece progressivamente a mãe como um "outro", com direitos e faculdades próprias, como uma pessoa independente dele. E, assim, estabelece-se progressivamente um processo de individuação, um processo de formação da identidade recíproca: do filho em relação à mãe (o primeiro outro) e depois em relação ao pai ou a quem lhe faz as vezes (o segundo outro) e a outros membros das relações privadas familiares ou de amizade. Cada membro de uma comunidade assentada sobre essas bases tem um valor único e é insubstituível para o outro. Sem o outro, sentimo-nos incompletos e, por isso, essa é uma esfera primária de *autorrealização e reconhecimento*. Nas relações baseadas no *amor* – assim como naquelas baseadas na amizade – o padrão de reconhecimento é, portanto, uma espécie de *sentimento de unidade*, de *simbiose*, cuja quebra gera o sofrimento (Honneth, 2003, p. 159-177).

Esse processo de individuação é fundamental para criar uma segurança emotiva que permita ao sujeito ascender da autoconfiança ao autorrespeito, o lugar dos *direitos*, o lugar da cidadania impessoal. Mas, antes de passar à segunda forma de reconhecimento, vale notar um paralelo do *amor* em Honneth com a *família* em Hegel.

A *família*, segundo Hegel, é o ponto de partida da vida ética; é a vida ética em sua forma "natural"; a forma de socialização primária das necessidades humanas. Sem esse reconhecimento subjetivo primário, o desenvolvimento de uma segunda natureza, via processos de formação como a educação e a cultura, seria

impossível. Trata-se da família burguesa, imaginada como um espaço interior e íntimo, livre de constrangimentos exteriores, cujo propósito é o sustento e a proteção dos indivíduos a ela pertencentes. A vida aqui transcorre entre o amor, a confiança e a obediência. Os comportamentos esperados, os direitos e deveres, estão fundados na ajuda mútua. E Honneth aponta e critica o preconceito de Hegel em relação à posição da mulher na divisão do trabalho familiar, bem como a "institucionalização legal e positiva do amor", já que, para Hegel, a família só seria de fato uma primeira esfera da vida ética se fundada no *contrato de casamento* (HONNETH, 2010, p. 59-60; 63-72). Ao propor o desprezo aos anacronismos da concepção hegeliana e à institucionalização legal do *amor*, Honneth reconstrói o argumento hegeliano a partir do próprio padrão interativo familiar – o amor –, mantendo, assim, como deseja, o núcleo do argumento de Hegel.

As relações sociais de reconhecimento baseadas nos *direitos* são relações jurídicas, dizem respeito à cidadania impessoal e extrapolam o âmbito privado da vida. A integração do indivíduo na comunidade extrafamiliar – mais genericamente, extraprivada – demanda um outro patamar de individuação, pautado no reconhecimento de *direitos* (e, portanto, deveres) recíprocos e impessoais, direitos que independem do valor individual de cada sujeito para a comunidade. É a percepção desses direitos que lhe cabe, e que cabe a todos os outros fora dos círculos privados, que permite ao sujeito ascender da autoconfiança ao autorrespeito, à consideração de seu valor impessoal de *cidadão*.[5] A evolução dos direitos, inicialmente apenas *direitos civis*, mas, posteriormente, também *direitos políticos, sociais e econômicos, ambientais e tecnológicos,* revelaria um progressivo processo de reconhecimento do indivíduo impessoal como *cidadão*. Trata-se aqui de uma autonomia que o sujeito afirma em oposição a um "outro generalizado" (HONNETH, 2003, p. 179) e substituível, diferentemente do que ocorre na *forma de reconhecimento do amor*. A ofensa, aqui, é a ausência de reconhecimento social desses direitos impessoais.

Em Hegel, a *sociedade civil* é a segunda esfera da vida ética. É descrita como um sistema de necessidades, carências que Honneth prefere qualificar, atualizando os termos, como um sistema de *interesses*. A sociedade civil é a sociedade civil burguesa, o espaço do mercado e das relações de troca, onde se veiculam interesses que um adulto não pode esperar ver satisfeitos pelo círculo familiar. Aqui, um "sentido para o universal" é produzido indiretamente pelas trocas. As necessidades individuais (próprias do âmbito familiar) são transformadas em interesses capazes de ser articulados via trocas, às quais corresponde uma

---

[5] Cidadão é termo aqui utilizado no sentido de Arendt: ser alguém com "direito a ter direitos". Hegel, citado por Honneth, utiliza o termo de outro modo, no sentido de valor individual do cidadão, na esfera ética que denomina "Estado" e que é reapropriada, com modificações, por Honneth, sob a forma da *solidariedade social*.

linguagem suficientemente universal – os direitos legais –, que permite a cada um que a use para declarar seu interesse para o outro, um interesse que o outro seja capaz de compreender. A base dessa linguagem comum é o *pacta sunt servanda*, isto é, a afirmação legal e impessoal de que os compromissos assumidos devem ser cumpridos. Para Hegel, a sociedade civil é um lugar superior hierarquicamente à família, no processo de autorrealização e reconhecimento, justamente porque o indivíduo aqui é a pessoa legal, o membro dependente de uma comunidade não eleita, que precisa lançar mão de uma *racionalidade instrumental* para que seus interesses sejam alcançados (Honneth, 2010, p. 59-60 e 73-76). Honneth mais uma vez critica a hiperinstitucionalização de Hegel e afasta os anacronismos da sociedade civil burguesa dos oitocentos, mas adota o padrão interativo da impessoalidade dos direitos como núcleo do argumento hegeliano a ser preservado.

Por fim, nas relações sociais de reconhecimento baseadas no que Honneth chama de *solidariedade social*, o indivíduo concreto e determinado (que pode também ser um grupo, uma classe, um estamento) volta à cena, como nas relações baseadas no *amor*, mas desta vez na esfera pública[6] da vida em comunidade. Além da dedicação afetiva do amor e da amizade, além do reconhecimento jurídico, os sujeitos humanos precisam de uma *estima social* que se refira de forma positiva às suas qualidades, capacidades e realizações concretas diferentes das dos demais membros da comunidade. O conceito de *honra*, vinculado a estamentos e classes sociais, já distinguiu socialmente indivíduos e grupos; nas sociedades modernas e contemporâneas, houve uma estratificação das formas de *estima social* e de *mérito*, atualmente muito mais vinculadas a indivíduos e suas múltiplas realizações. É nessas diversas formas de reconhecimento alheio, fora do âmbito privado, da importância singular de cada indivíduo (ou grupo, classe...) para a comunidade que cada um adquire e afirma sua *autoestima*. A ofensa, aqui, é o desconhecimento da importância particular e diferenciada do indivíduo que ascende a essa condição para a comunidade; é o tratamento desse indivíduo como *substituível*, como "um qualquer", para usar um termo chulo (Honneth, 2003, p. 198-211).

Em Hegel, é o Estado a esfera ética mais elevada. É como cidadão concretamente relevante que o indivíduo atinge uma existência pública. O sujeito torna-se um membro da sociedade aqui, não por meio de sua necessidade natural ou por intermédio de seu interesse individual, mas, sim, de seus talentos e habilidades racionalmente formados, talentos e habilidades que geram uma *honra* objetiva, uma *reputação*. Para atingir esse patamar, o nível de *autorrealização* do indivíduo deve estar ligado a fins comuns e universais, que são próprios de uma

---

6 É apenas Honneth, e não Hegel, quem se vale da expressão *esfera pública*.

razão não instrumental (Honneth, 2010, p. 60-61 e 76-80). Talvez esteja nesta esfera da vida ética a principal divergência de Honneth em relação a Hegel, já que o próprio padrão interativo da esfera do Estado aparece modificado em Honneth, dada a descentralização atual das formas de reconhecimento da *estima social*, que obedecem a um *pluralismo axiológico* na vida contemporânea, ou seja, que são avessas à determinação rígida e prévia de condutas passíveis de valorização (HONNETH, 2003, p. 198-211). Ainda assim, é a partir do núcleo interativo da *honra* e de suas ressignificações que Honneth trabalha o conceito de solidariedade social.

Como se vê, Honneth coloca no lugar das instituições de Hegel *formas de reconhecimento* que permeiam e determinam a *vida ética*.[7] E, diferentemente de Hegel, Honneth não afirma a existência de uma hierarquia entre as formas de reconhecimento, o que confere uma abertura bem maior para a *vida livre* – que é o que, afinal, está em questão. Honneth apenas afirma o limite normativo e universal do *respeito* – declaradamente kantiano[8] – como cerca dentro da qual as mais diversas decisões éticas de responsabilidade individual podem ocorrer.

> [N]a perspectiva da concepção moral aqui desenvolvida, não é absolutamente possível determinar de antemão qual das diferentes relações de reconhecimento é preferível em cada caso, quando elas emitem, ao mesmo tempo, pretensões incompatíveis: o ponto de vista moral engloba três atitudes morais entre as quais não se pode estabelecer uma hierarquia a partir de um outro ponto de vista mais elevado. Nessa medida, todo o domínio do moral (sic) é percorrido por uma tensão que jamais pode dissipar-se a não ser na responsabilidade individual: nas situações concretas, somos obrigados a prestações de reconhecimento que resultam da natureza de nossas relações sociais; mas, em caso de conflito, devemos escolher outros critérios para determinar a qual de nossas relações daremos prioridade. (...) [O] caráter universalista, ligado à forma de reconhecimento que é o respeito, introduz aqui um limite normativo ao qual se submetem essas decisões (HONNETH, 2007, p. 478).

---

7 "Se no lugar das instituições concretas *(a saber, família, sociedade civil e Estado)* colocarmos as três formas de reconhecimento que expusemos aqui *(a saber, amor, direitos e solidariedade social)*, reencontramos, num plano abstrato, a mesma relação condicional entre a integridade pessoal, a interação social e a obrigação moral que Hegel tinha em mente: os direitos e deveres correspondentes representam as implicações morais das relações de reconhecimento que os sujeitos devem manter uns com os outros para assegurarem, juntos, as condições de sua integridade pessoal" (Honneth, 2007, p. 477-478).

8 Honneth explica porque faz essa concessão fundamental a Kant (Honneth, 2007, p. 478), o que será desenvolvido aqui apenas por não ter qualquer relação com o objeto do ensaio.

SOBRE O LUGAR DA DIFERENÇA NA TEORIA ÉTICA DE HONNETH

"A contradição não é suficiente *para distinguir a multiplicidade de interpenetração." (Cláudio Ulpiano)*

Não há dúvida da existência de uma série de exemplos concretos, no passado e no presente, que são bem explicados a partir de categorias do *reconhecimento*. A teoria de Honneth é persuasiva e funcional em muitos casos, principalmente naqueles de lutas por direitos, como, para ficar em dois exemplos, a dos movimentos feministas e LGBT. Em qualquer que seja a esfera ética das formas de reconhecimento – o *amor,* os *direitos* e a *solidariedade social* –, podemos enxergar a reprodução em muitas ocasiões do esquema explicativo segundo o qual o *desrespeito* leva à *luta por reconhecimento*, e esta, à *mudança*.

Todavia, ao afirmar o *reconhecimento* como "pedra angular de uma ética", Honneth, de forma determinante e inescapável, vincula a liberdade humana ao reconhecimento. Ele não apenas defende que alguma forma ou grau de reconhecimento é condição para a liberdade humana – o que dificilmente seria contestado. Ao alçá-lo à condição de "pedra angular de uma ética", nosso autor aparentemente sustenta que o reconhecimento permeia e constitui todas as expressões da liberdade humana, positiva e negativamente. Positivamente, ao forjar, de forma reflexiva, o *desejo* dos indivíduos: suas sucessivas decisões sobre como conduzir a própria vida; isto é, o *reconhecimento* forjaria a *autorrealização*, e vice-versa. Negativamente, ao vincular a ideia de liberdade humana à *autolimitação* – a liberdade como reconhecimento do *Outro*.

É declarada a apropriação, por Honneth, do valor do *negativo*, da *contradição*, exposto por Hegel. A vida, necessariamente *intersubjetiva*, é feita de tensões, choques e, portanto, limitações constantes a nossos apetites. "Fulano" pode querer ser o mais amado – por todos; o melhor amigo – de todos; alguém que só tem direitos – e não deveres; quer ser estimado e vangloriado publicamente – sem oposição. Mas "Sicrano" deseja coisas opostas ou, às vezes, semelhantes e, por isso mesmo, incompatíveis. E, assim como eles, milhares de outros indivíduos e grupos. Por isso as pessoas sofreriam e por isso as pessoas poderiam vir a lutar. Os avanços e recuos sociais seriam movidos dialeticamente por tais tensões. Mas, além de ser *explicativa*, a teoria do reconhecimento de Honneth é *normativa*, pois fornece um padrão para avaliar os movimentos e patologias sociais e, mais do que isso, a própria *vida ética*: somente por meio da *autolimitação* – que o *amor (e a amizade)*, os *direitos* e a *solidariedade social* de Honneth, assim como a *família, a sociedade civil* e o *Estado* de Hegel impõem – a liberdade humana seria possível. Vincular-se a alguém por amor ou amizade implicaria querer ser reconhecido, mas também reconhecer o outro-próximo; pleitear direitos implicaria em conhecer seus deveres perante todos os outros; buscar estima social implicaria

agir em proveito alheio, ou melhor, agir de algum modo reconhecido socialmente como sendo de proveito social, agir *solidariamente*. Podemos, portanto, falar de uma ética do reconhecimento dentro da teoria do reconhecimento de Honneth.

O espaço da *diferença*, ou seja, da singularidade dos indivíduos, e, consequentemente, das relações e dos grupos de indivíduos, dentro dessa ética do reconhecimento parece ser, então, aquele da *autorrealização*; uma autorrealização constituída pela intersubjetividade e pautada, de forma determinante, pelo reconhecimento. A diferença dos processos de individuação/subjetivação, ocorridos desde a mais tenra idade até o final da vida na nossa necessária relação com os outros (da relação mãe-filho à relação com amigos e inimigos; da relação com os vizinhos à relação com a cidade e o país), a diferença dos processos de individuação seria a principal explicação para a diferença das *identidades* de indivíduos e grupos. Essas identidades nunca seriam estanques, porque os próprios processos de individuação/subjetivação nunca são rigorosamente os mesmos. A diferença é, aqui, uma diferença de *identidades*, portanto.

A questão que surge é a seguinte: está adequadamente posto o problema da *diferença* nessa ética do reconhecimento? Ou melhor: a *diferença* se resume ao âmbito das distintas formas como concebemos a relação prática entre *autorrealização e reconhecimento* em nossas vidas, isto é, a *diferença* se resume ao âmbito da formação das *identidades*?

O desenvolvimento de tais questões será esboçado a seguir, sob a inspiração de um eixo teórico de Espinosa-Deleuze. Hegel, que é resgatado por Honneth, fez uma leitura bastante crítica de Espinosa.[9] A perspectiva filosófica de Deleuze, por sua vez, é sabidamente muito distinta da de Hegel. A discussão, portanto, seria pobre se apenas substituísse os pressupostos teóricos de Hegel pelos de Espinosa e Deleuze, revelando antes a preferência de quem escreve do que qualquer limite da ética do reconhecimento. Será, ao contrário, uma discussão proveitosa se for *apenas inspirada* nesses dois últimos autores e circunscrita ao problema do reconhecimento e da diferença, sem dever de fidelidade integral a qualquer sistema explicativo da realidade ética. Assim, por exemplo, conhecendo o papel sistemático do *negativo* em Hegel e Honneth, seria pura perda de tempo afirmar que tudo é *positividade* e que, por isso, o lugar da diferença é inadequado na ética do reconhecimento; mas não será perda de tempo discutir se o valor do positivo não estaria subdimensionado na teoria em questão e se isso não repercutiria indevidamente sobre o lugar da diferença, e, ainda mais genericamente, sobre a afirmação do *reconhecimento* como "pedra angular de uma ética".

---

[9] O comentador da Ética de Espinosa, Martial Guerroult, chega a dizer que a crítica que Hegel fez de Espinosa teria sido mero fruto de um mal-entendido. Em trabalho dedicado ao tema, Pierre Macherey recupera essa crítica e elabora uma crítica da crítica: desenvolve os pontos em que divergências centrais, mas também familiaridades, entre os dois filósofos podem ser encontradas (Macherey, 1990).

Numa frase: não negar a importância do reconhecimento na vida ética, mas, sim, questionar o grau dessa importância, a partir de uma crítica *inspirada* no eixo teórico de Espinosa-Deleuze.

Devemos repetir o procedimento argumentativo de Honneth. Por que as pessoas *sofrem*? Segundo Honneth, por algum vazio de *reconhecimento*, pela *negação* de algum tipo de reconhecimento, mesmo que indeterminados o sujeito e o objeto da negação. Mas por que, então, pessoas de mesma formação, que vivem no mesmo ambiente, provêm da mesma classe social, com o mesmo grau de reconhecimento familiar (pensemos em irmãos gêmeos, para tornar o exemplo extremo) não raramente reagem de formas distintas às mesmas situações? Em casos assim, a resposta precisa passar por algo de *positivo*, que explique por que as pessoas se revelam em atos diferentes; por que *são* e *agem* diversamente. Esse *positivo*, numa visão materialista, pode ser a cadeia de DNA, uma mutação genética, algum tipo de relação físico-química particular, uma experiência histórica intensa etc. Numa visão substantiva, por outro lado, esse *positivo* pode ser a afirmação de uma essência singular em todas as coisas, pessoas e relações que constituem. O fato que parece difícil de refutar é que as pessoas *agem* e *reagem* de forma diferente naquelas situações porque elas *são* positivamente diferentes e porque constituem relações não necessariamente regidas por padrões de reconhecimento; existe algo material ou substantivamente diferente na *potência* mesma dessas pessoas e das relações que estabelecem com o mundo.

Seria o *reconhecimento* uma categoria suficiente para explicar, por exemplo, a introversão[10] das crianças e dos adultos? O *reconhecimento* parece poder ajudar a explicar que pessoas que sofreram na infância por sua introversão mal compreendida busquem tornar-se mais extrovertidas na vida adulta, visando maior aceitação social. Mas o que explicaria que uma pessoa que foi uma criança introvertida, sob as mesmas circunstâncias e com a marca da incompreensão, decida refletidamente reafirmar esse traço da personalidade em suas relações sociais na vida adulta? Provavelmente, essa pessoa que sofreu na infância por conta da introversão não sofreu apenas pela falta de *reconhecimento*, mas também – se não principalmente – por não poder ser o que de algum modo sente que é; por não poder cultivar e desenvolver – em comunhão ou em confronto com os outros, mas sem ser absolutamente determinada pelos outros – o seu próprio *desejo*. O que terá posto o primeiro homem de pé?[11] Certamente não a falta de algum reconhecimento dos que estavam à sua volta, com os olhos atentos ao chão. A oportunidade desses "começos", que expandem a vida, repete-se todos os dias.

---

[10] Essa questão inspira-se numa discussão proposta por Elton Luiz Leite de Souza sobre a *falta* psicanalítica e a introversão, no ano de 2011, no Grupo de Estudos sobre Espinosa que ele dirigia e de que participei até 2013, quando as sessões se encerraram.

[11] Esta pergunta inspira-se no belo ensaio "O que pôs o homem de pé?", de Elton Luiz Leite de Souza (2007a, p. 171-172).

O que importa realçar é que parece haver algo de *positivo* que deve ser considerado para a caracterização adequada do sofrimento – se em maior ou menor grau do que a *falta* de reconhecimento, não nos importa aqui. E, repetindo o procedimento de Honneth, devemos inverter o raciocínio e pensar que, se é assim, o *positivo* (a diferença inerente às pessoas e, logo, às relações que estabelecem) também deve ser considerado para a construção adequada de uma ética que visa à liberdade humana. Existe uma *diferença em si mesma* (Ulpiano, 2013 p. 53), que não é produto do *reconhecimento* e que não deveria ser desprezada na construção de uma teoria ética. Ao atrelar a diferença às identidades produzidas pela relação dialética entre *autorrealização e reconhecimento*, Honneth perde de vista essa *diferença em si mesma*, essa singularidade que, diferentemente das identidades, não é produto, mas, sim, causa. Enquanto as identidades estão ligadas obrigatoriamente a algum tipo de *representação,* a algum tipo de relação de identificação entre sujeito e objeto, a *diferença em si mesma* é seu próprio sujeito e objeto.

A presença constante do Outro, fora do absolutismo do *negativo* que a ética do reconhecimento representa, aparece como a oportunidade espacial e temporal que se renova de composições e conflitos de potências que já têm, no entanto, em si mesmas, alguma força vital positiva; força vital que Espinosa, por exemplo, nomeia *conatus*. São potências que dependem do Outro de um modo diferente, porque é de afirmar-se como potência que se trata, de compor forças para lutar por mais realidade, mais potência, mais chances de resistir às ameaças do que nega a nossa vida. Esse Outro, além disso, não é um Outro necessariamente humanizado, como na ética do reconhecimento; a vida ética não se compõe apenas (embora principalmente sim) da nossa relação com o Outro humano: todas as coisas com as quais estabelecemos uma relação podem expressar esse Outro da vida ética. Do contrário, negaríamos aos astros o que significam em si mesmos para os astrônomos e, por que não, para muitos casais apaixonados; negaríamos à música o que significa em si mesma para os músicos e para muitos ouvintes. Manoel de Barros, o grande poeta brasileiro, brincando com frases e versos, cantou a vida que se inventa – ou seja, que se produz positivamente – quando olhamos as coisas e as palavras fora de sua ordinaridade; quando estabelecemos, com a palavra e com o mundo, uma relação não hominizada, uma relação para além dos limites da lógica e da gramática e, principalmente, da funcionalidade antropocêntrica. Compondo-se com sua poesia, o leitor que é por ela tocado já é alguém diferente, aumentado em seu ser, sem dever nenhum tributo à dialética *autorrealização-reconhecimento*.[12]

Para pensar a *diferença em si mesma* (das coisas e das relações) na vida ética, o reconhecimento não pode ser alçado à condição de sua "pedra angular", senão

---

[12] Sobre a poética de Manoel de Barros, há primoroso estudo filosófico publicado no Brasil, que articula a obra do poeta à filosofia de Gilles Deleuze e Félix Guatarri em especial, mas também de Nietzsche, Espinosa, os estoicos, Lucrécio, Bergson e Simondon: Souza, 2010.

ao preço de deixar vazios de sentido em relação a condutas humanas nitidamente libertárias. Se na infância, principalmente na primeira infância, o *reconhecimento* da mãe e na mãe é vital para que o filho adquira a segurança emotiva, a confiança necessária ao desenvolvimento de suas capacidades, devemos nos perguntar se essa mesma categoria do *reconhecimento*, ainda que sob outras formas (ter amigos, ter direitos e ser estimado socialmente), deve ser também o que define indivíduos, relações e grupos na vida adulta. A carência da vida adulta terá sempre a mesma intensidade e importância da carência da infância? A *autorrealização* será mesmo, de forma intransponível, um fruto dialético do *reconhecimento*?

