

**FERNANDA DUARTE
RAFAEL MARIO IORIO FILHO
ANA PAULA FARIA FELIPE
DELTON MEIRELLES**

Organizadores

ESCRITOS SOBRE DIREITO, CIDADANIA E PROCESSO: Discursos e Práticas

VOLUME I

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM SOCIOLOGIA E DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE



PPGSD

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ



Estácio

Fernanda Duarte
Rafael Mario Iorio Filho
Ana Paula Faria Felipe
Delton Meirelles
(Organizadores)

Escritos sobre Direito, Cidadania e Processo: Discursos e Práticas

1ª Edição

Coleção “Escritos sobre Direito, Cidadania e Processo: Discursos e Práticas”

Volume 1

PPGSD

Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito
Universidade Federal Fluminense

Niterói

2018

EDITORA PPGSD – PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA E DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

Rua Tiradentes 17, Ingá

24210-510 Niterói/RJ

+55 (21) 3674-7477

sociologia_direito@yahoo.com.br

Editoração, padronização e formatação de texto

MANUELA DUARTE, MARIANGELA ALMEIDA

Capa

MANUELA DUARTE

Conteúdo, citações e referências bibliográficas

OS AUTORES

CIP – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

M489 Escritos sobre Direito, Cidadania e Processo: Discursos e Práticas / [livro eletrônico] / Fernanda Duarte, Rafael Mario Iorio Filho, Ana Paula Faria Felipe, Delton Meirelles (coordenadores). – Niterói: PPGSD – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, 2018.

281 p.

-- bytes ; .pdf

Coletânea em .pdf de trabalhos de grupos de pesquisa da Universidade Federal Fluminense e da Universidade Estácio de Sá.

ISBN 978-85-89150-23-1 (recurso eletrônico)

1. Processo. 2. Práticas Discursivas. 3. Direitos Fundamentais.

CDD.347.09

É de inteira responsabilidade dos autores os conceitos aqui apresentados.

Reprodução dos textos autorizada mediante citação da fonte.



HOMENAGEM AO NOSSO QUERIDO AMIGO, JOSÉ CARLOS DE ARAÚJO ALMEIDA FILHO, O PUCA.

Esta obra se destina, para além da reflexão crítica sobre questões relacionadas ao direito processual, também como homenagem carinhosa ao nosso amigo, o Professor Doutor José Carlos de Araújo Almeida Filho, advogado prestigiado, docente adjunto do Departamento de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense de Direito Processual Civil, cidadão petropolitano atuante no cenário jurídico-acadêmico, que, infelizmente, nos deixou de modo precoce em 23 de Dezembro de 2017.

Para nós outros, seus colegas de departamento, ele era e é o nosso queridíssimo amigo Puca.

Ele, que era reconhecido por seu amor e dedicação à docência, à advocacia, ao Processo Civil e à família, deixa em nossos corações imensas saudades.

Que os anjos de Deus te recebam, caríssimo amigo.

Outono de 2018

OBSERVA PROCESSOS

Bárbara, Delton, Fernanda e Rafael.

APRESENTAÇÃO

É com prazer que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá – PPGD/UNESA e o Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF materializam seu histórico de quase uma década de colaboração mútua e diálogo entre seus pesquisadores e alunos com o lançamento do primeiro volume da coleção “*Escritos sobre Direito, Cidadania e Processo: Discursos e Práticas*”.

A coleção pretende dialogar com as pesquisas desenvolvidas no âmbito dos referidos programas, divulgando resultados que venham a contribuir para uma reflexão sobre objetos de interesse jurídico que explicitem as relações entre Direito e Sociedade, que ajudem a iluminar os aspectos sociais e políticos que circundam a aplicação de normas, a organização do sistema judicial, as práticas e discursos do campo jurídico. Nesse sentido, conceitos e métodos de pesquisa das Ciências Sociais podem ser articulados para a construção de problemas de pesquisa sobre o mundo jurídico, discutindo outros temas que contribuem para uma melhor compreensão histórica e social do sistema jurídico, do funcionamento do sistema judicial, das carreiras jurídicas, do ensino do direito, das formas de administração de conflitos, dos sentidos atribuídos às categorias jurídicas pelos atores do campo, por exemplo, e sua relação com diversos contextos históricos, sociais, políticos e econômicos.

Boa leitura!

Rio de Janeiro, 25 de maio de 2018

Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Coordenador do PPGD/UNESA

Prof. Dr. Napoleão Miranda
Coordenador do PPGSD/UFF

SUMÁRIO

<i>INTRODUÇÃO</i>	3
FERNANDA DUARTE E RAFAEL MARIO IORIO FILHO	
PARTE I	11
<i>EU NÃO QUERO DINHEIRO!!!</i>	12
ADRIANO STANLEY ROCHA SOUZA	
<i>O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL E A NECESSIDADE DO JUÍZO DE PONDERAÇÃO</i>	22
ALEXANDRE OHEB SION	
<i>DESCONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</i>	34
BRUNO CÉSAR FONSECA E RENATA DIAS DE ARAÚJO LIMA	
<i>A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS NA ESFERA INTERNACIONAL: O SISTEMA ONU E OS SISTEMAS REGIONAIS</i>	76
FERNANDA DUARTE, RAFAEL MARIO IORIO FILHO E RONALDO LUCAS	
<i>QUAL SERIA O VEREDITO SE O CASO SO ENSINO DOMICILIAR NO BRASIL FOSSE JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL DA FILOSOFIA?</i>	112
CARLOS ALBERTO LIMA DE ALMEIDA	
<i>SACRIFÍCIO DE ANIMAIS E LIBERDADE RELIGIOSA: O EQUÍVOCO DO EXERCÍCIO LIVRE DIANTE DA LAICIDADE DO ESTADO BRASILEIRO</i>	127
LUCIA FROTA PESTANA DE AGUIAR SILVA E EDNA RAQUEL HOGEMANN	
PARTE II	154
<i>ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA SAÚDE</i>	155
ANA PAULA FARIA FELIPE E MANUELA DUARTE ALMEIDA PINTO	
<i>JULGAMENTO MONOCRÁTICO OU COLEGIADO? ENTRE OS AVANÇOS, OS RETROCESSOS E AS POSSIBILIDADES DO NOVO CPC</i>	168
BÁRBARA LUPETTI E MANOELA MEDEIROS SALES	
<i>ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE DO PROCESSO LEGAL: CIDADANIA E RECONHECIMENTO INTERSUBJETIVO</i>	179
FERNANDO JOSÉ ARMANDO RIBEIRO E LUCIANO GOMES DOS SANTOS	
<i>A ARBITRAGEM E O PODER PÚBLICO PARA ENFRENTAR A CRISE DO JUDICIÁRIO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA</i>	196
HAROLDO LOURENÇO	

<i>O PROCESSO CONSTITUCIONAL E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS ATOS LEGISLATIVOS E JURISDICIONAIS</i>	217
LORENA MACHADO ROGEDO BASTIANETTO E RONALDO BRÊTAS DE CARVALHO DIAS	
<i>A MEDIAÇÃO NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO ACADÊMICO DE DIREITO: A EXPERIÊNCIA DA ESCOLA DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA</i>	237
LUDMILA STIGERT	
<i>ALTERNATIVIDADE OU PLURALISMO? ABRAÇANDO NOVAS FORMAS DE ADMINISTRAR CONFLITOS</i>	248
MARIA CAROLINA RODRIGUES FREITAS E MARIA-MARIA MARTINS SILVA STANCATI	
<i>A IMPUGNAÇÃO JUDICIAL DE ATOS ADMINISTRATIVOS NA DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS</i>	260
RICARDO PERLINGEIRO	

INTRODUÇÃO

Fernanda Duarte

Rafael Mario Iorio Filho

Logo de início é importante dizer que nossas pesquisas partem da compreensão de que o Direito é um objeto complexo que ultrapassa o plano das idealizações, mas sem desprezá-las. Aqui recordamos uma fala do sociólogo angolano da Universidade de Ottawa - Daniel dos Santos - quando nos encontramos no “Seminário Brasil-Angola: Estado, Direito e Sociedade”, nos idos de 2009, na cidade do Rio de Janeiro. Dizia então o Prof. Daniel, com a gentileza que lhe é peculiar, que o Direito é um conjunto de discursos e práticas. E essa simplicidade de definição nos permite resgatar uma dimensão invisível ao mundo dos juristas, o mundo as práticas, rituais e representações. Indispensável se quisermos entender, com profundidade, nosso Direito e direitos, seus sentidos e impacto na vida de cada um de nós. Para decorar as fórmulas jurídicas e repeti-las acriticamente, essa dimensão não faz falta. Porém para ir além da cortina de fumaça com a qual nossos manuais nos envolvem é o primeiro antídoto necessário.

Aqui não queremos dizer que a dimensão normativa do direito – que é constitutiva do direito, por evidente – deve ser desqualificada ou desprezada. Mas apenas afirmamos que o Direito não se reduz a ela. Assim como o Direito não se reduz ao texto de lei. Assim como o Direito não se reduz às decisões judiciais.

Permitir-se pensar o Direito também como uma prática social é ampliar nosso objeto de investigação e encontrar um admirável mundo novo. É reconhecer o Direito como um objeto empírico, possível de ser estudado como um instrumento de controle social, próprio das sociedades contemporâneas, que se revela em uma dupla dimensão:

- I. No plano das práticas ou rituais próprios de um campo; e
- II. No plano das estruturas discursivas que dão sentido as representações e práticas do campo.

Usualmente a formação do profissional do direito – aquela que recebemos nos cursos de graduação em nas faculdades de Direito – é marcada por um movimento duplo. De um lado, a hipervalorização da dimensão discursiva do direito (em seus três lugares de produção normativa: a lei, a jurisprudência e a doutrina, variando apenas a prevalência de um sobre o outro), e de outro a desqualificação das práticas, “do que realmente acontece” na vida, de tal forma, que estas se tornam invisíveis. E são logo classificadas como “questões de menor ou de nenhuma relevância”, já que ao Direito, nos ensinam, não dizem respeito. Ao alijar a dimensão das práticas, o aluno não é formado para ser reflexivo. Ele é treinado para apenas *usar* o conhecimento. Não há a internalização de uma postura

reflexiva, mas há a internalização da instrumentalização de um saber (que é poder¹) e segue sendo reproduzido e assim naturalizado.

A mediação entre a sociedade e o Estado, o Direito, com o desprezo das práticas sociais, em nosso campo jurídico, se apropria da vida que não tem mais existência/reconhecimento fora dessas categorias jurídicas.

Um exemplo interessante que ilustra nossa afirmação é a distinção que podemos fazer entre “lide e conflito” (DUARTE, 2010). Ora a afirmação feita se apoia na compreensão do campo jurídico sobre o conflito social que é reduzido a uma categoria técnico-processual abstrata (pois se distancia dos fatores reais do conflito), denominada lide, que, por sua vez, se ajusta a qualquer tipo de conflito social. A lide é compreendida como um conceito (problema) que deve ser solucionado ou resolvido, mas não administrado. Assim, o conflito, para ingressar no sistema judicial, se transforma em lide. A lide, pelo processo, é solucionada pelo juiz e o conflito é devolvido à sociedade.

Esse desprezo, obscurece os conflitos inerentes da vida em grupo. Opera um distanciamento, principalmente através da linguagem jurídica que, ao ser informada por categorias próprias, adota artifícios lógico-formais que desapropriam o conflito de seus elementos sociais, culturais, históricos e políticos, e o deixa refém dessas mesmas categorias técnicas. Como resultado, essas categorias técnicas se prestam a um trabalho de seccionamento arbitrário, entre o conflito, o Direito e as práticas que acabam sendo percebidos, no campo jurídico, como três planos isolados, estanques e pertencentes a áreas de conhecimento distintas.

Saber olhar para além dos murros construídos por nossa formação jurídica, é admitir que a invisibilidade das práticas (das formas de fazer, dos rituais, dos procedimentos) reduz o horizonte de compreensão. É admitir que o Direito, delas alijado, é como se literatura fosse (mesmo que com pretensões de dever ser). Olhar para além dos murros é perceber um Direito escondido (mas intuído por seus “operadores”), sentido (mas não racionalizado), um Direito que precisa vir à tona, para, ao ser reconhecido, tornar-se objeto de reflexão, avaliação e quem sabe mudanças.

Com esse olhar, partimos da hipótese de que as desigualdades² que marcam a cultura brasileira também se reproduzem no ordenamento jurídico, quer no plano

¹ A temática poder e direito tem sido objeto de muitos estudos, com diferentes perspectivas. Veja-se FOUCAULT (2007) e SCHIMITT (1989).

² “A problemática da igualdade jurídica, no campo do Direito, se destaca por certas características bastante peculiares. De um lado, tem-se a produção doutrinária marcada pela lógica da repetição que decorre de uma tradição reprodutora de conceitos, categorias e estruturas, descoladas da realidade social brasileira. Em geral, essa doutrina se contenta apenas em dar notícia (ainda que com argumentação bem apresentada e articulada) do debate que se passa no mundo ocidental, pretendendo-o incorporá-lo de forma automática, no Brasil, como se o seu registro em texto escrito, bastasse para nos “atualizar” e civilizar, colocando nossos autores em sintonia com o que se pensa alhures. De outro lado, em decorrência da reprodução, tem-se a naturalização de uma sociedade verticalizada e hierarquizada (Kant de Lima, 2004 e Amorim et al., 2005), isto é, onde a desigualdade se incorpora à sabedoria convencional (Mendes, 2003), como nos revela a equação: “igualdade é tratar os iguais na medida da sua igualdade e os desiguais na medida de sua desigualdade”. Paradoxalmente, essa mesma sociedade inscreve em seus instrumentos normativos

de suas práticas ou de seus discursos, que se veem corporificadas especialmente na atuação das instituições judiciárias, tem sido o grande motor de nossas investigações ao longo dos anos.

Estas, por sua vez, exercem funções importantes nas sociedades complexas, tal como oferecer prestação jurisdicional aos cidadãos e administrar os conflitos que ocorrem na sociedade, por isso debilidades em suas funções permanentes podem contribuir para que os conflitos se transformem em violências explícitas e, muitas vezes, não administráveis pelo direito e pelos tribunais. Somente essa circunstância já indica a necessidade de investigações sobre as funções sociais do judiciário, sobretudo as que se referem ao seu papel nas sociedades democráticas e à forma de construção de suas decisões, através do processo.

Nesse sentido, nossa pesquisa tem por objeto geral a administração institucional de conflitos, recortada no estudo das relações entre o direito e o processo como instrumentos de “pacificação social” e “acesso ao direito pelo cidadão”, mediadas no plano discursivo³, especialmente quando da entrega da prestação jurisdicional pelo Estado, centrando-se aqui, nas implicações que tais aspectos trazem para a própria administração dos conflitos, em suas distintas modalidades (quer através do processo tradicional, dos juizados especiais, e/ou dos meios alternativos, como mediação e conciliação, etc.).

Com a experiência acumulada pela pesquisa que temos realizado ao longo dos anos, percebemos o papel fundamental do processo, enquanto “palco” onde se coloca perante o Estado, o conflito e a demanda para sua solução, e a necessidade de que distintas perspectivas sejam consideradas para melhor surpreender e explicitar suas diferentes e diversas dimensões. É através processo que podemos “ver e compreender” como nosso direito funciona. É através do processo que o direito se “corporifica” e assim, entre os possíveis objeto de investigação que o tema propicia, problematizar: a) o déficit democrático (legitimidade) e na distribuição igualitária de justiça pelos juízes; b) o uso do processo pelas Cortes no exercício da jurisdição, inclusive no controle de constitucionalidade difuso e concentrado; c) as concepções regulares e dissonantes da garantia e do acesso ao direito fundamental constitucional; d) o sentido e o papel da doutrina processual enquanto criadora de “verdades” doutrinárias; e) a forma de construção da decisão pelos juízes (gramática da decisão) e os sentidos por eles atribuídos aos direitos, valores, princípios e regras constitucionais e legais em apreço, em especial a igualdade jurídica; f) as formas de atualização dos usos do processo e suas categorias (normativas e dogmáticas), em perspectiva histórica.

(constituição ou lei) - e repete em seus manuais jurídicos - a consagração da igualdade jurídica, definidora de um estado democrático de direito e republicano, com o repúdio normativo à desigualdade” (DUARTE, 2010).

³ No que toca a espécie discurso jurídico, ele é o processo lógico-mental que permite a produção de sentido de um conteúdo normativo a partir de fórmulas linguísticas encontradas em textos, enunciados, preceitos e disposições. Em outras palavras, ele é o resultado concreto da interpretação realizada pela alografia dos atores/intérpretes do campo jurídico. Esta produção de sentido é uma questão de interação e, portanto, o pensamento jurídico se elabora a partir dos modos de interação e da identidade dos participantes implicados, o que permite a distinção de três lugares de fabricação desse pensamento: a doutrina jurídica, a retórica jurídica e a cultura jurídica.

O esforço desenvolvido na rede busca identificar e analisar os sentidos atribuídos pelos interlocutores das pesquisas, em especial no campo do direito e do judiciário, a categorias tais como “igualdade”, “cidadania”, “democracia”, “justiça”, “desigualdade”, “direitos”, entre outras. Dessa forma, tem por proposta levar em consideração a permanente tensão entre modelos normativos e abstratos da realidade social (por exemplo, aqueles consolidados e reproduzidos nas leis, estatutos, na doutrina jurídica e em modelos institucionais como o “estado democrático de direito”) e éticas e moralidades que orientam as ações, discursos e práticas dos atores.

Esse esforço busca aproximar a reflexão jurídica a outras áreas de conhecimento, como as das ciências sociais aplicadas e das ciências humanas, marcando-se assim uma abordagem interdisciplinar.

Neste volume, a presente coletânea dialoga especialmente com os dois eixos temáticos - Direitos Fundamentais e Administração de Conflitos - que estão diretamente ligados aos trabalhos de pesquisa desenvolvidos pelo Núcleo de Estudos sobre Direito, Cidadania, Processo e Discurso/NEDCPD do PPGD/UNESA e pelo OBSERVA PROCESSOS associado ao PPGSD e à Faculdade de Direito da UFF.

Na Parte I, que cobre os capítulos de 01 a 06, os autores e autoras privilegiam a dimensão dos direitos e suas distintas esferas de proteção, destacando a problemática da efetivação dos direitos fundamentais na sociedade ocidental contemporânea, quer no plano normativo, quer no plano das demandas na via jurisdicional. A dimensão discursiva aqui é o que aglutina esses trabalhos e ainda que não seja a mesma problematizada diretamente, os textos são valiosas contribuições para se pensar como o discurso jurídico se articula, levando em conta os três lugares de produção do mesmo⁴.

No primeiro capítulo, o autor Adriano Stanley faz uma análise sobre a judicialização em torno da reparação por dano moral questionando e sugerindo outras formas de tutela dos direitos de personalidade, já que os juízes têm julgado os pedidos de reparação por danos morais como se fossem ações de cobrança: limitando-se a condenar o réu a pagamento de valores pecuniários. Entretanto, o bem jurídico a pedir a tutela continua sem qualquer reparação: o direito de personalidade agredido

⁴ Observe-se que estes lugares de produção do discurso são comuns a qualquer tipo de discurso particularizado em um campo. Para um aprofundamento da questão, consulte-se o verbete “discurso” do Dicionário de Análise do Discurso (MAINGUENEAU e CHARAUDEAU, 2004: 314) – “Noção utilizada no estudo das interações verbais, extraída de Flahault: ‘Cada um tem acesso a sua identidade a partir e no interior de um sistema de lugares que o transcende; esse conjunto implica que não existe fala que não seja emitida de um lugar e que não convoque o interlocutor a um lugar correlativo; seja porque essa fala pressupõe apenas que a relação de lugares está em vigor, seja porque o locutor espera reconhecimento de seu lugar específico, ou obriga seu interlocutor a se inscrever na relação’ (1978:58). Para Vion, ‘pela relação de lugares exprime-se de modo mais ou menos consciente qual posição se deseja ocupar na relação e, ao mesmo tempo, define-se, de modo correlativo, o lugar do outro’. Consequentemente, ‘uma das questões que está em jogo na relação que se constrói consistirá em aceitar ou negociar essa relação de lugares identitários, de maneira que os lugares ocupados no final da interação serão, muito frequentemente, distintos das tentativas iniciais de posicionamentos’ (1992:80-81).”

No segundo capítulo, Alexandre Oheb Sion aborda o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado em nível de princípio constitucional fundamental e pontua a possibilidade de colisão de referido princípio com outros direitos fundamentais, surgindo, assim, a necessidade de ponderação dos princípios em conflito caso a caso, circunstância que se analisa à luz do juízo de ponderação de valores.

Bruno César Fonseca e Renata Dias de Araújo Lima trazem, no capítulo 3, resultados de trabalhos desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação, nível Mestrado, da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, linha de pesquisa “O processo na construção do Estado Democrático de Direito”. Após pesquisa de julgados, nos quatro maiores tribunais do país, e munidos da exposição teórica de hermenêutica, desconstrução, Estado Democrático de Direito e decisões judiciais, verificou-se que há realmente um sincretismo teórico que obstaculiza a concreção do *plus* normativo e teórico propiciado pela Constituição.

“Qual seria o veredito se o caso do ensino domiciliar no Brasil fosse julgado pelo Supremo Tribunal da Filosofia?” é a pergunta que Carlos Alberto Lima de Almeida enfrenta no Capítulo 04, tratando do tema do ensino domiciliar, em uma perspectiva interdisciplinar entre filosofia, direito e educação, o autor propõe uma elaboração teórica crítica sobre o problema de fundo - a relação entre o Estado e a família quanto à educação, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais – a partir das contribuições da filosofia para a área da educação, empreendendo um diálogo com o campo do direito.

Como capítulo 05, autores Fernanda Duarte, Rafael Mário Iorio Filho e Ronaldo Lucas reconhecendo o quadro de incertezas provocado por um mundo altamente globalizado e marcado, sobretudo pelo terrorismo, pela violência urbana, pelo crescimento tecnológico e por uma multiplicidade de culturas, apresentam a proteção jurídica dos direitos humanos na esfera internacional, descrevendo, para tanto o Sistema da Organização das Nações Unidas (ONU) e os Sistemas Regionais das Américas, Europa e África, explicitando o ideal de proteção multinível que os direitos humanos recebem.

E, no sexto capítulo, Lúcia Frota e Edna Raquel Hogemann expõem sobre a necessidade de regulamentação da liberdade religiosa, demonstrando o atual panorama no Direito Comparado português e norte-americano e as críticas pertinentes a ambos os sistemas. Para tanto, consideram três vertentes, dentre as quais duas filosóficas e uma normativa. A filosofia baseada na ética da compaixão de Schopenhauer e na alteridade levinasiana convidam a uma reflexão provocativa de Derrida sobre o ato sacrificial. E, por fim, tratam da regra constitucional visando a ponderação de direitos fundamentais normatizados como a demonstração de uma evolução legislativa.

Já na Parte II desta coletânea, estão reunidos oito artigos restantes que completam esta obra. O questionamento se volta para o processo e são discutidas as relações entre o direito e o processo como instrumento de “pacificação social” e acesso ao direito pelo cidadão, especialmente quando da entrega da prestação jurisdicional pelo Estado. Também são considerados outros espaços de

administração de conflitos que dispensando a intervenção estatal podem ser vistos como efetivas “alternativas” ao processo judicial.

Ana Paula Faria Felipe e Manuela Duarte Almeida Pinto, no Capítulo 7, abordam a administração de conflitos no âmbito da saúde, fazendo um recorte no campo hospitalar. Registram as autoras que em outros países, a utilização de formas alternativas ao Judiciário para solucionar as demandas nessa área já é uma realidade, porém no Brasil ainda é incipiente. O conteúdo trazido é resultado das pesquisas teóricas e práticas vivenciadas pelas autoras no decorrer de suas atuações profissionais como psicóloga (atuando no ambiente hospitalar), advogada, atuando, em especial, como facilitadora restaurativa e mediadoras de conflitos.

Bárbara Lupetti e Manoela Medeiros Sales pretendem refletir sobre as duas possibilidades básicas que a legislação processual brasileira oferece na ocasião do julgamento dos recursos: a decisão monocrática do Relator ou a decisão colegiada da Câmara ou da Turma. Nessa linha, o texto propõe pensar sobre as implicações decorrentes dessa “escolha” dos magistrados, que passa por decidir entre julgar o caso de modo colegiado ou monocrático. E também propõe discutir a dificuldade de se articular duas expectativas do legislador do Novo CPC, situadas entre a promessa de garantir celeridade ao processo e o dever de constitucionalizar os seus ritos.

Os autores Fernando José Armando Ribeiro e Luciano Gomes dos Santos, no Capítulo 9, fazem uma análise sobre o acesso à justiça e a efetividade do processo legal numa perspectiva social, perpassando pela construção da cidadania através da inclusão social no processo legal.

No capítulo 10, com o título “A Arbitragem e o poder Público para enfrentar a crise do Judiciário na Sociedade Contemporânea”, Haroldo Lourenço faz uma breve análise sobre o instituto da arbitragem, principalmente após as mudanças trazidas pela Lei nº 13.129/15, que consagrou definitivamente tal técnica de solução de litígios envolvendo a Fazenda Pública.

No décimo primeiro capítulo, os autores Lorena Machado Rogedo Bastianetto e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, utilizando-se da lógica dedutiva, propõem-se ao estudo do processo constitucional no empenho normativo de defesa e concretização dos direitos fundamentais, objetivando a busca contínua pela legitimidade democraticamente processualizada na tomada de decisão do Estado.

Ludmila Stigert, no capítulo 12, narra alguns aspectos da história e construção da instituição de Ensino Newton Paiva diante do cenário da autocomposição. A autora apresenta, através da experiência obtida no ano de 2016 no CEJU, a possibilidade de reconstrução do sistema tradicional de ensino bem como do conceito de justiça. Assim, através da Mediação, a referida instituição vem construindo um cenário acadêmico apto à implementação de uma democracia procedimental tão cara a um Estado que se diz Democrático e de Direito e ainda comprometido com a Paz.

Maria Carolina Freitas e Maria-Maria Stancati, no Capítulo 13 intitulado ‘Alternatividade ou Pluralismo? Abraçando novas formas de Administrar Conflitos’,

abordam o Direito e o conflito e a influência na construção de outra forma de administrá-los, para além da tradicional sub-rogação produzida pela prestação jurisdicional.

Finalizando a presente obra, o autor Ricardo Perlingeiro propõe uma reflexão sobre os mecanismos de impugnação judicial dos atos administrativos gerais e dos atos administrativos concretos que atingem interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sob a perspectiva da segurança jurídica e da estabilidade das decisões judiciais, a partir da redefinição da legitimidade *ad causam* e dos limites subjetivos da coisa julgada no contencioso judicial administrativo e no processo coletivo.

Por fim, ainda que a coletânea, neste seu primeiro volume, não seja uma reunião de pesquisas empíricas, os capítulos reunidos nos permitem identificar uma inquietude com as disfunções do Poder Judiciário e uma insatisfação com o seu baixo grau de legitimidade social. E nos ajudam a entender um pouco mais o campo jurídico e o papel da dogmática na construção do saber jurídico e da própria identidade de seus operadores.

* * *

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de Análise do Discurso*. Coord da tradução Fabiana Komesu. São Paulo: Contexto, 2004.

DUARTE, Fernanda. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

_____. A construção da verdade no processo civil e a igualdade jurídica. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares (Orgs.). *Direito Processual em debate*. Niterói: Editora da UFF, 2010, pp. 91-108

DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, R. M. Igualdade jurídica: entre o discurso e a gramática das decisões judiciais. In: *Metodologia da Pesquisa em Direito*. 1 ed. Caxias do Sul: Edusc, 2015, v.1, p. 49-78.