Parece que não. Parece que existem, ao contrário, graus distintos de importância do *reconhecimento* na vida ética. No lugar dele, o *desejo* talvez seja a pedra angular da vida ética, desejo que pode muito bem ser moldado pelo reconhecimento em diversos casos e ocasiões, mas que, em muitos outros, mostra-se verdadeiro desejo afirmativo, sem referência primordial à falta de reconhecimento: o desejo que sente, por exemplo, o músico realmente *agenciado* com a música e que não consegue ser contador/economista/advogado sem uma profunda infelicidade.

Pensemos brevemente no *amor* e na *amizade*. É certo que o *amor* e a *amizade*, pelo simples fato de serem necessariamente vividos em uma relação de no mínimo duas pessoas, impõem limites práticos à conduta humana, impõem um reconhecimento do *outro* sem o qual a liberdade não é possível. Mas esse limite, sob a forma do reconhecimento, principalmente no caso dos adultos, não é o fator determinante para que as pessoas se unam por amizade ou amor. Nenhum limite explica, por exemplo, a sensação de *ser mais com o outro* que quem vive um verdadeiro amor e uma verdadeira amizade experimenta. O amor e a amizade, diriam Deleuze e Espinosa,[13] explicam-se mais pela relação potencializadora que estabelecem para cada indivíduo do que pela necessidade circunstancial de autolimitação e contradição que o reconhecimento do outro impõe.

É de aumentar o mundo que se trata; de afirmar, compor e organizar potências. Em todos os casos – diriam Espinosa e Deleuze.

Mas, para acatar a crítica feita aqui, não é preciso aceitar que tudo seja, como em Espinosa e Deleuze, *positividade*; tampouco é necessário subscrever os conceitos de *desterritorialização* (Deleuze, 2005, p. 113-146) e *agenciamento* (Zourabichvili, 2009, p. 20-24). É o próprio Deleuze quem diz que se dirige "aos

---

[13] Segundo Espinosa, amor e amizade são paixões alegres ligadas a uma causa exterior: paixões alegres (e não tristes) porque aumentam nossa potência de agir; ligadas a uma causa exterior, porque dependem desse outro que deflagra e estabelece conosco a paixão alegre (a companheira, o amigo). (E, III, def. dos afetos 6 – definição do amor) Para Deleuze, a amizade é um *agenciamento*, um conjunto de relações materiais e de regimes de significação ao mesmo tempo territorializante (que nos situa) e desterritorializante (que abrem quem se agencia para a criação de algo novo) (Zourabichvili, 2009, p. 20-24 e Souza, 2007b).

inconscientes que protestam", não aos que se reconhecem no Édipo, na representação e no território (Deleuze, 2010, p. 34). Também não é preciso substituir o *reconhecimento* pelo *conatus*,[14] que é o ponto de partida de toda a teoria das paixões, da política e da moral em Espinosa, segundo o qual "cada coisa esforça-se, tanto quanto está em si, por perseverar em seu ser" (E, III, prop. 6). Para que a crítica seja absorvida de forma construtiva, é necessária, todavia, a aceitação de um limite importante à teoria do *reconhecimento*; reconhecimento que não é capaz de explicar certos acontecimentos, vidas e relações cuja produção esteja pautada primordialmente por um *desejo afirmativo* e *singular* diante de si. Um desejo que existe. E o diálogo aberto da teoria de Honneth com aqueles conceitos de Deleuze e Espinosa talvez forneça as bases para uma releitura crítica da ética do reconhecimento – releitura que desate esses nós.

Talvez a categoria do reconhecimento seja mais importante para pensar *regras* de ação ordinariamente observadas entre as pessoas, que, imersas nas paixões como condição de todo ser humano, normalmente lutam por reconhecimento de fato. E, mais do que isso, talvez essa categoria tenha um papel prático importante ao agregar politicamente múltiplos indivíduos e grupos em torno de uma causa comum. Parece, aliás, que esse é o caso, por exemplo, das lutas feministas e LGBT: uma agregação política, na luta por reconhecimento, de múltiplos indivíduos, que, entretanto, fora desse âmbito político, são homens e mulheres bastante distintos, que não conduzem sua vida ética obrigatoriamente com referência a qualquer questão identitária. Mas a ética do *reconhecimento* fecha a porta para as *singularidades*, as *diferenças em si mesmas*. E aí está um importante limite a ser considerado.

Elaborar uma alternativa é trabalho para outras mentes e mãos, que eventualmente entendam ser pertinente o desafio. O propósito aqui é apenas o de ensaiar uma crítica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem nenhuma intenção de diminuir a ética do reconhecimento a exemplos banais, mas apenas para fechar o texto com uma ilustração do ponto desenvolvido aqui, retomemos a encenação do Teatro do Oprimido, que abre o texto.

---

[14] O *conatus* é o esforço em perseverar na existência, que é inerente a todas as coisas. Esse esforço nos homens é o *desejo* (E, III, def. dos afetos 1), e pode ser um apetite passional absolutamente determinado por causas externas que o satisfazem momentaneamente, ou pode ser um desejo racional, ligado fundamentalmente a causas que aumentam efetivamente nossa potência de agir, porque estão ligadas à nossa própria natureza, isto é, porque convêm conosco – contabilizado o fato de que nunca nos conduzimos apenas racionalmente e de que, portanto, constituímo-nos imersos na passionalidade, podendo, contudo, conforme as circunstâncias, diminuir as ocasiões em que deixamos às paixões o leme do nosso desejo.

O narrador, que interrompera a cena em seu ápice, agora desafia quem está na plateia para que saia da condição de espectador e reaja ao ator que insulta o outro ao lhe negar repentinamente a mão, que anteriormente oferecera, para um aperto de mãos.

Várias pessoas sobem ao palco. A cena se repete tantas vezes quanto necessário, para que cada um mostre como reagiria. O primeiro, quando vê sua mão abandonada e o ar desafiador do ator frente a frente, xinga-o – e é xingado de volta, porque o ator estava preparado para isso, claro; o segundo inicia uma discussão – mas não tem o poder persuasivo, nem a presença de palco do ator, que logo o leva ao ridículo diante do público; o terceiro parte para a agressão física e precisa ser contido pelo contrarregra... A sensação da plateia é de indignação generalizada e, ao mesmo tempo, impotência.

Até que alguém se levanta, sobe ao palco, vê a mão aparentemente amiga do ator estendida, aproxima-se para cumprimentá-lo com a mão direita e, quando o ator, na "hora h", lhe nega o cumprimento, o espect-*ator*[15] simplesmente cumprimenta a si mesmo: com a mão esquerda, encontra a mão direita que estava no vazio e prossegue em seu caminho, passando ao lado do ator desconcertado e retornando ao seu lugar. A plateia, antes indignada e agora redimida, ri da cena. Quase ninguém mais precisa subir ao palco para mostrar como reagiria.

REFERÊNCIAS

BOAL, Augusto. *Teatro do oprimido e outras poéticas políticas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

DELEUZE, Gilles. *O que é filosofia?* 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2005.

HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento:* a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. Reconhecimento. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2007. v. 2, p. 473-478.

HONNETH, Axel. *The pathologies of individual freedom:* Hegel's social theory. Princeton: Princeton University, 2010.

MACHEREY, Pierre. *Hegel ou Spinoza*. Paris: La Découverte, 1990.

SALVADORI, Mateus; HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. *Conjectura*, Caxias do Sul: EDUCS, v. 16, n. 1, jan./abr. 2011, p. 189-192 (resenha).

---

[15] É assim que, no Teatro Fórum (uma forma do Teatro do Oprimido), são chamados os espectadores que se candidatam a mostrar como reagiriam às cenas de opressão apresentadas pelos atores, o que dá a conotação política da arte que se pretende produzir ali: uma convocação à ação, uma convocação ao abandono da passividade de espectador; por isso, espect.-*ator* (BOAL, 2008, p. 19).

SOUZA, Elton Luiz Leite de. O agencimento-Cláudio. In: BRUNO, Mário; QUEIROZ, André; CHRIST, Isabelle (Coord.). *Pensar de outra maneira a partir de Cláudio Ulpiano.* Rio de Janeiro: Pazulin, 2007b. p. 149-154.

SOUZA, Elton Luiz Leite de. *Filosofia do direito, ética e justiça:* filosofia contemporânea. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007a.

SOUZA, Elton Luiz Leite de. *Manoel de Barros:* a poética do deslimite. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2010.

SPINOZA, Baruch. *Ética*. Tradução de Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

ULPIANO, Cláudio. *Deleuze:* a grande aventura do pensamento. Rio de Janeiro: Funemac, 2013.

VERGEZ, André; HUISMAN, Denis. Idealismo pós-kantiano. In: *História dos filósofos ilustrada pelos textos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 273-284.

WERLE, Denilson L.; MELO, Rúrion S.. Introdução: teoria crítica, teorias da justiça e a "reatualização" de Hegel. In: HONNETH, Axel. *Sofrimento por indeterminação:* uma reatualização da filosofia do direito de Hegel. São Paulo: Esfera Pública, 2007. p. 7-44.

ZOURABICHVILI, François. *O vocabulário de Deleuze*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2009.

Data de recebimento: 30/05/2018

Data de aprovação: 03/07/2018

SENTENÇA ARBITRAL: PRINCIPAIS ASPECTOS E MOTIVOS DE INVALIDAÇÃO

ARBITRAL SENTENCE: MAIN ASPECTS AND INVALIDATION REASONS

*Fabiana Junqueira Tamaoki Neves**
*Stephanie Karoline Maioli Isogai***

RESUMO

O sistema multiportas de resolução de controvérsias identifica meios de acesso à justiça alternativos à via judicial estatal, dentre os quais se encontra a arbitragem. Ciente de que a temática se reveste de significativa importância, mormente ante a necessidade de aprimoramento constante dos meios que desafoguem o Judiciário, a pesquisa se volta ao estudo da sentença arbitral. Serão abordados seus principais aspectos e os motivos que acarretam sua invalidação pelo juiz togado. Ao final, é possível concluir que, não obstante o procedimento arbitral tenha como alicerce o princípio da autonomia da vontade, ele sofre limitações por meio de balizas legais voltadas à preservação da ordem pública nacional. O tema é apresentado por análises bibliográfica e legislativa.

Palavras-chave: Arbitragem; Sentença arbitral; Novo código de processo civil.

ABSTRACT

The multi doors system of conflicts resolution identifies means of access to justice alternative to judicial way, among which is the arbitration. Aware that the issue is important, especially in view of the need for constant improvement of the means that unburden the judiciary, the research

* Doutora e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição de Ensino de Bauru (ITE) e Especialista em Direito Ambiental e Ordenação do Território pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Docente nos cursos de Direito e Serviço Social do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente (SP) e no curso de Direito e no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade de Marília (SP). Professora convidada da ESA/SP (Escola Superior da Advocacia) e de outros cursos de Pós-graduação. Autora de diversos artigos e capítulos de obras jurídicas. Advogada. E-mail: fatamaoki@gmail.com.

** Bacharela em Direito pelo Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo", de Presidente Prudente (SP). Filiação institucional: Universidade de Marília (SP) – Unimar. E-mail: isogai.stephanie@gmail.com.

has turned to the study of the arbitral sentence. Will be addressed the main aspects and the reasons that lead to their invalidation by judge of state. In the end, it will be possible to conclude that, notwithstanding the arbitration procedure has as a foundation the principle of autonomy of the will, he suffers limitations through legal beacon aimed at preserving public order. The theme is presented through the analysis of the literature and legislation.

Keywords: Arbitration; Arbitral sentence; New code of civil procedure.

INTRODUÇÃO

A moderna concepção de um sistema multiportas de resolução de controvérsias identifica possibilidades de acesso à justiça alternativas à jurisdição estatal, seja por meio de meios autocompositivos, como a mediação e a conciliação, ou heterocompositivos, como é o caso da arbitragem.

Dentre tais meios alternativos/adequados de solução de controvérsias, o foco da pesquisa se concentrou na arbitragem, que tem previsão legal tanto no Código de Processo Civil de 2015 (art. 2º, § 1º, dentre outros) como em legislação específica (Lei n. 9.307/1996, alterada pela Lei n. 13.129/2015).

Estudar tal instituto não é tarefa das mais simples, visto que repleto de questões intrincadas, o que dificulta a abordagem de aspectos isolados da arbitragem. Entretanto, em meio ao mar de temas que poderiam ser explorados em um artigo científico, o presente trabalho voltou seu foco de estudo para a sentença arbitral, abordando sua conceituação, classificação, requisitos de forma e conteúdo e consequências de seu desrespeito, bem como a questão: o Estado-Juiz pode controlar decisão arbitral violadora de normas de ordem pública, mesmo que não expressas no rol taxativo do art. 32 da Lei de Arbitragem, ainda que impliquem na análise de mérito?

Mas antes de explorar tais conteúdos e com o intuito de apresentar o leitor aos principais aspectos da arbitragem, foi necessário traçar algumas breves linhas explicando-a e diferenciando-a da jurisdição exercida pelo Estado.

Saliente-se que essa temática, em geral, é relevante e atual, merecendo ser objeto de estudos, visto que em voga a busca pelo aprimoramento dos meios que desafoguem as estruturas judiciais de resolução de conflitos, devendo os operadores do Direito, portanto, atentar-se a isso.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, e o recurso para a sua elaboração foi a exploração bibliográfica, com a análise de obras de doutrina, artigos científicos e legislação aplicável.

O referencial teórico de destaque na contribuição para o trabalho foi o doutrinador Carlos Alberto Carmona, por meio de sua obra intitulada *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*.

Por fim, conforme já se deixou antever, a estrutura do trabalho foi organizada de modo a ser clara e didática, apresentando-se, num primeiro momento, uma visão geral do que é a arbitragem e, sem demora, adentrando-se ao tema-foco da pesquisa, detalhando o instituto da sentença arbitral e as questões correlacionadas a ele.

ARBITRAGEM: PRINCIPAIS CONSIDERAÇÕES

A arbitragem é um dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, diferenciando-se da mediação e conciliação por ser modalidade heterocompositiva, em que se terá a intervenção de um ou mais terceiros, selecionados pelas partes, que decidirão, de maneira impositiva, o conflito apresentado.

Segundo tece Fredie Didier Jr., a arbitragem é a "técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e 'imparcial' (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio".[1]

Atualmente, é indubitável a natureza jurisdicional da arbitragem, reforçada pelo CPC/2015, em seus arts. 3º, *caput* e § 1º, e 42. Logo, ao optar[2] pela sua instituição, não é correto afirmar que o jurisdicionado está renunciando à jurisdição *lato sensu*, mas, sim, à jurisdição do Estado.

Escrevendo sobre as distinções existentes entre as jurisdições pública e privada, Martim Della Valle aduz que:

> [...] a jurisdição estatal é exercida de forma permanente, por funcionários públicos com dedicação exclusiva, em estruturas preexistentes de litígio. De outra parte, a arbitragem moderna caracteriza-se pela escolha de pessoas, [...] para a decisão de um caso específico, fora do procedimento judicial estatal.[3]

No mais, a heterocomposição estatal se pauta em normas procedimentais determinadas de maneira prévia, não podendo, em regra, ser modificadas pela vontade das partes envolvidas, exceto quando autorizadas, como ocorre com o art. 190 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, aqueles que optam pelo procedimento arbitral têm a possibilidade de livre escolha das regras de direito que serão aplicadas, desde que não haja violação dos bons costumes e da ordem pública, conforme exposto no art. 2º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.307/1996.

---

1 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. rev. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1, p. 169.

2 A arbitragem obrigatória foi abolida, no Brasil, em 1866.

3 VALLE, Martim Della. *Arbitragem e equidade:* uma abordagem internacional. São Paulo: Atlas, 2012. p. 20-21.

Entretanto, não obstante essa liberdade mais ampla, devem ser respeitados os princípios constitucionais atinentes ao devido processo legal, bem como os direitos e garantias fundamentais assegurados aos cidadãos.

Para a constituição da arbitragem, é necessário celebrar um negócio jurídico denominado "convenção de arbitragem", que é, em essência, um contrato por meio do qual se renuncia à jurisdição estatal em relação a uma determinada controvérsia.[4]

Essa convenção abarca a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (art. 3º da Lei n. 9.307/1996), cuja diferença entre eles reside, *grosso modo*, na preexistência ou não do conflito.

Assim, pela cláusula compromissória, os interessados acordam, de maneira prévia e abstrata, que eventuais dissensos acerca de determinado negócio jurídico devem ser solucionados em processo arbitral, consoante o art. 4º da Lei n. 9.307/1996 e o art. 853 do Código Civil. Pelo compromisso arbitral, entretanto, o acordo de vontades se destina a submeter uma divergência já existente ao tempo da celebração ao Juízo Arbitral.

Portanto, admite-se nos contratos a cláusula compromissória, todavia, conforme prescreve o art. 852 do Código Civil, ela não pode se dirigir à submissão de questões de direito pessoal e de família, bem como de outras que não detenham caráter estritamente patrimonial.

Dessa forma, a arbitragem deve ter como objeto conflitos relativos somente a direitos patrimoniais disponíveis, devendo ser firmada por pessoa capaz de contratar, consoante redação do art. 1º da Lei de Arbitragem.

Carlos Alberto Carmona, discorrendo acerca dos efeitos da convenção de arbitragem, explica que:

> [...] a convenção de arbitragem tem duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19).[5]

Nessa esteira, poderão ser atingidos por decisão decorrente de processo arbitral aqueles que firmaram a convenção de arbitragem, conferindo jurisdição

---

4 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., p. 170.

5 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 79.

a um ou mais árbitros, optando clara e inequivocamente pela jurisdição privada em detrimento da pública.

Logo, seria absolutamente inadmissível que um terceiro, alheio à convenção, fosse alcançado pelos efeitos da decisão arbitral, pontuando-se, aqui, que a submissão a procedimento arbitral não pode advir de presunção de vontade. Essa é, portanto, a extensão subjetiva da convenção de arbitragem.

Nesse sentido, a competência do árbitro está limitada, subjetiva e objetivamente, pela convenção de arbitragem.

Quanto à extensão objetiva da convenção, Carmona defende a concepção segundo a qual eventuais dúvidas deverão ser solucionadas em prol da arbitragem.[6] Implica dizer que, se as partes usarem termos vagos para definir o âmbito de incidência da convenção de arbitragem, acarretando dúvidas quanto ao seu alcance, elas devem ser dirimidas em prol do procedimento arbitral, ou seja, da jurisdição privada.

Já no que tange à escolha do(s) árbitro(s), dois requisitos devem ser observados, quais sejam: deve ser ele pessoa física e capaz, visto que vai assumir a posição de juiz de fato e de direito, sendo equiparado a funcionário público para efeitos penais, nos termos dos arts. 13, 17 e 18 da Lei de Arbitragem. Importa consignar, ainda, que as causas de suspeição e impedimento do juiz estatal são aplicáveis ao juiz privado, que tem o dever de ser imparcial (art. 14 da Lei n. 9.307/1996).

São essas, portanto, as principais considerações sobre o instituto da arbitragem, passando-se, a partir de agora, a tratar do tema-foco dessa pesquisa.

DA SENTENÇA ARBITRAL

Definição

A sentença arbitral é o ato mais importante que o árbitro praticará durante o processo arbitral, pois nela será concedida a prestação jurisdicional almejada, promovendo-se a tão estimada pacificação social.

Tal ato é fruto de um desenvolvimento intelectual que parte da análise crítica das alegações feitas pelos envolvidos (partes, e, em certos casos, terceiros), bem como das provas trazidas ao processo, e opta pela solução que mais se coaduna com o Direito e com a ideia de justiça, expressando-a em um documento escrito (art. 24 da Lei de Arbitragem). Couture denomina esse processo intelectivo de "gênese lógica da sentença".[7]

---

6 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 84.

7 COUTURE, Eduardo J. apud CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 336.

A decisão arbitral é soberana e produz efeitos imediatos, não dependendo de homologação pelo juiz togado, consoante dispõe o art. 31 da Lei n. 9.307/1996. No mais, ela é título executivo judicial arrolado no inciso VII do art. 515 do Código de Processo Civil. Assim, embora seja desejável que ela coloque fim à questão, se as partes se recusarem ao seu cumprimento espontâneo, o vencedor poderá recorrer à jurisdição estatal para exigi-lo coercitivamente.

Cumpre apontar, ainda, que a sentença proferida por juiz privado não se sujeita a recurso perante a jurisdição estatal, não obstante possa ser controlada judicialmente no que atine a sua validade, conforme adiante se detalhará.