DUARTE, Fernanda; BAPTISTA, B. G. L.; IORIO FILHO, R. M. Uma gramática das decisões judiciais: 'o que falar quer dizer' e o que não dizer quer falar? In: *Direito, Pesquisa e Inovação*. 1 ed. Juiz de Fora: Editar, 2016, v.1, p. 35-54.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Ed. Cadernos da PUC/RJ, 1974.

_____. *Microfísica do poder*. 23 ed. São Paulo: Graal Editora, 2007.

IORIO FILHO, Rafael Mario. *Benito Mussolini: uma proposta de construção da identidade italiana*. Curitiba: CRV, 2012.

_____. *Uma questão de cidadania: O papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal*. Curitiba: CRV, 2014.

IORIO FILHO, Rafael Mario. DUARTE, Fernanda. Por uma gramática das decisões judiciais. *ANAIS do Conselho Nacional de Pós-graduação em Direito*, Fortaleza XIX Encontro, 2010.

_____. A lógica do contraditório: ainda somos medievais. In: *Direito, discurso & poder: plexos pela linguagem*. 1 ed. Niterói: PPGSD/UFF, 2016, v.1, p. 31-44.

SCHIMITT, Carl. *Teologia Política*. São Paulo: Del Rey, 1989.

PARTE I

EU NÃO QUERO DINHEIRO!!!

Adriano Stanley Rocha Souza

1. Introdução

O nosso Poder Judiciário se perdeu nos pedidos de reparação por danos morais.

Em sua grande maioria, os juízes têm julgado os pedidos de reparação por danos morais como se fossem ações de cobrança: limitando-se a condenar o réu a pagamento de valores pecuniários. Entretanto, o bem jurídico a pedir a tutela continua sem qualquer reparação: o direito de personalidade agredido.

Utilizam o instituto dos *punitive damages*, do *common law*, desprezando de maneira espantosa e absurda a nossa base romanística.

Com esta postura, sem que percebam, nossos juízes e advogados estão transformando a sociedade brasileira em uma sociedade doente. Estamos perdendo nosso encantamento maior: nossa alegria e jocosidade. Somos uma sociedade amedrontada, pois qualquer coisa pode ser utilizada contra você, para lhe retirar algum dinheiro por ter ofendido o outro, simplesmente porque o chamou de chato. Ou seja: os meros dissabores e aborrecimentos estão sendo interpretados por nossos Tribunais como ensejadores de dano moral. Absurdo dos absurdos!!!! Meros aborrecimentos elevados à condição de agressão aos direitos de personalidade!!!

Este breve artigo procura colocar em cheque esta postura. Questionar e sugerir outras formas de tutela dos direitos de personalidade. A começar por explicar o que é um direito de personalidade.

2. O Caso

Era uma quarta feira. Início de noite. O tempo estava abafado e quente, típico do mês de agosto. Entra no escritório, então, um jovem casal com uma criança que pela aparência não tinha mais que cinco anos. A criança apresentava claros problemas físicos: tinha os membros do lado esquerdo atrofiados, a boquinha torta e o olho do lado esquerdo não piscava.

Os três se sentaram à minha frente e passaram a narrar o que os levara até a mim.

Tatiana (nome fictício) era a primeira filha daquele jovem casal. Quando se casaram, Jorge e Madalena (nomes também fictícios) planejavam ter dois filhos.

Entretanto, diante de todo o drama pela qual passaram (que será narrado abaixo), decidiram por ficar apenas com esta filha.

Quando Madalena estava grávida de Tatiana, durante todo o período pré-natal, em seus exames que fazia questão de realizar todos os meses, Madalena ouvia sempre a mesma advertência de sua ginecologista: “- *Madalena. Não sou obstetra. Não faço partos. Portanto, não farei o seu parto. Quando você for para o hospital ganhar a Tatiana, não se esqueça de mostrar todos os seus exames e pedir que o parto seja por cesariana, pois você não tem passagem suficiente para a sua criança, que é grande e saudável!*”

Em todas as suas consultas, Jorge e Madalena ouviam, invariavelmente, os mesmos conselhos por parte de sua ginecologista.

Pois bem. Eis que é chegado o dia. Madalena passa a sentir fortes contrações. E foi levada ao hospital por Jorge. Lá chegando, Madalena e Jorge transmitem à obstetra que faria o parto, as advertências da ginecologista.

Entretanto, a obstetra teve outro entendimento: “- *Imagine!!! De forma alguma!!!! Faremos o seu parto de maneira natural!!! A sua bebê está muito bem encaixada já! Você tem quadril largo! Você tem passagem sim! Claro! Sua ginecologista, como ela própria dizia, não faz partos. Eu faço partos há anos. Fique tranquila! Sei o que estou fazendo. O parto natural é o melhor para você e para o seu bebê*”. E desta forma pôs fim à discussão e aos pedidos de Madalena e Jorge para que fosse feita a cesariana.

Madalena entrou, então, em trabalho de parto. Como o parto seria natural, Madalena recebeu a anestesia peridural (que anestesia apenas da cintura para baixo), a fim de que ficasse consciente e pudesse ajudar em seu trabalho de parto.

A sua bebê começou a sair... a cabecinha da criança já estava “coroando” (no linguajar médico) quando, de repente... a criança ficou presa!

Madalena, que estava acordada, passou a presenciar cenas traumáticas. A obstetra, em claros sinais de nervosismo pela desagradável surpresa, se desesperou. No seu desespero, passou a gritar com Madalena... mandava que ela fizesse força... mais força... para expelir a sua criança, que poderia até morrer se não fizesse força. Chamou-a de fraca. Madalena começou então a chorar compulsivamente... a obstetra pediu, então, a uma das técnicas de enfermagem que lhe auxiliavam, que subisse sobre a maca e sentasse sobre a barriga de Madalena e fizesse pressão; mais pressão sobre o abdômen de Madalena para expelir a criança. Nada...

Então, como a criança já começa a sofrer stress, a obstetra lançou mão do fórceps. Ao puxar a cabecinha da criança lesionou sua coluna, provocando o que em seu relatório médico foi descrito como um *deslocamento bracofacial grave*.

Assim Tatiana foi recebida neste mundo. As ações daquela obstetra resultaram na paralisia permanente do lado esquerdo daquela criança.

A pediatra de Tatiana disse aos seus pais, Jorge e Madalena, que Tatiana necessitaria de fisioterapia por toda a vida e, quando chegasse em idade escolar,

convivendo com outras crianças, seguramente necessitaria, também, de auxílio psicológico.

Nos dois primeiros anos de vida de Tatiana o hospital responsável pelo parto forneceu, gratuitamente, todo o tratamento fisioterápico de que a criança necessitava. Entretanto, a partir do terceiro ano, o hospital já não estava tão solícito mais em atender às necessidades de Tatiana. Quando Jorge e Madalena pediram, então, para que o hospital prestasse também tratamento psicológico à criança (que já começava a perguntar porque ela era diferente de seus coleguinhas), este foi categórico e parou de fornecer até mesmo o tratamento fisioterápico.

A interrupção deste tratamento atrapalhou drasticamente na melhora de Tatiana.

Diante da recusa do hospital em dar continuidade aos tratamentos da menor, Jorge e Madalena vieram até meu escritório na busca de um meio judicial que fizesse com que o hospital reparasse o dano causado à Tatiana por conta do trágico parto.

Estávamos no ano de 1998. As ações de danos morais ganhavam fama pelo país afora como meio de se ganhar vultuosas importâncias em dinheiro. A mera negativação do nome da pessoa nos serviços de proteção ao crédito, por si só, já era o bastante para que a justiça garantisse ao autor da ação polpudos ganhos, em que os julgadores justificavam com a alegação de que aquela decisão deveria servir como punição ao ofensor pela prática de ato danoso e, ainda, como caráter pedagógico, para que outras pessoas não incorressem no mesmo tipo de erro.

Jorge e Madalena, entretanto, de início já se ocuparam em dizer: “- *Doutor. Dinheiro algum vai trazer a melhora de saúde para nossa filha. Mas um tratamento sim. Queremos que o hospital nos dê simplesmente o que ele tirou de nossa filha logo ao nascer: as condições de ter uma vida normal!!! Afinal, ela era um bebê super saudável nos exames de pré-natal. Ela não tinha nada! Queremos que o hospital devolva ela, ao menos em parte, o que tirou: qualidade de vida*”.

Aquele encontro com estas três pessoas não foi por acaso. Eu estava no meio dos meus estudos de mestrado, onde escrevia sobre o descabimento de reparações pecuniárias em sede de danos morais e o despropósito dos argumentos que as fundamentavam. Este caso foi decisivo para os meus escritos. Foi um marco no meu pensamento. E um caso grande o bastante sobre o qual poderemos nos debruçar fartamente para analisar a questão do descabimento das condenações pecuniárias por danos morais em todos os seus termos. Vamos lá.

3. Uma necessária apresentação aos direitos de personalidade, pois ainda não sabemos o que significa um DANO MORAL

Podemos apontar como meados do século passado o período em que surgiram os primeiros nomes a defender a reparação dos danos que causam as

dores n'alma. Entre estes autores, merece destaque o Professor Wilson Melo da Silva, e sua obra "O DANO MORAL E SUA REPARAÇÃO", que assim apresentava o dano moral em sua obra:

"Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.(...)"

Danos morais, pois, seriam, exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal". (SILVA, 1999. P. 1, 2).

Sem que fizesse a menor ideia do que estava profetizando, o Professor Wilson Melo estava descrevendo, exatamente, aqueles bens que cerca de vinte anos mais tarde, viriam a ser tratados por nossa Constituição da República como sendo os *direitos da personalidade*.

O reconhecimento constitucional desta categoria de direitos é fundamental para se falar em dano moral. Afinal, recebe o nome de dano moral aquele dano perpetrado contra um destes direitos de personalidade.

Há de se registrar que o reconhecimento do dano moral no Brasil é fenômeno recente. Tem menos de 30 anos. O ordenamento brasileiro apenas veio a reconhecer o dano moral à partir da Constituição da República de 1988, que diz expressamente em seu artigo 5º, incisos V e X, respectivamente:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Desta forma, o Brasil passou a reconhecer, por via de sua Constituição da República, a existência de uma espécie muito específica de dano: o dano moral. Entendido este como aquele dano que é praticado contra os bens mais caros ao indivíduo: sua intimidade, sua vida privada, sua honra e sua imagem. Vale dizer: o dano moral é o dano praticado contra os **direitos de personalidade**. Portanto, ao se falar em reparação de um dano moral, necessariamente estamos falando de reparação de um fato causador de dano a um direito de personalidade.

Por conta disto, causa-nos espanto que tantos advogados e juízes Brasil afora, se utilizem de ações pedindo e concedendo reparação de danos morais por fatos absurdamente pífios e insignificantes como, protesto indevido de nome em serviços de crédito; em face de bancos por ter esperado demais na fila para ser atendido; má prestação de serviço; porque o seu voo atrasou, etc.

Ora. Pergunta-se, para todas estas situações: qual é o direito de personalidade que está sendo ofendido em cada uma destas situações? Ou será que nossos doutos

advogados e juízes atribuem aos meros aborrecimentos, a condição de direitos de personalidade?

Seguramente, o fato do reconhecimento da existência de danos morais ser algo tão novo no ordenamento jurídico nacional é a principal razão da panaceia que vivemos. Afinal, até 1988 não se tinha a menor ideia de como tutelar a moral como sendo um bem jurídico.

4. Do uso indevido dos “*punitive damages*” como subsídio instrumental para reparação do dano moral.

O fato de o Brasil não reconhecer os direitos de personalidade como sendo bens jurídicos merecedores de tutela específica até a Constituição da República de 1988, resultou no fato de que os nossos julgadores, de uma hora para outra, se viram com o desafio de tutelar um bem que até então não existia. Portanto, uma problemática se plantava naquele momento: como reparar um dano moral?

Foi a partir deste momento que teve início toda a tragédia brasileira na tão propalada indústria do dano moral: os nossos juízes e advogados foram buscar a solução para tal problemática no direito anglo-saxão. Direito este, que há muitos anos presta reparação aos danos morais, através do instituto dos *punitive damages*.

4.1. *Common Law* X *Civil Law*: duas escolas; múltiplas diferenças. Conceito e críticas à utilização dos *punitive damages* no direito brasileiro

Como já cuidamos de argumentar fartamente em outra obra de nossa autoria (*DANO MORAL E PUNITIVE DAMAGES*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2013), a doutrina dos *punitive damages* é adotada pelos países do sistema do *common law*, principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Maria Celina Bodin de Moraes conceitua os *punitive damages* como:

“Danos punitivos, algumas vezes chamados de danos exemplares ou vingativos, ou ainda, de ‘dinheiro esperto’, consiste em uma soma adicional, além da compensação ao réu pelo mal sofrido, que lhe é concedida com o propósito de punir o acusado de admoestá-lo a não repetir o ato danoso e para evitar que outros sigam o seu exemplo”. (W. PROSSER; J. WADE; V. SCHWARTZ, *apud* MORAES, 2007, p. 7)

Este instrumento, nos países em que é aplicado, apresenta tripla finalidade: a primeira é a compensação do réu pelo dano sofrido; a segunda é a punição do autor do dano e a terceira é a prevenção pela exemplaridade, ou seja, dissuadir a prática de certo comportamento social.

Pois bem. *Data maxima venia*, incorrem em erro gravíssimo aqueles advogados e juízes que aplicam os *punitives damages* nas causas em que patrocinam e julgam.

Ora. Os *punitives damages* são bem adequados à escola anglo-saxônica; ao *common law*. Definitivamente, não são suportados em nossa escola do *Civil Law* (escola romanística), sob pena de violação aos seus princípios mais basilares e sagrados. Senão vejamos.

A uma. Pelo princípio da tipicidade do direito penal, segundo a qual “*nulla crimen nulla poena sine lege*” (não há crime sem lei anterior que o defina), ninguém pode receber qualquer tipo de sentença que tenha o condão de punir-lhe pela prática de um ato que não seja crime no nosso ordenamento. Por exemplo: em que tipo penal seria classificado aquele que protestou indevidamente o nome de alguém, para ser punido por uma ação de dano moral?

Ademais, no Brasil, o interesse pela reparação penal (o *jus puniendi*) é exclusivo do Estado. Não é admitida entre nós a pena privada.

A duas. Justamente por conta do ponto acima exposto, a transação penal é possível na escola anglo-saxã. Afinal, por lá, o ordenamento jurídico permite a transação penal, já que o Estado não é único detentor do *jus puniendi*. Dentre nós, contudo, tal transação se faz de todo impossível, pois, repetimos, o *jus puniendi* no Brasil é prerrogativa exclusiva do Estado brasileiro. Em outras palavras: só o Estado pode punir.

A três. Como trabalhamos com o Princípio da Dualidade, segundo o qual a esfera civil e penal são absolutamente separadas, não podemos jamais dizer que uma sentença civil tenha caráter punitivo. Apenas e tão somente para efeitos de argumentação, *se fosse possível tal transação*, então, não poderia haver processo penal para criminalizar o ofensor pois, assim, estar-se-ia punindo o sujeito duas vezes pelo mesmo fato, em típico *bis in idem* (o que é de todo vedado no nosso ordenamento).

A quatro. Não há no ordenamento jurídico brasileiro amparo legal que permita que uma reparação ultrapasse os limites do dano que foi perpetrado. O Código Civil brasileiro, em seu artigo 944, artigo que inaugura o Capítulo II, do Título IX, que cuida especificamente da Responsabilidade Civil, assim dispõe:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Em outras palavras: não há fundamento legal para se atribuir ao ofensor de um direito de personalidade a obrigação de pagar soma em dinheiro a alguém que não teve decréscimo em seu patrimônio.

E o mesmo pensamento, agora, pelo lado da vítima: Não existe no ordenamento civil brasileiro, fundamento para que alguém que teve o seu patrimônio moral agredido, sem diminuição de seu patrimônio material, receba a título de reparação do dano moral sofrido, valores financeiros, em uma típica situação de enriquecimento sem causa.

Registre-se: o dano moral é dano ressarcível preferentemente em espécie, pela natureza do bem tutelado.

Coisas absolutamente diferentes são o *débito* e a *responsabilidade*. Nas palavras de FRANCESCO CARNELUTTI:

“Su questa via, credo di poter considerrare come un punto de partenza (si intende, per la tappa ancora da percorrere) la distinzione tra debito e responsabilità, nel senso che almeno debito e responsabilità sieno due nozioni distinte (...) Non già al fine de risolverà (chè io mi rendo ben conto dela sua eccezionale difficoltà), ma di portare alla sua risoluzione qualche nuovo elemento, credo che si opportuno prospettare la distinzione, di solito considerata soltanto dal lato passivo, anche nel suo profilo ativo, contrapponendo come da un lato il debito alla responsabilità, così dall`altro al crédito ciò che costituisce il lato ativo dela responsabilità e io debbo chiamare l`azione del creditore” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo nella Teoria delle Obbligazioni*. In: *Studi in Onore di Giuseppe Chiovenda*. Padova: Cia Litotipo, 1927, p. 227).

Em tradução livre:

*“Neste sentido, eu acho que posso considerar como ponto de partida (ou seja, para o estágio ainda a percorrer) a distinção entre dívida e responsabilidade, no sentido de que, pelo menos **dívida** e **responsabilidade** sejam dois conceitos diferentes (...) Não para resolver (porque eu mesmo tenho bastante ciência de sua excepcional dificuldade), mas para trazer à sua resolução, alguns elementos novos, acho que é adequado prever a distinção, geralmente considerada apenas pelo lado passivo, mesmo no seu perfil ativo, contrastando de um lado a **responsabilidade da dívida**, e de outro a **responsabilidade de crédito** que constitui o lado ativo para a chamada ação de cobrança”* (grifos nossos).

Ou, valendo-nos ainda das palavras de GIUSEPPE CHIOVENDA, em sua obra *DELL`AZIONE NASCENTE DAL CONTRATTO PRELIMINARE* in *SAGGI DI DIREITTO PROCESSUALE CIVILE* (Milano: Giuffrè Editore, 1993, v. Primor), o processo civil é o meio pelo qual o credor pede ao Estado que force o devedor a entregar-lhe exatamente a prestação que aquele teria por direito receber deste, se a obrigação fosse cumprida espontaneamente. O processo civil não se presta ao enriquecimento sem causa de suas partes.

Face a esta nossa colocação, imediatamente surge a pergunta: *“mas e naquelas situações em que o dano moral não pode ser mais entregue em espécie (em uma típica tutela específica), por perecimento da coisa? Por exemplo: pela amputação de um membro ou pela morte do indivíduo”?*

Ora. De novo nos valem de CHIOVENDA: qualquer que seja a prestação que já não mais puder ser entregue de maneira específica, porque se faz de algum modo impossível, será convertida em perdas e danos. Reiteramos: excepcionalmente!!! Somente nos casos em que a tutela específica se torne por alguma razão impossível. Portanto, é a mesma solução aplicada para qualquer outro caso em que, por alguma razão, o cumprimento da obrigação na sua forma original não se faz mais possível: converter-se-á em perdas e danos.

Em uma breve análise dos dados no CNJ (Conselho Nacional de Justiça), em que procuramos saber quais são os tipos de ações de danos morais mais frequentes,

temos: retirada de nomes dos serviços de proteção ao crédito; reclamação contra empresas telefônicas / serviços de canais por assinatura e problemas com bancos.

Pois bem. Todas as situações acima comportam a reparação *in natura*. Em todas as situações acima é possível devolver ao ofendido o seu *status quo ante*. Diante disto, pergunta-se: devolver ao ofendido a sua condição anterior, com sua conta corrente alimentada de algum valor, não é enriquecimento sem causa??? E esta decisão tem fundamento no nosso ordenamento jurídico???

Os casos que não são possíveis mais a devolução ao *status quo ante* do autor são excepcionalíssimos! E nestes casos, somente nestes, converter-se-á a tutela em perdas e danos. Ora. Definitivamente, receber pecúnia a título excepcional (porque a tutela em sua forma específica já não é mais possível de ser prestada), definitivamente, não é a mesma coisa que as indenizações de danos morais que estão sendo proferidas aos milhares, todos os dias por nossos tribunais.

5. Desfecho do caso

Retomando ao caso com o qual começamos este artigo, temos que Tatiana sofrera, inequivocamente, um dano moral: teve a sua integridade física atingida por toda sua vida. O que redundaria, por óbvio, na sua esfera psíquica.

Entretanto, fartas quantias em dinheiro não dariam à Tatiana a qualidade de vida que ela necessitava. Por outro lado, se a reabilitação total de Tatiana era impossível, era sim possível amenizar o seu sofrimento. Por que não, então, ajuizar pedido de reparação de dano moral em face do hospital onde se dera o parto pedindo que o mesmo prestasse assistência fisioterápica e psicológica pelo tempo que os médicos da Tatiana julgassem necessários?

E assim foi feito. Aquele hospital fora condenado a prestar toda assistência fisioterápica e psicológica pelo tempo em que os médicos de Tatiana assim julgassem necessário, bastando à Tatiana, tão somente, exhibir atestados periódicos de seus médicos indicando que a mesma ainda estivesse necessitando daquela assistência.

“As coisas têm preço; as pessoas têm valor”

Emmanuel Kant

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1998.
- CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo Nella Teoria Delle Obligacioni*, in *Studi in Onore di Giuseppe Chiovenda*. Padova: Cia Litotipo, 1927.
- CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 1985, v. 3.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell'azione nascente dal contratto preliminare in Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1993, v. Primor.
- ENNECCERUS & LEHMANN. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Ed. La Ley, 1935
- FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova lícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Responsabilidade civil do médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.
- MENDONÇA, Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1935, v. II.
- PASSOS, J. J. Calmon de. Da antecipação da Tutela. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- . *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. RIPERT, Georges. *Derecho Civil: obligaciones*. Segunda parte. Buenos Aires: La Ley, 1965, v. V.
- ROCA, Encarna. *Derecho de Daños*. 2. ed. Valência: Tirant lo Blanch Libros, 1998.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das obrigações*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2.
- SANTINI, José Raffaelli. *Dano Moral: doutrina, jurisprudência e prática*. Leme: Editora de Direito, 1997.
- SAVATIER. *Traité de la responsabilité civile*, v. 1, n. 4.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.

YAGÜES, Ricardo de Angel. *La responsabilidad civil*. 2. ed. Bilbao: Universidad de Deusto, 1989.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

O MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL E A NECESSIDADE DO JUÍZO DE PONDERAÇÃO

Alexandre Oheb Sion

1. Introdução: A Tutela Constitucional do Princípio do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental da Pessoa Humana

A afirmação das preocupações ecológicas no mundo moderno teve seu berço e evolução nos países denominados de “primeiro mundo”. Entretanto, diante do cenário de intensa globalização no final do século passado, os chamados “países emergentes” prontificaram-se a adotar, também, a crescente preocupação com a questão ambiental.¹

Não tardou, assim, para que a universalização dos preceitos inerentes à questão ambiental se traduzisse em tutela constitucional dos direitos de natureza ambiental em diversos países, consagrando-os como princípios e direitos fundamentais com o fito de garantir a sua realização.² Com efeito, após a Declaração de Estocolmo de 1972, primeiro grande diploma de natureza internacional em matéria de proteção ambiental, estabeleceram-se diretrizes no sentido de se conferir ao princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado *status* de direito fundamental, quando dispôs, em seu Princípio 1, que:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras.

A partir daí referido princípio passa a constituir vetor para diplomas ulteriores, a exemplo da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, que caminhou também nessa senda ao prever em seu Princípio 1 a harmonia entre desenvolvimento e meio ambiente, *in verbis*: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.”³

¹ BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. In MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme, coord. – **Direito Ambiental: Fundamentos do Direito Ambiental (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1)** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.1007

² SION, Alexandre Oheb. Conflito Aparente de Princípios Constitucionais Ambientais e Indigenistas. In BRAGA FILHO, Edson de Oliveira (coord) et al. **Advocacia Ambiental: Segurança Jurídica para Empreender**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.148

³ Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>

O reconhecimento hodierno, assim, do direito a um meio ambiente sadio, passa a constituir extensão do próprio direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física, quer quanto ao aspecto de se viver com dignidade.⁴

Nesse sentido é que o poder constituinte brasileiro de 1988 estabeleceu, pela primeira vez na história constitucional brasileira, um capítulo específico para tratar da temática ambiental, consagrado no *caput* do art. 225⁵. Foi através desse artigo que o legislador constituinte firmou comando dirigido ao Poder Público e à Coletividade de proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

A partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) passou-se a se construir na doutrina a tese segundo a qual o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado no artigo 225 da CRFB/88, deveria ser entendido como direito fundamental da pessoa humana⁶, na medida em que a defesa do meio ambiente ensejaria a proteção da vida, cujo status protetivo encontra assento no art. 5º da CRFB/88 – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Nesse diapasão, tem-se advogado que o conteúdo insculpido pelo artigo 225 não deve ser ameaçado por situar-se topograficamente fora do Título II do texto constitucional, que arrola os direitos e garantias fundamentais.⁷

Aqui, com todo o carinho, apreço e respeito que o professor e amigo Édis Milaré merece, assim como inúmeros outros colegas que defendem igual posição, sou compelido a fazer certa ressalva, na medida em que difícil não interpretar a ordem topográfica escolhida pelo constituinte como impregnada de conteúdo valorativo.

Não é por outro motivo, parece-nos, que a relação entre os entes federativos, a definição de que o Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”, com todo seu conteúdo propositivo e orientador, assim como o elenco dos fundamentos da República Federativa do Brasil estejam no art. 1º da CRFB/88⁸.

Na mesma linha, é emblemático que os objetivos fundamentais da República estejam no artigo 3º⁹ da CRFB/88 e os direitos e garantias fundamentais, como dito, estejam no artigo 5º da CRFB/88¹⁰.

⁴ MILARÉ, Édis. Princípios fundamentais do direito do ambiente. In MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme, coord. – **Direito Ambiental: Fundamentos do Direito Ambiental (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1)** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.387.

⁵ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 129.

⁷ *Ibid.*

⁸ “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: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”.

⁹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e

Os artigos aqui referidos, localizados geograficamente no texto constitucional bem ao norte, possuem inegável valor e efeito geral.

Desconsiderar a importância que o constituinte outorgou aos primeiros artigos da CRFB/88 e dizer que aqueles direitos que estão muito ao sul de seu texto possuem a mesma relevância é rasgar um dos mais importantes princípios da hermenêutica jurídica, qual seja, a lei não contém palavras inúteis, traduzido do verbete “*verba cum effectu sunt accipienda*”¹¹. Se a lei não possui palavras inúteis por que a ordem e a lógica com que seu texto é escrito deveriam ser inúteis e desprovidas de valor?

Frise-se, entretanto, que a defesa da importância que se deve dar à escolha geográfica legislativa não encerra entendimento de que não possam existir direitos fundamentais “fora do catálogo”¹² do art. 5º da CRFB/88, na forma do seu parágrafo 2º.

Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet, é de se ter cautela com o fato de que a CRFB/88 se encontra repleta de normas de caráter principiológico em todo o seu texto, de modo que se impõe certa reserva com o fito de evitar o extremo de criar novos direitos fundamentais com apoio em toda e qualquer disposição constitucional, inclusive as de cunho organizacional e programático, o que por certo conduziria a uma ampliação desarrazoada do catálogo de direitos fundamentais.¹³ Não é, contudo, o caso do princípio em comento, que compõe o rol dos direitos denominados de terceira dimensão, cuidando-se de típico direito difuso, que ao mesmo tempo resguarda a existência digna do ser humano, na sua dimensão individual e social.¹⁴

Assim, também a Constituição da República Portuguesa de 1976 alçou o Princípio do Equilíbrio do Meio Ambiente a nível de princípio constitucional, rezando, em seu artigo 66º, que “todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”.

Como se sabe, embora resulte de um impulso naturalmente político que deflagra o poder constituinte originário, a Constituição de uma nação, tão logo colocada em vigência, é um documento jurídico, um sistema de normas que conserva entre seus vários atributos o da imperatividade.¹⁵ Disso decorre, por evidente, que como qualquer outra norma ela contém mandamentos, prescrições e ordens com força jurídica, e não apenas moral. Assim, geram ao jurisdicionado o

reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

¹⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 20a. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011., p. 264).

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P.105-107.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p.134.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*

poder de exigir do Estado prestações que lhe proporcionem o desfrute do bem jurídico consagrado, e ao próprio Estado o poder-dever de fazê-lo.¹⁶

A propósito, conforme será exposto adiante, filiamo-nos ao entendimento generalizadamente aceito hoje de que as normas jurídicas – e assim também as normas constitucionais – comportam divisão binária quanto à sua estrutura, subdividindo-se em duas categorias: princípios e regras.¹⁷ Entretanto, conforme aponta Ana Paula de Barcellos a respeito, mesmo os autores que não se detêm em apresentar um esquema ordenado, em que princípios e regras figurem como espécies do gênero norma jurídica, corroboram o entendimento de que, assim como as regras, os princípios são normas dotadas de imperatividade.¹⁸

A constatação da imperatividade dos princípios, assim, é o que se afigura relevante a nós, posto que constitui característica balizadora da ação do Estado, com o poder-dever de diligenciar rigorosamente pelo seu cumprimento, o que faz mediante políticas públicas legislativas e administrativas, entre as quais as fiscalizatórias, no regular exercício do poder de polícia.¹⁹

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** – Rio de Janeiro: São Paulo, 2002. p.44.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Nesse sentido é que o §1º do art. 225 da Constituição Federal brasileira estabelece: 1º “*Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - 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.*”

Também a Constituição portuguesa assenta, em seu art. 66º, 2, que: 2. “*Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem; c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações; e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas; f) Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial; g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente; h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida.*”

2. Princípios Jurídicos: Noções Preliminares

Vários autores pretenderam, ao longo da história recente, propor definições doutrinárias para as espécies normativas, entre os quais os princípios jurídicos. A nós, contudo, não cumpre aqui aprofundar o tema em demasia, mas tão somente traçar, de forma perfunctória, pontos doutrinários confluentes acerca da natureza jurídica que os reveste, de modo que se tenha pressupostos teóricos consistentes para o remate do presente estudo. Para tanto, filiar-nos-emos às concepções de Ronald Dworkin²⁰ e de Robert Alexy²¹, que embora em certo ponto dissonantes, confluem no que nos parece o ponto chave para a solução de conflitos de princípios e direitos fundamentais, conforme se verá.

Nesse sentido, Dworkin estabelece de forma magistral a conceituação dos princípios como espécie do gênero norma, diferenciando-os da espécie das regras. Segundo o autor, denomina-se como “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque promove ou assegura uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque se trata de exigência de justiça ou equidade, ou alguma outra dimensão da moralidade.²²

Na medida em que pressupõem juízo axiológico, assim, os princípios possuem dimensão de peso ou importância, de modo que podem inter cruzar-se, ocasião em que será levada em conta a força relativa de cada um no caso concreto.²³

As regras, por sua vez, não teriam essa dimensão, afigurando-se funcionalmente importantes ou desimportantes, posto que uma delas desempenha papel de maior relevância na regulação do comportamento.²⁴ Assim, havendo conflito entre regras, há que se reconhecer a sobreposição entre elas, de modo que uma delas não pode ser válida em face da outra.²⁵

Nesse sentido, Alexy também aborda os princípios como elementos coexistentes no mundo normológico, juntamente com as regras.²⁶ Assim, descreve-os como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas reais e existentes” e, destarte, como bem observa Gilmar Mendes, os princípios e normas configuram pontas extremas do conjunto das normas, havendo, contudo, diferença que constituiria chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.²⁷

Assim, para Alexy, enquanto os princípios concitam a sua aplicação e satisfação no mais intenso grau possível, as regras contêm determinação, de modo que se um princípio pode ser cumprido em maior ou menor escala, as regras

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²¹ *In Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

²² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

²³ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.* 42.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.* 43.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 8. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva: 2013. P.74.

²⁷ *Ibid.*

somente serão cumpridas ou descumpridas, caso em que a solução pautar-se-á nos critérios clássicos de solução de antinomias (hierarquia, especialidade, cronologia).

Com esteio nesses pressupostos, considerar-se-ão princípios comandos de otimização, aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porquanto sua aplicação depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem e fáticas, em razão do fato de a delimitação do seu conteúdo como norma de conduta só ser passível de aferição no caso concreto.²⁸

3. O Princípio do Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental da Pessoa Humana em face de outros Princípios e Direitos Fundamentais

A consagração do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como princípio constitucional, como visto, afirma o valor do meio ambiente como forma de valorizar a própria existência com dignidade, tendo, portanto, como seu fundamento de constitucionalização, a própria dignidade da pessoa humana, das presentes e futuras gerações.²⁹ O direito ao meio ambiente, destarte, traz consigo natureza multifacetada, com dimensão individual e, paralelamente, coletiva, de modo que sua concretização se manifesta sobretudo na dimensão social.³⁰

Com efeito, na qualidade de direito de terceira geração, o direito à integridade do meio ambiente constitui, nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Celso de Mello, “prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um direito deferido não ao indivíduo identificado em sua singularidade”, mas à própria coletividade social.³¹

Entretanto, é de se notar que a despeito da importância constitucional conferida ao referido princípio, seja na Constituição brasileira seja na portuguesa, não se trata de direito que comporta posição de exclusividade no âmbito dos direitos fundamentais.

Isso, como sabido, traduz-se em grande desafio de ordem prática, na medida em que posto lado a lado com outros direitos reconhecidamente fundamentais, implica muitas vezes colisão de direitos por ocasião da sua concretização. Assim, por vezes, nessas circunstâncias, é atribuído maior peso ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana

²⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos** – 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P.29.

²⁹ SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. In MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme, coord. – **Direito Ambiental: Fundamentos do Direito Ambiental (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1)** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.1123.

³⁰ *Ibid.*

³¹ SUPREMO Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 01/09/20015.

em relação a outros direitos fundamentais, como se ele estivesse em degrau inalcançável pelos demais princípios fundamentais.

Tome-se como exemplo, entre outros, a “livre iniciativa”, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil na forma do art. 1º da CRFB/88; o “desenvolvimento nacional”, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, art. 3º da CRFB/88 e o “livre (...) exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão”, direito fundamental na forma do inciso XIII do art. 5º da CRFB/88.

Todos, embora alçados a nível constitucional, tanto no Brasil como em Portugal, muitas vezes são relegados a um segundo plano quando inter cruzam, ainda que de forma sutil, a trincheira do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana e seus consectários. Com efeito, no plano prático, percebe-se com frequência que, sob pretexto de se promover a proteção ambiental, as políticas públicas empreendidas pelos órgãos públicos de controle e fiscalização acabam por dificultar ou burocratizar em demasia a instalação de novas atividades econômicas e empreendimentos, com uma série de exigências que acabam por inviabilizá-los.

Reitera-se, uma vez mais, que desconsiderar a importância dos princípios constitucionais fundamentados, pelo constituinte originário, nos primeiros artigos da CRFB/88 e dizer que aqueles direitos apostos em posição mais remota de seu texto possuem a mesma relevância é relegar princípio elementar da hermenêutica jurídica. É certamente sempre louvável o intento de proteção ao meio ambiente. Contudo, vale lembrar, nesse sentido, que a própria Constituição Federal de 1988 enuncia, em seu art. 170, *caput*, que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”³². Também a Constituição da República portuguesa proclama, no art. 9º, “d”³³, ser tarefa fundamental do Estado, entre outras, a promoção da efetivação dos direitos econômicos e sociais, o que faz colocando-os ao lado também dos direitos ambientais.

Como se vê, destarte, a essência da ordem econômica e da livre iniciativa é, também, assegurar a todos existência digna, nos ditames constitucionais, da mesma maneira que a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo por esteio fundamento equânime, qual seja: a dignidade da pessoa humana.³⁴ Assim, no plano da concreção, quando posto o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana lado a

³² “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor;”

³³ “São tarefas fundamentais do Estado: [...] d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;”

³⁴ CAMPOS, Ana Cândida de Paula Ribeiro e Arruda. Desenvolvimento Sustentável: avanços e desafios. In MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme, coord. – **Direito Ambiental: Fundamentos do Direito Ambiental (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1)** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.651.

lado com referidos princípios, ou ainda princípios diversos de natureza fundamental, entendemos que não haverá incompatibilidade, tampouco valor absoluto de um sobre outro, devendo-se buscar a harmonização, conforme se exporá no tópico a seguir.

3.1. O necessário juízo de ponderação e o princípio da proporcionalidade

Já consignamos alhures que as regras não comportam coexistência no caso concreto, sendo inviável o estabelecimento de graduação de cumprimento do que a regra estabelece. No âmbito dos direitos fundamentais, contudo, normas que se configuram princípios são de maior frequência³⁵, e esses, sim, trazem consigo a possibilidade de coexistência no plano fático. Diferentemente não poderia ser o que sucede na aplicação do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, objeto do presente estudo.

Nesse sentido, Canotilho também destaca a possibilidade da existência de tensão entre os diversos princípios constitucionais, até porque, lembra o autor, a Constituição de uma nação é o resultado de um processo de compromissos sociais entre diversas classes, e diversos interesses.³⁶ Para ele, assim, “a pretensão da validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental.”³⁷

Complementa o autor, destarte, ser natural o aparecimento de antagonismos e tensões, cuja solução deve perpassar a “ponderação” ou “concordância prática”, consoante seu “peso” e as circunstâncias do caso, e não se subordinar a uma lógica do “tudo ou nada”.³⁸

Dessas características, resulta que num eventual confronto de princípios incidentes sobre situação concreta, a solução será diversa daquela que acode aos casos de conflito entre regras, de modo que, no conflito entre princípios, deve-se buscar forma de conciliação, “uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.”³⁹ Entretanto, sendo certo que o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana não é absoluto, por certo, como ponderá-lo no caso concreto?

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.* p.183.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 213.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.* p.183.

No esteio dos ensinamentos de Alexy⁴⁰ que concebem os princípios como comandos de otimização, tem-se utilizado, como mecanismo de realização da aludida ponderação, o princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso. Assim, conforme aponta Gilmar Mendes citando referido autor em seu magistral voto proferido no âmbito do HC 82.424⁴¹, constitui-se a proporcionalidade em exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” na restrição de tais direitos. Assim, em síntese, dá-se a aplicação da proporcionalidade quando, verificada a restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre diversos princípios constitucionais, exige-se que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da sua aplicação, mediante aplicação das máximas “adequação”, “necessidade” e “proporcionalidade em sentido estrito”.⁴²

Destarte, o aplicador do direito, ao analisar a concorrência de princípios constitucionais, deve procurar a afirmação de todos, sem, no entanto, negá-los, o que deve ser conseguido por meio de restrições mínimas em cada um dos princípios em alteração.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes⁴³ também defende que:

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando redução proporcional no âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Na concordância prática, diz a doutrinadora já citada alhures, Ana Paula de Barcellos, “o intérprete deve escolher a solução que produz o melhor equilíbrio, impondo a menor quantidade de restrição à maior parte de elementos normativos em discussão.”⁴⁴ Por fim, na linha da ponderação dos princípios apontados no tópico antecedente, entendemos pertinente aduzir-se excerto da já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540, junto ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, em que o Ministro Celso de Mello reconheceu a necessidade de ponderação como solução à oposição de valores e princípios constitucionais relevantes em matéria ambiental, *in verbis*:

Concluo o meu voto: atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*

⁴¹ SUPREMO Tribunal Federal. HC 82.424. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento em 17/09/2003.

⁴² *Ibid.*

⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 62.

⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *op. cit.* p.83.

exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável [...]

4. Conclusão

Ante o exposto desde o enceto, vimos que a preocupação global com a proteção ao meio ambiente de forma universalizada se traduziu na tutela constitucional do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo elevado a patamar de direito fundamental.

Sem embargo, no âmbito do gênero norma, os princípios jurídicos constitucionais, diferentemente das regras, não admitem interpretação exclusiva quando colocados em alteração no caso concreto. Assim, na medida em que se tratam os princípios de comandos de otimização, como bem descreve Alexy, devem ser sopesados sob a ótica do princípio da proporcionalidade e ponderados à luz da concretude do caso e suas peculiaridades, não de forma abstrata.

Disso resulta reconhecer que o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana também se sujeita a juízo de ponderação, sendo desarrazoado concebê-lo como absoluto, até porque nenhum princípio o é, sobretudo quando colocado a par de outros princípios fundamentais, a exemplo da livre iniciativa, do desenvolvimento nacional e da ordem econômica, também figuras necessárias à promoção da dignidade da pessoa humana.

Destarte, no intuito de se evitar a aniquilação de outros direitos fundamentais com fundamento no princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana, há que se ponderar concretamente, em cada caso ocorrente, os interesses e direitos postos em situação de conflito, de forma a harmonizá-los, cujo palco de aplicação adequado deve ser o do licenciamento ambiental a ser conduzido de forma adequada, independente e proporcional pelo órgão ambiental competente.

* * *

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 14^a ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* - 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. – Rio de Janeiro: São Paulo, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. In MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme, coord. – *Direito Ambiental: Fundamentos do Direito Ambiental (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1)* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.1007
- CAMPOS, Ana Cândida de Paula Ribeiro e Arruda. Desenvolvimento Sustentável: avanços e desafios. In MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme, coord. – *Direito Ambiental: Fundamentos do Direito Ambiental (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1)* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – 8. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva: 2013.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 16^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco*. 7^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MILARÉ, Édís. Princípios fundamentais do direito do ambiente. In MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme, coord. – *Direito Ambiental: Fundamentos do Direito Ambiental (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1)* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 9^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: avanços e desafios. In MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso

Leme, coord. – *Direito Ambiental: Fundamentos do Direito Ambiental (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 1)* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SION, Alexandre Oheb. Conflito Aparente de Princípios Constitucionais Ambientais e Indigenistas. In BRAGA FILHO, Edson de Oliveira (coord) *et al. Advocacia Ambiental: Segurança Jurídica para Empreender*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUPREMO Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 01/09/20015.

SUPREMO Tribunal Federal. HC 82.424. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento em 17/09/2003.

DESCONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Bruno César Fonseca
Renata Dias de Araújo Lima

Introdução

Lança-se de pronto um texto de Manoel de Barros, inserto no livro *Matéria de Poesia*, segundo capítulo (*Com os loucos de água e estandarte*), poema nº2:

Assim falou Gidian(ou Gedeão)
que assistia nos becos:
“Poeta Quintiliano me nomeou Principal
Sou lobisomem particular
Eurico me criou desde criança
Para lobisomem
Me inventei
Fui procurar dentro do mato um preto Germano
Agostinho, que operava com ervas
Mandou botar as unhas no vinagre vinte dias
Aprendi grande
Só as dúvidas santificam
O chão tem altares e lagartos
Remexa o sr.mesmo com um pedacinho de arame
Os seus destroços
Aparecem bogalhos
Quem anda no trilho é trem de ferro
Sou água que corre entre pedras:
- liberdade caça jeito
Procuro com meus rios os passarinhos
Eu falo desmendado
Me representa que o mundo
(...), tem de tudo:
- cabelos de capivara
Casaca de tatu...
Gosto é de santo e boi
Saber o que tem da pessoa na máscara
é que são!
Só o guarda me escreve
Palavras fazem misérias
Inclusive músicas!
Eu sou quando e depois
Entro em águas...”¹

Na poesia manoelina retro citada, verifica-se uma desorganização estrutural que contraria as normas de citação², por outro lado, utiliza-se um poema que denota uma significação estranha aos códigos preestabelecidos na língua e na

¹ BARROS, Manoel. *Matéria de Poesia*, p.31-32. A única parte do poema não transliterada é a que se encontra com reticências entre parênteses, mas não afeta o objetivo, as demais, inclusive a estrutura, estão fidedignas.

² Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. *Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas*, p.153-155.

realidade (contexto de significação), dos quais não se tem pré-conhecimento, precisando construir uma significação própria, se quiser compreendê-lo.

O próprio Manoel de Barros denomina sua técnica de “desencontro da palavra com a ideia”, como descreve Adalberto Müller Júnior, que apresenta a obra citada. Segundo Müller, Manoel de Barros trabalha com a frase, em forma “sintaticamente lógica, [a qual] é submetida a um desarranjo semântico (a um ‘ilogismo’) pelo encontro inusitado de realidades aparentemente incompatíveis.”³

A decisão que foge a uma teoria hermenêutica instalada na Constituição é como um poema de Manoel de Barros, que o brilhante poeta desculpe a comparação, isto é, uma poesia cujo significado é inteligível somente pelo seu autor e cada leitor idiossincraticamente eleja o que ela venha a emanar, que pode ser simples autoridade, justeza ou violência.

Ademais, Manoel de Barros viabiliza uma “experiência na linguagem”, que falseia o entendimento de que se descreve por meio da linguagem um mundo que é pré-dado, também confirmando a tese de que a metalinguagem (natural ou científica) é parte da própria linguagem, servindo para descrevê-la, isto é, uma linguagem que descreve outra linguagem.

Essa característica é denominada flexibilidade da metalinguagem e possibilita retirar a linguagem do esquema língua-mundo, assim, o sentido é construído na própria linguagem e não em fatores extralinguísticos (objeto-realidade do mundo).

Com efeito, nas lições de Edna Nascimento:

“A metalinguagem, característica fundamental de qualquer sistema de significação, como já foi bastante propalado, é responsável por duas propriedades essenciais que distinguem as línguas naturais dos demais sistemas sígnicos: 1) onipotência — toda língua natural é metalinguagem universal, é com ela que o homem traduz com mais eficiência os outros sistemas semióticos que o cercam no seu cotidiano; 2) flexibilidade — toda língua natural constitui-se em sua própria metalinguagem.”⁴

Essas lucubrações no campo da linguagem nos servirão de base para fundamentar uma técnica hermenêutica que coadune com a Constituição da República, para tanto, parte-se da acepção de língua como “conjunto de convenções necessárias, adotadas pelo corpo social para permitir” a “faculdade da linguagem”⁵.

O signo linguístico “é uma coisa que representa uma outra coisa”, e representa de forma mediada essa coisa (ou objeto) “para um intérprete”, essa representação produz “outro signo que traduz o significado do primeiro (é o interpretante do primeiro)”, daí a conclusão de que “o significado de um signo é outro signo”.⁶

Não se quer com essas acepções dizer que não se possam abalá-las, nem tampouco que tais noções determinem o cair numa rede de significação

³ MÜLLER JR., Adalberto. Em pleno uso da poesia, p.1 “orelha assinada”.

⁴ NASCIMENTO, Edna Maria F. S. Metalinguagem natural e teoria da linguagem, p.115.

⁵ SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de Língua Geral*, p.15.

⁶ SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica*, p.78.

irretorquível, em que se tornaria o intérprete um “dicionário ambulante”. Tão somente, que tais acepções servirão como ponto de partida, mesmo porque, sem tais convenções, nada do que aqui é escrito seria compreensível, se códigos interpretantes não fossem previamente outorgados.

Daí novamente a importância da metalinguagem, inclusive como espaço de criatividade para enunciações hipotético-dedutivas e não condenação ao “saber e a ignorância” da “linguagem em si mesma”, mítica.⁷

Ao longo da pesquisa serão apresentadas as chaves que permitem sair dessa rede mítica da linguagem, mas já se aponta nestas linhas introdutórias, uma solução metalinguística, novamente louvando-se nos dizeres de Edna Nascimento:

“A noção de metalinguagem elimina a necessidade de se estabelecer um vínculo entre língua/mundo. Para o estudioso de língua, essa relação falaciosa deixa de ser pertinente e é substituída pela relação língua-objeto/metalinguagem. O que se impõe no estudo do sentido é a própria linguagem, não o ‘objeto’, a ‘realidade do mundo’ — fatores extralinguísticos —, mas fatos linguísticos, linguagens. Lógicos, principalmente Alfred Tarski (10, p.13), não têm deixado de ressaltar que as ‘significações linguísticas’, constituídas pelo sistema das relações analíticas de uma expressão com outras expressões, não pressupõem a presença das coisas. Uma das grandes contribuições de Tarski para a ciência da linguagem foi a ênfase dada, nos seus estudos de semântica, a uma linguagem artificial secundária denominada por ele metalinguagem.”⁸

A tradução de um pensamento gera um novo pensamento, contudo o ato interpretativo pode e deve ser normatizado, controlando os sentidos que se possam denotar do discurso.

Jacques Derrida, ao definir a indecidibilidade como condição para a decisão, denuncia que as subjetividades própria e institucional, contribuem para manutenção da cultura dominante⁹, afastando a possibilidade de compreensão dos

⁷ “A teorização da linguagem e a teorização da crítica da linguagem ficaram proibidas a ponto de qualquer esboço para enunciá-las se tornar arrogância intolerável ante os que delas se servem em seu esplendor e magia. A linguagem adquiriu a condição inabalável de guardião do homem e de sua razão de ser, indispensável a uma ‘comunicação’ natural e a um agir respeitoso, insuscetível de violações em seu arcabouço estrutural. É como se o sagrado e o profano, numa quimera arquetípica, lutassem nela pela posse exclusiva de seu saber intrínseco e poderoso. O saber e a ignorância passaram a ser **linguagem em si mesma** em suas metamorfoses fantásticas e mirabolantes, no seu jogo de desvelamentos e fugas malabarísticas, de rendição e dominações, de amor e ódio, alegria e tristeza.” LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.230.

⁸ NASCIMENTO, Edna Maria F. S. *Metalinguagem natural e teoria da linguagem*, p.115.

⁹ Cf. DERRIDA, Jacques. *Uma filosofia Deconstructiva*, p.1. Para Derrida “Entre o indecidível e a decisão não há contradição: o indecidível é a condição da decisão. Toda decisão envolve uma avaliação da situação única em que se assume a responsabilidade de articular e negociar esses dois gestos contraditórios. Não há regra geral, nem garantia preestabelecida. Estamos sempre presos a um espaço que é, ao mesmo tempo, o da subjetividade crítica e da subjetividade funcional ou institucional. Não creio que esta oposição nos permita eleger entre ambas, porque não existem zonas selvagens de não-institucionalidade. Creio que em nome da crítica emancipatória, devemos fazer tudo para não nos tornar intelectuais de Estado, orgânicos ou funcionais, nem tampouco ‘agentes culturais’. Mas de fato, participamos inevitavelmente de tudo que rechaçamos: não se trata de negar essa condição, mas de realizar um trabalho que incomode ou perturbe a ordem dominante da cultura.” No original: “Entre lo indecidible y la decisión no hay contradicción: lo indecidible es la condición de la decisión. Cada decisión supone una evaluación de la situación singular en la que se toma la responsabilidad de articular y negociar estos dos gestos contradictorios. No hay regla general ni garantía preestablecida. Estamos siempre atrapados en un espacio que es, a la vez, el de la subjetividad crítica y el de la subjetividad funcional o institucional. No creo que esta oposición nos permita eleger entre

demais indivíduos. Ademais, as subjetividades criam interpretações variadas, agravando a incompreensão do discurso de significação.

Uma das formas de se controlar a interpretação desenfreada, a qual é de difícil apreensão pela comunidade linguística, é o estabelecimento de um *locus* de significação, ainda mais se o signo constante daquele discurso for, por sua formação, convencional (signo de lei), porque o resultado da interpretação deve traduzir o signo anterior, não contrariá-lo, sob pena de desencontro do texto com a ideia.¹⁰

No direito, a norma é pré-dada, tendo as partes e o juízo acesso anterior à deflagração do conflito, sendo o elemento extradiscursivo a ser utilizado no processo de significação.

Não se quer dizer com isto, que devam ser ignoradas situações complexas que envolvam a normatividade como, por exemplo, a história, as situações econômicas e sociais, as condições em que se estabeleceram as relações jurídicas entre as partes, nem se quer afirmar que a liberdade do julgador esteja mecanizada, portanto, “sem liberdade”¹¹, tão somente que o resultado da interpretação não pode ser uma criação distinta do que o signo da norma preconiza, sob pena de transformar liberdade em arbítrio.

Lúcia Santaella expõe que o *interpretante* traduzirá o signo anterior em outro de mesma natureza. Assim, se o *interpretante* está normatizado, sua significação não pode ser dada a partir de ideologias, experiências, ou quaisquer subjetividades, porque retira dos demais indivíduos a possibilidade de crítica.¹²

Nesta pesquisa, busca-se combater a ideologia como interpretante na atividade judicial, isto é, a ideologia particular do julgador imposta aos jurisdicionados, sem possibilidade de participação e ingresso destes na significação que os fatos e o direito em debate serão submersos no ato decisório, tornando-se impenetrável aos destinatários do discurso.

Portanto, vincar a interpretação judicial à visão social de mundo do julgador, em princípio, é excluir da atividade estatal a participação dos destinatários, por não se poder afirmar estarem as partes ingressadas nessa mesma ideologia, até porque não diz a Constituição que o juiz é a voz da “ideologia dominante.”

Tal imposição implica em violência, e aí se recorre a Jacques Derrida, que visou combatê-la, em especial, nos discursos que possuam um centro rígido de significação, cujas bases não possam ser perquiridas. A filosofia desconstrutiva

ambas porque no existen zonas salvajes de no-institucionalidad. Creo que en nombre de la crítica emancipadora, debemos hacer todo lo posible para no volvernos intelectuales de Estado, intelectuales orgánicos o funcionarios, ni tampoco “agentes culturales”. Pero de hecho participamos inevitablemente en todo lo que rechazamos: no se trata de negar esa condición sino de realizar un trabajo que incomode o perturbe el orden dominante de la cultura.”

¹⁰ Cf. SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica*, p.69.

¹¹ GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. *Direito: razão e sensibilidade*, p.180.

¹² “Se o signo for convencional, ou seja, signo de lei, por exemplo, uma palavra ou frase, o interpretante será um pensamento que traduzirá o signo anterior em um outro signo da mesma natureza, e assim *ad infinitum*” (SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica*, p.82).

juntamente com a teoria hermenêutica, possibilitam formar hipóteses de aplicação para a expressão “desconstrução hermenêutica”.

Nesse contexto democrático, o processo deve ser visto como procedimento em contraditório, a fim de possibilitar que a decisão se forme a partir da paridade que se instala no devido processo constitucional.¹³

Ao final, pretendeu-se erigir uma técnica hermenêutica que permita extrair do procedimento uma decisão constitucional.

Portanto, a técnica apresentada no presente texto pretende estabelecer critérios para aplicação do direito, que afastem uma significação pautada no juiz, no contexto social, na ideologia, e em outros elementos extradiscursivos, não previamente outorgados aos sujeitos do processo, inviabilizando uma solução compartilhada do conflito.

1 Desconstrução Hermenêutica

Esta etapa da pesquisa importa em demarcar¹⁴ a acepção de desconstrução hermenêutica, para que desta enunciação se possa analisar as decisões judiciais, no contexto do Estado Democrático de Direito.