Por fim, é de se ressaltar que, assim como a sentença proferida por juiz togado, a decisão emanada de árbitro se sujeita à coisa julgada material, tornando-se imutável e vedando a rediscussão da matéria objeto do julgamento em face das mesmas partes, seja em novo processo arbitral ou mesmo judicial. Portanto, será inválida a convenção de arbitragem referente à relação jurídica já previamente apreciada por juiz estatal ou árbitro.

Classificação

As sentenças arbitrais podem ser classificadas, quanto ao seu conteúdo, como terminativas ou definitivas.

As sentenças terminativas são aquelas que possuem conteúdo simplesmente processual, logo, põem fim ao processo arbitral; por outro lado, prejudicam o julgamento do mérito da questão.

Como exemplos, podem ser citadas as sentenças reconhecedoras da invalidade do compromisso arbitral fixado pelas partes, bem como as que apontam o impedimento ou a suspeição do juiz privado.

Por seu turno, são definitivas as sentenças que adentram ao julgamento do mérito, definindo o direito material aplicável ao caso em questão.

Exemplificativamente, pode-se apontar o caso da sentença arbitral que reconhece a uma das partes o direito à indenização por perdas e danos.

Quanto ao resultado, podem ser: declaratórias, constitutivas ou condenatórias.

As sentenças arbitrais declaratórias são aquelas em que tão somente se afirma a existência ou não de uma determinada relação jurídica e/ou a falsidade de dado documento.

Já nas sentenças constitutivas, além da declaração do direito a que faz jus um dos interessados, haverá, outrossim, a constituição, modificação ou a extinção de alguma relação jurídica.

A seu turno, as sentenças condenatórias declaram o direito e impõem o cumprimento de certa prestação, sob pena de aplicação de medidas executivas.

Por fim, as sentenças arbitrais podem ser, ainda, finais ou parciais.

Finais são as que julgam integralmente a questão submetida ao juízo arbitral, colocando fim ao processo.

Parciais são as que julgam apenas parte da questão submetida à jurisdição arbitral.

Prazo para a apresentação

Uma das principais vantagens da arbitragem, conforme já explicitado ao longo do trabalho, é a ampla liberdade que proporciona às partes interessadas para regular o procedimento a ser seguido.

Conforme disposto no art. 23 combinado com o art. 11, ambos da Lei n. 9.307/1996, elas podem estipular, na convenção de arbitragem, o prazo para a apresentação da sentença arbitral e o marco a partir do qual ele passará a fluir.[8]

Nas palavras de Carlos Alberto Carmona:

> [...] está na esfera da autonomia da vontade das partes a opção procedimental que levará à maior ou à menor duração do processo, com a possível (**possível**, não necessariamente **provável**) maior ou menor segurança da decisão a ser proferida (grifo no original).[9]

Não obstante essa liberdade, as partes devem agir com sensatez, prevendo lapso temporal razoável para a tomada de decisão.

Ademais, é importante apontar que, quando os interessados optam por submeter o procedimento a determinada Câmara Arbitral, devem estar cientes de que estão aderindo ao seu regulamento e, consequentemente, aos prazos nele estipulados, salvo se o rejeitarem expressamente e desde que haja autorização do órgão arbitral para tanto.

Caso as partes não convencionem o prazo para a apresentação da sentença arbitral, este será de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Vale mencionar que, nos termos do artigo 19 da Lei n. 9.307/1996, considera-se instituída a arbitragem quando da aceitação da nomeação pelo árbitro ou árbitros, se forem vários.

Ademais, denota-se que, quando o árbitro, por algum motivo, ficar impedido de prosseguir em sua função, tendo que ser substituído, o prazo legal

---

8 Releva mencionar que a maioria dos regulamentos dos órgãos arbitrais nacionais preveem que o prazo para se proferir a sentença arbitral passa a fluir assim que finda a instrução, ou seja, logo após expirado o prazo para as alegações finais.

9 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 341.

estipulado será interrompido, e não suspenso, voltando a fluir inteiramente após a regularização da situação.

A contagem do prazo de seis meses é feita conforme o disposto na Lei n. 810/1949. Assim, não tem relevância saber se o termo inicial corresponderá a dia útil ou não, todavia, quanto ao termo final, essa observação é pertinente, pois se este coincidir com dia não útil, o vencimento só se dará no primeiro dia útil seguinte.

Com relação ao assunto, adverte Carmona que:

> **Apresentar** a sentença arbitral significa redigi-la, não notificar dela as partes. Consequentemente, exige-se do árbitro (ou dos árbitros) que componha a decisão até a data limite estabelecida pelas partes (ou pela lei, em caso de omissão) ainda que os litigantes venham a ter conhecimento dela após o decurso do prazo (grifo no original).[10]

Apesar do exposto, as partes, em conjunto com os árbitros, podem prorrogar o prazo para o proferimento da sentença final, desde que de comum acordo (§ 2º do art. 23 da Lei de Arbitragem) e expressamente.

André Salles aduz que: "tal prorrogação é ocasionada, geralmente, pelos incidentes ocorridos no decurso da arbitragem, como, por exemplo, a necessidade de realização de perícia técnica ou a oitiva de testemunhas".[11]

Por fim, é necessário advertir que o desrespeito ao prazo estipulado para a emissão da sentença arbitral lhe acarretará a nulidade, conforme se extrai da disposição do art. 32, inciso VII, da Lei n. 9.307/1996.

Requisitos de Forma e Conteúdo

Não obstante as partes interessadas poderem convencionar que o procedimento arbitral seja simplificado e célere, estabelecendo um prazo curto para a prolação da sentença, esta deverá respeitar alguns requisitos de validade.

No que tange à forma, prescreve o artigo 24 da Lei n. 9.307/1996 que a decisão do árbitro ou árbitros deve ser expressa em documento escrito. Logo, será nula a sentença arbitral prolatada oralmente, mesmo que registrada em áudio ou vídeo.[12]

Não é exigível que seja redigida no português brasileiro, visto que isso dependerá do que acordaram as partes quando da convenção de arbitragem. Todavia, havendo necessidade de ser a sentença executada no Brasil, caso não tenha sido expressa em vernáculo, deverá ser traduzida, em consonância com as normas do CPC/2015 (arts. 149, 162 a 164 e 192).

---

10 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 342.

11 SALLES, André. *Efeitos da sentença arbitral*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/931/Efeitos-da-sentenca-arbitral>. Acesso em: 20 set. 2017.

12 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 358.

Escreve Carmona que:

> A limitação quanto à forma, imposta pela Lei, é razoável, na medida em que, sendo eventualmente necessário executar (*rectius*, cumprir) a sentença arbitral, não se poderia exigir que o juiz togado lidasse com títulos executivos nebulosos ou esdrúxulos, o que nenhum benefício traria para a tutela de direitos e para a obtenção da certeza que se espera de qualquer sentença, judicial ou arbitral.[13]

Na sequência, os §§ 1º e 2º do mencionado artigo 24 preveem que, quando forem designados vários árbitros, a decisão será tomada por maioria, e, não havendo acordo majoritário, deverá prevalecer o voto do Presidente do Tribunal Arbitral. No mais, o árbitro que divergir da maioria poderá, se quiser, declarar o seu voto separadamente.

Embora a solução apresentada pela norma possa parecer simples, na prática, a questão é mais complexa.

Carmona aponta para uma pertinente questão, qual seja: "o que ocorrerá quando houver divergência quantitativa entre os julgadores?" e exemplifica com um caso hipotético em que cada um dos três árbitros designados estima valor diverso para uma indenização. Logo em seguida, o autor traça a seguinte solução, valendo-se da concepção de José Carlos Barbosa Moreira:

> A resposta deve ser dada depois de analisar as maneiras mais simples de proceder para resolver as diferenças decorrentes de divergência quantitativa. Valho-me aqui da lição de Barbosa Moreira, que aponta dois critérios para solucionar o impasse: o primeiro, denominado sistema da continência, "consiste em verificar qual das quantidades fixadas nos diferentes votos se acha contida no menor número de pronunciamentos suficiente para compor a maioria"; o segundo, denominado sistema da média aritmética, "consiste em somar as várias quantidades e dividir o total pelo número de vontades". Adotando o primeiro critério, segue-se este sistema: os votos seriam dispostos em ordem de grandeza decrescente, de acordo com os valores indicados, partindo-se daquele que indicou a maior quantidade, até que se reúna um número de votos superior à metade do total, prevalecendo então o montante fixado no último dos votos necessários para atingir-se esse número.[14]

Certo é que, caberá aos árbitros, diante do caso concreto, adotar uma das duas soluções, mas adverte Carmona que o critério da continência propiciaria uma solução mais razoável para o problema.

---

13 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit.

14 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 359.

Com relação ao voto de minerva, como exposto, ele é pertencente ao Presidente do Tribunal Arbitral, sendo utilizado quando se estiver diante de uma divergência qualitativa. Implica dizer que, quando não houver formação de maioria acerca da decisão, o voto do presidente contará com o maior peso para o desempate, tendo em vista que ele é escolhido mediante consenso dos demais árbitros ou das partes.

Em reforço, saliente-se que o Presidente do Tribunal Arbitral tem o dever de desempatar a questão, adotando uma das posições conflitantes e não de criar uma nova linha de pensamento, acirrando ainda mais a discussão.

Entretanto, o critério legal é meramente supletivo, pois as partes podem prever de maneira diversa na convenção de arbitragem. Por exemplo, podem estipular que, diante de tal impasse, sejam convocados outros árbitros para que participem do julgamento ou que se proceda a novas votações entre as soluções conflitantes, até que restem somente duas, das quais apenas uma será adotada etc.

Já no que atine à declaração de voto vencido, ela se trata de um direito, e não de uma obrigação para o árbitro que deseja esclarecer o seu posicionamento, e não terá qualquer influência no desfecho da causa. Todavia, conforme expõe Carmona:

> Nada impede que as partes prevejam, em sua convenção de arbitragem, recurso semelhante ao dos embargos infringentes disciplinados no Código de Processo Civil, hipótese em que a existência de voto vencido passaria a permitir à parte interessada procedimento de modificação da sentença arbitral.[15]

Neste caso, a declaração de voto vencido deixaria de ser mera faculdade para o árbitro e se tornaria um direito para a parte, que, em caso de omissão, poderia se valer de embargos de declaração (art. 30, inciso II, da Lei de Arbitragem).

Em sequência, o art. 26 da Lei n. 9.307/1996 enumera os requisitos essenciais da sentença arbitral de maneira semelhante ao que dispunha o Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 458 (atual art. 489 do CPC/2015), *verbis*:

> Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:
>
> I – o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;
>
> II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;
>
> III – o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

---

15 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 361.

> IV – a data e o lugar em que foi proferida.
>
> Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

O relatório é a parte inicial da sentença e tem dupla função: a de identificador do litígio a que se refere a decisão, estabelecendo as suas balizas, e a de mostrar às partes que as suas razões foram levadas em consideração.[16]

Em verdade, um bom relatório mostra às partes que o juiz privado é conhecedor dos principais pontos do conflito.

A segunda parte da sentença é a sua fundamentação, na qual o árbitro analisa os acontecimentos de maneira crítica, expondo suas razões para decidir dessa ou daquela forma.

A partir da motivação, é possível a realização do controle de eventuais erros ou enganos da decisão.

Finda a exposição da fundamentação, passa-se ao dispositivo, parte na qual o árbitro tecerá a decisão que, assim como acontece na jurisdição estatal, deverá guardar respeito para com o princípio da congruência (art. 492 do CPC/2015) e para com os limites fixados na convenção de arbitragem. Entretanto, o árbitro não é obrigado a se ater aos motivos jurídicos declinados pelas partes.

Ao final, deve conter a data e o lugar em que foi proferida, bem como a assinatura do árbitro (ou árbitros) e, se for o caso, do Presidente do Tribunal, consoante o parágrafo único do art. 26 supratranscrito.

Nessa esteira, ensina Carmona que:

> Etimologicamente, **proferir** significa falar, dizer oralmente, dizer em voz alta. Assim, a sentença é proferida quando os árbitros, em conferência, tomam a decisão. Tal decisão pode, portanto, ser transcrita para o papel posteriormente. [...] em tempos de globalização, [...] os árbitros podem perfeitamente deliberar em videoconferência, de modo que a sentença terá sido **proferida** (em sentido etimológico) em lugares por vezes muito distantes, situados em países diferentes.
>
> A Lei de Arbitragem não deixa entrever se utilizou o vocábulo "proferida" no seu sentido etimológico, o que permitiria diferenciar o ato de decidir (proferir a sentença, dizer a sentença oralmente, manifestá-la pela voz) do ato de assinar a sentença (subscrever o papel em que a decisão é escrita). A rigor, a data que deve constar na sentença é aquela em

---

[16] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 369.

> que a decisão foi tomada, não a data em que foi escrita; da mesma forma, o lugar em que a decisão foi proferida é aquele em que os árbitros se reuniram e deliberaram, não o lugar em que o documento foi firmado. [...]
>
> Para a maior segurança das partes, se efetivamente quiserem que a sentença seja proferida e assinada presencialmente pelos árbitros, deve tal exigência ser consignada de modo claro, evitando alegações futuras de nulidade.[17]

Finalmente, a partir da análise dos requisitos necessários a uma sentença arbitral, denota-se que o que se espera é que ela seja clara e precisa, convencendo os conflitantes de que a solução do problema foi fruto de um proceder diligente e preocupado com a justiça, não se admitindo seja ininteligível.

Hipóteses de Nulidade da Sentença Arbitral

As hipóteses de nulidade da sentença arbitral estão previstas taxativamente no art. 32 da Lei n. 9.307/1996, que deve ser interpretado em conformidade com os princípios utilizados quando do estudo dos vícios da sentença estatal.

Portanto, as partes não podem estabelecer na convenção de arbitragem novas hipóteses de nulidade ou formas de revisão judicial da sentença arbitral.

Embora o art. 32 fale apenas em "nulidade", na verdade, a sentença poderá apresentar distintos graus de invalidade, conforme será exposto.

De qualquer forma, os vícios deverão ser arguidos pelas partes interessadas, não podendo o juiz estatal conhecê-los de ofício.

Vale advertir, ainda, que, submetida a questão à jurisdição estatal, não caberá ao juiz togado, em regra, decidir acerca do mérito da causa, mas somente sobre o vício alegado.

Nulidade da convenção de arbitragem (art. 32, inciso I, da Lei de Arbitragem)

Com a nova redação dada ao inciso I do art. 32 da Lei de Arbitragem pela Lei n. 13.129/2015, restou corrigido o equívoco cometido pelo legislador de 1996, que previa ser nula a sentença arbitral se nulo fosse o compromisso, esquecendo-se que a arbitragem também pode ser instituída por meio de cláusula compromissória.

A nulidade de compromisso arbitral pode ser de ordem formal ou relacionada ao seu conteúdo.

---

[17] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 372.

Nessa esteira, com relação à cláusula compromissória, que é a convenção pela qual os interessados, em um dado contrato, comprometem-se a submeter ao procedimento arbitral eventuais litígios atinentes a esse contrato, estipula o § 1º do art. 4º da Lei de Arbitragem que ela deve se revestir da forma escrita, inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se reporte.

Em seguida, adverte o § 2º do mesmo artigo que, nos contratos de adesão, a cláusula compromissória somente será eficaz se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se ele expressamente concordar com a sua instituição por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou o visto especialmente para essa cláusula.

O desrespeito a essa norma acarretará a invalidade da cláusula, visto que é abusiva, não se admitindo que a arbitragem seja imposta por uma das partes à outra, em conformidade com o art. 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, é importante ressaltar a disposição do art. 8º e seu parágrafo único, da Lei n. 9.307/1996, segundo os quais a cláusula compromissória tem autonomia em relação ao contrato em que estiver inserida, de modo que a nulidade do contrato não implica a nulidade da cláusula compromissória e vice-versa.

No mais, cabe ao árbitro decidir, de ofício ou mediante provocação das partes, acerca das questões de existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato em que estiver a cláusula compromissória.

Assim, denota-se que a cláusula que desrespeitar a prescrição legal poderá ser invalidada.

Nessa esteira, a nulidade do compromisso arbitral, por sua vez, está relacionada, em um primeiro momento, à sua forma, ou seja, ao não cumprimento dos requisitos arrolados nos incisos do art. 10 da Lei n. 9.307/1996. Entretanto, essa não é a única hipótese, visto que também será nulo o compromisso arbitral que tiver por objeto matéria que não pode ser submetida a julgamento por árbitros, ou seja, atinente a direito indisponível e também aquele firmado por incapaz.[18]

Afirma, ainda, Carlos Alberto Carmona, referindo-se ao inciso III do art. 10, que: "considerando-se que a nulidade de que trata o inciso encampa também a cláusula, seria de reputar nulo o pacto arbitral se não ficar garantida a imparcialidade do árbitro".[19]

São essas, portanto, as hipóteses que podem acarretar a nulidade da convenção de arbitragem e, consequentemente, de eventual sentença arbitral.

---

[18] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 400.
[19] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit.

Sentença emanada de quem não podia ser árbitro (art. 32, inciso II, da Lei de Arbitragem)

Não poderão ser árbitros os incapazes e os suspeitos ou impedidos, nos termos dos arts. 144 e 145 do Código de Processo Civil de 2015, normas cuja finalidade é garantir a imparcialidade dos juízes privados.

Nesse sentido, dispõe o art. 14, *caput*, da Lei de Arbitragem que:

> Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

Portanto, a suspeição acarreta a nulidade da sentença, mas deve ser suscitada pela parte na primeira oportunidade de manifestação. Já com relação ao impedimento, compete ao juiz privado se abster do julgamento e, caso não o faça, poderá haver impugnação pelos conflitantes.

Com relação à capacidade do árbitro, o momento para a sua averiguação é o da aceitação do encargo, ou seja, a sentença será válida ainda que à época do compromisso arbitral tenha sido nomeado árbitro menor de 18 anos, desde que, quando da aceitação da função, seja ele maior de idade.

É importante advertir que a capacidade deve perdurar durante todo o procedimento, do contrário, a sentença prolatada padecerá de nulidade.

Ademais, será também nula a sentença se o árbitro que a proferiu fora nomeado em desconformidade com o que as partes estipularam na convenção de arbitragem.

Falta dos requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem (art. 32, inciso III, da Lei de Arbitragem)

Todos os requisitos a que se refere o art. 26 da Lei n. 9.307/1996 foram exaustivamente apreciados anteriormente, cabendo aqui apenas algumas considerações.

Primeiramente, no que tange ao relatório da sentença arbitral, podem ser vislumbradas duas situações distintas: a primeira diz respeito à sua ausência total, o que acarretaria a nulidade da decisão, sendo tal vício insanável, visto que o requisito violado é condição de validade do ato; já a segunda atine à hipótese esdrúxula, mas não incomum, de relatório que não se refere à causa objeto de exame, acarretando sua inexistência.

Acerca da fundamentação, redige Carmona que:

> No que toca os fundamentos da decisão, espera-se que o árbitro explique de maneira clara como chegou à conclusão final que conduzirá o

> dispositivo. [...] A fundamentação resumida, breve, sintética, não pode ser equiparada à inexistência, a ponto de caracterizar o vício de que trata o artigo. Se, apesar da concisão, for compreensível a argumentação que conduz à conclusão, o requisito é de ser tido por cumprido; caso contrário, se a concisão tornar impossível a compreensão das razões de decidir, o laudo será anulado. Da mesma forma, a motivação obscura, que impeça a compreensão das razões de decidir, será considerada inexistente, afetando a validade do laudo.[20]

Também será considerada nula a decisão que contar com um dispositivo contraditório (contradição interna) ou se este for completamente incompatível com as razões exaradas na fundamentação, visto que, neste caso, em verdade, inexistirá fundamentação para aquela decisão. Entretanto, se inexistente o dispositivo, inexistente será a sentença.

Mas o que dizer da sentença arbitral apócrifa, ou seja, sem as devidas assinaturas?

No entendimento Marcos Vinicius Tenorio da Costa Fernandes,

[...] a sentença desprovida de dispositivo ou de assinatura será inexistente, muito embora a lei classifique tais atos como nulos. A inexistência, ao contrário da nulidade, faz com que a invalidade tenha um grau tão elevado que possa ser alegada a qualquer momento em que se pretenda atribuir eficácia à sentença.[21]

Por fim, a ausência da data e do local em que a sentença foi proferida não acarretará a nulidade da decisão se não houver prejuízo.

Desrespeito aos limites estabelecidos na convenção de arbitragem (art. 32, inciso IV, da Lei de Arbitragem)

Conforme já se declarou no início desse trabalho, a competência do juiz privado está limitada, subjetiva e objetivamente, pela convenção de arbitragem. Logo, a sentença que ultrapassar os limites estabelecidos deverá ser considerada nula.

Entretanto, o regime de nulidade de uma sentença *extra petita* não é idêntico ao da *ultra petita*.

Como é sabido, uma decisão é considerada *extra petita* quando analisa questão diversa daquela pleiteada (*in casu*, daquela compreendida na convenção de arbitragem), portanto, ela poderá ser totalmente anulada, devolvendo-se a causa ao árbitro para que decida novamente, ou parcialmente anulada, na hipótese de ser possível extrair do todo a parte viciada.

---

20 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 403.

21 FERNANDES, Marcos Vinicius Tenorio da Costa. Anulação da sentença arbitral. *Jornal Carta Forense*, fev. 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/anulacao-da-sentenca-arbitral/10375>. Acesso em: 01 out. 2017.