Não se pretendeu estabelecer um centro de significação irretorquível para os termos¹⁵, mas um campo (teoria-hipótese-enunciação) em que se torne possível as substituições, aperfeiçoamentos, a permuta e transformação de seus elementos¹⁶, nesse inacabado projeto democrático da pós-modernidade.

1.1 Teoria hermenêutica

Joseph Raz aduz que “ao interpretar, explicamos, demonstramos ou expomos o significado do objeto da interpretação”, contudo, ressalta que, comumente, pensa-se a interpretação como recuperação do significado que o objeto da interpretação (a

13 Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.13.

14 Aqui utilizada a *demarcação* como razão que leva a “propor convenção adequada”, sem preocupar-se em distinguir a natureza das expressões. No sentido de Popper, demarcação equivale à “proposta para que se consiga um acordo ou se estabeleça uma convenção.”(POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, p.37 e 39).

15 Cf. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, p.27. O “significado transcendental” em Derrida importa numa reconceitualização de estrutura, que historicamente “a estruturalidade da estrutura era limitada pela existência de um centro, de uma origem fixa, de um ponto de presença”, o que fazia presumir uma “origem absoluta do sentido”(SANTIAGO, Silvano. *Glossário de Derrida*, p.84)

16 Cf. SANTIAGO, Silvano. *Glossário de Derrida*, p.83. Como expõe Leyla Perrone-Moisés, ao comentar as últimas impressões de Roland Barthes sobre a desconstrução, “Derrida nos convida a substituir a utopia política por uma abertura ao por-vir que, embora baseada na justiça e na crítica com relação ao capitalismo neoliberal, é menos diretiva, menos impositiva, por isso mesmo mais corajosa.”(PERRONE-MOISÉS, Leyla. *Aquele que desprende a ponta da cadeia*, p.101); Cf. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, p.27 e ss.

que Raz denomina *original*) possui. O risco de se correlacionar interpretação e recuperação está na tentação em buscar unicamente a intenção do criador. O que a obra significa nem sempre se liga à intenção de seu autor, podendo desgarrar-se: “o significado dos objetos culturais não deve ser reduzido a um fato estatístico.”¹⁷

Chris Lawn, com esteio nas obras de Gadamer, assevera que para “recuperar relatos e discursos reprimidos e obscuros da verdade de épocas anteriores à Modernidade”, é preciso “considerar o surgimento do método como uma característica central da filosofia moderna”, referindo-se à Descartes, que foi capaz, por meio de seu *cogito*, de subverter as formas de autoridade e erigir a “razão humana como fonte de toda a verdade”, influenciando e possibilitando o surgimento do movimento iluminista do século XVIII, o qual rejeita a tradição e a opção à razão, cuja verdade será obtida por “métodos racionalmente autorizados”, via de “uma matriz e um movimento procedural”.¹⁸

Karl Popper contesta os “métodos indutivos”, representados por enunciados singulares ou particulares, a partir dos quais se inferem enunciados universais, dando como exemplo a observação de um sem número de cisnes brancos e a inferência de que todos os cisnes são brancos. Ao revés propõe seja criado um princípio de indução, que corresponderia a um enunciado capaz de orientar as inferências indutivas, contudo, rejeita a ideia de que tal princípio fosse determinante da verdade das teorias que dele decorressem, mas que se apresentasse como “enunciado sintético, ou seja, enunciado cuja negação não se mostre contraditória, mas logicamente possível.”¹⁹

Wilhelm Dilthey²⁰, a partir dos trabalhos de Schleiermacher, desenvolveu a ideia de que a compreensão se contextualiza cultural e historicamente com o sentido original do texto, isto significa, como assevera Nelson Saldanha, em tentativa de Dilthey para correlacionar compreensão e realidade, fazendo-o a partir de uma tríade de conceitos, quais sejam, “vivência, expressão e compreensão. Partindo-se do vivido, que se projeta na expressão, chega-se à compreensão.”²¹ Vê-se, nessa tríade, um círculo hermenêutico.

Em que pesem as visões dos romancistas alemães (Schleiermacher e Dilthey) serem essencialmente metafísicas, aperfeiçoadas posteriormente por filósofos que

¹⁷ RAZ, Joseph. *Interpretação sem restabelecimento*, p.235-240.

¹⁸ LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.50-53. O autor acentua que “A tradição filosófica, começando com Descartes, deu à razão este *status* exaltado e se transformou numa arma para combater idéias e práticas que eram consideradas como nada mais que resíduos redundantes do passado herdado.” (p.51-52). A palavra procedural é originária do inglês *procedure* e significa, segundo John Lee Cook Jr, “a sequence of actions or operations which have to be executed in the same manner in order to always obtain the same result under the same circumstances (for example, emergency procedures).” (p.1) (uma seqüência de ações ou operações que devem ser executadas da mesma maneira, a fim de obter sempre o mesmo resultado sob as mesmas circunstâncias (por exemplo, procedimentos de emergência).

¹⁹ Cf. POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*, p.27-29.

²⁰ “Wilhelm Dilthey (Wiesbaden, 19 de novembro de 1833 — Siusi allo Sciliar, 1 de Outubro de 1911) foi um filósofo hermenêutico, psicólogo, historiador, sociólogo e pedagogo alemão.” (Wilhelm Dilthey. *Wikipedia*, p.1).

²¹ SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo*, principalmente no direito, p.218.

influenciaram e influenciam até hoje a filosofia do direito estudada e aplicada²², permitiu a hermenêutica desde tais primórdios oitocentistas o desenvolvimento do pensamento crítico, a partir de técnicas de comparação e visão de etapas, permitiu-se a criação de uma teoria hermenêutica, não mais restrita à filosofia, ingressando na teoria do direito associada à questão da interpretação.²³

No século XX, como destaca Herkenhoff, a compreensão surge como tema central em Gadamer, com esteio em Heidegger, influenciando a hermenêutica jurídica moderna.²⁴

Luís Carlos Balbino Gambogi expõe longamente sobre a impossibilidade de se separar da interpretação as subjetividades do intérprete e toda gama de conhecimento que este carrega, todavia, ressalta que não há um condicionamento absoluto, já que “o intérprete pode superar a ideologia, que cega, fazendo sobre ela incidir o senso crítico.”²⁵

Segundo Paulo Ghiraldelli Júnior na transição dos séculos XIX e XX, os filósofos passam a elaborar críticas do sujeito, ou subjetividades que não se sustentassem no padrão já estabelecido. Nesse sentido:

“Arthur Schopenhauer (1788-1870) aliou o conhecimento ao corpo; para ele, haveria um conhecimento especial, para além do Entendimento, que seria fornecido por processos ligados à compaixão. Friedrich Nietzsche (1844-1900) disse que o sujeito era uma “ficção da linguagem”, isto é, apenas uma função gramatical que, por motivos sociais, se cristalizou ontologicamente no discurso da filosofia. Sigmund Freud (1856-1939) fez a consciência ficar tripartida e deu ênfase ao que seria o subconsciente: Id e Superego controlariam o Ego e seriam, de certo modo, responsáveis por muito mais atos e falas do que se poderia imaginar. Os pragmatistas disseram que Charles Darwin (1809-1882) os havia ensinado a ver continuidade entre seres com consciência e seres sem consciência; desse modo, a idéia de sujeito deveria ser repensada, pois não se tratava de algo que não tivesse uma gênese – biológica e antropológica. Os frankfurtianos, no início do século XX, evocaram Marx e Freud para dizerem que o sujeito em nossa sociedade moderna é em verdade o objeto; ou seja, por questões econômicas e libidinais, estaríamos em uma sociedade onde o que é vivo se transforma no que é morto e vice-versa, de modo que o morto – no limite os objetos e o próprio Capital – passam a ser as instâncias de tomada de decisão, ou seja, o vivo.”²⁶

Nesse contexto, Ludwig Wittgenstein (1889-1951) comparou a consciência a uma linguagem privada, que inexiste, já que toda linguagem é social, sendo o pensamento uma estrutura semelhante à linguagem social. Wittgenstein I, como é conhecido em seu *Tractatus*, trata a verdade como “identidade das estruturas das coisas e do pensamento.” Posteriormente, na obra *Investigações Filosóficas*,

²² Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*, p.30 a 44. O autor realiza um esboço histórico da visão de mundo quanto à figura do direito na sociedade, desde as sociedades pré-modernas, com a atitude hermenêutica que lhes corresponde demonstrando a evolução das técnicas hermenêuticas, mas confirmando o que aqui foi exposto, isto é, as práticas metafísicas foram aperfeiçoadas, mas não substituídas.

²³ Cf. SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*, p.219 e 220.

²⁴ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*, p.6.

²⁵ GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. *Direito: razão e sensibilidade*, p.184.

²⁶ GHIRALDELLI JR., Paulo. *Virada lingüística-um verbete*, p.2. Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.144.

Wittgenstein II suplanta essa reflexão para afirmar “não existe um mundo em si independente da linguagem, que deveria ser copiado por ela. Só temos o mundo na linguagem; nunca temos o mundo em si, imediatamente, sempre *por meio da linguagem*.”²⁷

Após as contribuições de Wittgenstein, surge a teoria da linguagem performativa, da Escola de Oxford²⁸, com John Langshaw Austin (1911-1960), que teve o mérito de sistematizar o passo de superação da semântica tradicional iniciado por Wittgenstein, consistente na determinação do sentido das expressões, pelo uso da palavra, seu aparecimento nos diversos jogos de linguagem. As preocupações de Austin sustentam-se nas diferentes possibilidades que podem ser realizadas com as palavras, não meramente descritivas, mas que representam uma ação. Posteriormente, Austin desenvolveu a teoria dos atos da fala, na qual uma expressão pode ser composta de três dimensões, locucionária, ilocucionária e perlocucionária.²⁹

Austin levanta a questão de que a filosofia da linguagem aproxima-se da hermenêutica, pois considera que a linguagem é um meio heurístico *sine qua non* para conhecimento da realidade. A compreensão da linguagem se perfaz no contexto sócio-histórico, que possibilita os atos de fala, explicitando, assim como também o faz a hermenêutica, um “contexto intersubjetivo, que gera sentido.”³⁰

De acordo com Herkenhoff, em Heidegger, Husserl e demais fenomenológicos³¹, a compreensão do homem e do mundo só é possível a partir de sua facticidade.³²

Manfredo Araújo explicita que Gadamer(1900-2002)³³ sustentou uma hermenêutica baseada além da discussão meramente metodológica, a compreensão

²⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.105. Cf. GHIRALDELLI JR., Paulo. *Virada lingüística-um verbete*, p.2.

²⁸ “É importante deixar claro que Austin não era o único filósofo da escola analítica de Oxford que procurava resolver questões filosóficas, discutindo a linguagem ordinária: com ele estavam Strawson, Ryle e Hare, entre outros. Mas foi Austin quem introduziu de maneira definitiva os conceitos de *performativo*, *ilocucionário* e de *ato de fala*, conceitos através dos quais deslança toda a sua argumentação. Estes três conceitos tanto se perpetuaram nas discussões posteriores da filosofia analítica quanto nas da lingüística.”(OTTONI, Paulo. John Langshaw Austin e a Visão Performativa da Linguagem, p.120)

²⁹ Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.154-157, 158-161.

³⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.168.

³¹ “Fenomenologia é definida como o estudo da estrutura da consciência. Ao invés de explicar a consciência em termos de teoria filosófica, a fenomenologia coloca de lado as suposições teóricas e permanece no nível de uma descrição, em primeira mão, da experiência da consciência. Dessa forma, ela procura entender a consciência como é vivida e experienciada. O fundador e pai da fenomenologia moderna é Edmund Husserl, um pioneiro nesse procedimento, apesar de o termo haver sido usado anteriormente por G.W.F. Hegel em sua obra *Fenomenologia do espírito*. As figuras mais importantes no cenário da fenomenologia, depois de Husserl, são: Heidegger, Sartre, Merleau-Ponty e outros.” LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.192-193.

³² HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*, p.6. Para o autor toda hermenêutica seria “uma metafísica, uma ontologia fenomenológica.”

³³ “Hans-Georg Gadamer (Marburg, Alemanha 11 de Fevereiro de 1900 – Heidelberg, Alemanha 13 de Março de 2002) foi um filósofo alemão considerado como um dos maiores expoentes da hermenêutica filosófica. Sua obra de maior impacto foi *Verdade e método (Wahrheit und Methode)*, de 1960.”(HANS-GEORG GADAMER. *Wikipedia*.p.1.)

sustentada por Gadamer é “constitutivo fundamental do ser histórico”, a “análise da temporalidade”, o que representa “uma passagem da hermenêutica psicologizante”, sustentada por Schleiermacher e Dilthey, desenvolvidas na modernidade, “para uma hermenêutica propriamente histórica.”³⁴

As críticas à filosofia da consciência, empreendidas no início do século XX, levam à tentativa de seu abandono. Para tanto, realizam uma abdicação do psicologismo na filosofia. Despontam-se as teorias analíticas de Husserl, George Moore, Bertrand Russel, e também dos integrantes do chamado círculo de Viena³⁵. “Surgiu, então, a filosofia analítica e, em certa medida, desenvolveu-se de fato um tipo de prática filosófica que bem mais tarde passou a ser denominado de o resultado da ‘virada lingüística’.”³⁶

A “pragmática transcendental” de Karl-Otto Apel, da qual Manfredo de Oliveira atribui o início da reviravolta da filosofia contemporânea, surge para tentar suplantar a subjetividade própria da filosofia moderna para a intersubjetividade. Em que pesem as críticas ao pensamento de Apel³⁷, há aqui “uma superação do solipsismo metodológico, que marcou a filosofia moderna da consciência.”³⁸

A postura hermenêutica inaugurada pela pragmática³⁹ transcendental pode ser resumida no seguinte excerto:

³⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.225-226.

³⁵ “O Círculo de Viena foi um grupo de filósofos, organizado informalmente em Viena à volta da figura de Moritz Schlick. Encontravam-se semanalmente, desde antes da Primeira Guerra (informalmente) e oficialmente desde 1919, até finais de 1936, quando Schlick foi assassinado e o Círculo disperso. Seu sistema filosófico ficou conhecido como o “Positivismo lógico”. Membros proeminentes do Círculo incluíram Rudolf Carnap, Otto Neurath, Herbert Feigl, Philipp Frank, Friedrich Waissman, Hans Hahn. Receberam as visitas ocasionais de Hans Reichenbach, Kurt Gödel, Carl Hempel, Alfred Tarski, W. V. Quine, e A. J. Ayer (que popularizou a obra deles em Inglaterra). Karl Popper, apesar de não ter frequentado as reuniões do Círculo, foi uma figura central na recepção e na crítica às suas doutrinas. Por algum tempo, algumas das figuras do grupo encontraram-se regularmente com Ludwig Wittgenstein (a fase inicial da sua filosofia foi racional-positivista).” (CÍRCULO DE VIENA. *Wikipedia*.p.1)

³⁶ Cf. GHIRALDELLI JR., Paulo. *Virada lingüística-um verbete*, p.3.

³⁷ Em nota de pé de página, Manfredo Araújo de Oliveira, aduz que “Hösle chama atenção para o fato de que Apel apenas repete a tese central do Wittgenstein das *Investigações filosóficas* sem esforço algum de demonstração.” OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.256, nota 20.

³⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.256-257. Cf. ainda a referência de Manfredo de Oliveira à discussão de Apel sobre a substituição da filosofia transcendental pela filosofia da linguagem, na teoria do conhecimento: “É isso que Apel vai denominar a superação do ‘solipsismo metodológico’, pois essa postura vai entender o conhecimento não como resultado de uma consciência solitária no esquema relação ‘sujeito-objeto’, que é o esquema básico da filosofia moderna, mas como produto de um processo interativo de entendimento, em que a relação ‘sujeito-sujeito’ passa para o centro. Para Apel, isso vai significar a articulação de um terceiro paradigma para a reflexão filosófica: a ontologia clássica teve o ‘ser’ como paradigma, a filosofia transcendental a ‘subjetividade’, agora a ‘intersubjetividade’ linguisticamente mediada.” OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.254, nota 14.

³⁹ “Em um sentido amplo, ‘pragmatismo’ ou ‘filosofia pragmática’ referem-se a concepções de filosofia que defendem não só uma distinção entre teoria e prática, mas sobretudo o primado da razão prática em relação à razão teórica, incluindo desde Kant, cuja última obra de 1804 intitulou-se precisamente ‘Antropologia de um ponto de vista pragmático, até algumas correntes da filosofia contemporânea.’ O termo “pragmática” é derivado do grego *pragma*, significando coisa, objeto, principalmente no sentido de algo feito ou produzido, sendo que o verbo *pracein*, significa precisamente agir, fazer. Os romanos traduziram *pragma* pelo latim *res*,

“A hermenêutica vai mostrar que a consciência originária da ‘compreensão’ de algo só se pode fazer a partir de um horizonte de sentido, que é sua condição de possibilidade; em outras palavras, condição de possibilidade da experiência é a familiaridade com um mundo vivido já sempre aberto pela mediação de determinada linguagem histórica. Aqui se manifesta a constituição do sentido como algo social e histórico em contraposição ao esquema da filosofia transcendental clássica, em que o sentido se constitui no sujeito isolado.”⁴⁰

Lenio Streck acentua que “a partir da derrocada da metódica racionalista acende-se o debate acerca da condição de possibilidade para interpretar.” Outrossim, “isso poderia representar uma espécie de abertura do processo de compreensão”, com o afastamento do momento essencialmente subjetivo do ato de compreender.⁴¹

A hermenêutica não deve ser compreendida especificamente como um fenômeno subjetivo, um momento autorreflexivo sobre a realidade, conjugando-se ora o transcendental e ora o empírico, em busca de uma verdade a ser revelada (metafísica). Não deve haver uma cisão entre a fundamentação e a aplicação, com espeque em Lenio Streck, “compreendemos aplicando e aplicamos compreendendo”.⁴²

Álvaro Ricardo de Souza Cruz aduz que, na falha da hermenêutica filosófica em estabelecer condições de validade, surge o *pragmatic turn*, e o faz por meio da ética do discurso. Com base em McCarth, a pragmática universal (Habermas) se propõe perquirir sobre as condições de possibilidade, deslocando-se o foco, da experiência do objeto para “a possibilidade de chegar a um acordo na comunicação na linguagem ordinária.”⁴³

Álvaro Ricardo Souza Cruz explicita que a ética do discurso “pressupõe que todo ato de fala pertence ao *telos* do entendimento”, haverá a busca de um “acordo racional de pretensões de validade de alguma norma”, assim, para Habermas, aquele que fala, busca uma “situação ideal de fala”, que consiste no “conjunto de pressupostos universais e inevitáveis da racionalidade”, quais sejam:

- a) a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala;
- b) a idéia subjacente de *ego* e *alter ego* (como pressuposto da diferença e do pluralismo);
- c) o *médium* linguístico [supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada à compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática(...concerne ao conceito de mundo da vida)];
- d) ilimitação de tempo para se obter o acordo;
- e) a ausência de coação física e moral no processo argumentativo;

o termo genérico para coisa, perdendo talvez com isso a conotação do fazer ou agir presente no grego.”(MARCONDES, Danilo. Desfazendo mitos sobre a pragmática, p.38)

⁴⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.260.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, p.180.

⁴² Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, p.181.

⁴³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*, p.94-95.

f) a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna ou externa na execução do discurso.”⁴⁴

Ainda com espeque em Álvaro Ricardo Souza Cruz, há na pragmática universal de Habermas, bem como, desde os trabalhos de Wittgenstein e da escola de Oxford, a superação de que a fala teria somente função descritiva, relevando-se seu aspecto performativo (dimensões ilocucionárias e perlocucionárias).⁴⁵

Rosemiro Pereira Leal expõe que a pragmática linguística “não sai da rede de um *contexto social* que lhe dê significados por ‘razões’ acríicas.” O dogma historicista impede que se construa uma hermenêutica “autocrítica-discursiva”.⁴⁶

Karl Popper (1902-1994), em combate à busca de uma verdade irretorquível em ciência, enuncia o que denominou de “critério de demarcação”, como “proposta para que se consiga um acordo ou se estabeleça uma convenção”, o que se torna viável a partir de um objetivo comum entre os interlocutores, por exemplo, chegar a uma solução de seu conflito. O critério de demarcação tem relevância para a teoria do conhecimento, que aqui se viu jungida à questão hermenêutica, pela filosofia da linguagem. Para Popper, a correlação em ser científico um enunciado que seja verdadeiro, traz de volta um dogmatismo positivista, ao revés, propõe que enunciados sejam verificáveis e falseáveis.⁴⁷

Como leciona Rosemiro Pereira Leal, “a teoria da linguagem de Popper comporta quatro estágios: a função *expressiva, sinalizadora, descritiva e argumentativa*”. As funções expressiva e sinalizadora são comuns aos homens e aos animais, a função argumentativa possibilita “em sua mais elevada forma de desenvolvimento”, uma “discussão crítica” frente a uma proposta, ou “*proposição da proposta*”.⁴⁸

Na leitura, sempre profícua de Rosemiro Pereira Leal, em Popper, “não há proibição, pela via da discussão crítica (linguístico-evolucionária-problematizante), de eleger uma entre várias teorias como marco de controle do nosso pensar”, o que

⁴⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*, p. 98.

⁴⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*, p. 99. “De maneira absolutamente diversa da dimensão locucionária da fala, que se limita à afirmação de algo sobre determinado objeto, a ilocucionária faz a comunicação assumir seu espectro performativo por meio da expressão de um apelo, de uma ameaça, de uma advertência, de uma intenção ou de um compromisso. Já o conteúdo perlocucionário da comunicação humana seria um terceiro sentido que se vincula às consequências ou aos resultados particulares, não convencionais, do ato de linguagem”(p.99).

⁴⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.188.

⁴⁷ Cf. POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*, p.38-42. Popper em nota assevera que apresenta seu critério de demarcação como critério de falseabilidade, não como critério de significado, pois para ele o contrário seria admitir um dogma do significado, o que ele combate. “A falseabilidade separa duas classes de enunciados perfeitamente significativos: os falseáveis e os não falseáveis; traça uma linha divisória no seio da linguagem dotada de significado e não em volta dela.”(p.42)

⁴⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.56.

não impede que tal teoria seja substituída, buscando-se entre as teorias concorrentes “o melhor padrão teórico-regulador”.⁴⁹

Para rematar esse esforço teórico acerca da hermenêutica, vê-se que a filosofia da linguagem e a hermenêutica se imbricaram, a partir da concepção de que o mundo é linguagem, restando a tarefa da hermenêutica em teorizar a forma de compreensão do mundo.

Importante, nessa exposição evolutiva, é que a metodologia hermenêutica tradicional, fundada em subsunções, induções e deduções, ou no esquema sujeito-objeto, foi suplantada ou substituída por trabalhos de diversos filósofos, outrossim, isto não significa uma permissividade de relativismo, no sentido de assentir com a discricionariedade do intérprete, já que na própria evolução da teoria hermenêutica demonstra-se a incongruência do solipsismo, tampouco devemos ignorar os ganhos teóricos nas reviravoltas da história hermenêutica.⁵⁰

Com base em Rosemiro Pereira Leal, podemos concluir que a hermenêutica que se apoia na razão eminentemente historicista, ou psicologizante, ou moralista, ou na crença de saberes depositados em esclarecidos, desprestigiando a argumentação a partir de teorias (pensamentos objetivos), não será uma hermenêutica de estabilização dos sentidos, aliás, é justamente o oposto que experienciamos⁵¹, isto é, permite-se ao intérprete dar o sentido a partir de métodos que privilegiam a razão natural, a intenção, a destinação histórica, ao invés de uma discussão “crítica (descritivo-argumentativa)” e, portanto, “desideologizante”, não-mítica.⁵²

O presente texto busca expor uma acepção hermenêutica que permita fugir da indeterminação interpretativa, apontar alternativa para sair de um contexto social pressuposto, bem como, se afastar de teorias que depositem no intérprete esclarecido o significado, para tanto, novamente, nos louvamos de Rosemiro Pereira Leal, que adequou a “teoria do interpretante”, de Edward Lopes, para sua teoria da lei democrática, lançando aos juristas a oportunidade de buscar uma interpretação *isomênica*.

Conforme expõe Rosemiro Pereira Leal, as teorias semânticas se apoiam nos seguintes postulados:

“a) a **sensatez da mensagem** afirma que o **discurso** tem um sentido, mas não algum sentido imanente porque, se o tivesse, não seria necessário interpretá-lo. Isso significa que o ‘sentido do discurso está fora dele, situando-se, por assim dizer, em um espaço que o transcende e ao qual chamamos **texto**’, não podendo, portanto, prevalecer o brocardo: *interpretatio cessit in claris*.”

⁴⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as seqüelas míticas do poder constituinte originário, p.316.

⁵⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*.p189.

⁵¹ Andrei Marmor ao pesquisar sobre a interpretação de obras de arte chega a afirmar: “as interpretações admitem pluralidade e incompatibilidade até em um único e mesmo esquema.” Isso porque “intérpretes e críticos de arte normalmente supõem que não há verdade na matéria referente à escolha do esquema adequado à interpretação de uma obra de arte”, ao contrário do Direito a “reivindicação interpretativa é abrangente”, isto é, “reinvidica verdade” e, para Marmor, só será inteligível no Direito se a interpretação eger um esquema desse tipo. (MARMOR, Andrei. Três conceitos de objetividade, p.301)

⁵² Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.134-135.

b) o caráter oculto do significado que afirma ‘que o sentido é algo que se procura’, logo há sempre sentido no **discurso** por vários **textos** implícitos, o que designa a multissignificação do discurso, tornando, assim, axiomática, para a semântica, a inevitabilidade da polissemia. Daí, do discurso ao texto há um elo enigmático (várias constatações como excesso de sentidos) que é utilizado – (...) – como ‘desejo de dominação’.(...)

c) a inteligibilidade do sentido que tem no **destinador do discurso** a única ‘autoridade’ para dizer o que o discurso significa, embora essa locação da autoria do discurso pudesse ser sublocada a uma ‘autoria do texto’.⁵³

Dessas lições, e com base na leitura de Rosemiro Pereira Leal, pode-se: (em a) desdogmatizar uma interpretação exegética, já que a linguística demonstra que o sentido não é imanente, situa-se no texto, fora do próprio discurso. Ademais (em b), a polissemia é ambiente profícuo à dominação, “a manipulação de sentidos” transforma o manipulador em “árbitro todo-poderoso da comunidade” e, por fim (em c), a supervalorização da autoridade do destinador do discurso, sendo o único sublocador capaz de dar sentido engendrando um texto “segundo sua inteligência”.⁵⁴

Como observa Edward Lopes, na “decodificação (*output*)” de uma mensagem temos um “interpretante do código”, que também serve para sua “codificação (*input*)”, contudo o código(a palavra, o termo, o sema) pode amealhar diversos significados, assim surge um “interpretante do contexto”(sintagma), este por sua vez encontra significação na língua, a qual está envolta numa cultura, daí a necessidade de um “interpretante ideológico”. Tais interpretantes são apresentados pelo autor, da seguinte maneira:

“a) um *interpretante do código* tem a função de traduzir a mensagem a luz das informações fornecidas pelo código de partida que a organizou.(...)

b) um *interpretante do contexto*, cuja função é localizar, numa contigüidade sintagmática, a lei de *similiaridade* que preside ao arranjo de toda a seqüência dotando-a de uma certa redundância informacional.(...)

c) um *interpretante ideológico* cuja função é decodificar a mensagem enquanto prática social, a partir dos códigos e discursos alheios que formam o complexo dos sistemas modelizantes através dos quais uma sociedade se interioriza em cada um dos indivíduos que a integra. Pois uma visão do mundo assume, para ser declarada, a forma de um discurso. Assim, um discurso que designe outro discurso ou que com outro discurso se autorize, toma esse segundo discurso como seu interpretante ideológico.”⁵⁵

Edna Nascimento aduz que o conceito de interpretante em Pierce, permite pensar “que o falante desenvolve, concomitantemente à sua competência linguística, uma competência metalinguística”. Em seguida, Edna Nascimento retoma as três semióticas de Hjelmstev (semiótica denotativa, conotativa e metalinguística ou metassemiótica)⁵⁶, para com base em Roland Barthes expor que “Qualquer sistema de significação comporta um plano da expressão (E) e um plano

⁵³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.272-273.

⁵⁴ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.273.

⁵⁵ LOPES, Edward. Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante, p.34-37.

⁵⁶ “*semiótica denotativa* — em que nenhum dos planos (expressão e conteúdo) é uma semiótica; *semiótica conotativa* — cujo plano da expressão é uma semiótica; *semiótica; metalinguística ou metassemiótica* — cujo plano do conteúdo é uma semiótica.” NASCIMENTO, Edna Maria F. S. *Metalinguagem natural e teoria da linguagem*, p.117.

do conteúdo (C) e a significação coincide com a relação (R) entre os dois planos (ERC).”⁵⁷

Na introdução de sua obra *Discurso, texto e significação*, Edward Lopes aduz que o conceito de interpretante que desenvolve, não se confunde com os projetos de Pierce ou de Morris, é utilizado como “fato de leitura”, e “se limita a descrever os procedimentos empíricos através dos quais um discurso conotado se transforma em texto(s) denotado(s)”.⁵⁸

Como sustenta Rosemiro Pereira Leal, a teoria do interpretante de Lopes substitui a “variável’ da declaração do sentido do discurso engastada no ‘sujeito da enunciação’ (locador-locatário do discurso) pela ‘variável’ dos ‘códigos sociais’ de sentido como ‘bens coletivos’ a dessujeitizarem a linguagem”.⁵⁹

Tais códigos são “possuídos” tanto pelo destinador quando pelo destinatário do discurso e esses não mais possuem “o monopólio do sentido”, caminha-se, portanto, para uma hermenêutica não desabrida, em que os diversos sentidos que se possam enunciar de um determinado discurso, poderão ser reduzidos a um “meta-sentido que os reabsorva conjuntamente, estando eles, portanto, hierarquizados por relações de dominação intradiscursiva.”⁶⁰

Na “teoria do interpretante”, o contexto “alude a um lugar semiótico (linguístico): ele se refere, sempre, a elementos que existem no interior do discurso” (intradiscursivos). Na teoria em análise, ideologia refere-se a “elementos extradiscursivos” que somente influenciarão o ato de comunicação, se declarados a partir de outro discurso, seria, portanto, a ideologia, um “discurso heterodiscursivo.”⁶¹

Rosemiro Pereira Leal aponta, no interpretante ideológico, sua divergência com a teoria de Edward Lopes, já que ideologias não podem, em Direito, soerguer um viés interpretativo, em detrimento das normas, pois seria um retrocesso aos moldes liberais e sociais.

Nas observações de Rosemiro Pereira Leal, é preciso suplantar o “mito do contexto” inserto na teoria do interpretante, pois, apesar de substituir o solipsismo interpretativo (ao erigir um interpretante do código e o discurso como lugar da significação), não supera a consideração de uma sociedade pressuposta, porque se, em Direito, os “códigos sociais” advindos de “convenções sociais” forem utilizados como interpretante, fora de um direito legislado pelo devido processo, estar-se-ia reafirmando os positivistas, pois incluir-se-ia na base da interpretação “usos, costumes e princípios gerais de direitos não legislados”, que, “ao contrário de democratizar interpretações, abrem um **leque** de judicações em juízos de

⁵⁷ NASCIMENTO, Edna Maria F. S. Metalinguagem natural e teoria da linguagem, p.116-117.

⁵⁸ LOPES, Edward. *Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante*, p.1.

⁵⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.274-275.

⁶⁰ LOPES, Edward. *Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante*, p.5; LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.274.

⁶¹ Cf. LOPES, Edward. *Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante*, p.41.

conveniência, equidade, transcendência, razoabilidade, proporcionalidade” dos quais queremos nos afastar.⁶²

Rosemiro Pereira Leal ressalva, quanto ao “interpretante ideológico”, que Edward Lopes levanta ser a “malha da rede de sentidos”, que a linguística parte de valores éticos, morais comunitários, que servem bem à sociologia, psicologia, antropologia, ao direito (propugnado pelos positivistas), porque o sentido na “linguagem natural decorre inevitavelmente de *objetos culturais do passado*”.⁶³

A escolha do “interpretante’ para a produção e atuação do direito nas democracias” é bastante relevante, como expõe Rosemiro Pereira Leal ao enunciar sua teoria, jungida à teoria do interpretante, nos seguintes termos:

“Como bem acentua o professor Edward Lopes, se trouxermos suas lições para o Direito Democrático, a compatibilidade (coexistência) do **texto** com o **discurso** há de ocorrer na mesma instância instituinte da co-institucionalidade jurídica como se uma “**obra**” ali estivesse sendo editada (constitucionalizada), porque “o texto diz aquilo que o discurso quer dizer”. O que ensina o referido professor e que tem especial interesse para o Direito é que a “veredicação é da ordem intradiscursiva, não extradiscursiva” e “a obra surge como o espaço de suporte de uma prática significativa em cujo âmbito algo produzido (o texto) é produtor daquilo mesmo que o produziu (o discurso)”. Aqui, na minha leitura, a metalinguagem se empreende no movimento entre texto e discurso com vínculo ao código (interpretante como regulador do sentido intradiscursivo), impedindo que o texto (sempre de origem precompreensiva ao discurso) possa desgarrar-se do interpretante (referente-código) intradiscursivo que dá suporte a uma prática de simétrica paridade interpretativa para todos.⁶⁴

A importância da metalinguagem, na leitura de Edna Nascimento, está em nos possibilitar “denominar/definir” é, pois, a capacidade linguística em condensar e expandir, sem a qual é possível falar em deficiência sensorial (“menomazione sensoriale” nos dizeres de Jakobson). A autora continua:

“É também a propriedade metalingüística natural que faz de um discurso um novo discurso: todo discurso e todo o discurso é um novo interpretante. A partir de um sistema de significação já dado, (ERC), em outras palavras, de **um saber programado, denominado por Edward Lopes ‘interpretante do código’, o falante constrói o saber do discurso, ou seja, ainda na terminologia de Lopes, ‘o interpretante do contexto’.**”⁶⁵

Edna Nascimento destaca a condição criativa possibilitada pela metalinguagem, sem a qual seríamos meros repetidores, assim, a teoria hermenêutica com espeque na teoria do interpretante, ao invés de revelar um sentido posto no destinador, ou esclarecido no destinatário do discurso, possibilita-nos criar um “saber individual”, a partir da reinterpretação de um “saber coletivo”, senão vejamos:

“Assim, se essa capacidade de transcodificação não fosse desenvolvida, estaríamos fadados a falar como o ‘dicionário’, e o discurso se constituiria num estereótipo. Se

⁶² LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.277.

⁶³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.278. Não seria outra, a conclusão da pragmática, anteriormente tratada, como ressalta Rosemiro Pereira Leal, estando o homem condenado em sua “incompreensão inescapável do mistério da vida”, envolto de mitos, dogmas, axiomas indecifráveis, cujos sentidos formam-se numa “rede historicista”(p.278).

⁶⁴ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.275.

⁶⁵ NASCIMENTO, Edna Maria F. S. *Metalinguagem natural e teoria da linguagem*, p.118.

entendemos sentido como transformação, como propõe Greimas(...), ele se funda no funcionamento metalingüístico das línguas naturais pelo qual são responsáveis dois mecanismos fundamentais, a condensação e a expansão. O falante, utilizando-se desses mecanismos, não repete 'um saber', mas cria 'o saber'. A língua natural não se coloca então como repetição, mas trabalho. Juntamente com a atividade lingüística o falante tem de desenvolver uma atividade metalingüística que lhe permite reinterpretar 'um saber coletivo' e construir 'o saber individual'. O sentido pode então ser entendido não como fixo, mas metamorfoseado pelo falante. A criatividade discursiva se manifesta também quando o falante ultrapassa os limites do 'codificado' e manipula esse material lingüístico investindo-o de significação própria. O falante não é assim aquele que apenas se apropria de um sistema de relações já dadas, mas também as constrói. O reconhecimento desse funcionamento discursivo que demonstra a 'presença do homem na língua', como tão bem se expressou Benveniste (...), tem sido historicamente importante para colocar em xeque visões limitadoras do processo da significação. O discurso, que era entendido tradicionalmente como uma combinatória linear e uniplana de signos, passa a ser o espaço da construção da significação."⁶⁶

Insta salientar que a criatividade discursiva, dantes referenciada, de ultrapassar os limites do código, não se coaduna, tal qual fora descrito, no direito, pela simples razão de que o código no direito (a Lei), antes de ser palavra, é a proteção do indivíduo ante arbitrariedades do Estado. O que seria possível, e plenamente viável, no campo do direito, que, por óbvio, não pode se omitir, ante as mazelas sociais, as situações econômicas, os costumes, seria lançar tais imbricações no interior do processo de significação, mas tendo como norte de sentido o ordenamento jurídico.

Outra possibilidade, no campo da formação de significação, e o ideal, seria o embate de teorias ocorrido no bojo dos autos, cujo resultado deve, necessariamente, decorrer do interpretante que dará sentido ao discurso, no caso do direito, da lei, do ordenamento jurídico.

Assim, o resultado da significação do discurso constante no texto da decisão, deve estar atrelado ao ordenamento jurídico e aos autos, e não contrariá-los. Isso possibilitaria, inclusive, discutir dialogicamente, as questões históricas, ideológicas, econômicas e sociais que permeiam o caso concreto, tendo como norte, sempre, o ordenamento jurídico.

No nosso entender se o processo hermenêutico se der ora no locador, ora no locatário, ora no discurso, ora no objeto, como preconiza a hermenêutica jurídica vigorante, o Estado Democrático nunca se soerguerá.

A própria conclusão de Edna Nascimento de que o discurso será o espaço para construção da significação faz cunhar tal entendimento, bem como a referência transliterada de Greimas, a saber: "Num universo 'branco' em que a linguagem fosse pura denotação das coisas e dos gestos, não seria possível interrogar-se sobre o sentido: toda interrogação é metalingüística".⁶⁷

Ocorre que, na leitura até aqui feita, e com base na obra⁶⁸ de Rosemiro Pereira Leal, a metalinguagem também necessita de um interpretante, de um

⁶⁶ NASCIMENTO, Edna Maria F. S. *Metalinguagem natural e teoria da linguagem*, p.119.

⁶⁷ NASCIMENTO, Edna Maria F. S. *Metalinguagem natural e teoria da linguagem*, p.119.

⁶⁸ *Processo como Teoria da Lei Democrática*.

referente. Não quer dizer que ideologias, ou significados cunhados historicamente, não sejam utilizados no processo de significação na comunicação humana, contudo, ao se colacionar essas lições para o Direito não se está falando de algo dado (democracia como *topos*), mas de algo a ser empreendido, vivenciado, em uma relação de sujeitos que são iguais perante o ordenamento jurídico e não podem entregar a um terceiro o destino de suas vidas, se esse terceiro não compartilhar das mesmas “ideologias”.

Ao se tratar do Direito, não se está reduzido a um clã, um clube, ou uma religião, nos quais intérpretes autorizados ditam a vontade geral, estamos engajados em um projeto inacabado (Estado Democrático de Direito), no qual a sociedade é regulada por si própria, em que seus cidadãos são sujeitos livres e iguais.

Não pode haver dominação na democracia, ainda mais se esta advir de uma força mítica, indefinida, assim, a liberdade criadora do processo de significação do discurso jurídico, empreendido nas funções estatais, deve ser limitada por normas criadas num espaço-tempo da história, por meio de um processo, em que os “saberes coletivos” tenham sido submetidos a uma discussão, que viabilize uma melhor condução do homem na vida.

Essa melhor condução do homem na vida só se soerguerá com eficácia, se as ideologias inseridas nas atividades estatais forem substituídas por teorias, que possibilitem um agir consorte às necessidades sociais, econômicas, familiares, trabalhistas, retirando o peso da responsabilidade em busca de justiça, dos agentes estatais e inserindo-os num contexto construído no espaço dialógico-crítico, em todos os níveis de produção e aplicação.

Como se viu, o “código” ditará a possibilidade de uma “hermenêutica isomênica”⁶⁹, o que não impede o enfrentamento de diversos sentidos, mas viabiliza a escolha a partir da confrontação entre as teorias⁷⁰, que se destinam a reger esta ou aquela seara do conhecimento ou situação problema.

Dessarte, ainda com suporte em Rosemiro Pereira Leal, verifica-se a necessidade de se delimitar uma teoria do discurso e no caso do Direito e do Estado Democrático, uma “teoria do discurso jurídico”, a fim de suplantar velhos clichês dogmáticos como a “hermenêutica jurídica”, ou a “teoria da constituição”, apresenta o autor uma teoria da lei democrática, cujas balizas têm raízes numa “linguística intradiscursiva”(excluindo-se ideologias extradiscursivas), estando os “institutos linguísticos do *texto* e do *discurso* como formativos, na base instituinte da LEI

⁶⁹ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.274

⁷⁰ Francis Vanine de Andrade Reis, ao tratar da metodologia da mecânica social popperiana, esclarece o seguinte: “Uma metodologia de mecânica social gradual propugna uma reforma gradual e setorial controlada por uma comparação crítica entre os resultados esperados e os obtidos, através da apresentação de crítica racional, ou seja, formulada por argumentos apresentados por meio da linguagem. Tudo isso tem como finalidade a redução paulatina dos níveis de violência no conviver humano.” (REIS, Francis Vanine de Andrade. Interesse processual e intersubjetividade racional, p.53).

JURÍDICA, dos suportes teóricos sobre os quais deve recair a **fundamentação** das decisões.”⁷¹

Práticas que destinam os significantes aos representantes do povo, ou aos agentes estatais portadores do poder decisional, não suplantando os velhos suportes positivistas, não representam a hermenêutica na pós-modernidade, ainda que se reconheça a contribuição que a virada linguística tenha propiciado, é preciso teorizar os meios em que o povo “soberano” vai efetivar seus direitos fundamentais constitucionalizados.

A hermenêutica que servirá de baliza para esta dissertação, tem no próprio discurso o lugar de significação, o que representa o avanço hermenêutico que aqui se buscou expor.

Se aplicados os ensinamentos da teoria da lei democrática, que visa uma hermenêutica estabilizadora de sentidos, temos o “interpretante (neo-paradigma processual)” que “já é posto na rede normativa(sintagmática) como referente lógico-jurídico(*devido processo*) para toda a comunidade linguística constitucionalizada (co-institucionalizada).”⁷²

Ao utilizarmos o devido processo (com função metalinguística) como *interpretante*, é possível a denotação do intérprete (texto), vinculada ao discurso (lei-conotação), firmando-se uma “*veredicação* (correspondência)” entre o texto e o discurso, no mesmo momento de elaboração da obra “(construção normativa).”⁷³

Ainda que não se tenha legislação construída sob a consciência democrática, é possível formar, no processo, uma significação que coadune com o embate realizado pelas partes e pelo juiz, delimitada pelo que fora discutido e com norte de sentido no ordenamento jurídico, sendo a decisão, sob essas bases, um provimento constitucional.

A correspondência (*veredicação*) ocorrerá, portanto, no interior do discurso, é intradiscursiva, os textos pré-dados (LEI) se constituídos sob a mesma forma dantes referida, assegurariam a estabilização dos sentidos, além de permitir revisitar seus fundamentos e avançar sobre eles, por meio da argumentação.⁷⁴

A “relação semântica entre o enunciado e o mundo não é verdadeira” por uma crença, “mas é verossímil pelo *médium* linguístico teórico-dedutivo de asserções hipotéticas ou conjecturais abertas à crítica (testes de resistência), visando à obtenção de *conhecimento científico*.”⁷⁵

Em suma, a significação deverá ser construída pelos elementos que se encontram no bojo do próprio discurso. No direito democrático, os autos serão o espaço dessa significação, o local no qual os discursos são produzidos e dos quais se extrairão a *solução compartilhada do conflito*.

⁷¹ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.280.

⁷² Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.277-278.

⁷³ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.275-278.

⁷⁴ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.277-278.

⁷⁵ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.279.

O contexto, que auxiliará na construção do provimento, se transforma em objeto de discussão, e o elemento extradiscursivo que se admite é advindo do código pré-dado, leia-se, ordenamento jurídico.

1.2 Sobre a desconstrução

A desconstrução, em princípio, pode ser compreendida como atividade crítica, processo de argumentação, estratégia política, intelectual, modo de leitura ou abordagem ou posição filosófica⁷⁶, a proposta propugnada por Jacques Derrida vai muito além de um mero criticismo, porque iniciou um debate filosófico profundo acerca do tema, abrindo-se o leque de utilização para quaisquer ciências.⁷⁷

A desconstrução feita de forma criteriosa permite ao desconstrutor⁷⁸ erigir novas bases para interpretação e aplicação do instituto estudado, sem, contudo, ignorar aquelas utilizadas para constatação da teoria anterior, ao revés disso, utiliza seus próprios fundamentos para desconstruí-la.

Conforme aduz Derrida, a desconstrução é contemporânea ao estruturalismo⁷⁹, surgiu para questionar seus axiomas, não para fazer ressurgir o subjetivismo ou outra categoria com centro fixo inquestionável, mas para discutir as pressuposições de sua crítica. Segundo Derrida: “não se trata de desconstruir uma ideia crítica para voltar a um dogmatismo pré-crítico, senão para reativar uma memória conceitual de sua história.” E conclui, após admitir a existência de uma cultura desconstrutiva, em que pesem as críticas à palavra cultura, “Não se trata então de levantar-se contra as instituições senão de transformá-las mediante lutas contra as hegemonias, as prevalências ou prepotências em cada lugar onde estas se instalem e se recriem.”⁸⁰

⁷⁶ Cf. STRATHERN, Paul. *Derrida: em 90 minutos*, p.42; CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.99.

⁷⁷ Cf. PERRONE-MOISÉS, Cláudia. A justiça e o perdão em Jacques Derrida. p.1.

⁷⁸ Expressão utilizada por Marco Lucchesi na apresentação da obra de Jonathan Culler. (CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.10.)

⁷⁹ “O termo estruturalismo tem origem no *Cours de linguistique générale* de Ferdinand de Saussure (1916), que se propunha a abordar qualquer língua como um sistema no qual cada um dos elementos só pode ser definido pelas relações de equivalência ou de oposição que mantém com os demais elementos. Esse conjunto de relações forma a estrutura. O estruturalismo é uma abordagem que veio a se tornar um dos métodos mais extensamente utilizados para analisar a língua, a cultura, a filosofia da matemática e a sociedade na segunda metade do século XX. (...) De um modo geral, o estruturalismo procura explorar as inter-relações (as "estruturas") através das quais o significado é produzido dentro de uma cultura. (...) De acordo com a teoria estrutural, os significados dentro de uma cultura são produzidos e reproduzidos através de várias práticas, fenômenos e atividades que servem como sistemas de significação(...) Lévi-Strauss explicou que os antônimos estão na base da estrutura sócio-cultural.(...) Cultura, explicou Lévi-Strauss, é um processo dialético: tese, antítese, síntese.”(ESTRUTURALISMO. *Wikipedia*, p.1)

⁸⁰ DERRIDA, Jacques. *Una filosofía Deconstructiva*, p.1.No original: “Entonces, no se trata de desconstruir la idea crítica para volver a un dogmatismo precrítico, sino para reactivar una memoria conceptual ligada a su historia.(...) No se trata entonces de levantarse contra las instituciones sino de transformarlas mediante luchas contra las hegemonías, las prevalencias o prepotencias en cada lugar donde éstas se instalan y se recrean.”

O termo desconstrução pode servir de *passe-partout* em apressadas variações conceituais, quando se afasta da definição filosófica que o originou, como descreve Marco Lucchesi, ao apresentar a edição brasileira da obra de Jonathan Culler sobre o assunto. Tais variações as quais Lucchesi denomina “migrações conceituais”, poderiam dar azo à “uma espécie de atomização infinita (partículas de significante levando a outras subpartículas de novos subsignificantes), o que redundaria em absoluta e equívoca polimerização textual.”⁸¹

Não parece ser outra a impressão que o desconstrutivismo acarreta em alguns estudiosos, em especial quanto ao aspecto de taxá-lo de radical, ao “negar a própria pretensão de racionalidade, afirmando que a única resposta é que não há nenhuma resposta”, como afirmara Francisco de Castilho Prates, que, em nota de rodapé, teceu as seguintes considerações:

“Os desconstrutivistas podem ser definidos, grosso modo, como aqueles pensadores que negam radicalmente o projeto moderno de racionalidade, pautando-se pela máxima de que *a única resposta é que não existe resposta alguma*, em uma postura demasiadamente cética. O autor que melhor representa essa vertente é Jacques Derrida.”⁸²

Para demarcarmos o termo, sem exauri-lo, e não repetirmos o equívoco de polissemia da expressão, o que acarretaria um retalho interpretativo em nossa pesquisa, valhamo-nos do estado d’arte desta categoria filosófica.

Miguel Baptista Pereira afirma que a desconstrução francesa e estadunidense advieram “do modo crítico da leitura e interpretação da destruição” de Heidegger, a filosofia deste, por sua vez, tem raízes em Mestre Eckhart (filosofia renana da Idade Média), que, juntamente com seus discípulos, cunharam o “binômio *Bildung-Entbildung* (Formação-Desconstrução). Soma-se, ainda, “influências cruzadas da crítica romântica, dos jovens hegelianos e sobretudo Nietzsche.”⁸³

Leyla Perrone-Moisés, estudiosa da desconstrução, não coaduna deste entendimento, isto é, para a autora é um equívoco ligar a desconstrução em Derrida à demolição ou destruição.⁸⁴

Culler, em sua pesquisa, faz referência a 32 obras de Jacques Derrida, em capítulo que visa delimitar a desconstrução para a filosofia, parte de três formulações de Derrida (colhidas em mais de uma obra), as quais inserem a desconstrução numa estratégia filosófica.

A primeira formulação, de Culler, diz respeito ao papel que os termos filosóficos ocupam entre si, isto é, existe uma posição de hierarquia entre termos contrapostos, seja por razões axiológicas ou lógicas, há uma posição de comando. O papel da desconstrução é reverter essa posição, substituindo o sistema anterior.

A segunda formulação, feita por Culler a partir das obras de Derrida, diz respeito à investigação da “genealogia estruturada de seus conceitos”, tudo de forma

⁸¹ LUCCHESI, Marco. In: CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.10.

⁸² PRATES, Francisco de Castilho. Identidade constitucional e interpretação no Estado Democrático de Direito: a assunção do risco, p.520-nota 2.

⁸³ PEREIRA, Miguel Baptista. *Hermenêutica e Desconstrução*, p.229.

⁸⁴ Cf. PERRONE-MOISÉS, Leyla. Desconstruindo os “discursos culturais”, p.166.

mais escorreita possível, determinando “de uma certa perspectiva externa”, aquilo que essa história pode ter se olvidado e que se constituiu enquanto tal e de conseguinte tornou-se repressiva.⁸⁵

A terceira formulação diz respeito ao combate à filosofia que o discurso a ser desconstruído afirma, à identificação das “operações retóricas que produzem o fundamento de discussão suposto, o conceito chave ou premissa.”⁸⁶

Portanto, a desconstrução reverte a posição hierárquica, mas não leva à conclusão de que o discurso fora ilegítimo e deva ser apagado, isto porque o discurso anterior é indispensável para o argumento da desconstrução e em sua genealogia pode ter sido útil em determinada época, não se sustentando ulteriormente. As premissas, das quais lança mão o texto, ou a teoria que se quer desconstruir são normalmente compostas de um núcleo rígido que deve ser objetado pelo desconstrutor.

Paul Strathern afirma, ao comentar a cisão entre Foucault e Derrida, que para este o texto histórico estava aberto a interpretação, podendo “mudar de época para época”, não sendo possível “supor que o pensamento pode usar uma linguagem que se coloca ‘fora’ da própria linguagem que ele descreve”.⁸⁷

De acordo com Leyla Perrone-Moisés, Derrida consegue fazer “da linguagem ao mesmo tempo um alvo e uma arma, relança indefinidamente a significação, desarmando a representação”, nesse sentido é possível “estar, ao mesmo tempo, *fora* de uma fala objeto que é desconstruída, e *dentro* de uma nova fala provisoriamente construída, que refunde a primeira.”⁸⁸

A desconstrução é uma tentativa de escapar da prisão às questões de uma “metafísica da presença”, que foi combatida por Jacques Derrida, e que pode ser ilustrada na seguinte passagem:

“Já se presente, portanto, que o fonocentrismo se confunde com a determinação historial do sentido do ser em geral como *presença*, com todas as subdeterminações que dependem desta forma geral e que nela organizam seu sistema e seu encadeamento historial (presença da coisa ao olhar como *eidos*, presença como substância/essência/existência(*ousia*), presença temporal como *ponta* (*stigmé*) do agora ou do instante(*nun*), presença a si do cogito, consciência, subjetividade, co-presença do outro e de si, intersubjetividade como fenômeno intencional do ego etc.). O logocentrismo seria, portanto, solidário com a determinação do ser do ente como presença.”⁸⁹

Jonathan Culler, ao comentar esta passagem, esclarece que esses termos (*eidos*, *stigmé*, *ousia*, *nun*) figuraram em tentativas filosóficas de descrever o que

⁸⁵ Cf. CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.100. Strathern também se ocupou em estudar as obras de Derrida, afirma que a desconstrução derridiana surgiu num contexto de dominação estatal autoritária, propugnada pelo governo patriarcal de Charles de Gaulle, e o movimento a que se denominou pós-estruturalismo, capitaneado por Derrida, Foucault e Barthes, os quais representaram a defesa da relativização frente à rígida estrutura francesa. (STRATHERN, Paul. *Derrida: em 90 minutos*, p.47-48.)

¹³ Cf. CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.100.

⁸⁷ STRATHERN, Paul. *Derrida: em 90 minutos*, p.49-50.

⁸⁸ PERRONE-MOISÉS, Leyla. *Aquele que desprende a ponta da cadeia*, p.102.

⁸⁹ DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*, p.15. Cf. CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.108. Cf. DERRIDA, Jacques. *L'écriture et la différence*, p.51-97.

seja fundamental, tratados como força ou princípio central e básico. Os termos fundamentais são usados sempre em oposições e pressupõem-se a primazia de uns sobre os outros, *v.g.*, “literal/metafórico, natureza/cultura, inteligível/sensível, positivo/negativo, transcendente/empírico”, dessa maneira, temos que o primeiro termo supõe prioridade e o segundo uma negação ou ruptura do primeiro.⁹⁰

Na obra *Glossário de Derrida*, é possível averiguar na definição do termo *Logocentrismo*, a luta de Derrida contra a supervalorização do significado, próprio de uma filosofia metafísica, senão vejamos: “Centramento da metafísica ocidental no significado, que tem a proximidade com o logos, com a determinação metafísica da verdade – *eidos* -, com o ente como presença – *ousia*.”⁹¹

A análise nas concepções logocêntricas e, portanto, metafísicas, torna-se uma iniciativa de retorno em idealização, a uma origem pura, padrão, para conceber a derivação ou complicação. Isto quer dizer que sempre tendemos a partir de um caso padrão para discutir suas derivações, sem o que não poderíamos falar em uma análise séria, herança do *cogito*. Segundo Culler “a dificuldade em imaginar e praticar procedimentos diferentes[estabelecimento de padrões] é uma indicação da ubiquidade do logocentrismo.” Todos os metafísicos assim o fizeram.⁹²

Na desconstrução o que é tratado ou proposto como um dado, simples e puro, um componente elementar, é de *per si* “um produto, dependente ou derivado”, uma vez colocado como base para desenvolvimentos ulteriores. Ainda que busquemos a origem das coisas, das palavras, da fala, um conjunto de fatores coexistiu para dar origem ao que entendemos como estrutura, “não importa quão longe no passado tentemos ir”, iremos pressupor uma organização anterior, “uma diferenciação anterior.”⁹³

Há na obra derridiana um combate à cadeia significativa, em Gramatologia, Derrida aduz: “Não há significado que escape, mais cedo ou mais tarde, ao jogo das remessas significantes, que constitui a linguagem”.⁹⁴ O mesmo foi feito por Roland Barthes, em *O Império dos Signos*, como demonstra Leyla Perrone-Moisés, sob influência de Derrida e em oposição ao “projeto semiológico saussuriano[...] remetendo a uma significação sempre de[i]ferida”, ao afirmar que o signo possuía “significado fugidio e significante sem fundo”⁹⁵.