Já a decisão *ultra petita*, aquela que ultrapassa o pedido, deverá ser redimensionada aos limites convencionados pelas partes, sendo perfeitamente possível a sua anulação parcial.[22]

Por outro lado, entende Fernandes que:

> O poder jurisdicional do árbitro decorre de uma conjunção entre a possibilidade legal de se submeter uma determinada matéria ao juízo arbitral somada à autonomia da vontade das partes em permitir que os árbitros solucionem um conflito específico. Por essa razão, a sentença arbitral que ultrapasse os limites concedidos ao árbitro por meio do compromisso arbitral será inexistente.
> Isso não quer dizer que o árbitro não teria poder para decidir outras questões além da questão principal. Poderá o árbitro decidir, por exemplo, sobre questões atinentes a honorários advocatícios e atribuição de responsabilidade sobre as despesas processuais, ainda que tais questões tenham sido objeto da convenção de arbitragem.[23]

Ademais, também será viciada a decisão proferida por árbitro em desrespeito a procedimento estipulado pelas partes na convenção de arbitragem, visto que o juiz privado estaria extrapolando os poderes que lhe foram outorgados. Isso não implica dizer que o árbitro não possa complementar as regras procedimentais lacunosas e fazer as adaptações imprescindíveis.

Por fim, deve-se respeitar, ainda, o método que as partes selecionaram para a escolha do árbitro (ou árbitros), sob pena de consequente vício da decisão final.

Sentença proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva (art. 32, inciso VI, da Lei de Arbitragem)

Essas hipóteses, além de ensejarem a nulidade da sentença arbitral, também justificam a utilização da ação rescisória na seara estatal, consoante o art. 996, inciso I, do CPC/2015.

Prevaricação, concussão e corrupção passiva são tipos penais previstos respectivamente nos arts. 319, 316 e 317 do Código Penal.

Ademais, o art. 17 da Lei de Arbitragem dispõe que: "os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal".

Denota-se que tais normas exigem dos árbitros um comportamento ético e honesto, de modo a garantir que a justiça seja alcançada.

---

22 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 405.

23 FERNANDES, Marcos Vinicius Tenorio da Costa, 2013, loc. cit.

Entretanto, importante advertir que não é necessária a existência de condenação penal transitada em julgado para proceder à anulação da sentença arbitral, bastando, para tanto, que se faça a prova do ocorrido no juízo cível.

Sentença proferida fora do prazo (art. 32, inciso VII, da Lei de Arbitragem)

O legislador de 1996 reforçou a importância do cumprimento dos prazos estipulados pelas partes na convenção de arbitragem, visto que disso dependerá a celeridade do procedimento arbitral. Portanto, seu desrespeito poderá acarretar, além da nulidade da decisão, a responsabilidade do árbitro (ou árbitros) pelos prejuízos causados às partes ante seu comportamento desidioso.

Entretanto, tal anulação está condicionada à notificação do árbitro ou do Presidente do Tribunal Arbitral para que, em 10 dias, apresente a sentença arbitral, conforme se extrai do art. 12, inciso III, da Lei de Arbitragem.

Nessa esteira, aquele que pretender a anulação da decisão com fulcro no inciso VII do art. 32 da Lei n. 9.307/1996, deverá comprovar tal notificação prévia e seu descumprimento pelo julgador na petição inicial (art. 320 do CPC/2015). Ademais, visto ser esse um documento essencial para a caracterização da intempestividade da decisão arbitral, sua ausência não sanada, nos termos do parágrafo único do art. 321 do Código de Processo Civil, acarretará o indeferimento da exordial.

Por fim, importante pontuar que somente o notificante, ou seja, aquele que procedeu à notificação do árbitro, estará legitimado para a propositura da ação anulatória.

Desrespeito aos princípios garantidores do devido processo legal (art. 32, inciso VIII, da Lei de Arbitragem)

O devido processo legal, norma constitucional estampada no art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República, abarca os princípios do contraditório, da ampla defesa, da igualdade entre as partes, da imparcialidade e do livre convencimento do juiz privado, dentre outros.

Prescreve o art. 21, *caput* e seu § 2º, da Lei de Arbitragem que:

> Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.
>
> [...]
>
> § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Denota-se que a finalidade de tal previsão legal é garantir às partes a participação em um procedimento justo e hígido.

Adverte Carmona que: "o fato de ser o árbitro autorizado a julgar por equidade não importa o afastamento do princípio do contraditório – e dos demais caracterizadores do devido processo legal – pois julgamento por equidade não se traduz em julgamento arbitrário".[24]

Nessa esteira, não obstante o procedimento arbitral seja pautado essencialmente na autonomia da vontade das partes, há a preocupação com o respeito ao princípio da igualdade, não se admitindo que sobre uma parte recaiam todos os ônus enquanto à outra somente são carreados bônus. Se assim fosse permitido, não se teria, em verdade, um processo, e sim uma simulação, mascarando-se a imposição da vontade do mais poderoso economicamente.[25]

Ademais, a tarifação das provas acordada pelas partes na convenção de arbitragem não prevalecerá ante o princípio do livre convencimento do árbitro, pois ele tem a liberdade de examinar criticamente todos os elementos de prova, chegando à conclusão que lhe soar mais afinada com o ideal de justiça. Em contrapartida, deverá ele motivar a sua decisão.

Brevíssimas Considerações sobre a Ação de Anulação

A princípio, é importante reforçar que a sentença arbitral não se sujeita à ratificação do Poder Judiciário, não obstante possa ser controlada judicialmente no que tange à sua validade. Conforme assevera Didier:

> Não se trata de revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entendê-la injusta ou por errônea apreciação da prova pelos árbitros, senão de pedir sua anulação por vícios formais. Trata-se de uma espécie de "ação rescisória" da sentença arbitral [...]. Note que esta ação rescisória apenas se funda em *error in procedendo*, não permitindo a rediscussão do quanto foi decidido.[26]

Dispõe o art. 33 da Lei n. 9.307/1996, com redação dada pela Lei n. 13.129/2015 que:

> Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

---

24 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 410.

25 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit.

26 DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, cit., p. 171.

> § 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.
>
> § 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral.
>
> § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial. (Redação dada pela Lei n. 13.105, de 2015)
>
> § 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem.

Cumpre consignar que o direito à impugnação da sentença arbitral não pode ser previamente renunciado pelas partes.

Nesse sentido, esclarece Carmona que:

> Embora a Lei brasileira não tenha expressamente estabelecido tal irrenunciabilidade, esta pode ser deduzida do próprio texto constitucional, pois impedir a análise dos motivos de nulidade significaria impedir a submissão ao Poder Judiciário de lesão de direitos, retirando qualquer controle sobre a atividade dos árbitros.[27]

Entretanto, após ser proferida a decisão, a parte poderá renunciar, expressa ou tacitamente, à utilização da impugnação.

O objetivo da ação anulatória é afastar a sentença arbitral e, se for o caso, encaminhar a causa ao árbitro para novo julgamento. Implica dizer que, quando o vício que ensejou a nulidade macular tão somente a decisão, esta será devolvida ao juiz privado. Do contrário, ou seja, quando a anulação decorreu de defeito na convenção arbitral ou mesmo na estrutura do juízo arbitral, a própria arbitragem estará destruída, restando ao interessado buscar na jurisdição estatal a tutela de seus direitos.[28]

Infere-se, portanto, que não é dado ao Poder Judiciário anular a decisão e proferir outra em substituição daquela.

---

[27] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 422-423.

[28] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 423-424.

No que tange ao procedimento para a anulação, ele será o comum ordinário, entretanto nada impede que, durante o seu trâmite, as partes interessadas entrem em acordo, dando solução diversa ao conflito. Tal acordo deverá ser homologado pelo juiz togado.

Sentença arbitral homologatória

Se as partes envolvidas no conflito submetido à jurisdição arbitral chegarem a um acordo, o árbitro, respeitando os limites traçados na convenção de arbitragem, poderá homologá-lo com o fim de que produza os mesmos efeitos de uma sentença, sendo título executivo judicial (art. 515, inciso VII, do CPC/2015).

A sentença arbitral homologatória deve respeitar os requisitos do art. 26 da Lei de Arbitragem, já estudados. Quanto à sua fundamentação, releva pontuar que será simplificada, ante a ausência de questões a solucionar.

Todavia, advirta-se que, constatando o árbitro que o acordo extrapola a matéria objeto da convenção de arbitragem, deverá proceder à extinção do processo arbitral, mas sem homologar o acordado.

De outro modo, as partes podem optar por, de forma direta, reduzir a escrito o que acordaram, assinando o documento e colhendo, ainda, a assinatura dos seus advogados ou de duas testemunhas. Dessa forma, estarão criando um título executivo extrajudicial (art. 784, inciso III, do CPC/2015), independentemente da participação do árbitro.

SENTENÇA ARBITRAL VIOLADORA DE NORMAS DE ORDEM PÚBLICA

No introito desse trabalho, foi lançada a seguinte questão: pode o juiz togado controlar a decisão arbitral violadora de normas de ordem pública, ainda que fora das hipóteses expressas no rol taxativo do art. 32 da Lei de Arbitragem, e mesmo que implique a análise do mérito da sentença arbitral?

A resposta à indagação é sim, conforme se passa a explicar.

No decorrer desse estudo, fica claro que a liberdade de que gozam as partes na arbitragem não é irrestrita, pois se sujeita a balizamentos legais. A existência de limites à autonomia da vontade é patente, por exemplo, já a partir da leitura do § 1º do art. 2º da Lei de Arbitragem.

As limitações traçadas pela lei apontam uma preocupação por parte do legislador no sentido de garantir aos conflitantes um devido processo legal na seara privada, evitando-se que a voz do poder econômico fale mais alto do que a voz da justiça.

Escreve Carlos Alberto Carmona que:

> Ao incentivar a utilização da justiça privada, ampliando o Estado o próprio conceito de jurisdição, o legislador não pretendeu abrir mão de

> um certo controle sobre a arbitragem. Com efeito, em todo o texto da Lei 9.307/96 percebe-se a preocupação do legislador em evitar abusos e iniquidades, garantindo às partes o devido processo legal (em sentido processual e em sentido material). Eis aí a limitação à autonomia concedida aos litigantes, que não poderão exceder as raias dos interesses que o Estado quer preservar, já que a garantia da igualdade, da legalidade e da supremacia da Constituição são inerentes à democracia moderna.[29]

Nessa esteira, algumas das balizas impostas ao procedimento arbitral estão elencadas no já estudado art. 32 da Lei de Arbitragem e se constituem em verdadeiras matérias de ordem pública que, quando desrespeitadas, ensejam a propositura de ação anulatória. Saliente-se que tal artigo é válido tanto para a arbitragem de direito como para a por equidade.

Entretanto, não poderia o legislador pretender esgotar nesse dispositivo legal todas as hipóteses que representariam ofensa à ordem pública.

Certo é que a própria designação do que seja ordem pública é problemática, pois a definição dos princípios mais caros à organização social é muito dinâmica, sofrendo variações de tempo e de espaço, visto que frutos de escolhas políticas e sociais.

Tomando posição, Aureliano Albuquerque Amorim aduz que:

> As principais normas de condutas de um país estão previstas em sua Carta Constitucional, dentre as quais algumas restam intocáveis por força da própria determinação magna. São as cláusulas pétreas, as quais não podem ser modificadas por emenda constitucional. Outras normas, mesmo que constitucionais, não se enquadram como imodificáveis, gerando a possibilidade de sua alteração por simples emenda constitucional. Existem ainda as normas infraconstitucionais, as quais também revelam a vontade de uma sociedade, mas não possuem a força imperativa de uma disposição constitucional.
>
> A própria Constituição Federal traz em seu artigo 60, § 4º as circunstâncias em que não se faz possível a modificação da Magna Carta pela via do poder de reforma, sendo necessária uma nova Constituição para que aquelas hipóteses possam ser modificadas. Em face disso, entendo que a síntese do Estado Brasileiro está justamente naquelas hipóteses, sendo que a violação de suas normas revela nítida agressão à ordem pública. O artigo 60 da CF88 prevê como imodificáveis, a forma federativa de governo, o voto direito e secreto, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. [...]
>
> Tem-se assim, que o conceito de ordem pública para o direito é bastante amplo, e não deve ser considerado em sua inteireza, como suficiente

---

[29] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 412.

> para anular uma sentença arbitral. Somente as matérias relacionadas às chamadas cláusulas pétreas, não suscetíveis de serem modificadas pelo constituinte reformador, é que se enquadram com perfeição na possibilidade de anulação.[30]

Nessa toada, o autor ainda adverte que a ampliação demasiada do conceito de violação de norma de ordem pública: "implicaria na recorribilidade de toda a sentença arbitral e a extirpação da irrecorribilidade destas, com nefastas consequências ao sistema arbitral".[31]

Portanto, denota-se que, embora o legislador não tenha arrolado a ofensa à ordem pública como uma das hipóteses ensejadoras de nulidade/anulação da decisão arbitral, a possibilidade de impugná-la com base nesse fundamento corresponde à melhor interpretação dos valores contidos na Constituição Federal.[32]

Seria incoerente que os interesses nacionais fossem protegidos tão somente das decisões arbitrais estrangeiras, nos termos do art. 39, inciso II, da Lei n. 9.307/1996.

Nas palavras de Carlos Alberto Carmona:

> [...] se o legislador não levasse em consideração, como causa de anulação da sentença arbitral (nacional), a violação à ordem pública, todas as arbitragens certamente viriam dar em território nacional (todos os atos seriam praticados no exterior e apenas a sentença arbitral seria proferida no Brasil, o que tornaria a sentença arbitral – *ad absurdo* – imune a qualquer ataque por força de ofensa à ordem pública!).[33]

Dessa forma, é vedado às sentenças nacionais e estrangeiras atentar contra a ordem pública interna, sob pena de serem invalidadas pelo Estado-Juiz. Nesse sentido, aduz Amorim que "surge a probabilidade de uma interpretação extensiva das previsões do artigo 32 da LA, a incluir entre as hipóteses de anulação da sentença arbitral quando esta for contrária à 'ordem pública'".[34]

Por fim, não obstante já afirmado que, quando submetida a decisão arbitral à análise do juízo estatal, não lhe seria possível perquirir acerca do mérito da questão, mas tão somente sobre o vício alegado, certo é que a exceção a essa regra se dará quando da violação de normas de ordem pública. Isso porque, nesse caso, a sentença não será nula por consequência de vício formal, mas, sim, em virtude da posição adotada pelo julgador no mérito.

---

30 AMORIM, Aureliano Albuquerque. *Ação de nulidade de sentença arbitral.* Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45575/acao-de-nulidade-de-sentenca-arbitral>. Acesso em: 01 out. 2017.

31 AMORIM, Aureliano Albuquerque, 2015, loc. cit.

32 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 415.

33 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo:* um comentário à Lei n. 9.307/96, cit., p. 417.

34 AMORIM, Aureliano Albuquerque. *A relação entre o sistema arbitral e o Poder Judiciário.* 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 162.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O procedimento arbitral está alicerçado no princípio da autonomia da vontade, podendo as partes interessadas convencionar as regras a serem seguidas. Entretanto, essa liberdade não é irrestrita, pois o legislador nacional lhe impôs barreiras legais com o fim de garantir um processo justo, hígido e respeitoso da ordem pública interna.

A existência de tais barreiras fica evidente quando do estudo da sentença arbitral que, para existir, ser válida e eficaz, deve respeitar os arts. 24 e 26 da Lei n. 9.307/1996, evitando incorrer nos vícios elencados pelo art. 32 da mesma Lei.

Assim, embora o legislador não tenha previsto como hipótese expressa de invalidação da decisão a ofensa à ordem pública, essa possibilidade se torna evidente a partir da interpretação dos arts. 2º, § 1º, e 39, inciso II, da Lei de Arbitragem.

Em verdade, seria ilógico que a proteção dos interesses nacionais se desse somente em face das sentenças estrangeiras, sendo as sentenças nacionais violadoras da ordem pública imunes a qualquer controle judicial.

Ademais, é sabido que, quando uma sentença arbitral é impugnada perante o Estado-Juiz, em regra, ele não pode analisar o mérito da questão. Entretanto, se o motivo que embasa tal impugnação for a violação de normas de ordem pública, a perquirição do posicionamento adotado pelo julgador na decisão estará autorizada.

Essa é certamente a linha de raciocínio que mais se coaduna com os valores albergados pela Constituição da República, pois, ainda que a jurisdição seja privada, a prestação jurisdicional deverá ser fruto de um proceder diligente e preocupado com os princípios de Direito e o ideal de justiça.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Aureliano Albuquerque. *A relação entre o sistema arbitral e o Poder Judiciário.* 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

AMORIM, Aureliano Albuquerque. *Ação de nulidade de sentença arbitral.* Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45575/acao-de-nulidade-de-sentenca-arbitral>. Acesso em: 1º out. 2017.

BARRETO, Elisete Nunes Nascimento; NUNES, Ozeas da Silva. A arbitragem como meio alternativo para resolução de conflitos. *Revista Ciência e Sociedade*, Macapá, v. 1, n. 1, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://periodicosbh.estacio.br/index.php/cienciaesociedade/article/view/2071>. Acesso em: 1º ago. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º ago. 2017.

BRASIL. *Lei n. 810, de 6 de setembro de 1949*. Define o ano civil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 7 set. 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L810-49.htm>. Acesso em: 1º ago. 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 1º ago. 2017.

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 1º ago. 2017.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 1º ago. 2017.

BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília: DF, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 1º ago. 2017.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília: DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 1º ago. 2017.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília: DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art1045>. Acesso em: 1º ago. 2017.

BRASIL. *Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015*. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 e a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília: DF, 27 maio 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 1º de ago. 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Feliciano Alcides. *A modernização do instituto da arbitragem no cenário contemporâneo sob a ótica do novo Código de Processo Civil brasileiro*. CONPEDI. Florianópolis: 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/z90762xj/R45dk82myNo6su4v.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil:* introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. rev. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

FERNANDES, Marcos Vinicius Tenorio da Costa. Anulação da sentença arbitral. *Jornal Carta Forense*, fev. 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/anulacao-da-sentenca-arbitral/10375>. Acesso em: 1º out. 2017.

LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem:* estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

MACEDO, Laise Helena Silva; MACEDO NETO, Francisco da Motta. *Arbitragem:* acesso à justiça e análise crítica perante a realidade brasileira. CONPEDI. Florianópolis: 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/tvzbjiq9/PK7XaI88E-VlAbcKT.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral do Brasil.* 2012. 316 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

RODOVALHO, Thiago. Os impactos do NCPC na arbitragem. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Pernambuco, n. 8, 2015. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/136/129>. Acesso em: 1º ago. 2017.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALLES, André. *Efeitos da sentença arbitral.* Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/931/Efeitos-da-sentenca-arbitral>. Acesso em: 20 set. 2017.

SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). *A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça.* Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

SOUZA, Nevitton Vieira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. *A reserva de ordem pública na homologação de decisões estrangeiras sob a ótica do Judiciário brasileiro.* Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b3ba8f1bee1238a2>. Acesso em: 7 out. 2017.

VALLE, Martim Della. *Arbitragem e equidade:* uma abordagem internacional. São Paulo: Atlas, 2012.

Data de recebimento: 28/11/2017

Data de aprovação: 25/07/2018

THE "ESCOLA SEM PARTIDO (NON-PARTISAN SCHOOL)" MOVEMENT STANDPOINTS

OS PARTIDOS DA "ESCOLA SEM PARTIDO"

Guilherme Perez Cabral*

ABSTRACT

The article aims to discuss critically the points of view (standpoints) present in the "Escola Sem Partido (non-partisan school)" movement, from the content analysis of its draft bill, proposed by the movement, and federal bills which reproduce it. Under the perspective of the International Human Rights law, it deconstructs its legal arguments – which serve to support friend-enemy type political action, as proposed by Carl Schmitt: State neutrality; primacy of the private on the educational public and denial of the educational freedom and pluralism.

Keywords: "Escola sem partido (non-partisan school)"; Education; Politics; International Human Rights Law.

RESUMO

O artigo tem por objetivo debater criticamente os pontos de vista (partidos) presentes no movimento "Escola Sem Partido", a partir da análise de conteúdo do anteprojeto de lei, proposto pelo movimento, e de projetos de lei federal que o retomam. À luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, desconstrói seus argumentos jurídicos – os quais servem para amparar ação política do tipo amigo-inimigo, tal como proposta por Carl Schmitt: neutralidade do Estado; primazia do privado sobre o público educacional e negação da liberdade e pluralismo educacional.

Palavras-chave: "Escola sem partido"; Educação; Política; Direito Internacional dos Direitos Humanos.

---

* Doctor in Law (Law Philosophy and general theory) – University of São Paulo (USP). Position: teacher-researcher. Institutional affiliation: Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Fields of interest: Law Philosophy, Human Rights, International Law. Mailing address: Rua Tereza Bonato Signori, n. 51, Jd. Sta. Genebra II – Distrito de Barão Geraldo, Campinas/SP – CEP: 13084-777. E-mail: gpcabral@gmail.com.

INTRODUCTION

Several bills are in process in legislative chambers of the country, that aim to change the principles and guidelines of education, inspired by the "Escola Sem Partido (non-partisan school)" movement.

"Escola Sem Partido (non-partisan school)", as it is read on its institutional website (www.escolasempartido.org), is an association created to give visibility to the "serious problem" that reaches the Brazilian education. However, it is not dedicated to the analysis of factors such as lack of public investments in the sector, lack of minimum conditions of teaching and learning in schools, non-valuation of education professionals, etc. It is not referred to issues such as the high number of functional illiterates among the population aged 15 years or more – around 18%[1] – or the result of the national high school evaluation, according to the Basic Education Development Index (IDEB)[2]: from zero to ten, the index obtained in 2015 was 3.7[3].

The "very serious" problem it addresses is "the instrumentalisation of teaching for political, ideological and partisan purposes," denouncing an "organized army of militants disguised as teachers" who, "On the pretext of transmitting to students a 'critical view' of reality (...) take advantage of the freedom of teaching and the secret curtain of classrooms to impinge on them their own vision of the world"[4].