Jonathan Culler, ao comentar a crítica de Derrida à clássica obra de Saussure, *Cours de linguistique générale*, afirma que o linguista parte do conceito de signo baseado “numa distinção entre o sensível e o inteligível; o significante existe para dar acesso ao significado e, assim, parece estar subordinado ao conceito ou significado que comunica.” E conclui que, para Saussure, a distinção entre os signos

⁹⁰ Cf. CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.108.

⁹¹ SANTIAGO, Silviano(Sup.). *Glossário de Derrida*, p.56.

¹⁶⁵ CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.108.

⁹³ Cf. CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.110-111.

⁹⁴ DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*, p.8.

⁹⁵ PERRONE-MOISÉS, Leyla. Aquele que desprende a ponta da cadeia. In: NASCIMENTO, Evando.(Org.) *Jacques Derrida: pensar a desconstrução*, p.98.

para ser empreendida pelo linguista implica em apreender significados e fazer deles seu ponto de partida, retornando assim ao logocentrismo.⁹⁶

É prática recorrente no meio científico os conceitos, dogmas, sentidos pré-constituídos no bojo de discursos críticos à metafísica. Jonathan Culler destaca a possibilidade de o discurso que visa desconstruir se autodesconstruir.⁹⁷

Leyla Perrone-Moisés dedica à essa temática (autodesconstrução) uma Comunicação, no IV Congresso Internacional da Associação Portuguesa de Literatura Comparada (2001), publicado em capítulo de livro em 2007(*Desconstruindo os “discursos culturais”*), que adiante se comenta.

Leyla Perrone-Moisés ao analisar os estudos culturais⁹⁸ que buscaram aplicar a desconstrução, e terminaram por se desconstruir em seu próprio bojo, adverte que

“De modo geral, o que não é absolutamente derridiano nos estudos culturais é a essencialização de seus objetos, as conclusões apresentadas como sentidos plenos, verdadeiros, dogmáticos e moralizantes, enquanto a desconstrução é uma crítica infinita, um deslocamento, uma abertura de horizonte, um adiamento (diferimento) constante da conclusão, da Verdade. Também não é derridiana a ilusão de exercer uma prática política pelo simples fato de se usar, no espaço restrito da universidade, uma terminologia politicamente correta. Exercidos sem as devidas precauções, os estudos culturais se tornam tão ideológicos quanto os discursos ideológicos que pretendem criticar, por uma simples inversão de sinal que jamais poderia ocorrer na desconstrução derridiana.”⁹⁹

Vê-se quão tormentoso é o caminho a ser percorrido, ou seja, praticar a desconstrução e precaver-se da autodesconstrução, mas, nessa irritabilidade, encontra-se a chave da significação que se pretende dar à junção dos termos desconstrução e hermenêutica.

Depreende-se, na leitura de Culler e Leyla Perrone-Moisés, que a desconstrução pode ser praticada tanto de maneira intencional, inserindo-a numa “estratégia filosófica”, ou num “modo de leitura”, em que se buscará as bases retóricas, para relançar um sentido, quanto pode ser não intencional, traduzido na afirmação de que o discurso que visa a desconstruir pode se autodesconstruir.

Portanto, se pode haver uma desconstrução não intencional num discurso desconstrutor, por que não falarmos de uma desconstrução não intencional num discurso qualquer, ou, em especial, num discurso construtor de uma decisão, quando na construção desse texto, o discurso que dele sobressai contraria as caracterizações hermenêuticas que dele se espera?

Se o sentido deve ser construído no bojo do próprio discurso, como exposto no subtítulo antecedente, a desconstrução, enquanto estratégia filosófica ou modo de leitura, nos soergue de técnica para desvelar os fundamentos aporéticos, paradoxais e axiomáticos, que constituirão as bases de uma decisão judicial. Não

⁹⁶ CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.115. SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*, p.15-25.

⁹⁷ Cf. CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.115. SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*, p.89-93.

⁹⁸ Estudos fundados no gênero, na etnia, no multiculturalismo e no pós-colonialismo.

⁹⁹ PERRONE-MOISÉS, Leyla. *Desconstruindo os “discursos culturais”*, p.174.

menos importante se revela a questão de que, ao contrariar o paradigma que dá orientação teórica hermenêutica àquele ato, estaria tal discurso desconstruindo as enunciações que lhe dão condição de possibilidade e de justificação, necessárias ao fenômeno hermenêutico.

Todavia, como o próprio Derrida afirma, não necessariamente o texto, ou a obra, ou a teoria há de ser desmerecido, ao se autodesconstruir, essa foi a leitura de Jonathan Culler, ao discorrer sobre o conceito saussuriano de signo analisado na obra *Gramatologia*, de Derrida:

“Derrida, assim, demonstra como o discurso de Saussure se desconstrói, mas também argumenta, e esse é um ponto que não deve ser esquecido, que longe de invalidar o *Cours*, esse movimento de autodesconstrução é essencial para seu vigor e pertinência. O valor e a força de um texto podem depender, em considerável parte, do modo como desconstrói a filosofia que o sustenta.”¹⁰⁰

Obviamente, que o valor que se verá erigido, numa decisão estatal desconstrutora da teoria hermenêutica adequada ao Estado Democrático de Direito, é o da violência sem fundamento, o da autoridade pela autoridade, é a demonstração empírica das práticas autoritárias na própria democracia.

A “política da desconstrução” para o próprio Derrida funciona “como uma ferramenta para ser usada contra o autoritarismo político e a injustiça.”¹⁰¹ Pertinente torna-se sua aplicação na análise das instituições jurídicas que apresentam traços de uma autoridade mítica, em meio a um sistema que se autoproclama democrático.

A desconstrução derridiana é ínsita ao combate à “violência sem fundamento”, é o que levou Rosemiro Pereira Leal a dedicar um subtítulo na sua obra *Processo como Teoria da Lei Democrática*, no qual analisa, em especial, a conferência de Derrida, intitulada *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, em que pesem os dissensos, é fonte de elucidação da violência parlamentar na construção da lei, conforme adiante será exposto.¹⁰²

Em resumo, como norte à técnica desconstrutiva de um discurso, em princípio, deve-se encontrar seus fundamentos e hierarquizá-los de forma contraposta, em segundo lugar, há de se perquirir sobre a origem dos conceitos que sustentam tal discurso, pondo-os à prova. E, por fim, identificar as operações retóricas, desprovidas de um suporte questionável, isto é, os axiomas, utilizados como centro dessas operações, devem ser por si só um objeto de discussão.

1.2.1 A desconstrução e o direito

Diante das proposições do subtítulo anterior, as quais sustentam, de forma eficaz, o enfrentamento dos discursos insertos nas decisões judiciais, é necessário

¹⁰⁰ CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.113; Cf.DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*, p.36-58.

¹⁰¹ STRATHERN, Paul. *Derrida: em 90 minutos*, p.68.

¹⁰² Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.98-108.

expor acerca da teorização da desconstrução no direito, para uma aproximação mais acurada da desconstrução.

Jacques Derrida enfrentou o tema da desconstrução no direito, e o fez na obra *Força de Lei*, com subtítulo, *o fundamento místico da autoridade*, recentemente traduzida para o português¹⁰³. Conforme expõe o autor, a desconstrução, efetivada por ele no referido ensaio, tratou das relações entre direito e justiça, sob as perspectivas do poder, da autoridade e da violência.

Como afirmado na seção anterior, sobre a desconstrução derridiana, o autor tratou de demonstrar os paradoxos que permeiam os fundamentos das instituições as quais visa (des)construir, por óbvio não visou desconstruir o direito enquanto tal, tampouco a justiça, valendo-se das contradições que podem advir da relação entre direito e justiça, pelo fundamento da força.

Derrida aduz que um questionamento desconstrutivo que opõe lei e convenção, ou instituição e natureza, ou ainda, um questionamento que desestabiliza, ou aponta paradoxos entre valores, será sempre um questionamento sobre o direito e a justiça. Ocorre que, por vezes, haverá excessos nas buscas destes fundamentos, chegando-se mesmo a por em dúvida a necessidade do próprio questionamento, tudo porque existe uma autoridade, “portanto uma força legítima da forma questionadora, a respeito da qual podemos nos perguntar de onde ela tira uma força tão grande em nossa tradição.”¹⁰⁴

A desconstrução, segundo Derrida, apesar de não se endereçar ao problema da justiça, acabou por fazê-lo, ainda que indiretamente. Para o filósofo, qualquer tentativa de falar diretamente que algo seja justo é oblíquo, trairá a própria justiça, ou o direito.¹⁰⁵

Derrida demonstra, a partir das teses de Pascal e Montaigne, as relações entre a justiça e a força, ou melhor, a necessidade desta para que aquela seja seguida e que seja justo segui-la¹⁰⁶. Nesse sentido, Derrida destaca o que esses pensadores denominavam de “fundamento místico da autoridade”, e a distinção entre direito e justiça, notadamente no que é pertinente à obediência das leis, cuja autoridade

¹⁰³ Conforme consta na advertência da tradução: “a obra é dividida em duas partes, a primeira parte, *Do direito à justiça*, original *Deconstruction and the Possibility of Justice*, foi proferida por Derrida na abertura de um colóquio na Cardozo Law School, em Nova York, em outubro de 1989, a segunda parte, intitulada *Prenome de Benjamin*, foi entregue aos participantes, sem contudo ter sido proferida por Derrida naquela oportunidade.” A primeira publicação do texto, conforme nota de rodapé, constante ao final da advertência, foi em agosto de 1990, com o nome “*Deconstruction and the Possibility of Justice*”, na *Cardozo Law Review*, de Nova York. Posteriormente, com o mesmo título, pela editora Routledge, em 1992, ambas publicações na forma de artigos. A primeira edição da obra como livro, foi em alemão e data de 1991, cujo título foi *Gesetzeskraft. Der mystische Grund der Autorität*, em 1991.” (DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.VII-VIII).

¹⁰⁴ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.12-13.

¹⁰⁵ Cf. DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.17.

¹⁰⁶ Derrida parte do seguinte pensamento de Pascal: “Justiça, força – É justo que aquilo que é justo seja seguido, é necessário que aquilo que é mais forte seja seguido.” (DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.18).

repousa sobre elas próprias, ao crédito que damos a elas, baseado na fé, num ato não racional, nem ontológico.¹⁰⁷

Alexandre Araújo Costa, em artigo que buscou elucidar a obra *Força de Lei*, ora em comento, faz as seguintes afirmações:

“A base de todo jusnaturalismo é a idéia de que o direito positivo só é válido na medida em que pode ser derivado de um direito natural composto por normas e valores intrinsecamente justos. Contra essa postura de que o direito é válido, em última instância, porque é justo, Montaigne sustentou que *as leis mantêm-se credíveis, não por serem justas, mas por serem leis. É o fundamento místico de sua autoridade, elas não têm outro*. Essa idéia encontra eco no pensamento de Pascal, que chegou a dizer que *o costume faz a equidade, pela simples razão de ser recebido; tal é o fundamento místico da autoridade*.”¹⁰⁸

Tais elucubrações são utilizadas por Derrida para afirmar que, apesar da conclusão de Pascal e Montaigne estarem baseadas num “pessimismo cristão”, suas obras representam as premissas de uma “filosofia crítica *moderna*, ou uma crítica da ideologia jurídica”, tal ocorre porque se elucidou que as superestruturas do direito são compostas de “interesses econômicos e políticos das forças dominantes”, e, ainda, porque o pensamento de Pascal traduz que o momento de surgimento da justiça e do direito tem íntima ligação com o que denomina de “força performativa, isto é, sempre uma força interpretadora e um apelo à crença”.¹⁰⁹

Outrossim, o direito, em seus fundamentos, antes de estar a serviço da força ou de uma ideologia qualquer, manteria a própria força, bem como o poder e a violência. O próprio ato de “*fazer a lei*” traria em si uma “violência performativa e portanto interpretativa que, nela mesma, não é nem justa nem injusta”, e conclui afirmando que “nenhum discurso justificador pode, nem deve, assegurar o papel de metalinguagem com relação à performatividade da linguagem instituinte ou à sua interpretação dominante.”¹¹⁰

Derrida quer dizer com isso que o limite do discurso está nele próprio, a origem da autoridade, no caso da instauração da lei, nos textos de Pascal e Montaigne, funda-se numa violência sem fundamento, é místico. Mas os discursos justificadores para o fundamento da autoridade ocultam esse caráter, precisam fazê-lo para evitar os questionamentos¹¹¹. Ainda que se tenha um Estado que garanta o direito, arraigado em convenções e regras, haverá na origem o limite místico.

Daí que se poderia rematar que o direito é por si “*desconstruível*, ou porque ele é fundado, isto é, construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis(...), ou porque seu fundamento último, por definição, não é fundado.”¹¹²

¹⁰⁷ Cf. DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.19-21.

¹⁰⁸ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei*, de Jacques Derrida, p.1.

¹⁰⁹ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.23-24.

¹¹⁰ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.24.

¹¹¹ Cf. COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei*, de Jacques Derrida, p.3-4.

¹¹² DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.26.

Derrida busca demonstrar, na primeira parte de sua obra, as incongruências em se “tentar buscar na justiça um fundamento para o direito positivo.”¹¹³ Dessa maneira, desestabiliza as bases míticas que permeiam o direito, como na passagem a seguir trasladada.

“Há um porvir para a justiça, e só há justiça na medida em que seja possível o acontecimento que, como acontecimento, excede ao cálculo, às regras, aos programas, às antecipações etc. A justiça, como experiência da alteridade absoluta, é inapresentável, mas é a chance do acontecimento e a condição da história. Uma história sem dúvida irreconhecível, claro, para aqueles que pensam saber que falam quando usam essa palavra(...).

Esse excesso da justiça sobre o direito e sobre o cálculo, esse transbordamento do inapresentável sobre o determinável, não pode e não deve servir de álibi para ausentar-se das lutas jurídico-políticas, no interior de uma instituição ou de um Estado(...).”¹¹⁴

A desconstrução ocorrerá, segundo Derrida, no interregno entre a “indesconstrutibilidade da justiça e a desconstrutibilidade do direito”, sendo este construível porque “ultrapassa a oposição da convenção à natureza”¹¹⁵, é, portanto, desconstruível. Não é possível reduzir a justiça a um sistema de direito natural ou de direito positivo, pois considerar determinadas normas como justas é o mesmo que impedir que sejam criticadas.¹¹⁶

Afirma Derrida que “a desconstrução é a justiça”¹¹⁷, Alexandre Araújo Costa explica essa afirmação, da seguinte forma:

“Para usar uma metáfora de Deleuze e Guattari, a justiça é como um movimento infinito, de tal forma que ela não pode ser retida em um determinado tempo histórico sem se desnaturar. Ela é o constante movimento no sentido do novo, uma exigência perpétua de uma justificação que se sabe de antemão impossível, pois nenhuma decisão pode se colocar como justa sem implicar a paralisia do movimento da justiça.”¹¹⁸

Assim como a desconstrução, a justiça estaria sempre em aberto, sempre a construir, como asseverou Derrida, sempre a porvir¹¹⁹, daí que ela é indesconstruível. O *direito*, entretanto, advém de um processo histórico que lhe atribui forma e conteúdo, servindo a desconstrução para apontar o caráter mítico da fundamentação nesse quadrante, ou nesse espaço-tempo criador da norma ou da decisão.¹²⁰

Rosemiro Pereira Leal, ao tratar da obra *Força de Lei*, destaca que Derrida “denuncia um jogo paradoxal de justiça possível com um direito impossível que estabelece uma relação do construível com o desconstruível, em sendo a própria

¹¹³ Cf. COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei*, de Jacques Derrida, p.3.

¹¹⁴ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.55.

¹¹⁵ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.27.

¹¹⁶ Cf. COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei*, de Jacques Derrida, p.8.

¹¹⁷ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.27.

¹¹⁸ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei*, de Jacques Derrida, p.8.

¹¹⁹ Cf. DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.55.

¹²⁰ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei*, de Jacques Derrida, p.8.

justiça inesclarecida a possibilidade de *desconstrução*". Todavia, como obtempera Rosemiro Pereira Leal, Derrida se ocupa mais em "duvidar da **certeza dos extremos**" do que investigar "as diferenças radicais e específicas entre as coisas", tampouco conjecturou "um núcleo teórico como fundamento a balizar a construção da **lei**", mas contribuiu muito ao desvelar a "**violência sem fundamento** na instauração da **lei**".¹²¹

Destarte, a desconstrução, no direito, opera no sentido de viabilizar discursos que se oponham aos discursos tradicionais e hegemônicos, causadores de opressão conceitual e cobertos por uma manta acrílica, aporética e, portanto, violenta.¹²² Ainda que construa um discurso não acobertado de uma verdade, que se considere absoluta, mas aberto à crítica.

Rosemiro Pereira Leal apresenta solução factível para sair dessa rede de violência na parlamentarização da lei, qual seja, uma lei criada, mediante um processo, no qual se permita expor a teoria que orientou sua formação, registrada na exposição de motivos, e que permitirá compreender os fundamentos do discurso legal, e possibilitar interpretação em situação de igualdade, além de definir "o âmbito de compreensão, aplicação, alteração ou extinção do direito (conexões normativas a serem legiferadas)".¹²³

A questão levantada por Derrida, isto é, o limite místico da autoridade, surgido na origem dos atos de criação, imposição e interpretação da lei, traz à conclusão de que a justiça tal qual é tratada pelos juristas da *civil* e da *common law*, em si, é indiscernível, como denuncia Rosemiro Pereira Leal:

"Portanto, há mesmo, como enfatiza Derrida, *aporias* dos sistemas jurídicos que permanecem ideologicamente impenetráveis à plena e irrestrita fiscalidade processual difusa e concreta como denominamos na técnica processual contemporânea, para evitar a desconstrução (desmitificação) de uma justiça das autoridades (**jurisdição**). Por isso, atualmente, a expressão 'justiça' é uma *doxa* explícita que, por si própria, denuncia um logro semântico de difícil mascaramento. E *justiça* no sentido do insuscetível ao discernimento (ideologia velada) só poderia ocorrer, no direito democrático, onde ela mesma em si não existisse."¹²⁴

Todavia, não quer dizer que a ideia de justiça deva ser abandonada, porque, como afirma Rosemiro Pereira Leal, o "*direito sem o conceito de justiça não seria o direito democrático de que cuida minha teoria neoinstitucionalista do processo*". A justiça do direito democrático, segundo Rosemiro Pereira Leal, seria equacionável juridicamente, "uma variável teórica do **processo** que a própria **lei** expressaria como fundamento de sua validade e legitimidade, desmitificando os apelos (clamores) por **justiça** num campo ausente da teoria da palavra legal".¹²⁵

A lei deve "possibilitar a investigação processual da validade e legitimidade do sistema jurídico que se mostra injusto e a causar atrocidades pelo seu *equivoco*

¹²¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.99.

¹²² COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei*, de Jacques Derrida, p.6.

¹²³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.100.

¹²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.101.

¹²⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.102.

manejamento (operacionalização).” O *devido processo* é a estrutura que permitirá uma desconstrução compartilhada, argumentativa, e, portanto, justa.¹²⁶

1.3 Desconstrução e hermenêutica

Jacques Derrida, em conferência na Universidad Arcis, publicada pela Revista de Crítica Cultural do Chile, em 1997, apontou a relação entre hermenêutica e desconstrução, ao discorrer sobre as diferenças entre a teoria e a retórica, *in verbis*:

“As relações entre desconstrução e hermenêutica são também complexas. O que se chama em geral “hermenêutica” designa uma tradição de exegese religiosa que passa por Schleiermacher e a teologia alemã até Gadamer entre outras fontes, e supõe que a interpretação dos textos deve descobrir o seu “querer dizer” verdadeiro e oculto. A desconstrução não tem a ver com essa tradição, pelo contrário, põe em dúvida a ideia de que a leitura deva finalmente descobrir a presença de um sentido ou de uma verdade oculta no texto. Mas há também outra maneira de pensar a hermenêutica, que se percebe em Nietzsche ou em Heidegger, na qual a interpretação não consiste em buscar a última instância de um sentido oculto senão uma leitura ativa e produtiva: uma leitura que transforma o texto pondo em jogo uma multiplicidade de significações diferentes e conflituosas. Esse sentido nietzscheano da interpretação é muito mais próximo à desconstrução, tal como a menção de Heidegger à *hermeneuein* que não busca decifrar nem revelar o sentido depositado no texto senão produzi-lo através de um ato poético, de uma força de leitura-escrita.”¹²⁷

Portanto, as semelhanças entre a teoria hermenêutica a partir de Heidegger, e o sentido nietzscheano de interpretação, aproximam-se da desconstrução, porquanto não buscam revelar o sentido do texto, mas produzir tal sentido, numa ideia próxima à teoria do interpretante jungida à teoria da lei democrática, dantes referidas, nas quais o sentido se produz concomitantemente no texto e no discurso, a partir dos códigos, construídos sob bases teóricas esclarecidas já postas à prova.

Como acentua Leyla Perrone-Moisés, “a desconstrução derridiana é uma leitura fina e minuciosa de textos da tradição ocidental, visando a mostrar seus pressupostos idealistas e metafísicos.”¹²⁸ Semelhante ao que ocorreu na evolução da teoria hermenêutica, também houve uma busca de superação da metafísica na desconstrução francesa.

¹²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.103.

¹²⁷ DERRIDA, Jacques. *Una filosofía Deconstructiva*, p.1. No original: “Las relaciones entre desconstrucción y hermenéutica son también complejas. Lo que se llama en general “hermenéutica” designa una tradición de exégesis religiosa que pasa por Schleiermacher y la teología alemana hasta Gadamer entre otras fuentes, y supone que la interpretación de los textos debe descubrir su “querer decir” verdadero y oculto. La desconstrucción no tiene que ver con esa tradición sino, por el contrario, pone en duda la idea de que la lectura deba finalmente descubrir la presencia de un sentido o una verdad oculta en el texto. Pero hay también otra manera de pensar la hermenéutica, que se percibe en Nietzsche o en Heidegger, donde la interpretación no consiste en buscar la última instancia de un sentido oculto sino en una lectura activa y productiva: una lectura que transforma el texto poniendo en juego una multiplicidad de significaciones diferentes y conflictuales. Ese sentido nietzscheano de la interpretación es mucho más cercano a la desconstrucción, tal como lo es la mención de Heidegger a la *hermeneuein* que no busca descifrar ni revelar el sentido depositado en el texto sino producirlo a través de un acto poético, de una fuerza de lectura-escritura.”

¹²⁸ PERRONE-MOISÉS, Leyla. *Desconstruindo os “discursos culturais”*, p.166.

A hermenêutica, porquanto impõe um sentido em detrimento de outros, impede uma inequívocidade¹²⁹, a desconstrução, a seu turno, põe em xeque os dualismos hierárquicos, “o sentido último é sempre diferido”,¹³⁰ a desconstrução tende a revelar o sentido da escrita e seus fundamentos.

Leyla Perrone-Moisés explicita que a desconstrução assume dois limites, um é que a desconstrução chega constantemente a aporias¹³¹, por não se contentar com conclusões últimas, outro é o limite “entre o pensar e o fazer”, sendo a desconstrução “uma prática filosófica, acadêmica, que não se confunde com uma práxis política.”

Nas palavras de Leyla Perrone-Moisés:

“Derrida aponta e questiona, nesses textos, os dualismos hierárquicos em que o primeiro termo tem sido historicamente privilegiado: ser/não-ser, fala/escrita, realidade/aparência, masculino/feminino, etc. A crítica da tradição filosófica ocidental, na obra de Derrida, é infinita, já que o sentido último é sempre diferido. Opor sentidos plenos, verdadeiros e últimos, aos sentidos dos textos desconstruídos, seria recair no mesmo dualismo que ela combate. Por não se imobilizar jamais numa afirmação plena, a desconstrução leva freqüentemente a aporias. “Nem isso, nem aquilo”, “por um lado, por outro”, são formulações freqüentes no discurso de Derrida. **A aporia é o limite da desconstrução, que visa ao deslocamento do sentido, numa atitude de crítica permanente. Outro limite assumido pela desconstrução, é o que existe entre o pensar e o fazer.** A desconstrução é uma prática filosófica, acadêmica, que não se confunde com uma práxis política. (O que não impede que, como pessoa física, Derrida tenha tomado e continue tomando várias atitudes políticas: com relação ao apartheid na África do Sul, ao comunismo soviético na antiga Tchecoslováquia, na criação de “cidades refúgio” para os escritores perseguidos, na defesa explícita dos sem-terra brasileiros, etc.)”¹³²

Francisco de Fátima da Silva, ao correlacionar os institutos estudados, afirma que “se reduzida à interpretação, a hermenêutica não passaria de uma análise interpretativa de textos sagrados, jurídicos, literários”. Tampouco a desconstrução, afirma o autor, poderia ser reduzida ao niilismo, porquanto seria “entendida como uma ciência que prova que os textos nada significam, o que se transformaria num absurdo, uma vez que Derrida nunca afirmou tal coisa.”¹³³

A desconstrução dúvida, assim como a “lógica paraconsistente”, da “certeza dos extremos (mal e o bem, o bom e o mau, o justo e o injusto)”¹³⁴, para tanto, não se assenta “em sentidos previamente determinados, em termos morais”¹³⁵, aqui se

¹²⁹ Cf. SILVA, Francisco de Fátima da. A indecibilidade enquanto desconstrução da hermenêutica: a primazia da metáfora da escritura, p.1.

¹³⁰ PERRONE-MOISÉS, Leyla. Desconstruindo os “discursos culturais”, p.166.

¹³¹ Rosemiro Pereira Leal compara a aporia, em Derrida, ao contraditório da teoria *neoinstitucionalista*, o que possibilitaria desconstruir a autoridade infundada. Nas palavras do autor: “A *experiência da aporia*, expressão de Derrida, o que para mim designa aspectos do **contraditório** na *teoria neoinstitucionalista*, é um dito radical em Derrida, quando afirma: ‘Mas acredito que não há justiça sem essa experiência da aporia por impossível que seja.’” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.103).

¹³² PERRONE-MOISÉS, Leyla. Desconstruindo os “discursos culturais”, p.168.

¹³³ SILVA, Francisco de Fátima da. A indecibilidade enquanto desconstrução da hermenêutica: a primazia da metáfora da escritura, p.3.

¹³⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.99.

¹³⁵ PERRONE-MOISÉS, Leyla. Desconstruindo os “discursos culturais”, p.169.

afasta da hermenêutica de Schleiermacher e se aproxima da teoria da lei democrática, cunhada por Rosemiro Pereira Leal.

Esse afastamento da desconstrução de uma hermenêutica psicologizante, ou que vise a revelar verdade, pode ser a razão pela qual alguns autores afirmem que a desconstrução negue a hermenêutica, nas palavras de Francisco de Fátima da Silva:

“Talvez esteja aí um dos motivos, pelos quais a desconstrução seja acusada de negar a hermenêutica, posto que, esta, preocupada com um significado imanente ao texto (ainda que não seja escondido, que seja revelado, como queria Ricoeur), procura resgatar a verdade desse; ao passo que a desconstrução, longe de querer recuperar algum sentido escondido alhures, considera que ‘a essência da literatura [...] é produzida enquanto conjunto de regras objetivas numa história original dos ‘atos’ de inscrição e leitura’ (Derrida, 1992, p. 45).”¹³⁶

Podemos condensar as relações dantes trazidas numa explanação de Francisco de Fátima da Silva, onde aponta a desconstrução como determinante do sentido do texto ao desvelar sua “metaforicidade”, a qual possibilitaria uma produção do sentido:

“A produção de sentidos traz a necessidade de repensar o conceito de polissemia na linguagem – uma problemática suscitada pela figura, pela metáfora em geral. Para dar conta do processo de significação, torna-se necessário lançar mão do termo disseminação, evitando trabalhar com uma limitação, com um possível resgate da “verdade”. Quando a hermenêutica interpreta, impede ao mesmo tempo a univocidade, impõe um sentido em detrimento de outros; então, o que a desconstrução faz é determinar o sentido “próprio” da escrita como a própria metaforicidade, o que apaga a distinção entre sentido literal e figurado. Neste sentido, a metáfora torna-se uma questão central no processo da escrita, pois possibilita os conceitos e organiza o discurso na sua forma, no seu tom, no seu ritmo. A interpretação passa a ser uma condição de produção de sentidos, não mais um artifício usado para resgatar os sentidos de um texto, seja escrito, seja falado.”

¹³⁷

À guisa de conclusão, há de se ter claro que não se pretendeu desconstruir a hermenêutica filosófica. Tão somente num viés expositivo, confrontaram-se diversas teorias, erigindo aquelas que se coadunassem com a proposta de demarcação do instituto.

As teorias hermenêuticas são utilizadas como marcos para a interpretação do direito e base da hermenêutica jurídica contemporânea, omitindo-se o presente texto, de maneira proposital, em discorrer sobre as diversas escolas, ou métodos de interpretação (histórico, teleológico, sistemático), por entender que, em suplantando seus marcos, estas(es) restariam superadas(os). E, mesmo que não se trate de superação, suas proposições não estão excluídas do dialogismo, argumentativo e teórico, que se propõe na construção do sentido, extraídas no bojo do próprio discurso.

Isto quer dizer que não se ignora, em um processo interpretativo, as considerações sobre a evolução histórica do instituto, seus fins, as ideologias que o fundamentaram, ou mesmo o contexto no qual a norma está inserida, todavia, todas

¹³⁶ SILVA, Francisco de Fátima da. A indecibilidade enquanto desconstrução da hermenêutica: a primazia da metáfora da escritura, p.3.

¹³⁷ SILVA, Francisco de Fátima da. A indecibilidade enquanto desconstrução da hermenêutica: a primazia da metáfora da escritura, p.3.

essas questões devem ser objeto de discussão no espaço dialogador do processo, ao invés de impostos no discurso de significação (aplicação da lei-decisão), pelo “intérprete-aplicador-solipsista”¹³⁸, ao dissabor dos destinatários (partes).

A desconstrução, em suas bases proposicionais-enunciativas, além de ser uma estratégia filosófica, crítica, um modo de leitura que desvela as aporias, os sentidos últimos sem fundamentos, ela pode ocorrer de modo não intencional (discurso que se autodesconstrói), e talvez somente por essa dedução hipotética, é que se possa dar sentido ao título da pesquisa.

Dessarte, desconstrução hermenêutica no Estado Democrático de Direito é tema-proposição que caminha para uma significância científica, se desconstrução não disser respeito ao Estado Democrático de Direito, mas à hermenêutica, enquanto teoria que orienta este Estado, em suas bases de aplicação do direito.

Essa advertência tem o objetivo de chamar a compreensão para o fato de que as decisões estatais não têm o condão de *per si* em desconstruir o Estado Democrático, porque estão inseridas nele, são práticas de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, constituído de normas formadas no devido processo.

As decisões podem concretizar o avanço teórico propiciado pelo Estado Democrático de Direito, acaso não se afastem das garantias que o orientam, e não menosprezem o papel dos legitimados ao processo (povo).

Aqui não se opõem desconstrução e hermenêutica, a demarcação do instituto da desconstrução possibilita dar sentido à hermenêutica ocorrida nas decisões judiciais, assim o que se desconstrói não é o Estado, mas a teoria hermenêutica que o orienta.

Também é possível falar em uma autodesconstrução das decisões judiciais que contrariassem os próprios fundamentos, contudo, o alcance que se pretende enunciar da expressão desconstrução hermenêutica, apesar de denotado do bojo da decisão judicial, é conotado do discurso constitucional que servirá para orientar o texto decisional.

Por fim, a desconstrução hermenêutica é um método interpretativo que aponta os centros rígidos de significação dos discursos, como fundados numa verdade metafísica, ou num positivismo sociológico, ou num amálgama de teorias incompatíveis, que têm o condão de não possibilitar uma hermenêutica harmônica ao paradigma que lhe deve servir de suporte.

Assim, se o discurso se afasta do código interpretante, que lhe deveria servir de matriz (aqui a matriz autocrítico-discursiva do devido processo), pratica a desconstrução hermenêutica, independente da intenção do locador. Igualmente, se aufere a desconstrução hermenêutica, no discurso cuja significação tenha sido buscada fora do movimento entre o texto e o discurso, isto é, em elementos idiossincráticos não postos à discussão, mas que determinaram a significação, a decisão, a aplicação da norma no caso concreto.

¹³⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.103.

A autodesconstrução ocorrerá se a própria decisão não condiz com o suporte teórico que indica como fundamento. É possível utilizar a técnica demarcada da desconstrução para criticar os discursos, em especial aqueles que tendem a levantar uma hipótese que se autoproclama verdadeira e irretorquível.

Dessarte, duas espécies de desconstrução são possíveis, uma determinada (com o intuito de desconstruir), e outra não intencional (desconstrução de um referente ou autodesconstrução), a primeira pode ser usada como método crítico, a segunda como modo de leitura a desvelar a contrariedade inserta no bojo do próprio texto, muitas vezes desconstruindo o próprio discurso que visa ser denotado.

Conclusões

Diante dos apontamentos teóricos trazidos à crítica, podemos pontuar o seguinte, em conclusão do trabalho escrito:

1º) A decisão que foge a uma teoria hermenêutica instalada na Constituição é como um poema de Manoel de Barros, cujo significado é inteligível somente pelo locador do discurso e cada locatário ideologicamente e não teoricamente eleja o que ele venha a significar.

2º) A decisão proferida com seu centro de significação no arbítrio do juiz, na experiência do julgador, no contexto social, antes de inaugurar um Estado Democrático de Direito, coaduna a um Estado liberal ou social de Direito.

3º) A metodologia hermenêutica tradicional, fundada em subsunções, induções e deduções, ou no esquema sujeito-objeto foi suplantada ou substituída por trabalho de diversos filósofos, outrossim, isso não significa uma permissividade de hermenêutica relativista, no sentido de assentir com a discricionariedade do hermeneuta, já que na própria evolução da teoria hermenêutica demonstra-se a incongruência do solipsismo.

4º) A hermenêutica não deve ser compreendida especificamente como um fenômeno subjetivo, um momento auto-reflexivo sobre a realidade, conjugando-se ora o transcendental e ora o empírico, em busca de uma verdade a ser revelada (metafísica). Não deve haver cisão entre a fundamentação e a aplicação, pois “compreendemos aplicando e aplicamos compreendendo”.

5º) Com base em Rosemiro Pereira Leal, podemos concluir que a hermenêutica que se apoia na razão historicista, ou psicologizante, ou moralista, ou na crença de saberes depositados em esclarecidos, desprestigiando a argumentação a partir de teorias (pensamentos objetivos), não será uma hermenêutica de estabilização dos sentidos, aliás, é justamente o oposto que experienciamos, isto é, permite-se ao intérprete dar o sentido a partir de métodos que privilegiam a razão natural, a intenção, a destinação histórica ao invés de uma discussão “crítica (descritivo-argumentativa)” e, portanto, “desideologizante”, não-mítica.

6º) É preciso desdogmatizar uma interpretação exegética, já que a linguística demonstra que o sentido não é imanente, situa-se no texto, fora do próprio discurso. Ademais, a polissemia é ambiente profícuo à dominação, “a manipulação de sentidos” transforma o manipulador em “árbitro todo-poderoso da comunidade”, e por fim, deve-se evitar a supervalorização da autoridade do destinador do discurso, como o único sublocador capaz de dar sentido, engendrando um texto “segundo sua inteligência”.

7º) Como assevera Rosemiro Pereira Leal, a teoria do interpretante de Edward Lopes substitui a “variável da declaração do sentido do discurso engastada no sujeito da enunciação (locador-locatário do discurso) pela variável dos códigos sociais de sentido como bens coletivos a dessujeitizarem a linguagem”. Tais códigos são “possuídos” tanto pelo destinador quanto pelo destinatário do discurso e esses não mais possuem “o monopólio do sentido”.

8º) Caminha-se, portanto, para uma hermenêutica não desabrada, em que os diversos sentidos que se possam enunciar de um determinado discurso, poderão ser reduzidos a um “meta-sentido que os reabsorva conjuntamente, estando eles, portanto, hierarquizados por relações de dominação intradiscursiva.” Assim, na teoria do interpretante, o contexto “alude a um lugar semiótico (linguístico): ele se refere, sempre, a elementos que existem no interior do discurso” (intradiscursivos).

9º) O termo ideologia refere-se a “elementos extradiscursivos”, que somente influenciará o ato de comunicação se declarados a partir de outro discurso, seria, portanto, a ideologia um “discurso heterodiscursivo.” A questão que se levanta é a impossibilidade de os participantes do discurso estarem ingressados na ideologia do decididor, portanto, não pode soerguer um viés interpretativo.

10º) Segundo Rosemiro Pereira Leal, Edward Lopes aduz que “na produção do discurso, muitos textos já se acham adrede na consciência do locador”, portanto, temos que a escolha do “interpretante para a produção e atuação do direito nas democracias” é bastante relevante. A “compatibilidade (coexistência) do texto com o discurso há de ocorrer na mesma instância instituinte da co-institucionalidade jurídica como se uma ‘obra’ ali estivesse sendo editada (constitucionalizada)”. Teríamos, portanto, uma significação construída no bojo da própria obra, o que denotaria que o texto (resultado da produção), seria o “produtor daquilo mesmo que o produziu (o discurso).”

11º) O devido processo constitucional é garantia fundamental regente de toda estrutura normativa procedimental, que irá resguardar a participação, em contraditório, na construção do provimento em conformidade com a Constituição, é o paradigma do Estado, a reger a hermenêutica;

12º) A desconstrução demarcada permite três formulações a balizar uma técnica, (a) a primeira formulação diz respeito ao papel que os termos filosóficos ocupam entre si, isto é, existe uma posição de hierarquia entre termos contrapostos, seja por razões axiológicas ou lógicas, há uma posição de comando. (b) A segunda formulação diz respeito à investigação da “genealogia estruturada de seus conceitos”, determinando “de uma certa perspectiva externa”, aquilo que essa

história pode ter se olvidado e que se constituiu enquanto tal e de conseguinte tornou-se repressiva. (c) A terceira formulação diz respeito ao combate à filosofia que o discurso a ser desconstruído afirma, à identificação das “operações retóricas que produzem o fundamento de discussão suposto, o conceito chave ou premissa.”

13º) A hermenêutica, porquanto impõe um sentido em detrimento de outros, impede uma inequivocidade, a desconstrução põe em xeque os dualismos hierárquicos, “o sentido último é sempre diferido”, a desconstrução revela o sentido da escrita e seus fundamentos.

14º) A desconstrução hermenêutica é um método interpretativo que aponta os centros rígidos de significação dos discursos, como fundantes de uma verdade metafísica, ou de um positivismo sociológico, ou de um amálgama de teorias incompatíveis, que têm o condão de não possibilitar uma hermenêutica harmônica ao paradigma que lhe deve servir de suporte. Assim, se o discurso se afasta do interpretante que lhe deveria servir de matriz (aqui a matriz autocrítico-discursiva do devido processo) pratica a desconstrução hermenêutica, independente da intenção do locador em fazê-la.

15º) Se o sentido deve ser construído no bojo do próprio discurso, como exposto na pesquisa, a desconstrução, enquanto estratégia filosófica ou modo de leitura, nos soergue de técnica para desvelar os fundamentos aporéticos, paradoxais e axiomáticos, que constituirão as bases de uma decisão judicial. Não menos importante se revela a questão de que, ao contrariar o paradigma que dá orientação teórica hermenêutica àquele ato, estaria tal discurso desconstruindo as enunciações que lhe dão condição de possibilidade e de justificação, necessárias ao fenômeno hermenêutico.

* * *

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Marcelo Cunha. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, 158 p.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ªed. São Paulo: Malheiros, 2004, 138p.
- BARROS, Manoel. *Matéria de Poesia*. 6.ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. 69 p.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.7, n.13 e 14, 1º e 2º sem.2004, p.150-163.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.8, n.16, 2º sem. 2005, p.147-161.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.277-309.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, 192 p.
- BURDEAU, Georges. *O Estado*. Porto: Europa-América, 1981, 204 p. Coleção Saber. Título original: *L'État*.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord). *Jurisdição e hermenêutica constitucional: No Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.25-46.
- CASTRO, Flávia Lages. *História do direito: geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 572 p.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord). *Jurisdição e hermenêutica constitucional: No Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 587 p.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o Projeto Constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.235-262.
- CEIA, Carlos. *Aporia*. E-Dicionário Literário. Disponível em: <<http://www2.fcsh.unl.pt/edtl/verbetes/A/aporia.htm>>. Acesso em: 26/10/2009.
- CHUEIRI, Vera Karam de. A força de Derrida: para pensar o Direito e a possibilidade da justiça. In: *Revista Cult*. Ed.117. 14 de março de 2010. Versão Digital. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/a-forca-de>>

derrida-para-pensar-o-direito-e-a-possibilidade-da-justica/> Acesso em: 07/09/2011.

CÍRCULO DE VIENA. *Wikipédia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%ADrculo_de_Viena> Acesso em: 19/09/2011.

COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Edit). *Direito e Interpretação: ensaios de Filosofia do Direito*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.303-418.

COSTA, Alexandre Araújo. Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei, de Jacques Derrida. *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, Salvador, n.1, Março/Abril/Maio de 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/revistas/09542507/rv01_alexandrecoستا.pdf>. Acesso em: 13/08/2011.p.1-16.

COSTA, Álisson da Silva; RIBEIRO, Ana Luisa de Oliveira; TAVARES, Fernando Horta, *et al.* Por uma análise do Direito, Poder e Justiça na Construção do Estado Democrático de Direito: as contribuições de Arendt, Habermas e Derrida. *Revista Virtuajus*. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, Ano 9, n.2. Dez.2010. Disponível em: < http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2010/discentes/Por%20uma%20analise%20do%20Direito,%20Poder%20e%20Justica%20na%20Construcao%20do%20Estado%20Democratico%20de%20Direito.pdf >

COSTA, Luciana da Silva. Constituição, Sistema Político e Sistema Jurídico: a judicialização da política analisada à luz da teoria sistêmica. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Centro Universitário de Maringá. (Org.). XVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. 1 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, v. 1, p. 1897-1917.

CROSSMAN, Richard Howard Stafford. *Biografia do Estado Moderno*. Trad. Evaldo Amaro Vieira. São Paulo: Ciências Humanas, 1980, 234 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 261 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica jurídica e(m) debate: O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007, 415 p.

CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução: teoria e crítica do pós-estruturalismo*. Trad. Patrícia Burrowes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997, 347 p. Título original: *On Deconstruction: Theory and criticism after structuralism*.

DERRIDA, Jacques. *A farmácia de Platão*. Trad. Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005, 126 p. (La pharmacie de Platon)

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei: O “Fundamento místico da autoridade”*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, 145 p. (Force de loi)

DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. Trad. Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2008, 386 p. (Estudos;16)

DERRIDA, Jacques. *L'écriture et la différence*. Paris: Éditions Du Seuil, 1967, 439 p. (La Collection Tel Quel)

DERRIDA, Jacques. La democracia como promessa. Entrevista de Elena Fernandez con Jacques Derrida, *Jornal de Letras, Artes e Ideias*, 12 de octubre, 1994, p. 9-10. Edición digital de Derrida en castellano. Disponível em: <<http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/democracia.htm>>. Acesso em: 08 maio 2010.

DERRIDA, Jacques. Una filosofía Deconstructiva. *Revista Zona Erógena*, nº35, primavera de 1997. Disponível em:<http://jacquesderrida.com.ar/textos/filosofia_deconstructiva.htm>.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009, 128 p. Título original: Discours de la méthode.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7 ed. trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. 393 p. Título original: Einführung in das Juristische Denken.

ESTRUTURALISMO. *Wikipédia*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Estruturalismo>> Acesso em: 01/10/2011.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. 8ªed. Elaine Nassif. 1ªed. Campinas: Bookseller, 2006, 780p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O poder judiciário e(m) crise*: reflexões de teoria da constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 306 p.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003, 370p.

FIGUEIREDO, Vinícius de. *Kant & a Crítica da razão pura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, 74 p.

GHIRALDELLI JR., Paulo. Virada lingüística-um verbete. In: PORTAL BRASILEIRO DA FILOSOFIA, Seção O que é "linguistic turn". Julho 2008. 4 p. Disponível em: <<http://ghiraldelli.files.wordpress.com/2008/07/virada.pdf>>

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. 2ª Ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.2, 354 p.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política. 12ªed.ampl. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2010, 179 p.

JAEGER, Werner. *Paideia*: Los ideales de la cultura griega. Libro primero. Traducción de Joaquín Xiral. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica México, Decimoquinta reimpressão, 2001, 464 p. Título original: Paideia, Die Formung des Griechischen Menschen

LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos/FUMEC, 2008, 163 p.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões: no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, 111 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória; hermenêutica decisória na teoria discursiva; legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy, 2002, 206 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania. *Revista Virtuajus*. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, Ano 4, n.1. Jul.2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Docentes/PDF/Processo%20e%20democracia.pdf> Acesso em: 25/03/2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil. *Revista Virtuajus*. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, Ano 4, n.2. Dez.2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Docentes/PDF/> Acesso em: 25/03/2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: TAVARES, Fernando Horta. (Coord.). *Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2008, p.281-290.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.283-292.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, Jul-Dez. 2009. Volume IV.p.111-119. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_4a_edicao.pdf> Acesso em: 25/03/2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as seqüelas míticas do poder constituinte originário. In: GALUPPO, Marcelo Campos(Coord.).*Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.311-324.

LEAL, Rosemiro Pereira. A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz.(Coords.).*Processo civil reformado*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey,2009, p.533-548.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do Processo:primeiros estudos*.9.ed.Rio de Janeiro:Forense,2010, 350 p.

LEAL , ROSEMIRO PEREIRA. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, 306 p.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira:estudo de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional*.São Paulo: Malheiros, 2009, 671 p.

LOPES, Edward. *Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante*. São Paulo : Cultrix, 1978, 111p.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2ªed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002, 487 p.

LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social: elementos para uma análise marxista*. São Paulo: Cortez, 1985.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coord.). *Estudos de direito processual constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009. 238 p.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta. (Coord.). *Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2008, p.123-144.

MAGNOLI, Demétrio. *Liberdade versus Igualdade- vol.I. O mundo em desordem (1914-45)*. Rio de Janeiro: Record, 2011, 457 p.

MARCONDES, Danilo. Desfazendo mitos sobre a pragmática. Revista Alceu - v.1 - n.1 - jul/dez 2000 – p. 38 a 46. Disponível em: < http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n1_Danilo.pdf>. Acesso em: 12/10/2011.

MARMOR, Andrei. Três conceitos de objetividade. In: MARMOR, Andrei (Edit). *Direito e Interpretação: ensaios de Filosofia do Direito*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.267-302.

MÜLLER JR., Adalberto. Em pleno uso da poesia. In: BARROS, Manoel. *Matéria de Poesia*. 6.ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, Orelhas da capa e da contracapa.

NASCIMENTO, Edna Maria F. S. Metalinguagem natural e teoria da linguagem. *Revista Alfa*, São Paulo, nº 34, 1990, p. 115-120.

NASCIMENTO, Evando (Org.). *Jacques Derrida: pensar a desconstrução*. trad. Evando Nascimento [et al]. São Paulo: Estação Liberdade, 2005, 352 p.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. 1ª ed. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, 281 p.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2006, 427 p.

OTTONI, Paulo. John Langshaw Austin e a Visão Performativa da Linguagem. *DELTA* [online]. 2002, vol.18, n.1, pp. 117-143. ISSN 0102-4450. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-44502002000100005>.

PAIDEIA. *Wikipédia*. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Paideia>> Acesso em: 01/09/2011.

PEREIRA, Miguel Baptista. Hermenêutica e Desconstrução. *Revista Filosófica de Coimbra* - n.6, 1994, pp. 229-292. Disponível em: < http://www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/herm_desconstrucao>. Acesso em: 11/10/2011.

PEREIRA, Gabriel Terra. Entre as práticas e as representações da modernidade: *a Belle Époque caipira*. In: CHAVES, Charley Teixeira; ÁVILA, Luiz Augusto Lima de. *Epistemologia e Iconoclastia: estudos em homenagem a Otacílio Gonçalves Tomé*. Piumhi: Luiz Augusto Lima de Ávila, 2010, p.69-75.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. A justiça e o perdão em Jacques Derrida. In: Revista Cult. Ed.117. 14 de março de 2010. Versão Digital. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/a-justica-e-o-perdao-em-jacques-derrida/>> Acesso em: 15/08/2011.

PERRONE-MOISÉS, Leyla. Aquele que desprende a ponta da cadeia. In: NASCIMENTO, Evando. *Jacques Derrida: pensar a desconstrução*. trad. Evando Nascimento[et al]. São Paulo: Estação Liberdade, 2005, p.95-102.

PERRONE-MOISÉS, Leyla. Desconstruindo os estudos culturais. In: PERRONE-MOISÉS, Leyla. *Vira e mexe nacionalismo: paradoxos do nacionalismo literário*. São Paulo: Companhia das letras, 2007, 248 p.

POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, 567 p. Título original: *The logic of scientific discovery*.

POPPER, Karl Raimund. *Lógica das ciências sociais*. Trad. Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, 101 p.

PRATES, Francisco de Carvalho. Identidade constitucional e interpretação no Estado Democrático de Direito: a assunção do risco. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord). *Jurisdição e hermenêutica constitucional: No Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.519-553.

RAZ, Joseph. Interpretação sem restabelecimento. In: MARMOR, Andrei(Edit). *Direito e Interpretação: ensaios de Filosofia do Direito*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.235-265.

REIS, Francis Vanine de Andrade. Interesse processual e intersubjetividade racional. 2009. 190 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ReisFV_1.pdf> Acesso em: 19/10/2011.

REIS, Francis Vanine de Andrade. TAVARES, Fernando Horta. *Natureza e convenção: uma crítica à visão essencialista do interesse processual a partir da mecânica social de K. Popper*. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 110-131.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional perante o Direito Internacional atual. In: PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes(Coord.). *Direito Constitucional em evolução: perspectivas*. 1ªed.2ªtir.Curitiba: Juruá, 2006, p.87-108.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 412 p.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, 311 p.

SANTAELLA, Lúcia. *O que é Semiótica*. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 1986. 114 p.

SANTIAGO, Silviano (Org.). *Glossário de Derrida*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, 104 p.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1995, 279 p.

SEGATTO, Antonio Ianni. A Tensão entre Facticidade e Validade. In: *Direito e democracia: Um guia de leitura de Habermas*. NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37-55.

SEVERO, Luiz Carlos. *Estabilidade da Ciência Biológica: uma epistemologia evolucionista, sem refutações e sem revoluções*. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/2723>> Acesso em: 23/10/2011.

SILVA JUNIOR, Nelson da. "Who's there?": A desconstrução do intérprete segundo a situação psicanalítica. *Ide* (São Paulo) [online]. 2007, vol.30, n.44, p. 25-31. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/ide/v30n44/v30n44a05.pdf>>. Acesso em: 12/10/2011.

STRATHERN, Paul. *Derrida: em 90 minutos*. Trad. Cassio Boechat. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, 87 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Crise de paradigmas. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz*. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 10/05/2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de "como discricionariedade não combina com democracia": o contraponto da resposta correta*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.p. 3-27.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed.rev.ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 594 p.

WALTER, Carlos. *Discurso jurídico na democracia: processualidade constitucionalizada*. Prefácio Rosemiro Pereira Leal; apresentação André Del Negri. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 213 p.

WILHELM DILTHEY. Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Wilhelm_Dilthey>. Acesso em: 19/09/2011.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS NA ESFERA INTERNACIONAL: O SISTEMA ONU E OS SISTEMAS REGIONAIS

Fernanda Duarte

Rafael Mario Iorio Filho

Ronaldo Lucas

Introdução

O presente trabalho objetiva, didaticamente, apresentar o estado da arte dos sistemas de proteção internacional dos Direitos Humanos.

É notório o destaque que o tema dos Direitos Humanos detém nos discursos políticos e acadêmicos no mundo contemporâneo, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. A violência e a coisificação (Arendt, 1983) à qual vários povos se entregaram durante aquele conflito fez com que, após o seu término, um amplo compromisso de povos e Estados tenha sido firmado como tentativa de se evitar a ocorrência de novas barbáries em tempos futuros. Nesse sentido constata-se a força que, nesses últimos setenta anos, assumem os Direitos Humanos, principalmente numa perspectiva de sua efetivação na ordem internacional.

Esse quadro histórico fundamentou, para os constitucionalistas pós-1945, uma compreensão de que as novas constituições deveriam ser moldadas em novas bases institucionais e políticas. Graças a esses fatos houve, também, a consciência da necessidade de se vencer a estreiteza normativa resultante do legalismo construído no século XIX e nas primeiras décadas do século passado. Uma percepção consolidou-se no sentido de que somente uma estrutura valorativa incorporada às constituições poderia concretizar os Direitos Humanos e dotar as cartas políticas de uma efetiva força normativa (Hesse, 1991).

Esse amplo conjunto institucional, reconhecido pelo constitucionalismo europeu após a Segunda Grande Guerra, no contexto da Guerra Fria, com sua bipolaridade EUA e URSS, é o que se denomina de legado constitucional pós-1945¹. A sua mensagem foi tão forte, que várias outras sociedades ocidentais alinhadas o incorporaram, como, por exemplo, a brasileira, que o adotou na formulação da Constituição Federal de 1988. (Häberle, 2000).

O debate dos Direitos Humanos, entretanto, enfrenta hoje, uma situação “paradoxal”. Nas palavras de Vicente Barreto (2002:499)

os Direitos Humanos encontram-se nesse final de século em situação paradoxal: de um lado, proclamam-se em diversos textos legais um número crescente de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, que constituem, na história do direito, a afirmação mais acabada da crença do homem na sua própria dignidade;

¹ Sobre o legado do constitucionalismo pós-1945 cf. Gustavo Zagrebelsky (1995) e Peter Häberle (1998).

de outro lado, esses mesmos direitos transformam-se em ideais utópicos, na medida em que são sistematicamente desrespeitados por grupos sociais e governos. Os próprios governos autoritários, contribuem para a idealização dos Direitos Humanos, pois se preocupam mesmo em declarar a sua fidelidade a esses direitos, ainda que, cuidadosamente, defendam interpretações particulares sobre a abrangência dos Direitos Humanos.