The scenario to be opposed and the *enemy* to be combated are not precisely defined. In the nebulous spectrum that forms them, it is highlighted the "left winger" and the "left wing indoctrination" – it is said: the "hand that swings the cradle of Brazilian education" – carried out by the "militant teachers" who act to "hammer left wing ideas in the students' heads". Diverse world perspectives and fields of social and political action are confused in a monolithic block:

---

1 BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Relatório Educação Para Todos no Brasil (2000-2015)*. Preliminary version. Brasília, 2014, p. 14.

2 The Index of Basic Education Development (Ibed) "is an indicator of educational quality that combines performance information in standardized exams (Prova Brasil or Saeb) – obtained by the students at the end of the teaching stages (4th and 8th grades of elementary education and 3rd grade high school) – with information about school performance (approval)" (BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS EDUCACIONAIS "ANÍSIO TEIXEIRA" – INEP. *Nota Técnica. Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb)*. Available at: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/portal_ideb/o_que_e_o_ideb/Nota_Tecnica_n1_concepcaoIDEB.pdf>. Access on 11/23/2017.

3 BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS EDUCACIONAIS "ANÍSIO TEIXEIRA" (INEP). *IDEB. Resultados e metas*. Available at: <http://ideb.inep.gov.br/resultado/resultado/resultadoBrasil.seam?cid=789135>. Access on 11/23/2017.

4 ASSOCIAÇÃO ESCOLA SEM PARTIDO. *Quem somos*. Available at: <http://www.escolasempartido.org/quem-somos>. Access on 05/30/2018.

> In Brazil, those who promote political-ideological indoctrination in the classroom, in a systematic and organized way, with theoretical (Gramsci, Althusser, Freire, Saviani, etc.), political (left wing governments and parties, PT in front) bureaucratic (MEC and secretaries of education), editorial (textbook industry) and labour union support is the left winger[5].

It also belongs to the "left winger" the "gender ideology", combat against which appears to legitimize LGBT phobia and the defence of a "biological identity of sex" as the only accepted form of affective and sexual expression of human individuality.

The "sem partido (non-partisan)" has gained followers. The draft bill, accompanied by justification, elaborated by the Association, has been reproduced almost entirely in legislative bills in process in the country. According to a survey of the Collective *Teachers against the Escola Sem Partido (non-partisan school)*, legislative assemblies from fifteen states and chambers of about fifty cities discuss bills with this content[6]. One has already become state law (in 7.800 / 2016), in Alagoas, suspended by the Federal Supreme Court, in a monocratic decision of the Minister Roberto Barroso, in Direct Action of Unconstitutionality (in 5.537). In this article, two bills debated in the National Congress are highlighted, one in the Chamber of Deputies (no. 867/2015) – attached to No. 7,180 / 2014 –, another in the Federal Senate (no. 193/2016), withdrawn by the author, Senator Magno Malta, on 11/21/2017.

The latter, by the way, was the subject of popular consultation, promoted by the Senate, on its institutional website (www12.senado.leg.br). Out of 410,754 people that opined, 48.7% (199,920) expressed favorable support for the bill.

The thorough analysis of the "sem partido (non-partisan)" discourse reveals under the cover (and flag) of the absence of a standpoint – and, therefore, of the non-political nature and neutrality of the movement – the beginning of an eminently political dispute. Denying the performance and the political point of view, it curiously makes politics in the extreme sense of the term, along the line of Carl Schmitt's reflection, in *The concept of the political*: politics as the space of differentiation between friend and enemy, to characterize the extreme degree of intensity of a union / disunity between human groups[7], which is not

---

5 ASSOCIAÇÃO ESCOLA SEM PARTIDO. *A doutrinação é um problema grave na educação brasileira? Por quê?* Available at: <http://www.escolasempartido.org/faq>. Access on 05/30/2018.

6 PROFESSORES CONTRA O ESCOLA SEM PARTIDO. *Panorama da escola sem partido no país*. 2017. Available at: <https://professorescontraoescolasempartido.wordpress.com/vigiando-os-projetos-de-lei/>. Access on 11/23/2017.

7 SCHMITT, Carl. *O conceito do político. Trad. G. Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 27 e 28.

subject to a dialogued solution. The political opposition, therefore, explains, is "the most intense and extreme, and every concrete dichotomy is the more political the closer it gets to the extreme point, the grouping of the friend-enemy type[8]".

In this Schmittian political struggle, the "sem partido (non-partisan)" standpoint can be withdrawn from the proposed legislative bill. It is based on assumed *State neutrality* and defends the *prevalence of* (particular) *interests, conceptions and private values on the public educational space*. This, in order to empty the educational freedom and the pluralism of ideas, from the affirmation of freedom.

In order to justify it legally, it stands out, in the justifications, an isolated reference to the American Convention on Human Rights, specifically to the Article 12.4, according to which "Parents and, where appropriate, guardians, have the right that their children or pupils receive the religious and moral education that is in accordance with their own convictions."

In this scenario, the aim of this article is to reflect critically on the legal point of view (standpoint) present in the political action of the "Escola Sem Partido (non-partisan school)". This, in methodological terms, through the *analysis of the discourse*[9], focusing specifically on the contents, explicit and hidden, of the draft bill and of the justification, presented by the "Escola Sem Partido (non-partisan school)" and the bills that take them back in the Chamber of Deputies and the Federal Senate.

Beginning with the brief presentation of the legislative bills, in its fundamental points to the present reflection (i), the political and legal framework of the "Escola Sem Partido (non-partisan school)" is proposed, identifying here similarities with Schmittian concepts. (ii) It is passed through the deconstruction of the "sem partido (non-partisan)" program, when it comes to the fallacy of the State political neutrality (iii) and to the (non) prevalence of the private in the public educational space (iv). To do so, it is used an expanded concept of politics, referred to the processes of conformation of the public space, solutions of common problems and formation of the State will, and understood, therefore, as an inseparable moment of law. In addition, it is based on the International Human Rights Law, incorporated into the Brazilian legislation, raised by the movement itself. Finally, it is discussed the legal content of educational freedom, distorted by the "sem partido (non-partisan)" (v).

---

8 Ibid., p. 31.

9 BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Editions 70, 2011.

DEVELOPMENT

The Draft Bill and the Federal Bills.

The draft bill[10] proposed by the Association "Escola Sem Partido (non-partisan school)" is initially dedicated to the principles governing education, providing, as such, in Art. 1:

> I – political, ideological and religious neutrality of the State;
>
> II – pluralism of ideas in the academic environment;
>
> III – freedom of conscience and belief;
>
> IV – freedom to teach and learn;
>
> V – recognition of the learner vulnerability as the weakest part of the learning relationship;
>
> VI – education and information regarding the included rights in their freedom of conscience and belief;
>
> VII – parents right to have their children receive moral education that is in accordance with their own beliefs.

The single paragraph ends the statement, bringing the prohibition of the "gender ideology" application:

> The Public Power will not interfere in the sexual orientation of the students nor will allow any practice capable of compromising or directing the natural development of their personality, in harmony with the respective biological identity of sex, being prohibited, especially, the application of the postulates of the gender ideology.

In Article 2, it is prohibited, in classroom, "the practice of political and ideological indoctrination and, according to the principle affirmed in the subsection VII above, the "placement of content or the performance of activities of a religious or moral nature which may conflict with the convictions of the parents and those responsible for the students".

Article 3 transmits the principles and prohibitions of previous devices in the duties of the teacher:

> Art. 3º In the exercise of his functions, the teacher:
>
> I – shall not take advantage of the students' captive audience to promote their own ideological, religious, moral, political, and partisan interests, opinions, conceptions or preferences;

---

[10] ASSOCIAÇÃO ESCOLA SEM PARTIDO. *Anteprojeto de lei estadual e minuta de justificativa*. Available at: <http://escolasempartido.org/sindrome-de-estocolmo-categoria/484-anteprojeto-de-lei-estadual-e-minuta-de-justificativa>. Access on 11/14/2017.

> II – shall not favor, hinder and constrain students on account of their political, ideological, moral or religious beliefs, or their lack;
>
> III – shall not make political-party propaganda in the classroom nor shall incite students to participate in demonstrations, public acts and marches;
>
> IV – in dealing with political, socio-cultural and economic issues, shall fairly present the main versions, theories, opinions and perspectives competing with them;
>
> V – shall respect the right of parents to have their children receive moral education that is in accordance with their own beliefs;
>
> VI – shall not allow the guaranteed rights in the previous items to be violated by the action of students or third parties in the classroom.

In order to ensure the "education" of the students in relation to these educational duties, Art. 4º, § 1, the placement in classrooms, teachers' rooms and other places of the school, of posters that, under the title, in capital letter, "teacher's duties" reproduces the provisions of Article 3, transcribed above.

The bills in the National Congress, which propose the institution of the "Programa Escola Sem Partido (non-partisan school movement), repeat the above-mentioned essay with minor distinctions.

In the Chamber of Deputies, Bill no. 867/2015, authored by Federal Deputy, Izalci (PSDB/DF). In its disposition on educational principles, in Article 2, it emphasizes the freedom to learn, understood as "specific projection in the field of education, freedom of conscience", thus moving away from the incidence of the constitutional principle of freedom to teach[11]. It does not prohibit, in a single paragraph, "gender ideology", keeping, however, in the following article (Article 3), the general prohibition of political and ideological indoctrination and the propagation of content in conflict with religious or moral convictions of the parents. The teachers' duties, with minimal textual differences, are in Article 4, the obligation to place posters stating them, in Article 5.

Currently, the Bill is linked to the Bill no. 7,180 / 2014. More succinctly, it merely adds to Article 3 of the Law of Guidelines and Bases (No. 9.394 / 1996), as an educational principle, "respect for the convictions of the student, his parents or guardians, having the *values* of *family order precedence on school education in the aspects related to moral, sexual and religious education,* which is prohibited the transversality or subliminal techniques in teaching these subjects" (emphasis added).

---

[11] It provides: "Art. 2. The national education shall comply with the following principles: (...) III – freedom to learn, as a specific projection, in the field of education, freedom of conscience; IV – freedom of belief ...".

In the Senate, it was debated the Bill nº 193/2016, authored by Senator Magno Malta. After the Report with vote for rejection, in the Committee on Education, Culture and Sport, the subject was withdrawn from the proceedings, by the author, on 11/21/2017. In them, educational principles, as proposed by the "sem partido (non-partisan)" are listed in Article 2, faithful to the single paragraph of the draft bill, prohibiting the Public Power to immerse itself in the sexual choice of students and to apply postulates of "gender ideology". The teacher's duties are in the Article 5. Article 3 provides the placement of posters in schools, however, missing in the Bill, the annex with its sayings.

The justification[12] for the implementation of the program presented by the Association, together with its draft bill, and transcribed in the bills, in the National Congress, traces conjecture that marks the *enemy* figure:

> It is a notorious fact that teachers and writers of teaching materials have been using their classes and their works to try to obtain students' adherence to certain political and ideological currents to cause them to adopt judgment standards and moral conduct – especially sexual moral – incompatible with those taught to them by their parents or guardians.

The "notorious fact" allows neglecting any explanation and substantiation of what is spoken, leaving obscure "political and ideological currents", "judgment standards and moral conduct," the "sexual moral" that congregate the denounced enemies. No qualitative or quantitative data, results of scientific researches or evaluations conducted by the Government and organizations dedicated to education are brought to substantiate the complaint. It is enough to say that it is a reality "known by direct experience of all those who have passed through the educational system in the last 20 or 30 years".

Hence the need to adopt "effective measures to prevent the practice of political and ideological indoctrination in schools" and, it is emphasized, "the usurpation of the parents' right that their children receive moral education that is in accordance with their own convictions", whose protection appears in the form of educational principle and teacher's duty.

To justify its point of view, it mentions the American Convention on Human Rights:

> 13 – With regard to moral education, referred to in Article 2, VII, of the bill, the American Convention on Human Rights, in force in Brazil, establishes in its Article 12 that "parents have the right to have their children receive religious and moral education that is in accordance with their own convictions";

---

12 ASSOCIAÇÃO ESCOLA SEM PARTIDO, Op. cit.

> 14 – Well, if it is up to parents to decide what their children should learn about morality, neither the government nor the school nor teachers have the right to use the classroom to deal with moral content that has not been previously approved by students' parents;
>
> 15 – Finally, a state that defines itself as a secular – and therefore must be neutral in relation to all religions – cannot use the educational system to promote a certain morality, since morality is in principle, inseparable from religion (www.escolasempartido.org).

The Chamber bill no. 7,180 / 2014 – in which there is no express reference to the "sem partido (non-partisan)" – also seeks justification in the Article 12.4 of the Pact of San Jose of Costa Rica. In the explanation of the summary, it affirms to include among the principles of education respect for the convictions of the student, his parents or guardians, "giving precedence to family values about school education in aspects related to moral, sexual and religious education", to adapt our legislation to the Convention. In the justification, it argues:

> (...) the school, the school curriculum and the pedagogical work carried out by teachers in the classroom should not fall into the field of the personal convictions and family values of the students of basic education. These are subjects to be treated in the private sphere, in which each family fulfils the role that the Constitution itself grants to participate in the education of its members.

The political and legal conceptual framework of the "Escola Sem Partido (non-partisan school)"

From the "Escola Sem Partido (non-partisan school)" discourse, brought in the texts of the Bills, complemented by their Justifications and also by the available information on the Association's website, it is extracted, as anticipated, hidden under the flag of the impartiality and the combat to the political indoctrination, an eminently political practice.

Politics, here, again, carried out in the sense presented by Carl Schmitt, in the work *The concept of the political*, and, therefore, understood as the ambience of the most extreme opposition that there may be, the friend-enemy type:

> (...) the political has to reside in his own extreme differentiations, to which all political action can be attributed in its specific sense. Let us suppose that in the moral sphere the extreme differentiations are good and bad; in aesthetic, beautiful and ugly; in economic, useful and harmful or, for example, profitable and unprofitable (...) The specifically political differentiation to which political actions and motivations can be related is the differentiation between friend and enemy[13].

[13] SCHMITT, Carl, op. cit, p. 27.

Any of these differentiations, religious, moral, economic, etc., complements the author, "transforms into a political opposition when it is strong enough to effectively gather human beings among friends and enemies[14].

As for the enemy, it is the other, the unknown that does not integrate – nor it can – the "us":

> (...) for its essence, it is enough that it be, in a particularly intense sense, something existentially different and unknown, so that, in extreme case, conflicts with it are possible, which cannot be decided either by a general normalization undertaken in advance, nor through the judgment of a third party "not involved" and, therefore, "impartial"[15].

Hence the impossibility of composition, of mutual understanding and the hate discourse as the only possible communication. Hence the real possibility of combat. Schmitt speaks of war, the extreme fulfilment of enmity, "ontic denial of another being"[16].

In the present case, the enemy, the other unknown (and, in this perspective, little explained and understood) is composed of a nebulous set of diverse and not infrequently contradictory perspectives and actions grouped in the monolithic block entitled "left wing". The figure of the teacher takes a particular note, supposed member of an "organized army" of militants practicing political and ideological indoctrination in the classroom.

The policy of the "sem partido (non-partisan)", *inside* the State that would still preserve some unity, is revealed, more properly, in one of its *secondary concepts* mentioned by Schmitt. Preserving the intense antagonism that characterizes it, the term is used linguistically to mark the adversary and thus to "disqualify him or denounce him as 'political', in order to impose yourself on him as apolitical", in a sense "purely" scientific, moral, legal, etc.[17].

To sum up, the opposition stands out, it marks the "internal enemy", to be fought in view of an "adequate" education. One acts politically, under the apolitical linguistic appearance, or more properly, "sem partido (non-partisan)".

All this, within the unsurpassable theoretical unsustainability of a movement that cannot apply to itself, as emphasized by Ana Elisa Spaolonzi Q. Assis. Behind the non-partisan facade, in fact, there are standpoints and purposes, addressing their real objectives on "the weakening of progressive positions, or "left-wing" to use an ordinary and overly general expression"[18].

---

[14] Ibid., p. 39.
[15] Ibid., p. 28.
[16] Ibid., p. 34-35.
[17] Ibid., p. 33.
[18] ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. Escola sem partido: projeto sem sustância. *Revista Exitus, v. 8, 2018, p. 27-28.*

In this conflict, the "Escola Sem Partido (non-partisan school)" can be legally rebuilt at main moments.

First, the affirmation of *State neutrality* principle, which inaugurates the article referring to the principles to be met by national education.

Second, ending the mentioned statement and, then, renewed in the bill No 7.180 / 2014, the *prevalence of the private on the public educational space* principle. Supported by the State neutrality, it is based on the International Human Rights Law (American Convention) and affirmed in the right of parents that children receive religious and moral education according to their convictions and in the obligation of teachers to respect it.

Third, justified by previous moments, under the discourse of freedom, the elimination of freedom and educational pluralism.

The fallacy of State Political Neutrality

It was seen, the first principle to be met by national education, provided by the Program, is the *State political, ideological and religious neutrality.*

As a corollary of the distinction, typical of the republic, between State and Church, the secularism imposes itself constitutionally on the first. It is forbidden for federal entities "to establish religious cults or churches, to finance them, to hinder their operation or to maintain with them or their representatives, relations of dependence or alliance, except in the form of law, collaboration of public interest" (Article 19 , subsection I, Federal Constitution).

It is imposed to the Government, in short, the position of *religious neutrality* – not affected by reference to *God* in the Preamble – guaranteeing to everybody the religious freedom, not interfering in the religious organizations, nor adopting hostile or preferential posture in relation to any creed[19].

However, the same is not true in relation to political choices. This, even when, untied the term of the Schmittian understanding, *politics* being broadly understood as the space, highly conflictual – but not for that unconstrained for dialogue and understanding – of struggle for recognition of pretensions, decision--making in relation to matters that concern the social group and, therefore, of formation of the will of the State. Being effective in the "game of conflicts unleashed in the conformation of the public scene, in its maintenance and transformation",[20] the discourse is admitted and the composition of forces, without that the non-negation of the other have to mean the annulment itself.

---

[19] SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 515.

[20] FELTRAN, Gabriel. S. Crime e castigo na cidade: os repertórios da justiça e a questão do homicídio nas periferias de São Paulo. *Caderno CRH*, Salvador, v. 23, n. 58, 2010, p. 60.

Taking politics in this sense, it is in its close correlation with the Law that the State (of Law) arises and is constituted, impregnated with options and standpoints. And, constituted, it remains thus in the realization and permanent revision of its project.

For example, as in the inaugural article of the Constitution of 1988 several standpoints are taken. That of the republican form of government, that of the federative state, that of democratic government. Moreover, it is also chosen as the foundations of the Democratic State of Law the citizenship, human dignity, social values of work, free initiative, everything in the very difficult attempt to reconcile (unlikely) the capitalist economic system and the valuation of the human.

This is supported by the affirmation of a vigorous system of fundamental human rights. Individual rights of freedom, political rights of participation, social, economic and cultural rights, transindividual rights. The constitutional text therefore incorporates a whole set of rights affirmed by the International Human Rights Law.

Among them, the International Covenant on Civil and Political Rights (promulgated by Federal Decree 592/1992) and Social, Economic and Cultural Rights (promulgated by Federal Decree 591/1992), documents that, adopted at a General Assembly Session of the UN in 1966, are part of, with the Universal Declaration of Human Rights, the main axis of the global system for the protection of human rights. Within the extension of the inter-American system, it is worth referring to the 1969 American Convention on Human Rights (promulgated by Federal Decree 678/1992), specifically dealing with civil and political rights, as well as the "Protocol of San Salvador", additional to the 1988 Convention (promulgated by Federal Decree No. 3 321/1999), which deals with economic, social and cultural rights. They are part of the Charter of the Organization of American States and the American Declaration on the Rights and Duties of Man adopted at the Bogota Conference in 1948, the pillars of the protection of human rights in the American continent.

They, the human rights, are also standpoints taken, among many other experiential possibilities. They are only said to be universal and, to that extent, neutral, when viewed from a strictly partial point of view, the Occidental. They are "Occidental Universal Human Rights"[21].

They are standpoints that we take, again. There is no neutrality in affirming the State of law, the democracy and the human rights. They are options referring to the directions of society.

---

[21] SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A gramática do tempo. Para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 463.

The close correlation between politics and law remains, moreover, as stated, in all government decisions taken in the State of Law.

Using the social philosophy of Jürgen Habermas, the political-governmental system, comprising the structure composed of the Executive, Legislature and Judiciary, acts in the social regulation and institutional solution of conflicts, by the *medium* of law[22]. Law and politics are therefore merged into a "process for solving problems (...) in order to plan the regulation of conflict and the pursuit of collective ends"[23].

As an organ holding state political power, supported by a series of constitutional options, the Government will never be neutral too. Neither it, nor the right by it produced and applied.

Even the "impartiality" especially required for the organs of the Judiciary must be understood under this perspective and, thus, mitigated. The judge should only be impartial in a way that he does not make his affective and axiological preferences prevail, in favor of one of the parties of the process, to the detriment of the rules of the democratic game. His impartiality must, therefore, make effective the standpoints and the political choices of the legal system.

It is true, mentioned political aspect inherent in the Constitution, the Law, the State and its branches and institutions, becomes neutralized, within the extension of the legal dogmatic. Celso D. de Albuquerque Mello affirms, the law "masks politics with a 'technique' that is said scientific and neutral. The jurists who apply and explain domestic law forget that science is not neutral because it is always done by someone and is aimed to some purpose". Quoting Raucent, he continues: "Ignoring the political dimension of law is to foolishly overlook one of its most important aspects (...) The law is a work of politics, it represents the expression of the wills of those who count politically"[24].

There is, in fact, no politically neutral State, "the relativistic State that nothing else distinguishes, the empty content State", using, once again, Schmitt's words[25].

The masking of politics, ignoring the standpoints taken, in the constitution and in the exercise of political power and, therefore, in the production of law, does not withstand a critical analysis. It contradicts itself. Functioning as an ideology, its insertion as a fundamental principle of education (the State political

---

22 CABRAL, Guilherme Perez. *Educação para a democracia no Brasil*: fundamentação filosófica a partir de John Dewey e Jürgen Habermas. São Paulo: Alameda, 2017, p. 234.

23 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, v. II, p. 45.

24 MELLO, Celso. D. Albuquerque. A norma jurídica no direito internacional público. In: FERRAZ, Sérgio (Coord.). *A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 255.

25 SCHMITT, Carl, op. cit., p. 104.

neutrality) – as a "sem partido (non-partisan)" proposal – that one does indeed produce "ideological indoctrination" that the "sem partido (non-partisan)" by principle, claim to combat.

The misconception of the prevalence of the private on the public educational space

The State political-ideological *pseudoneutrality*, then, substantiates the proposal of the "sem partido (non-partisan)" of the prevalence of private interests and values in the public educational space, identified with the Article 12.4 of the American Convention on Human Rights. Neither in this point the project "Escola Sem Partido (non-partisan school)" is sustained.

Education is a public matter: a public good, of which achievement, with quality, results from a "shared social mission", in which the "civil society, teachers and educators, the private sector, communities, families, young people and children" play a fundamental role, under the central responsibility of the State, to which is imposed, in addition, "to establish and regulate set rules and standards"[26]. The school, in this perspective, is a public space, acting as a place of preparation for joining social life, for that, it has to recognize the plurality and the difference. Everything, finally, to operate according to the ends, principles, guidelines and bases that are imposed on it in the extension of the Democratic State of Law.

Under the Federal Constitution, education has very precise objectives. From a multiplicity of possibilities, it has chosen some, to the detriment of others. It has selected. It has taken a standpoint. They are provided in the final part of Article 205 of the constitutional text. It aims to the full development of the person, in his or her individuality and identity; to his or her qualification for the world of work; and, finally, to the preparation for the exercise of his or her citizenship.

The statement, in this way, reproduces – as the Constitution made in relation to human rights in general – the International Human Rights Law, highlighting, here, the Article 13.1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Article 13.2 of the Protocol of San Salvador.

They emphasize the goal of "the full development of the human personality and the sense of its dignity", providing, moreover, the empowerment of all people for effective participation in a free society (the American Treaty categorically affirms "a democratic and pluralist society").

---

[26] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Educação 2030. Declaração de Incheon e Marco de Ação para a implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 4*. Brasília: UNESCO, 2016, p. 28. Available at: <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002432/243278POR.pdf>. Access on 01/10/2018.

The Constitution does not explicitly mention other objectives brought by these international documents: the strengthening of the respect for the human rights and, to it closely related, the favouring to "understanding, tolerance and friendship among all nations and among all racial, ethnic or religious groups"; and the promotion of peacekeeping activities.

However, it is about objectives that, absolutely, cannot be forgotten when analysing Brazilian education, based on a systematic reading of the legal and constitutional system and, according to the Human Rights Treaties ratified by the country, the international one[27].

For this reason, the education, understood as a "human right and an indispensable means for the realization of other rights", must always be oriented towards this broad set of objectives, regardless of who provides it. This is what the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, responsible for the effectiveness of the International Covenant observes in its General Comment nº 13: "The States agree that all education, whether public or private, in school or out-of-school, shall be oriented to purposes and objectives defined in paragraph 01 of Article 13"[28].

Oriented in that way, the education becomes effective for the benefit of a person and of the full development of his or her identity and dignity. And it becomes effective, in addition, for the benefit of the society as a whole.

It is distinguished, on the one hand, the pretension of the individual, socially recognized, from being educated. On the other hand, the pretension of the society in general, in view of its own development, that its citizens, to some extent have some degree of education. The formation of the individual, able to participate effectively in social life, while updating his or her own potentialities, enabling him or her to exercise other rights, promotes the development of the State and the achievement of its fundamental objectives[29].

Therefore, the great attention given to education in the International Human Rights Law and in the Federal Constitution, identified, is reproduced, as a *public* matter. Public because it is recognized, from the perspective of the members of society, its social importance. According to John Dewey's reflection, because its consequences are projected significantly on the social group, for the good or for the evil, it is a demand of the social group itself to have it systematically under care[30].

---

27 CABRAL, Guilherme Perez, op. cit., p. 65.

28 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por organos creados em virtud de tratados de derechos humanos*. 2004, p. 79. Available at: <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/Observacoes_Gerais_ONU.pdf.>. Access on 11/11/2017.

29 CABRAL, Guilherme Perez, op. cit., p. 67.

30 DEWEY, John. *The public and its problems*. Swallow Press/Ohio University Press/Athens, 1991, p. 15.

As a public activity, it is, therefore, oriented to those objectives, affirmed conventionally and constitutionally. For its effectiveness, the general rules, guidelines and bases of the national education and other rules issued by the educational systems of the federative entities are set. They prevail over the private interests of particular groups and individuals, not the opposite.

It is under this perspective that Article 13.4 of the Additional Protocol of San Salvador, guaranteeing the parents the right to choose the type of education to be given to their children, establishes that such right must be in accordance with principles established in the conventional statement itself and with the domestic legislation of each country.

This is the scenario in which the provision of the American Convention, so highlighted by the "sem partido (non-partisan)", must be interpreted.

The provision of Article 12.4, specifically, refers to freedom of religion. In the division socially drawn between the public and the private – again with Dewey, as the consequences of interaction are circumscribed or spread beyond those directly involved in it[31] – the statement deals with an important aspect of the sphere of private life, affirming the right of parents that their children receive religious and moral education that is in accordance with their own beliefs.

Important aspect, but not absolute. Brought into the public space of education, it requires its harmonization with Art. 13.4. It is, in short, a limited right, the exercise of which does not contradict its ends and the normative set that defines it.

This is the direction of Luís Roberto Barroso demonstration, in the decision of the Federal Supreme Court that suspends the Alagoas law in 7.800 / 2016. The Minister said that the Protocol of San Salvador, recognizing the right of parents to choose the type of education that shall be given to their children, in the form of the American Convention, limits it in the extension of the education, to which is not allowed not to observe "the other principles considered in the Protocol" and that, consequently, it must be "able to the full development of the human personality, to the participation in a democratic society, to the promotion of ideological pluralism and fundamental freedoms". He concludes:

> In all evidence, parents cannot intend to limit the information universe of their children or impose on the school that does not convey any content with which they disagree. This type of measure (...) means preventing young people from accessing entire domains of life, in clear violation of pluralism and their right to learn[32].

---

31 Ibid., p. 12.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade nº* 5.537. Brasília/DF, march, 21, 2017. Available at: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991079>. Access on 06/01/2018.

The Committee on Economic, Social and Cultural Rights is reproduced, therefore, without mentioning it. Regarding *acceptability*, one of the fundamental characteristics of education, it clarifies, in General Comment nº13, that "The form and substance of education, including curriculum and teaching methods, must be acceptable (for example, relevant, culturally appropriate and of good quality) to students and, when appropriate, to parents. Nevertheless, it states: "This point is subject to the educational objectives mentioned in paragraph 1 of article 13 and the minimum standards that the State approves in matters of teaching"[33].

A different conclusion, under the perspective of the "sem partido (non--partisan) would have incompatible consequences with the purposes of education and its effectiveness in a democratic culture and in a culture of respect for human rights. It would, ultimately, deny the education, as outlined in international and internal normative texts.

Due to the fact that, valuing beliefs, the values and the private interests – the familiar "moral" viewpoint – to the detriment of those assumed in the public space, the "Escola Sem Partido (non-partisan school) would even submit itself, including, to the family (de)formation of the child in the parents' prejudices and fascist, racist, homophobic and misogynist positions. The school attitude towards disrespect, discrimination among students, motivated by skin colour, sexual preference, gender or any physical or psychological characteristic, would have to be the neutrality. It could not "take a standpoint" in favour of the legal system.

Educational freedom

The prevalence of the private on the educational public implies, therefore, the denial of educational freedom and, one aspect of it, of the pluralism of ideas in the school environment. The "sem partido (non-partisan)" legislative bill ultimately reaffirms such principles, of constitutional hierarchy, to refuse them.

For educational freedom, it is understood, under the terms of Article 206, subsection II of the Federal Constitution, "freedom to learn, teach, research and disseminate the thought, the art and the knowledge". It meets with the "pluralism of ideas and pedagogical conceptions", provided in the following subsection.

According to the transcribed statement, it is raised to constitutional principle of education, encompassing a set of specific freedoms, among which, freedom of production and revision of knowledge, through *research (freedom to research)*; the freedom of transmission, of knowledge, through the activity of *teaching (freedom to teach)*; and the freedom to search and to learn knowledge, in *learning* processes *(freedom to learn)*[34].

---

[33] ONU, op. cit., p. 80.

[34] CABRAL, Guilherme Perez. A inconstitucionalidade da empresa educacional no Brasil. *Revista Educação em Perspectiva*, Viçosa, UFV, v. 8, n. 3, set./dez. 2017, p. 352.

In addition, two fundamental spheres are distinguished in their exercise. First, *free educational initiativ*e, that is, the freedom of the individual to maintain an establishment and provide education. It is expressly recognized, among the principles of education, in Article 206, subsection III, final part, which establishes the "coexistence of public and private educational establishments. Article 209 also states that "Teaching is free to private initiative, provided that the following conditions are met: I – compliance with the general rules of national education; II – authorization and evaluation of quality by the Public Power". In Article 13.4 of the International Covenant it appears as follows:

> Nothing in this article shall be interpreted as restricting the freedom of individuals and entities to establish and direct educational institutions, provided that the principles stated in paragraph 1 of this Article are respected and that such institutions comply with the minimum standards prescribed by the State.

Second, what is called *freedom to educate* (or *academic*) understood as the prerogative given to teachers and to the school community in general to organize, direct and make effective the educational process, in an environment of plurality and respect for difference, in the public or private school[35].

Regarding the latter, it is important to mention, specifically thought for higher education, the "Contributions to the creation of a declaration on academic freedom", created by UNESCO, at the International Congress on Education for Human Rights and Democracy (Montreal, 1993).

The document values and protects said freedom, as "an essential precondition for the functions of education, research, administration and services entrusted to universities and higher education institutions". However, this does not rule out the provision of limits to its exercise, which, according to Article 07, "implies great responsibilities towards society"[36].

Hence, the statement continues, "Nothing in this Declaration shall be interpreted as admitting that any member of the academic community engages in any activity or carries out actions aimed to the destruction of the human rights of third parties." And it ends: "The research, the teaching, the collection and the exchange of information shall be conducted in accordance with ethical and professional standards in accordance with international human rights rules"[37].

---

35 Ibid., p. 352.

36 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Human rights teaching*. Vol. VIII. The International Congress on Education for Human Rights and Democracy. Paris: UNESCO, 1993, p. 22 e 24. Available at: <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001610/161096eo.pdf>. Access on 01/10/2018.

37 Ibid., p. 24.

In the "Escola Sem Partido (non-partisan school)", such a concept of freedom is lost. From the precedence of family values over the public educational space is emanated, firstly, the accentuation of aspect of freedom of *learning*, strangling that of *teaching*. In reality, it is valued the freedom of *not learning* subjects that diverge from private beliefs and values, meeting with the teaching duty of not teaching them.

As the UN pointed out in a communication addressed to the country, questioning the above-mentioned federal bills, the lack of definition and the absence of minimum parameters for the determination of what is "political and ideological indoctrination" allows that any educational practice, any educational speech, in the classroom, be thus considered and, as such, condemned. This way, the educational freedom is eliminated, making the school "an extension of the domestic environment rather than an educational institution that provides new knowledge"[38].

Secondly, it is observed that, in what is preserved, "sem partido (non-partisan)" freedom is not possessed by the student. It is a right of the parents to circumscription and conformation, to their universe of moral and religious convictions, of their children's spectrum of experiential possibilities of development

It is, therefore, a hermeneutic that empties the freedom of any meaning, eliminating the plurality of ideas in the school space. It is not the student free to learn, nor the teacher to teach. The education remains distorted by the impositions, the student, coming from the private / family sphere.

The educational freedom, which we can see from the constitutional text and from the International Human Rights Law, we have seen, is not that. It does not mean wide and unrestricted prevalence of the private over the public. Neither is it important to emphasize, the imposition of a state morality. Neither emptying with state or family imposition, nor absolute freedom.

It is built up and reconstructed dialectically in teaching-learning processes which, if they are oriented to full and free development of personality, are also, in accordance with the current political-legal system, to the preparation of the person for the effective participation in a democratic society and in a culture of respect for human rights.

The education, says Becker, in dialogue with Adorno, is an "equipping oneself to orient oneself in the world", simultaneously *adaptation and resistance*. The ability to orient oneself in the world, he says, "is unthinkable without

---

[38] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado de Direitos Humanos. *Comunicado OL BRA 04/2017. Genebra, 2017, p. 05.* Available at: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OLBrazileducation.pdf.> Access on: 01/08/2017.

adaptations," which, however, cannot lead to the denial of individuality[39]. Hence the aspect of freedom to be preserved, to resist, without denying the "adaptive" component to the performance of social functions.

The spaces of educational freedom, of teaching, and of student, of learning, consolidate and affirm themselves, meeting – but also confronting, disputing terrain with – with the limitations imposed on them by the political and legal system.

It is not a about very large spaces, it is true. On the contrary. The "standpoints" taken and contents established by the legal system – including the educational freedom itself – must be observed by the school. The teacher cannot evade complying with the set of educational regulations, beginning with the Constitution and International Human Rights Treaties, passing through the general rules of education, guidelines and compulsory curricular components, until the rules and programmatic contents of school are reached. The student cannot refuse them. There is no freedom for that.

This does not prevent, students and teachers, from valuing the aspect of *resistance*, from the permanent updating, improvement and reconstruction of the Democratic State of Law, presenting and discussing content critically, questioning and identifying the contradictions of scientific truths and consensus, re-examining "the assumptions, world views and power relations in official discourses"[40], always revealing the maximum possible of points of view and experiential fields to the student.

The criticism, definitely, does not mean disrespect. Positioning, taking standpoint before the history, the science and the lived reality do not either. It is inherent to the human being and inseparable from the educational role, therefore.

What it cannot do is disrespect, attempt against personal integrity, exclude, not recognize the other in his or her dignity. As for the reasoned criticism, even of the foundations of education, of teacher authority, of the State, of the Constitution, of the justice and morality of certain fundamental human rights – opening students' perspectives on how they are constituted, the objectives to what it has been provided, etc. – does not mean, absolutely, disrespect them[41].

---

[39] ADORNO, Theodor. *Educação e emancipação.* Trad. W. Leo Maar. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2006, p. 144.

[40] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Educação para a cidadania global*: preparando alunos para os desafios do século XXI. Brasília: Brasília: UNESCO, 2015, p. 16. Available at: <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002343/234311por.pdf>. Access on 01/10/2018.

[41] At this point, it is revealed very questionable the decision of the Chief Justice of the Supreme Federal Court, Carmen Lucia, in a monocratic decision that suspended a norm of the National Examination of the Secondary School – ENEM 2017 announcement, according to which it

If the scope is, effectively, the full development and preparation for the effective participation in the society, more than a freedom, a critical education, full of taken and substantiated standpoints, ensuring plurality of ideas, there is a *normative* sense. Teachers and students *must* undertake it.

FINAL CONSIDERATIONS

Calling oneself "sem partido (non-partisan)" means ultimately to take a standpoint. The statement, in short, is semantically and theoretically unsustainable[42]. What is extracted from the reading of bills and justifications of the movement is, under the discourse of neutrality, a political position regarding the functioning of the school. A standpoint that ultimately deprives it as a public space.

To denounce the other, the adversary, as a political, partisan, serves, to the "sem partido (non-partisan)", to disqualify him. Political, "partisan" is the enemy, block that brings together everything that does not fit the "us", the friend. They call it left-wing.

It stands out, anyway, as the main enemy, the teacher. More precisely, the teacher willing to exercise his or her duties and educational freedom, in accordance with the precepts of the Democratic State of Law and fundamental human rights.

The movement tries to rise itself above the enemy as apolitical, in a "purely legal" sense, as if the political legal was not. Its standpoint, we have seen and rejected, is composed under the postulates of State political pseudoneutrality and the mistaken prevalence of the private on the public educational space: a private that only defines itself, in a prejudiced and shallow way, in extreme opposition

---

would be given a grade zero to the essay that disrespected the human rights. It writes: "(...) although the announcement norm under discussion is intended to combat what would be a bad exercise of the freedom of expression of thought by the candidate, there seems to be an abstract and generic ablation of this right. The compliance with the Constitution of the Republic imposes, in its very basis, full respect for human rights, contradicted by racism, prejudice, intolerance, among other unacceptable practices in a democracy and strongly adverse to the current legal system. But we do not combat social intolerance with greater state intolerance ... We do not guarantee fundamental rights by eliminating some of them in order to prevent anyone from opposing by the word against what to someone else seems to be instigation or injury" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Suspensão de Liminar nº* 1.127/DF. Brasília/DF, November, 04, 2017. Available at: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5303118>. Access on 01/06/2018). If, in fact, the application of the norm would demand more objective criteria, avoiding the "gag" opposed by the Minister; on the other hand, the criticism, by the student, was not impeded by the statement. Respectful and reasoned criticism did not fit into the normative hypothesis. For the protection of "freedom of expression", the decision removed the sanction for disrespect for human rights in evaluation of school performance. It left, therefore, alluded freedom without any limit. The young man in formation, the lesson remained: in the exercise of this human right he can disrespect those of others.

42 ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz, op. cit., p. 27.

to the enemy, to the nebulous "Left-wing indoctrination", to the "gender ideology", etc. In addition, it ends up restricting educational freedom and pluralism in the school environment. It denies it by affirming it, confused with freedom of religion, extracted from an isolated reading of the provisions of the American Convention on Human Rights.

The fragility of the "sem partido (non-partisan)" discourse, however, does not allow the negligence in relation to the movement and its actions. It demands the active debate and combat, taking standpoints, showing them and its theoretical fragility. This, in the public spaces and in the channels of political discussion, understood the politics, in short, not as a field of extreme confrontation, but as an environment that, although highly conflictual, still admits the discourse, the understanding, alternative to the violence of the ontic negation of the other.

As for these public and eminently political spaces, with different standpoints, we are composed of the media and social networks, the various governmental spheres, the Executive, the Legislature and the Judiciary, and, highlighted, here, the school.

REFERENCES

ADORNO, Theodor. *Educação e emancipação*. 4. ed. Trad. W. Leo Maar. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. Escola sem partido: projeto sem sustância. *Revista Exitus*, v. 8, p. 15-33, 2018.

ASSOCIAÇÃO ESCOLA SEM PARTIDO. *Anteprojeto de lei estadual e minuta de justificativa*. Available at: <http://escolasempartido.org/sindrome-de-estocolmo-categoria/484--anteprojeto-de-lei-estadual-e-minuta-de-justificativa>. Access on 11/14/2017.

ASSOCIAÇÃO ESCOLA SEM PARTIDO. *Quem somos*. Available at: <http://www.escolasempartido.org/quem-somos>. Access on 05/30/2018.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. São Paulo: Editions 70, 2011.

BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS EDUCACIONAIS "ANÍSIO TEIXEIRA" (INEP). *IDEB. Resultados e metas*. Available at: <http://ideb.inep.gov.br/resultado/resultado/resultadoBrasil.seam?cid=789135>. Access on 11/23/2017.

BRASIL. INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS EDUCACIONAIS "ANÍSIO TEIXEIRA" (INEP). *Nota Técnica. Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb)*. Available at: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/portal_ideb/o_que_e_o_ideb/Nota_Tecnica_n1_concepcaoIDEB.pdf>. Access on 11/23/2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Relatório Educação Para Todos no Brasil (2000-2015). Preliminary version*. Brasília, 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei do Senado Federal n*. 193, de 03 de maio de 2016. Inclui entre as diretrizes e bases da educação nacional, de que trata a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, o "Programa Escola sem Partido". Brasília/DF, 2016. Available

at: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=569947&disposition=inline>. Access on: jan., 09 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 867, de 23 de março de 2015. Inclui, entre as diretrizes e bases da educação nacional, o "Programa Escola sem Partido". Brasília/DF, 2015. Available at: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050668>. Access on: jan., 09 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 7.180, de 24 de fevereiro de 2014. Altera o art. 3º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Brasília/DF, 2014. Available at: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606722&ord=1>. Access on: jan., 09 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.537. Brasília/DF, 21 de março de 2017. Available at: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991079>. Access on 06/01/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Liminar n. 1.127/DF. Brasília/DF, 04 de novembro de 2017. Available at: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5303118>. Access on 06/01/2018

CABRAL, Guilherme Perez. *Educação para a democracia no Brasil*: fundamentação filosófica a partir de John Dewey e Jürgen Habermas. São Paulo: Alameda, 2017.

CABRAL, Guilherme Perez. A inconstitucionalidade da empresa educacional no Brasil. *Revista Educação em Perspectiva*. Viçosa, UFV, v. 8 n. 3, p. 345-362, set./dez. 2017.

DEWEY, John. *The public and its problems*. Swallow Press/Ohio University Press/Athens, 1991.

FELTRAN, Gabriel. S. Crime e castigo na cidade: os repertórios da justiça e a questão do homicídio nas periferias de São Paulo. *Caderno CRH*, Salvador, v. 23, n. 58, p. 59-73, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v. II.

MELLO, Celso. D. Albuquerque. A norma jurídica no direito internacional público. In: FERRAZ, Sérgio (Coord.). *A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por organos creados em virtud de tratados de derechos humanos*. 2004. Available at: <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPaulo-Leivas/arquivos/Observacoes_Gerais_ONU.pdf.>. Access on 11/11/2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado de Direitos Humanos. *Comunicado OL BRA 04/2017*. Genebra, 2017. Available at: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OLBrazileducation.pdf.> Access on: 01/08/2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Human rights teaching*. Vol. VIII. The International Congress on Education for Human Rights and Democracy. Paris: UNESCO, 1993. Available at: <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001610/161096eo.pdf>. Access on 01/10/2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Educação para a cidadania global*: preparando alunos para os desafios

do século XXI. Brasília: Brasília: UNESCO, 2015. Available at: <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002343/234311por.pdf>. Access on 01/10/2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Educação 2030*. Declaração de Incheon e Marco de Ação para a implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 4. Brasília: UNESCO, 2016. Available at: <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002432/243278POR.pdf>. Access on 01/10/2018.

PROFESSORES CONTRA O ESCOLA SEM PARTIDO. *Panorama da escola sem partido no país*. 2017. Available at: <https://professorescontraoescolasempartido.wordpress.com/vigiando-os-projetos-de-lei/>. Access on 11/23/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Trad. G. Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

UMA DÉCADA DE LEI AROUCA: TEMOS ALGO A COMEMORAR?

A DECADE OF AROUCA LAW: DO WE HAVE SOMETHING TO CELEBRATE?

Taciana Damo Cervi*
Jacson Roberto Cervi**

RESUMO

Diante da crise ambiental contemporânea, a sociedade organiza movimentos de reação à exploração imprevidente dos recursos naturais, em prol de qualidade de vida, constituída na busca da administração sustentável do desenvolvimento. A pesquisa analisa a postura de dominação do homem perante a natureza, em especial a superioridade humana na relação com os animais não humanos e seus reflexos nos experimentos científicos. Indaga-se a respeito da utilidade de tais práticas e sua pertinência diante do paradigma ecológico, analisando-se criticamente as inovações da Lei Arouca, em especial quanto ao aparente conflito entre o especismo na formação universitária e os direitos animais. Como principal conclusão, tem-se que a legislação trouxe avanços, ainda que na perspectiva do paradigma utilitarista, mas poderia ter ido além se levasse em consideração os mais recentes métodos substitutivos, sincronizados com o paradigma ecológico do cuidado. O método utilizado é o dialético, por meio de pesquisa indireta.

Palavras-chave: Animais não humanos; Experimentos científicos; Lei Arouca; Paradigma ecológico.

ABSTRACT

In the face of the contemporary environmental crisis, society organizes movements to react to the unpredictable exploitation of natural resources,

* Aluna do PPGD da UFRGS – doutorado em Direito. Mestra em Direito. Professora Universitária na URI *campus* de Santo Ângelo/RS e assessora técnica do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos. E-mail: taciana@san.uri.br.

** Doutor em Direito pela UNISC, com estágio na Universidade de Sevilha/Espanha. Professor universitário da graduação e pós-graduação na URI *campus* de Santo Ângelo/RS. Advogado. E-mail: jrcervi@san.uri.br.

in favor of quality of life, constituted in the search for sustainable development management. The research analyzes the posture of man's domination of nature, especially human superiority in relation to non-human animals and their reflexes in scientific experiments. It is questioned about the usefulness of such practices and their relevance to the ecological paradigm, analyzing critically the innovations of the Arouca Law, especially regarding the apparent conflict between speciesism in university education and animal rights. As a main conclusion, the legislation has brought advances, albeit from the perspective of the utilitarian paradigm, but could have gone beyond considering the most recent substitutive methods, synchronized with the ecological paradigm of care. The method used is the dialectic through indirect research.

Keywords: Non-human animals; Scientific experiments; Arouca law; Ecological paradigm.

INTRODUÇÃO

A existência do homem e da natureza é marcada por relações estreitas. A trajetória do desenvolvimento humano indica que a concepção da natureza não é estática, sendo diferentemente vislumbrada de acordo com o período histórico analisado.

O cenário revela uma crise da representação do mundo natural e da própria relação do homem com a natureza. O equilíbrio ambiental depende diretamente da sustentabilidade da sociedade compreendida no seu todo, o que requer atos políticos de grande envergadura, capazes de reorientar o desenvolvimento econômico para a expansão das forças produtivas da sociedade, com o objetivo de alcançar simultaneamente os direitos plenos da cidadania para toda a população e a manutenção do equilíbrio ecológico. Dessa forma, o desenvolvimento sustentável representa a construção de importantes contribuições para uma relação mais harmoniosa entre homem e meio ambiente, constituindo-se em uma estratégia de passagem do paradigma hegemônico para o paradigma ecológico, que emerge a partir de considerações atualizadas no âmbito da ciência, da ética e do Direito.

De fato, o processo de transição para uma nova postura do homem diante do cosmos já se iniciou, sendo notadamente reconhecidas como grandes marcos a Conferência de Estocolmo e a Conferência do Rio. A sociedade enfrenta agora o desafio de propiciar a promoção humana e uma sociedade sustentável por meio da melhoria da qualidade de vida em todos os seus aspectos, buscando a eliminação da violência, da opressão e da marginalidade socioeconômica e cultural, que conjuntamente representam uma grave ameaça ao meio ambiente, estendendo sobre ele seus efeitos negativos.

Diante dos diversos reflexos da crise na vida contemporânea, a sociedade começa a organizar movimentos de luta contra a exploração imprevidente dos

recursos naturais, mitigando, acima de qualquer coisa, qualidade de vida. Constituíram-se como alternativas para conscientização da necessidade de uma administração sustentável do desenvolvimento, um vinculado respeito pelo meio ambiente.

Nesse sentido, a pesquisa analisa essa relação de dominação do homem perante a natureza, em especial os animais não humanos e sua utilização em experimentos científicos. Indaga-se a respeito da utilidade de tais práticas e sua pertinência diante do paradigma ecológico, analisando-se criticamente os avanços trazidos pela Lei Arouca, em especial quanto ao aparente conflito entre o especismo na formação universitária e os direitos animais.

O trabalho apoia-se no método dialético. Essa opção se justifica à medida que a situação atual é entendida como um quadro contraditório, em que um paradigma tradicional de desenvolvimento (centrado na economia e na dominação do homem em relação à natureza) é confrontado por um novo paradigma (sustentável), fundado na qualidade de vida e no cuidado.

O SOFRIMENTO ANIMAL INSTITUCIONALIZADO

O uso de animais não humanos em experimentos científicos é antigo. De acordo com os estudos de Greiff e Tréz, até o século XII a experimentação científica era realizada com humanos, até que efetivamente passou a ocorrer o furto das sepulturas para a prática da dissecação,[1] já que os cadáveres eram insuficientes.[2]

Oficialmente, os animais não humanos foram inseridos nas didáticas de experimentação por Claude Bernard, no século XIX. Inicialmente, as técnicas de experimentação foram concebidas para a cura de doenças e, posteriormente, ampliadas para os setores farmacêutico, agropecuário, na indústria de cosméticos, de veículos, e, ainda, na indústria bélica.[3]

Desde os primeiros experimentos, Claude Bernard soube sobre a inadequada utilização de animais não humanos para experimentação, dado que o próprio cientista assim refere sobre a pouca utilidade dos testes. É o que pode ser constatado na obra de Singer:

---

1 A dissecação consiste no uso de cadáveres para seccionar partes do corpo ou órgãos no intuito de estudar sua anatomia. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1910-1989. *Novo Aurélio Século XXI:* o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

2 GREIFF, Sérgio; TRÉZ, Thales. *A verdadeira face da experimentação animal*. São Paulo: Sociedade Educacional Fala Bicho, 2000. p. 20.

3 MAGALHÃES, Valéria Barbosa de; DARÓ, Vânia Rall. Ciência e poder: pesquisas com animais e autonomia universitária. *I Congresso de Bioética e Direito dos Animais*, Salvador, 2008. Disponível em: http://www.abolicionismoanimal.org.br/artigos/cinciaepoderpesquisascomanimaiseautonomiauniversitria.pdf.

> Reconheço após inúmeros experimentos realizados em animais, a impossibilidade de se transferir para o homem o que se depreende a partir da observação da retalhação de um animal; em relação a precisão nos testes, eu mesmo como representante da AMA – American Medical Association, afirmo que frequentemente os estudos em animais provam pouco ou nada e é muito difícil correlacioná-los a seres humanos.[4]

A partir disso, percebe-se que os cientistas conhecem a pouca utilidade ou a ineficiência dos modelos não humanos em experimentação, o que não evitou sua ampla utilização no século XX. Nesse mote, Bauman refere que "a evolução no uso de animais na década de 70 foi, em geral, ascendente, tendo posteriormente sofrido declínio e, atualmente verifica-se um aumento no número de experimentos em razão do uso de animais geneticamente modificados".[5]

O uso de cobaias geneticamente modificadas mostra-se útil em razão da incompatibilidade observada entre os organismos humano e não humano. Nesse aspecto, é possível destacar alguns dos muitos casos em que se verifica a inadequação dos testes científicos em humanos. A morfina é um dos mais claros exemplos, pois, em modelos animais, promove excitação, enquanto em humanos, diversamente, propicia sedação. Outro caso referido na literatura é o da penicilina, que, testada em cobaias não humanas, mostrou-se letal, e, nos testes com humanos, foi reconhecida sendo largamente utilizada como antibiótico. Por outro vértice, destaca-se o exemplo da sacarina, que, em ratos, provou ser substância cancerígena, tendo sido aprovada para o consumo humano a partir de testes *in vitro*, quando se mostrou inofensiva.[6]

Episódio interessante é relatado por Regan, com relação ao lítio, enquanto medicamento utilizado para o tratamento de transtornos psíquicos. Os estudos realizados com cobaias não humanas foram incapazes de indicar seu uso terapêutico, o que somente foi possível por meio de testes *in vitro*.[7]

As diferentes manifestações de uma substância em cobaias humanas e não humanas são assim identificadas porque os organismos são diferentes. Nesse sentido, cabe consignar como exemplo a manifestação da Aids em humanos e a impossibilidade de testes em cobaias não humanas porque nelas o vírus HIV não se desenvolve. Partindo da constatação de que se trata de uma doença de humanos, os cientistas passaram a desenvolver testes *in vitro*, a partir das reações ob-

---

4 SINGER, Peter. *Libertação animal*. Tradução Maria de Fátima St. Aubyn. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 109.

5 *Apud* DINIZ, Renata *et al*. Animais em aulas práticas: podemos substituí-los com a mesma qualidade de ensino? *Revista Brasileira de Educação Médica,* v. 30, p. 31-41, Santos, Centro Universitário Lusíada, 2006, p. 39.

6 REGAN, Tom. *Jaulas vazias:* encarando o desafio dos direitos dos animais. Tradução Regina Rheda. Porto Alegre: Lugano, 2006.

7 REGAN, Tom. *Jaulas vazias:* encarando o desafio dos direitos dos animais, p. 36.

servadas nos glóbulos brancos do sangue humano para a obtenção dos medicamentos AZT e 3TC.[8]

Com tudo isso, demonstra-se que a realização de testes em animais não humanos não oferece segurança para a implementação em humanos. Outro aspecto a ser destacado é a utilização de modelos não humanos para aulas didáticas, com destaque para as práticas de dissecação, compreendidas como o uso de cadáveres para observação do funcionamento das partes ou órgãos do corpo, e de vivissecção, caracterizadas pelo uso do animal vivo e aberto.[9]

Nas referidas aulas práticas, os alunos experimentam as mais diversas sensações e sentimentos, como medo, insegurança e ódio, até que consigam se familiarizar com a proposta como algo inexorável ao exercício da futura profissão. Destaca-se a pesquisa realizada com uma turma de medicina do Centro Universitário Lusíada, em Santos, no ano de 2005, em que foram entrevistados 128 alunos do primeiro ano de medicina, e, entre homens e mulheres, 50% dos alunos relataram sentimentos negativos relacionados ao uso de animais em aulas, pouco mais de 17% dos alunos demonstraram sentimentos positivos e apenas 27,3% dos alunos relataram curiosidade pelo experimento.[10]

Triste constatação em que se percebe, segundo Greiff e Tréz, que:

> No começo o estudante pega o animal; corta e se sente mal com aquele ato; com a repetição ele passa já a sublimar isso, então no final do curso ele já está cortando numa boa, sem qualquer problema. Então o que é isso, esse processo é o processo de dessensibilização que o estudante passa, no final ele está mais frio em relação à vida, ele já coisificou a vida da frente dele.[11]

Ao que tudo indica, as universidades têm contribuído para a dessensibilização dos seres humanos e a coisificação de todos os seres que não sejam humanos, pois o homem já não se deixa afetar emocionalmente pela dor do outro. Qual o real sentido de promover ao alunado uma experiência que já se encontra descrita em vasta literatura e que pode ser substituída pelo uso de bonecos e *softwares*?

A partir desse contexto, Singer pondera que:

> Somente nos imensos valores financeiros que movimentam laboratórios e indústrias de cosméticos, como esses experimentos são financiados por agências governamentais, não há lei que impeça os cientistas de

---

8 GREIF, Sérgio; TRÉZ, Thales. *A verdadeira face da experimentação animal,* p. 74.

9 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI.*

10 DINIZ, Renata *et al.* Animais em aulas práticas: podemos substituí-los com a mesma qualidade de ensino? *Revista Brasileira de Educação Médica,* v. 30, p. 31-41, Santos, Centro Universitário Lusíada, 2006.

11 GREIFF, Sérgio; TRÉZ, Thales. *A verdadeira face da experimentação animal,* p. 47.

> realizá-los; há leis que proíbem pessoas comuns de bater em cães até a morte, mas os cientistas podem fazer a mesma coisa impunemente sem que ninguém verifique se desse fato advirão benefícios. O motivo é que a força e o prestígio do estabelecimento científico, apoiados pelos vários grupos de interesses, incluindo os que criam animais para vender aos laboratórios, tem sido suficientes para impedir as tentativas no sentido de se realizar um controle legal efetivo.[12]

Denota-se a intrincada rede de conveniências que marca a utilização de cobaias não humanas, sejam elas econômicas ou sociais, que não se relaciona com o efetivo progresso científico pautado na ética. Ademais, a postura evidenciada em tais práticas revela o chamado especismo, caracterizado pela discriminação de espécies por serem consideradas submissas à humana. De acordo com o mesmo autor, o especismo torna possível a crueldade com relação às outras espécies, porque, se praticada contra seres humanos, não seria aceitável.[13]

Nessa linha, Singer assevera:

> normalmente os que defendem os experimentos em animais não negam que eles sofrem, não podem negá-lo, pois precisam ressaltar as semelhanças entre humanos e outros animais para alegar que os experimentos podem ter alguma relevância para fins humanos.[14]

Com isso, assevera que priorizar igualdade aos seres humanos é evidente preconceito, nos mesmos moldes em que se escravizavam os povos africanos. Trata-se de conduta objetável, defendendo o alargamento do princípio da igualdade para os animais não humanos a partir do critério de senciência, compreendido pela capacidade de sentir dor.

A senciência aparece como a característica essencial que confere a um ser o direito à igual consideração, o princípio da igualdade, que permite que "a análise do 'sofrimento' do outro seja feita, pois quando um ser não é capaz de sentir dor, alegria, não haverá nada a ser levado em consideração, sendo esse o indicativo de ser existente, onde os animais não humanos se igualam aos animais humanos".[15]

Assim, em uma abordagem utilitarista,[16] busca-se a maximização dos benefícios e minimização dos riscos ou do sofrimento. Nesse viés, a experimenta-

---

12 SINGER, Peter. *Libertação animal,* p. 53-54.

13 SINGER, Peter. *Libertação animal,* p. 77.

14 SINGER, Peter. *Libertação animal,* p. 59.

15 BENTHAN, Jeremy. *Os princípios da moral e da legislação.* Tradução Eduardo Alves. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

16 Paradigma proposto originariamente por Bentham (1748-1832), é compreendido como corrente de pensamento que defende a ideia de que os animais, como os seres humanos, apresentam objetivos semelhantes, como "a maximização dos prazeres e, por outro, a minimização do sofrimento", conforme refere LENCASTRE, Marina Prieto Afonso. Ética ambiental e educação nos novos contextos da ecologia humana. *Revista Lusófona de Educação,* v. 8, 2006, p. 9.

ção em cobaias não humanas seria compreensível quando de extrema relevância, por não existir outros meios de obtenção dos resultados, e realizada com efetiva mitigação dos danos à cobaia e promovendo benefícios para vasta população. A perspectiva revela a contribuição do pensamento não para gerar a abolição da experimentação animal, mas a significativa redução.

Pela ótica abolicionista, Regan sustenta que os animais não humanos não existem em função do homem, de modo que têm existência e valor próprios e, portanto, têm direitos em função do valor inerente dos sujeitos de uma vida, sendo considerados sujeitos de uma vida.[17] Assim, o autor refere a necessidade do total abandono da utilização de animais não humanos para o consumo humano e a total eliminação do uso de animais em experimentos científicos e destaca que Singer não leva em consideração o bem-estar do próprio sujeito envolvido, aquele que é afetado. Nessa linha, seria aceitável o desrespeito ou o desconforto causado a um indivíduo se isso oportunizar um benefício para um número maior de indivíduos.

Para Regan, não há como considerar válida a alegação de que os benefícios humanos derivados da experimentação e da vivissecção superam os danos causados aos animais. Outro aspecto alertado pelo autor diz respeito ao fato de Singer não reivindicar direitos aos animais, pecando ao não avançar nesse sentido.[18]

Entretanto, ainda que Regan estabeleça aos animais não humanos os mesmos direitos reconhecidos aos humanos, em situações de emergência nas quais se deve optar por um humano ou por um animal não humano, reconhece maior valor à vida humana. Nesse aspecto, Regan acaba determinando a prevalência dos interesses humanos sobre os dos animais não humanos.[19]

Na linha abolicionista encontra-se Francione, que também apresenta críticas às práticas bem-estaristas do pensamento utilitarista, que atribuem significado moral aos animais não humanos, mas permanece utilizando-os para fins humanos. Segundo ele, destituir os animais não humanos da condição de propriedade dos humanos é fundamental para que verdadeiramente se atribua importância moral aos primeiros.[20]

Dessa forma, demonstra-se a evolução do pensamento em torno dos direitos animais. O debate doutrinário mostra a viabilidade da substituição de animais não humanos em experimentos e didáticas de aula a partir do uso de

---

17 REGAN, Tom. *Jaulas vazias*, p. 12.

18 REGAN, Tom. *Jaulas vazias*, p. 220.

19 REGAN, Tom. *Jaulas vazias*, p. 40.

20 NACONECY, Carlos. Bem-estar animal ou libertação animal? uma análise crítica da argumentação antibem-estarista de Gary Francione. *Revista Brasileira de Direito Animal*, n. 5, p. 235-268, jan./dez. 2009.

novas tecnologias e da consideração dos interesses desses animais. Nesse ínterim, as universidades passam a protagonizar importante papel na produção do conhecimento a partir de um novo agir e da reforma do pensamento, conforme exige Morin, no sentido de permitir o desdobramento de uma ética de união e solidariedade.[21]

DA NATUREZA EXPLORADA À NATUREZA REIVINDICADA: A TUTELA JURÍDICA DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS NO BRASIL

Em razão da lógica do progresso capitalista do mercado que envolve toda a sociedade, definiu-se o paradigma de perspectiva antropocêntrica, cuja visão cosmológica gera forte influência sobre a ciência e a técnica, irrefutavelmente culturais, determinando a forma de organização, interpretação e intervenção na natureza.

O cenário definido pela ação humana é algo que se firma a partir de Descartes, quando o homem passou a utilizar a ciência para legitimar a apropriação do mundo natural. Assim, a superioridade humana sobre o meio ambiente se manifesta pela imposição de um ritmo cultural no manejo do mundo físico, ignorando os ritmos naturais.

Uma versão mais débil do paradigma antropocêntrico admite a existência de deveres humanos em relação à natureza ou de uma responsabilidade do homem pelos recursos naturais diante das gerações futuras. Junges defende o estabelecimento de limites e regras para a intervenção na natureza e o uso dos recursos naturais em proveito do homem. Para esta corrente, a natureza deve ser protegida para satisfazer as necessidades materiais do homem, e não em razão do próprio equilíbrio do meio ambiente.[22]

Entretanto, observa-se a supremacia da corrente radical de que todos os seres vivos estão à disposição do homem e todas as coisas devem a ele convergir. A natureza é vislumbrada por uma óptica racionalista e científica, baseada nas leis da física, que estão na base do conhecimento e da ação humana, sendo aquela compreendida como uma coisa, e não mais a sua forma orientada para um fim, mas a sua própria estrutura.

É esse distanciamento que, segundo Ost, conduz a uma alteração marcante na relação entre homem e natureza, e que, inicialmente, leva a humanidade a buscar a compreensão dos segredos, imitando-a, para, posteriormente, aperfeiçoá-la, chegando o momento em que pode ser transformada. Por fim, cria-se o

---

[21] MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita:* repensar a reforma, reformar o pensamento. Tradução Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

[22] JUNGES, José. *Ética ambiental.* São Leopoldo: Unisinos, 2004.

artifício, a supranatureza.[23] Este é um entendimento compartilhado por Morin e Kern, que relacionam a visão cartesiana de Descartes e Bacon como o início do mito de conquista da natureza-objeto, intensificado pelo progresso da ciência capaz de conduzir a humanidade ao crescimento infinito.[24]

Esta postura revelou outro aspecto concernente ao processo de degradação do meio ambiente. Como é mencionado por Ost, a modernidade ocidental transformou a natureza no ambiente onde reina o homem como dono e senhor. Este ambiente cedo perderá toda a consistência ontológica, sendo reduzido a um simples reservatório de recursos, a um depósito de resíduos.[25]

A ênfase excessiva no método científico e no pensamento racional, analítico, conduziu o homem a atitudes profundamente antiecológicas. A reversão deste quadro somente será possível quando emergir a consciência da importância de cada uma das espécies do planeta para o equilíbrio do todo. Para tanto, será necessário aliar ao conhecimento racional a noção de interdependência das partes para o bom funcionamento do todo.

Assim, urge a superação de alguns obstáculos bastante difíceis, sendo o principal deles a própria postura do homem diante do mundo. A humanidade carrega consigo o *ethos* de livre apropriação do meio natural para a satisfação pessoal. Oportuno é mencionar, nesta passagem, as reflexões de Max Scheller, mencionadas por Costa[26], acerca do homem burguês, que remetem ao ressentimento como um traço constante, visto que, para ele, o homem burguês só percebe o valor das coisas acompanhado de um sentimento de inferioridade ou de superioridade. Isso porque a relação entre o valor próprio e o alheio é seu parâmetro para a apreensão do valor em geral. A maneira de o homem burguês pensar e julgar é determinada pelas categorias do útil e do agradável.

O burguês não é definido como o representante de uma classe social, mas como a expressão de determinada atitude perante a vida e o mundo. Na esteira do mesmo autor, é o *ethos* que coincide com a sociedade moderna, constituindo a forma eficaz de realização dos valores e bens definidos por ela. Nesse diapasão, Scheller "vincula o *ethos* burguês a uma espécie de debilitação fisiológica e biopsíquica que lança o homem num permanente estado de angústia causado pelo horror ao risco, como uma necessidade exagerada de segurança [...]".[27]

---

23 OST, François. *A natureza* à *margem da lei:* a ecologia a prova do direito. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1995.

24 MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria.* Tradução Armando Pereira da Silva. 2. ed. Lisboa: Piaget, 2001 (Epistemologia e sociedade).

25 OST, François. *A natureza à margem da lei.*

26 COSTA, José Silveira da. *Max Scheller:* o personalismo ético. São Paulo: Moderna, 1996.

27 COSTA, José Silveira da. *Max Scheller,* p. 66.

Dessa maneira, identifica, entre as tendências do espírito burguês, o fanatismo pelo trabalho e pelo lucro, que o leva a subordinar o fim aos meios; a vontade incontrolável de dominar a natureza, sujeitando-a a seus interesses; a necessidade de segurança absoluta; hostilidade com relação ao próximo e à ausência de qualquer sentimento de solidariedade.

Embora a descrição do homem burguês apresentada por Scheller deva ser entendida dentro dos marcos do final do século XIX e início do século XX, a conjuntura atual demonstra um homem fortemente revestido por tais características, principalmente em face da globalização que desterritorializa os sujeitos e impõe novas formas de risco.

Assim, o grande desafio da humanidade na busca da sustentabilidade do planeta consiste fundamentalmente em enfrentar uma mudança significativa de mentalidade sobre as ligações existentes entre homem e meio ambiente, contribuindo para a construção de um novo paradigma, capaz de articular harmonicamente as relações entre sociedade, Estado e natureza.

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, no § 1º, VII, o dever do Poder Público de "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade".[28]

Entretanto, a par de tais considerações, a análise da legislação infraconstitucional aponta o reconhecimento dos animais não humanos como bens, quer sejam de propriedade privada, regidos pelo Código Civil, caso dos animais domésticos, quer sejam bens públicos de uso comum do povo, caso dos animais silvestres, legitimados na Constituição Federal. Nessa senda, o artigo 82 do Código Civil de 2002 destaca: "São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social".[29]

Percebe-se, então, o *status* de "coisas" dos animais não humanos, bens móveis pelo diploma legal, sendo passíveis de avaliação pecuniária como qualquer outro bem submetido ao seu proprietário para agregar patrimônio, não sendo caracterizados como sujeitos de direito. Assim, para Coelho:

> "Coisa" é tudo que existe além dos sujeitos de direito; se tem valor econômico, isto é, quantificável em dinheiro, é chamada de "bem". Nessa

---

[28] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2018.

[29] BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.

> categoria jurídica, portanto, enquadram-se os objetos, animais e direitos, desde que possam ter seu valor para homens e mulheres mensurado pecuniariamente (COELHO, 2012, p. 280).

Nesse viés, a doutrina majoritária entende serem estes animais bens que podem ser comercializados como qualquer outro bem inanimado de seu proprietário, por ter agregado em si valor econômico. Nesta condição, destaca-se a crítica de Levai, para quem "a febre consumista que tanto explora o animal, entretanto, não lhe retira a natureza sensível, embora a lei civil considere os animais domésticos e domesticados como semoventes, e a lei ambiental – no trato dos silvestres –, bens de uso comum do povo".[30]

Assim, mesmo diante da sensibilidade e da capacidade de sofrimento desses animais, eles ainda possuem o *status* de "coisa" na legislação civilista, em razão dos interesses humanos. A transição deve ser iniciada devido à Constituição Federal reconhecer aos animais o direito de não sofrer, mediante proibição de práticas de crueldade. Essa compreensão, segundo Levai, permite o alargamento do *status* de sujeito de direito para a fauna brasileira.[31]

A partir de tais preceitos, surgiu, no Brasil, no ano de 2008, a Lei Arouca – Lei n. 11.794 –, que estabeleceu procedimentos éticos para o uso científico de animais, revogando a legislação anterior, a Lei n. 6.638, de 8 de maio de 1979. Os principais aspectos da Lei Arouca apontam o alargamento da experimentação para as escolas técnicas de nível médio e de biomedicina; a criação do Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (Concea), para formular e zelar pelo cumprimento das normas relativas à utilização humanitária de animais com finalidade de ensino e pesquisa científica; a criação das Comissões de Ética no Uso de Animais (CEUAs), que, integradas por médicos-veterinários e biólogos, bem como por docentes e pesquisadores na área específica e um representante de sociedades protetoras de animais, atuam na análise prévia dos procedimentos de ensino e pesquisa a serem realizados na instituição à qual esteja vinculada, para determinar sua compatibilidade com a legislação aplicável, sendo também atuante na fiscalização do cumprimento da legislação.[32]

O ativismo ambiental muito reivindicou um marco legislativo sobre a experimentação animal em razão da urgência no reconhecimento da viabilidade dos métodos alternativos ou substitutivos de testes. Nesse aspecto, existe menção no artigo 5º, inciso III, da referida norma, e a atribuição do Concea em "moni-

---

30 LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

31 LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*, p. 137.

32 BRASIL. Lei n. 11.794, de 8 de outubro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm. Acesso em: 23 mar. 2018.

torar e avaliar a introdução de técnicas alternativas que substituam a utilização de animais em ensino e pesquisa", apenas isso.[33]

Ao longo do texto legislativo, percebem-se alguns avanços, como a exigência de um médico-veterinário responsável pelos experimentos (artigo 9º), a solicitação, quando possível, de filmagem e fotografia dos procedimentos para reprodução futura, no intuito de evitar a repetição desnecessária de didática de ensino (artigo 14, § 3º), exigência de analgesia, anestesia ou sedação nos experimentos angustiantes ou dolorosos (artigo 14, § 5º), sendo vedada a reutilização do mesmo animal em mais de um procedimento (artigo 14, § 8º). Entretanto, ressalta-se o propósito da lei em reafirmar a experimentação animal em um contexto de pleno envolvimento dos cientistas em promover os métodos alternativos de testes.

A lei ainda refere a exigência da eutanásia para os animais que participam de experimentos dolorosos, devendo ser providenciada em qualquer fase do procedimento, antes de recobrarem a consciência, conforme refere o artigo 14, em seus §§ 1º e 9º.[34]

A partir disso, questiona-se em que medida a Lei Arouca trouxe perspectivas para os direitos animais no Brasil. Ao passo em que é conhecida a eficácia dos métodos alternativos ou substitutivos dos testes em diferentes circunstâncias, como já referido alhures, a lei surgiu para legalizar as práticas cruéis em desconformidade com as exigências contemporâneas de reforma do pensamento, tendo em vista o acordo de cooperação assinado entre a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa e a Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz, para a criação do futuro Centro Brasileiro de Validação de Métodos Alternativos – BraCVAM.

A partir da validação dos métodos alternativos pela Fiocruz, tem-se autorizado a ampla utilização de testes alternativos para atestar a segurança de produtos prescindindo da utilização de experimentação em animais não humanos. Até o momento, o acordo já tornou possível o reconhecimento de dezessete métodos alternativos ao uso de animais, conforme a Resolução Normativa n. 18/2014 do Concea, em sete desfechos válidos.[35]

Assim, destacam-se o registro dos métodos e sua utilidade: para avaliar o potencial de irritação e corrosão da pele, o método OECD TG 430, denominado Corrosão dérmica *in vitro*; para os testes de Resistência Elétrica Transcutânea, o método OECD TG 431, denominado Corrosão dérmica *in vitro*; para os testes da

---

33 BRASIL. Lei n. 11.794/2008.

34 BRASIL. Lei n. 11.794/2008.

35 MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. Resolução Normativa n. 18/2014 do CONCEA. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_26001436_RESOLUCAO_NORMATIVA_N_18_DE_24_DE_SETEMBRO_DE_2014.aspx. Acesso em: 23 mar. 2018.

Epiderme Humana Reconstituída, o método OECD TG 435. Quanto aos testes de Barreira de Membrana *in vitro*, o método OECD TG 439, Teste de irritação Cutânea *in vitro*. Para avaliação do potencial de irritação e corrosão ocular, o método OECD TG 437, Teste de Permeabilidade e Opacidade de Córnea Bovina; o método OECD TG 438, Teste de Olho Isolado de Galinha; e o método OECD TG 460, para teste de Permeação de Fluoresceína.

Para avaliação do potencial de fototoxicidade, o método OECD TG 432 – Teste de Fototoxicidade *in vitro* 3T3 NRU. Para avaliação da absorção cutânea, o método OECD TG 428 – Absorção Cutânea método *in vitro*. Para avaliação do potencial de sensibilização cutânea, o método OECD TG 429 – Sensibilização Cutânea: Ensaio do Linfonodo Local; e os métodos OECD TG 442A e 442B – Versões não radioativas do Ensaio do Linfonodo Local. Para avaliação de toxicidade aguda, o método OECD TG 420 – Toxicidade Aguda Oral – Procedimento de Doses Fixas; o método OECD TG 423 – Toxicidade Aguda Oral – Classe Tóxica Aguda; o método OECD TG 425 – Toxicidade Aguda Oral – procedimento *Up and Down*; e o método OECD TG 129 – estimativa da dose inicial para teste de toxicidade aguda oral sistêmica. Por fim, para avaliação de genotoxicidade, o método OECD TG 487 – Teste do Micronúcleo em Célula de Mamífero *in vitro*.[36]

De acordo com o artigo 4º, parágrafo único, da Resolução n. 18, obrigatoriamente os métodos alternativos validados devem ser implementados em substituição aos testes em cobaias não humanas no prazo de cinco anos da publicação da lei, o que importa em verificar a efetiva substituição pelos testes referidos acima até o ano de 2019.

Assim, a exigência dos testes tradicionais permanece com relação aos medicamentos para o câncer. Entretanto, já existem pesquisas no sentido de que até mesmo com relação a esses medicamentos é possível a plena substituição por testes alternativos *in vitro* com o uso de levedo de cerveja, conforme estudos realizados na Universidade de São Paulo – USP e na Universidade Estadual Paulista – Unesp.[37] Ainda que o trabalho tenha sido publicado em revista renomada, é necessária a validação do método pela Fiocruz.

Por derradeiro, é possível concluir que a ciência passa a seguir novos rumos no Brasil a partir do acordo firmado entre a Anvisa e a Fiocruz. Na verdade, a cooperação das duas entidades explicita a prescindibilidade dos testes em animais não humanos e a tendência à libertação animal nos laboratórios das universidades e da própria indústria.

---

[36] MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. Resolução Normativa n. 18/2014 do CONCEA.

[37] Costa, I. M. *et al*. Recombinant L-asparaginase 1 from Saccharomyces cerevisiae: an allosteric enzyme with antineoplastic activity. *Sci. Rep*. 6, 36239; doi: 10.1038/srep36239 (2016).

Outro aspecto importante está relacionado às indústrias de cosméticos que já fazem uso de estratégias de *marketing* para a divulgação de produtos desenvolvidos a partir de testes alternativos, bem como têm promovido formas sustentáveis de desenvolvimento de produtos, apoiando comunidades tradicionais e a preservação do meio ambiente.

Inobstante, dúvida ainda resta quanto à mudança de paradigma no que concerne à atuação docente na condução de aulas didáticas para vivissecção e dissecação de modelos animais, pois a indústria que sobrevive do mercado da experimentação animal, de equipamentos de contenção e de ninhadas de filhotes continuará exercendo forte pressão.

Desta forma, o paradigma hegemônico retrocede, abrindo espaço para formas alternativas de condução da vida social que levem em consideração a decadência dos diversos setores sociais e do meio ambiente. É neste contexto que surge a proposta de sustentabilidade do desenvolvimento, cujas estratégias preparam a adesão ao paradigma ecológico, momento em que, segundo Capra, o homem buscará a conservação do meio ambiente pela qualidade de vida proporcionada, abandonará a dominação e viverá em relação de simbiose com os demais seres vivos, inaugurando uma visão do cosmo integral, formado por redes de cooperação.[38]

Contudo, devido à complexidade das transformações, a transição paradigmática se processa lentamente, impedindo uma ruptura radical, pois a teoria que está sendo construída em torno da temática é a consciência do caminho que está sendo trilhado pelas lutas políticas, sociais e culturais que ela influencia tanto quanto é influenciada por elas.[39] A inspiração para o paradigma emergente nasce do desconforto e do inconformismo perante a realidade vislumbrada[40] e funda-se na hipótese de não mais haver condições de conceber estratégias de redefinição do paradigma hegemônico, já que qualquer nova estratégia estaria condenada a transformar-se em superada.

Na última hipótese, a transição de um paradigma em crise para um novo está longe de ser uma articulação do antigo paradigma. É, antes disso, uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, alterando as genera-

---

38 CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982.

39 CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*, p. 37.

40 Analisando somente a iniquidade da distribuição de renda, percebem-se os graves problemas da América Latina, "no Brasil, os 10% mais ricos possuem 46% da renda, enquanto os 50% mais pobres, apenas 14% da mesma". Assinala, ainda, que, na Venezuela, entre 70 e 80% da população é pobre, no Equador, 62,5%; no Brasil, 43,5% ganha menos de dois dólares diários, sendo que 43,5% da população vive na pobreza absoluta (KLIKSBERG, Bernardo. *Falácias e mitos do desenvolvimento social*. Tradução Sandra Trabuco Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001, p. 16-27).

lizações teóricas mais elementares do paradigma, assim como seus métodos e aplicações. No âmbito específico da tutela jurídica dos animais não humanos, a Lei Arouca evidencia essa transição, porém, ainda apegada à corrente utilitarista. No entanto, o contexto de evolução dos novos métodos alternativos evidencia campo fértil para o próximo passo, rumo ao abandono de práticas de experimentos com animais, na forma sinalizada pela Resolução n. 18/14.

CONCLUSÃO

O surgimento de uma percepção sistêmica do mundo constitui-se na investida do milênio para a superação do modelo tradicional de desenvolvimento, que tem como base fundamental a exploração predatória da natureza, e assimilação de um modelo de sustentabilidade com base na ideia de que o meio ambiente e o processo de desenvolvimento não podem ser tratados distintamente, merecendo considerações conjuntas.

Por isso, as consequências práticas do desenvolvimento sustentável serão sentidas tanto no mundo dos valores como no mundo do conhecimento e da ação, pois a ideia de sustentabilidade planetária poderá permear as concepções, os planos, as políticas e as agendas de ação de uma nova ordem mundial. Se tentada na prática, a ideia de sustentabilidade planetária atingirá os indivíduos e grupos sociais em todos os níveis e nações, afetando simultaneamente as interações homem-natureza e homem-ambiente.

Sobretudo, esse novo modo de perceber o mundo depende substancialmente de uma reorientação epistemológica do conhecimento e de sua aplicação, incentivando a transdisciplinaridade e a integração entre o conhecimento técnico-científico e o conhecimento tradicional.

A crise ambiental deflagrada, na verdade, revelou-se como um reflexo dos valores do homem e da forma como percebia o planeta e como se colocava diante dele, ensejando, a partir disso, uma mudança de atitude perante o mundo.

Nesse contexto, ao analisar essa relação de dominação do homem perante a natureza, em especial quanto aos animais não humanos e sua utilização em experimentos científicos, constata-se que tanto a utilidade de tais práticas quanto a sua pertinência diante do paradigma ecológico estão sendo colocados em xeque. A ciência evidencia a limitada eficácia dos experimentos com animais e reconhece novas técnicas de testes *in vitro*, por exemplo, que relegam as experimentações com animais a práticas primitivas.

Os avanços trazidos pela Lei Arouca, em especial quanto ao aparente conflito entre o especismo na formação universitária e os direitos animais, demonstram que o direito evoluiu, ainda que sob o viés utilitarista. No entanto, parece que a tendência do abandono em definitivo de tais práticas ressurge com a Re-

solução 18/14, dependendo sua efetividade mais da incorporação das novas técnicas por corações e mentes do que propriamente pela ciência e pelo direito.

Esta noção, entretanto, pressupõe uma concordância prévia quanto ao papel que o Direito pode ter na sociedade por meio de sua ecologização, adaptado para a tarefa de ligar os vínculos e demarcar os limites. Assim, o Direito articula o vínculo social e procede dele. O Direito Ambiental é uma ciência em formatação e que depende da construção de uma outra cultura jurídica, capaz de perceber a interdependência entre homem, sociedade e natureza.

De qualquer forma, a sociedade precisa desfrutar prudentemente de seu meio ambiente com responsabilidade e bom senso, o que se constitui em um *status* conquistado pelo aprimoramento da cidadania. Quando todo e qualquer cidadão estiver protegido por direitos e garantias fundados no princípio da dignidade da pessoa humana e efetivados na prática, a referência a um Estado de bem-estar ambiental será uma realidade, pois a coletividade estará apta a promover as transformações necessárias para a realização do proposto paradigma ecológico.

Para tanto, a democratização do acesso ao conhecimento é fundamental. Embora a escassez de bens materiais não possa ser eliminada, pode ser significativamente reduzida numa economia fundada no conhecimento. Primeiro, porque a ampliação do acesso à educação potencializa a capacidade de as pessoas alcançarem melhores condições de vida no aspecto material, e, segundo, porque a educação teria a função de substituir valores sociais calcados na lógica do consumo e do acúmulo de bens materiais pelo mundo do conhecimento, da cultura e do cuidado.

REFERÊNCIAS

BENTHAN, Jeremy. *Os princípios da moral e da legislação.* Tradução Eduardo Alves. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: promulgada em 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. Lei n. 11.794, de 8 de outubro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm. Acesso em: 23 mar. 2018.

CAPRA, F. *O ponto de mutação*: a ciência, a sociedade e a cultura emergente. Tradução de Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1982.

COSTA, José Silveira da. *Max Scheller*: o personalismo ético. São Paulo: Moderna, 1996.

COSTA, I. M. *et al.* Recombinant L-asparaginase 1 from Saccharomyces cerevisiae: an allosteric enzyme with antineoplastic activity. *Sci. Rep.* 6, 36239; doi: 10.1038/srep36239 (2016).

DINIZ, Renata *et al*. Animais em aulas práticas: podemos substituí-los com a mesma qualidade de ensino? *Revista Brasileira de Educação M*édica, v. 30, p. 31-41, Santos, Centro Universitário Lusíada, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1910-1989. *Novo Aurélio s*éculo XXI: o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GREIFF, Sérgio; TRÉZ, Thales. *A verdadeira face da experimentação animal*. São Paulo: Sociedade Educacional Fala Bicho, 2000.

JUNGES, José. *Ética ambiental*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

KLIKSBERG, Bernardo. *Falácias e mitos do desenvolvimento social*. Tradução de Sandra Trabuco Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001.

LENCASTRE, Marina Prieto Afonso. Ética ambiental e educação nos novos contextos da ecologia humana. *Revista Lusófona de Educação,* v. 8, p. 29-52, 2006.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

MAGALHÃES, Valéria Barbosa de; DARÓ, Vânia Rall. Ciência e poder: pesquisas com animais e autonomia universitária. *I Congresso de Bioética e Direito dos Animais,* Salvador, 2008. Disponível em: http://www.abolicionismoanimal.org.br/artigos/cinciaepoderpesquisascomanimaiseautonomiauniversitria.pdf.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. Resolução Normativa n. 18/2014 do CONCEA. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_26001436_RESOLUCAO_NORMATIVA_N_18_DE_24_DE_SETEMBRO_DE_2014.aspx. Acesso em: 23 mar. 2018.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita:* repensar a reforma, reformar o pensamento. 8. ed. Tradução Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Tradução Armando Pereira da Silva. 2. ed. Lisboa: Piaget, 2001 (Epistemologia e sociedade).

NACONECY, Carlos. Bem-estar animal ou libertação animal? Uma análise crítica da argumentação antibem-estarista de Gary Francione. *Revista Brasileira de Direito Animal,* n. 5, p. 235-268, jan./dez. 2009.

REGAN, Tom. *Jaulas vazias:* encarando o desafio dos direitos dos animais. Tradução Regina Rheda. Porto Alegre: Lugano, 2006.

OST, François. *A natureza a margem da lei:* a ecologia a prova do direito. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Piaget. 1995.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Tradução Maria de Fátima St. Aubyn. São Paulo: Martins Fontes, 2009.