No quadro de incertezas provocado por um mundo altamente globalizado e marcado, sobretudo pelo terrorismo, pela violência urbana, pelo crescimento tecnológico e por uma multiplicidade de culturas², que têm apontado à ideia universalizante de Direitos Humanos, é grande e complexo o desafio de sua implementação e mais ainda, de uma adequada justificação. Nesse sentido Hilton Japiassú e Danilo Marcondes (1996:14) se utilizam do conceito de aporias e o explicam como a “dificuldade resultante da igualdade de raciocínios contrários, colocando o espírito na incerteza e no impasse quanto à ação a empreender”.

Assim, a tríade da Revolução Francesa de 1789, ao expressar os ideais revolucionários da liberdade, igualdade e fraternidade, embora tenha por certo iluminado os caminhos de reflexão por longo tempo³, hoje já enfrenta críticas em relação a sua suficiência como resposta às questões atuais.

Acresce-se a este problema a própria indefinição do termo Direitos Humanos, como coloca Vicente Barreto (2002:500-501):

O emprego da expressão ‘Direitos Humanos’ reflete essa abrangência e a consequente imprecisão conceitual com que tem sido utilizada. A expressão pode referir-se a situações sociais, políticas e culturais que se diferenciam entre si, significando muitas vezes manifestações emotivas em face da violência e da injustiça; na verdade, a multiplicidade dos usos da expressão demonstra, antes de tudo, a falta de fundamentos comuns que possam contribuir para universalizar o seu significado e, em consequência, a sua prática. Número significativo de autores

² Paulo Rangel (2003:1-3) situa as sociedades contemporâneas, principalmente os ocidentais, como fruto da globalização e da medievalização do poder. Esse novo quadro político mundial marca “a nova coisa política (...) pela pluralidade, heterogeneidade e alta diferenciação dos actores políticos, com um nítido e acentuado enfraquecimento — uma relativização — dos poderes estaduais (aquilo a que, por vezes, se tem chamado, *tant bien* que mal, a ‘medievalização do poder’). Sobre o enfraquecimento do poder estatal: “Essa diferenciação de forças políticas e o tecido resultante da sua imbricação recordam inapelavelmente o mundo político medieval, a sua estrutural diversidade e a sua condição radicalmente interdependente”. Sobre multiculturalismo cf. Denninger (2003:32): “O pluralismo de opiniões, organizações e partidos, na mídia, para a composição de vários órgãos que exercitam a supervisão de funções, desde há muito parecia constituir uma condição tanto necessária quanto suficiente para gerar resultados normativos cuja realização pudesse ser aceita como bem comum. (...) Mas, no contexto de novas demandas de diversidade, não mais direcionadas à síntese de um (todo) universal, e sim, ao invés, à possibilidade de coexistência de uma multiplicidade de particularidades frequentemente incompatíveis, essas pressuposições não mais obtêm efetividade, ou, no mínimo, esta se encontra profundamente minada.”

³ A título de ilustração histórica, para que não se tenha a impressão de que tais paradigmas revolucionários tenham sido indiscutíveis desde sua origem — encontrando só agora a necessidade de uma revisitação teórica —, vale a referência à forte crítica perpetrada por Robespierre (1999: 88-89), ainda por ocasião dos trabalhos de sistematização teórica dos ideais revolucionários. A contradita dirige-se particularmente aos termos em que, na Declaração dos Direitos do Homem, o tema da liberdade viu-se tratado vis-à-vis o tema da propriedade: “... Ao definir a liberdade, o primeiro dos bens do homem, o mais sagrado dos direitos que ele recebe da natureza, dissestes com razão que os limites dela eram os direitos de outrem; porque não aplicastes esse princípio à propriedade, que é uma instituição social? Como se as leis eternas da natureza fossem menos invioláveis que as convenções dos homens. Multiplicastes os artigos para assegurar a maior liberdade ao exercício da propriedade, e não dissestes uma única palavra para determinar o caráter legítimo desse exercício; de maneira que vossa declaração parece feita não para os homens mas para os ricos, para os monopolizadores, para os agiotas e para os tiranos.”

tomou a expressão ‘Direitos Humanos’ como sinônima de ‘direitos naturais’, sendo que os primeiros seriam a versão moderna desses últimos; ainda outros empregavam a expressão como o conjunto de direitos que assim se encontram definidos nos textos internacionais e legais, nada impedindo que ‘novos direitos sejam consagrados no futuro’. Alguns, também, referiram-se à ideia dos Direitos Humanos como sendo normas gerais, relativas à prática jurídica, que se expressariam através dos princípios gerais do direito. Esses últimos seriam uma forma de ‘direito natural empírico’, que ultrapassa a normatividade estrita do positivismo dogmático, mas não se identificando com os Direitos Humanos expressam a vontade do constituinte, que não especifica em que consistem esses direitos e nem prescreve a natureza de suas prescrições; sob este ponto de vista, cabe ao intérprete, quando da aplicação da lei, dar conteúdo a essa categoria de direitos. Vemos, portanto, como o emprego abrangente das mesmas palavras contribuiu, certamente, para a imprecisão conceitual de uma mesma ideia dos fundamentos comuns para o seu diversificado uso.

Apesar de sua polissemia, as discussões, quer acadêmicas ou políticas, referentes aos Direitos Humanos, até mesmo para o senso comum, são sempre relevantes como ferramenta do mundo ocidental para a proteção às intempéries e mazelas humanas. Nas palavras de Carlos Nino (1989:1):

Esta importância dos Direitos Humanos está dada, como é evidente, pelo fato de que eles constituem uma ferramenta imprescindível para evitar um tipo de catástrofe que com frequência ameaça a vida humana. Sabemos, embora preferamos não recordá-lo a todo o tempo, que nossa vida é permanentemente espreitada por infortúnios que podem aniquilar nossos planos mais firmes, nossas aspirações de maior alento, o objeto de nossos afetos mais profundos. Não é por ser óbvio que deixa de ser motivo de perplexidade o fato de que este caráter trágico da condição humana esteja dado pela fragilidade de nossa constituição biológica e pela instabilidade de nosso *habitat* ecológico, por obra de nós mesmos.⁴

A inquietude atual do debate dos Direitos Humanos, em vez da estagnação, segue à análise de planos epistemológicos⁵, visando à depuração do recorte dos objetos temáticos e retroalimentando sua dialética.

Esses planos epistemológicos estruturam-se em dois pontos. O primeiro refere-se a uma discussão se há ou não fundamentos filosóficos para os Direitos Humanos. Caso a resposta seja afirmativa, constitui-se o segundo plano onde se define qual é a natureza destas questões enunciadas. Observa-se, assim, a importância e a pertinência da fundamentação dos Direitos Humanos como busca de uma justificativa racional para as condutas humanas.⁶ No entanto, o que se pretende neste presente trabalho é o entendimento dessa justificativa levada ao

⁴ Importante ressaltar que a tradução desta passagem deu-se de forma livre.

⁵ Sobre as perspectivas epistemológicas em Direitos Humanos cf. Barreto (2002:506): “Nesse contexto, é que se torna imperativo distinguir na análise dos Direitos Humanos dois níveis epistemológicos correlatos: no primeiro nível, examina-se a questão de sua fundamentação – questão esta, como fizemos referência acima, que foi relegada a segundo plano; no segundo nível, examinam-se os mecanismos da garantia e prática dos Direitos Humanos, tema que ocupa de forma crescente a atenção do pensamento jurídico e social contemporâneo. No que se refere à questão da *fundamentação*, a influência positivista na teoria do direito aprisionou a temática dos Direitos Humanos dentro dos seus próprios parâmetros conceituais e metodológicos, fazendo com que a análise da sua fundamentação fosse considerada uma questão metajurídica e, como tal, irrelevante para a prática jurídica.”

⁶ Para Norberto Bobbio (1992b:24) “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. Nesse sentido também escreve Barreto (2002:508) O relevante está na proteção efetiva e não na fundamentação que remete análises de abrangência e da complexidade da moralidade e da racionalidade.

plano das relações entre os Estados e como se constitui, institucional e juridicamente, a Proteção internacional desses direitos, entendendo como se dá sua proteção e como se constitui seu ordenamento, sua rede de atuação e sua efetivação na realidade macro dessas relações.

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

No contexto internacional, essa salvaguarda dos DH está organizada em dois níveis que funcionam de forma complementar onde sistemas regionais interagem em um plano maior, dentro de um Sistema Global.

1. O Sistema Global de Direitos Humanos

O Sistema Global⁷ se organiza a partir da ONU e tem sido fonte de inspiração dos demais níveis de proteção dos direitos humanos.

Nos termos da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, esse sistema tem uma vocação universalista já que se destina a todas as pessoas, em todos os lugares e, como estabelecido no preâmbulo dessa Declaração, se coloca como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos dessas sociedades se esforcem, pelo ensino, pela educação, pelo desenvolvimento e respeito dos direitos e liberdades, tidas então como fundamentos básicos dos Direitos Humanos.

Dentro da esfera desse sistema de abrangência global se estrutura um arcabouço jurídico que o sustenta. Essa estrutura foi sendo construída acompanhando as demandas surgidas, como já exposto, após a Segunda Guerra Mundial. Observa-se no entanto, que tal estrutura sustenta uma vocação universalista dos Direitos Humanos em detrimento de uma visão relativista⁸.

1.1 Os documentos internacionais de defesa de Direitos Humanos

a) A Declaração Universal de Direitos Humanos

O Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos tem como principal fonte normativa a chamada *Carta Internacional de Direitos Humanos* que é o conjunto de vários documentos voltados para a promoção e proteção desses

⁷ Também denominado Sistema Universal.

⁸ No processo histórico, durante a criação e consolidação de uma legislação voltada para a proteção do ser humano, os Direitos Humanos, como uma criação predominantemente ocidental, tenderam para a universalização colidindo, justamente por isso, com aspectos que se relacionam com as diferenças culturais, éticas e religiosas.

direitos. Entre eles está a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a famigerada *Universal Declaration of Human Rights* - UDHR, que foi adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948. Este é o instrumento considerado o marco inicial do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e conseqüentemente, da tutela universal dos Direitos Humanos, objetivando precisamente a proteção de todos os seres humanos, independente de quaisquer condições. Ressalta-se, no entanto, que essa Declaração não é um tratado internacional pactuado entre Estados signatários e sim uma Resolução da Assembleia Geral da ONU e que, portanto, não possui força de lei, no sentido estrito do termo.

Apesar disso, a Declaração Universal foi ganhando força, tanto no campo legal, como no político. Considerada como forma de direito costumeiro, no âmbito internacional, ela tem servido para a elaboração de diversos tratados sobre os Direitos Humanos. Na esfera interna dos Estados tem servido de inspiração normativa, pois vários de seus dispositivos vieram a ser incorporados por Constituições de muitos Estados, inclusive, em várias oportunidades, têm sido invocados por tribunais nacionais como direito costumeiro e fonte de interpretação sobre a matéria de Direitos Humanos.

Este documento simbólico estabelece que os Estados-Partes devem promover a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Desta forma, impõe, mesmo que figurativamente, a necessidade de efetivação desses direitos – o que se opera mediante a ideia de vigilância, com a adoção de um sistema de monitoramento, supervisão e controle. Isso se dá por instrumentos normativos criados dentro do Sistema da ONU e que se apresentam sob a forma de instrumentos *gerais* e instrumentos *especiais*.

Os Instrumentos gerais se caracterizam como gerais por se dirigirem a toda e qualquer pessoa humana, sem qualquer tipo de discriminação. Integram a chamada *Carta Internacional de Direitos Humanos*, que é composta, por sua vez, por três documentos: a já exposta anteriormente, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos – PIDCP (e seus protocolos facultativos) de 1966 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, de 1966.⁹ É esse o conjunto de normas que forma, portanto, o arcabouço jurídico no qual está assentada a ideia de vigilância e controle da aplicação dos Direitos Humanos, perpetrada pela ONU, dentro do sistema internacional.

b) Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos

No caso do *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos* - PIDCP (e seus protocolos facultativos) entende-se o mesmo como sendo de amplitude mundial.

⁹ Esse pacto foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992.

Foi adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966 e entrou em vigor somente dez anos depois quando 35 Estados a ele aderiram. Está em seu preâmbulo que “de acordo com os princípios enunciados na Carta das Nações Unidas, a liberdade, a justiça e a paz no mundo constituem o fundamento do reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis” (RESOLUÇÃO n. 2.200-A).

No Brasil esse Pacto entrou em vigor somente em abril de 1992 (DECRETO Nº592, DE 6 DE JULHO DE 1992.) depois de aprovado o decreto-legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991. A partir desse ponto a responsabilidade pela implementação e proteção dos direitos previstos no Pacto tornou-se responsabilidade do Estado brasileiro.

No período histórico de discussão sobre a edição de um pacto que reunisse todos os direitos da pessoa humana que ocorreu no início dos trabalhos da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, foram idealizados dois modelos de acordos. Um conjugaria as duas categorias de direito (Declaração Universal dos Direitos Humanos) e o outro promoveria a separação de direitos civis e políticos numa esfera (concretizado no PIDCP) e em outra estariam os direitos sociais, econômicos e culturais (efetivado no PIDESC). (Leite e Maximiano, 2016).

A divergência que ocorria entre os países ocidentais e os países do bloco socialista era sobre a auto-aplicabilidade dos direitos que viessem a ser reconhecidos. Os países ocidentais, cuja orientação acabou prevalecendo, entendiam que os direitos civis e políticos eram auto-aplicáveis, enquanto que os direitos sociais, econômicos e culturais eram "programáticos", necessitando de uma implementação progressiva. A ONU continuou reafirmando, no entanto, a indivisibilidade e a unidade dos direitos humanos, pois os direitos civis e políticos só existiriam no plano nominal se não fossem os direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa.

Assim, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos é adotado no auge da Guerra Fria, reconhecendo, entretanto, um conjunto de direitos mais abrangente que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos”. (Leite e Maximiano, 2016)

Dessa forma o PIDCP, que agrega em si os direitos civis e políticos, pode ser sistematizado em partes que determinam e expõem direitos, como por exemplo, àqueles referentes ao Direito à Autodeterminação, conforme consta no Artigo 1. 1 “Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.” (PIDCP Art. 1. 1).

Em uma segunda parte, é destacada a efetividade do pacto e como os Estados devem aplicá-lo, o que pressupõe que os mesmos respeitem e garantam os direitos nele contido, sem nenhum tipo de discriminação, bem como a criação de medidas e recursos para tornar efetivos esses direitos e evitar violações dos mesmos. Assim, explicita o artigo 2:

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma

por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:

- Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;
- Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;
- Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

Nesse sentido, o PIDCP define, em sua terceira porção, o rol de direitos de primeira geração, isto é, as liberdades individuais, o direito à vida, direito de liberdade e segurança, direito de ir e vir, liberdade de pensamento, de consciência, de religião, de opinião, de reunião e associação, assim como garantias processuais de acesso à justiça e participação política, dentre alguns outros. Tomando como exemplo o Direito à Vida o artigo 6 expõe que¹⁰

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. NINGUÉM poderá ser ARBITRARIAMENTE privado de sua vida.

•HIPÓTESE: situação excepcional que ameace a existência da nação e assim seja declarada oficialmente.

•Direitos que não podem ser suspensos:

- direito à vida;
- vedação à tortura;
- vedação à escravidão, servidão ou trabalhos forçados;
- vedação à prisão do depositário infiel;
- princípio da anterioridade penal, da vedação à lex gravior e aplicação da lei considerada mais benéfica ao condenado;
- reconhecimento da personalidade jurídica; e
- liberdade de pensamento, de consciência e de religião.

SUSPENSÃO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS NO PIDCP: Direitos Humanos PIDCP Prof. Ricardo Torques Prof. Ricardo Torques www.estrategiaconcursos.com.br 7 de 30

2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.

3. Quando a privação da vida constituir crime de genocídio, entende-se que nenhuma disposição do presente artigo autorizará qualquer Estado Parte do presente Pacto a eximir-se, de modo algum, do cumprimento de qualquer das obrigações que tenham assumido em virtude das disposições da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio.

4. Qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderá ser concedido em todos os casos.

5. A pena de morte NÃO deverá ser imposta em casos de crimes cometidos por pessoas menores de 18 anos, nem aplicada a mulheres em estado de gravidez.

6. Não se poderá invocar disposição alguma do presente artigo para retardar ou impedir a abolição da pena de morte por um Estado Parte do presente Pacto.

Outrossim, o PIDCP dispõe, em seu 4º segmento, o que é instituído como sendo o *Comitê de Direitos Humanos*, que se faz responsável pelo recebimento de relatórios e comunicações provenientes dos Estados-parte quanto aos direitos que constam no pacto. Tal comitê se constitui de nacionais escolhidos dentro de cada

¹⁰ Disponível em: <https://dhg1h5j42swfq.cloudfront.net/2016/02/10212842/Aula-04-Pacto-Internacional-dos-Direitos-Civis-e-Pol%C3%ADticos.pdf> Acesso em: 10 de outubro de 2017.

Estado subscritor. Em seus artigos 28 ao 45, o Pacto explicita a composição do Comitê e o comprometimento quanto à produção de relatórios e procedimentos e implementação das comunicações interestatais. O artigo 28, o artigo 40, inciso 1 e o artigo 41, também no seu inciso 1, exemplificam esses pontos:

Art. 28 - 1. Constituir-se-á um Comitê de Diretores Humanos (doravante denominado o "Comitê" no presente Pacto). O Comitê será composto de DEZOITO MEMBROS e desempenhará as funções descritas adiante. 2. O Comitê será integrado por nacionais dos Estados Partes do presente Pacto, os quais deverão ser pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direito humanos, levando-se em consideração a utilidade da participação de algumas pessoas com experiências jurídicas. 3. Os membros do Comitê serão eleitos e exercerão suas funções a título pessoal.

Art. 40 - 1. Os Estados-parte do presente Pacto comprometem-se a submeter RELATÓRIOS sobre as medidas por eles adotadas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e sobre o processo alcançado no gozo desses direitos: a) Dentro do prazo de um ano, a contar do início da vigência do presente pacto nos Estados Partes interessados; b) A partir de então, sempre que o Comitê vier a solicitar.

Art. 41 - 1. Com base no presente Artigo, todo Estado Parte do presente Pacto poderá declarar, A QUALQUER MOMENTO, que reconhece a competência do Comitê para RECEBER E EXAMINAR AS COMUNICAÇÕES em que um Estado Parte alegue que outro Estado Parte não vem cumprindo as obrigações que lhe impõe o presente Pacto. As referidas comunicações só serão recebidas e examinadas nos termos do presente artigo no caso de serem apresentadas por um Estado Parte que houver feito uma declaração em que reconheça, com relação a si próprio, a competência do Comitê. O Comitê não receberá comunicação alguma relativa a um Estado Parte que não houver feito uma Direitos Humanos PIDCP Prof. Ricardo Torques Prof. Ricardo Torques www.estrategiaconcursos.com.br 21 de 30 declaração dessa natureza. (...)¹¹

Em sua 5ª parte o PIDCP estabelece as regras de interpretação conforme disposto seus artigos 46 e 47.

ARTIGO 46. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento das disposições da Carta das Nações Unidas e das constituições das agências especializadas, as quais definem as responsabilidades respectivas dos diversos órgãos da Organização das Nações Unidas e das agências especializadas relativamente às questões tratadas no presente Pacto. ARTIGO 47 Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento do direito inerente a todos os povos de desfrutar e utilizar plena e livremente suas riquezas e seus recursos naturais.

Já em sua última seção, constam as regras para a entrada em vigor do Pacto dentro do território dos Estados-parte assim como a vinculação dos Estados ao PIDCP, conforme explicitado nos artigos 48 ao 53. O artigo 48 exemplifica

ARTIGO 48 1. O presente Pacto está aberto à assinatura de todos os Estados membros da Organização das Nações Unidas ou membros de qualquer de suas agências especializadas, de todo Estado Parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, bem como de qualquer de suas agências especializadas, de todo Estado Parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, bem como de qualquer outro Estado convidado pela Assembleia-Geral a tornar-se Parte do presente Pacto. 2. O presente Pacto está sujeito à ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas. 3. O presente Pacto está aberto à adesão de qualquer dos Estados mencionados no parágrafo 1 do presente artigo. 4. Far-se-á a adesão mediante

¹¹ Disponível em: <https://dhg1h5j42swfq.cloudfront.net/2016/02/10212842/Aula-04-Pacto-Internacional-dos-Direitos-Civis-e-Pol%C3%ADticos.pdf> Acesso em: 10/10/2017.

depósito do instrumento de adesão junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas. 5. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas informará todos os Estados que hajam assinado o presente Pacto ou a ele aderido do depósito de cada instrumento de ratificação ou adesão.

c) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é um tratado multilateral adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e está em vigor desde 3 de janeiro de 1976. O tratado agrega os direitos de segunda dimensão, estabelecendo que seus membros devem atuar com o intuito de conceder direitos econômicos, sociais e culturais para as pessoas físicas, incluindo aí os direitos trabalhistas, o direito à saúde, além do direito à educação e a um padrão de vida decente, adequado. Interessante observar que o pacto já trazia várias questões que hoje se discute em termos doutrinários e hermenêuticos no que toca a eficácia dos direitos sociais, como o princípio da reserva do possível. Assim o tratado apresenta algumas características peculiares, em razão da própria dimensão afirmativa dos direitos de 2ª geração: introduz uma implementação progressiva dos direitos e, em adição a isso, é condizente com os recursos que o Estado dispõe.

O Pacto traz ainda algumas orientações interpretativas que também explicitam a ideia do princípio da vedação do retrocesso social. Uma primeira orientação seria a não admissão de interpretação capaz de abolir ou restringir direito assegurado. Em um segundo ponto o Pacto veda a aplicação da legislação interna do país se esta estipular regras menos favoráveis que as constantes do Pacto.

Conforme nos informa a ONU, em início de 2018, o pacto contava com a adesão de 166 membros. Porém alguns países como Estados Unidos da América, que o assinou em 5 de outubro de 1977, e Cuba, que o assinou em 28 de fevereiro de 2008, ainda não o ratificaram.

Saindo do âmbito dos Instrumentos Gerais podemos passar ao entendimento de quais são e como se inserem os Instrumentos normativos classificados como Especiais, dentro do Sistema da ONU.

Os instrumentos normativos *especiais* são voltados, fundamentalmente, à prevenção da discriminação ou à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem tutela especial. Assim a proteção contra tortura, penas cruéis, discriminação, racial ou de gênero se enquadram nessa perspectiva. A construção normativa foi se estruturando ao longo do tempo sobre a forma de várias convenções e entre elas estão a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984 e que foi ratificada pelo Brasil em 1989. Outros exemplos são a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965 (ratificada pelo Brasil em 1968); a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de

Discriminação contra a Mulher de 79; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965; Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989; Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948.

1.2 Os mecanismos de efetivação dos Tratados de Direitos Humanos

Segundo o jurista italiano Norberto Bobbio (1992), as atividades internacionais na área de proteção dos direitos humanos podem ser classificadas em três categorias: Promoção, Controle e Garantia. As atividades de promoção compõem o conjunto de ações destinadas ao fomento e ao aperfeiçoamento dos direitos humanos pelos Estados.

As atividades de controle tratam das ações que cobram dos Estados a observância das obrigações por eles contraídas internacionalmente e manifestadas nos tratados internacionais dos quais são signatários.

A atividade de garantia, por sua vez, diz respeito à jurisdição internacional que deve se impor concretamente sobre as jurisdições nacionais. Essa modalidade de proteção dos direitos deixa de operar dentro dos limites político-geográficos dos Estados, mas contra estes mesmos Estados e em defesa dos cidadãos. Assim, são criados órgãos que têm por finalidade a aplicação dos tratados internacionais em prol dos direitos humanos, quando violados pelo próprio Estado. Assim, buscando a vigilância, supervisão, monitoramento e fiscalização do cumprimento dos instrumentos normativos gerais e especiais de proteção aos Direitos Humanos foram criados organismos e mecanismos extra convencionais e convencionais. Os convencionais, como o próprio nome expressa, são aqueles pactuados pelos Estados que participam dos tratados de Direitos Humanos e, portanto, já previstos no documento protetivo. São chamados em inglês de *treaty-monitoring bodies* (órgãos de monitoramento de tratados). Os extras convencionais, por sua vez, não estão baseados em acordos específicos, e são extraídos de uma interpretação alargada dos objetivos da ONU de proteção dos Direitos Humanos e do dever de cooperação dos Estados em perseguir esses objetivos.

Borges e Borges (2016) nos explicam melhor essa diferença:

(...) Os procedimentos convencionais distinguem-se dos procedimentos extraconvencionais, já que esses obrigam os Estados contratantes, enquanto os procedimentos extraconvencionais buscam vincular os membros da Organização, sem o recurso às convenções específicas. (...) O termo extraconvencional, apesar de inexato, é utilizado justamente para enfatizar a diferença entre procedimentos coletivos nascidos de convenções específicas (...) e os procedimentos adotados pela Organização que nascem baseados em dispositivos genéricos...

Por outro lado, como apresentam Gianella e Castanheira (2016), esses mecanismos também podem operar tanto ao serem provocados pelo interessado (sistema de petições), quanto *ex officio* (sistema de relatórios e investigações):

a) O Sistema de Petições: Consiste nas reclamações individuais ou de Estados, cujas condições de admissibilidade estão consignadas nos respectivos instrumentos de

direitos humanos que as preveem. Não raras vezes podem surgir problemas pela utilização simultânea ou sucessiva de procedimentos distintos de petição, diante da multiplicidade e diversidade dos tratados na esfera mundial e regional. A configuração da "mesma matéria" sendo tratada por diferentes órgãos internacionais, em procedimentos distintos, é averiguada em relação ao objeto da causa *ratione materiae* e em relação às partes *ratione personae*. Configurada a identidade, tem prevalência para examinar a questão o órgão da Convenção que der a mais ampla proteção ao direito lesado. Em princípio, cabe ao reclamante escolher qual o procedimento, dentre os previstos nos instrumentos coexistentes, que considere mais favorável a seu caso, pois terá que arcar com a solução dada. O direito internacional pretende ser um *droit de protection* o mais efetivo possível e, assim, não condiciona nem limita o uso dos instrumentos internacionais, deixando o caminho livre ao reclamante.

b) O Sistema de Relatórios: É um método de controle dos direitos humanos exercido *ex officio* pelos órgãos de supervisão internacional instituídos nos tratados, ou pelos Estados-partes. Diversos tratados de direitos humanos dispõem que os Estados-partes devem enviar relatórios periódicos aos órgãos de supervisão, a fim de informarem sobre o cumprimento dos pactos. Recebidos os relatórios, os órgãos de supervisão, por sua vez, elaboram seus relatórios, que eventualmente servem de base para tomada de medidas contra os Estados-partes. c) Os Procedimentos de Investigação: Podem ser permanentes ou ad hoc. Os primeiros são institucionalizados, pois previstos nos tratados para situações específicas. Os últimos decorrem indiretamente do sistema de relatórios e de petições, uma vez que se iniciam a partir do recebimento de uma comunicação de violação aos direitos humanos. Estas investigações compreendem visitas *in loco*, contratação de profissionais peritos em determinadas matérias para avaliarem as queixas, oitiva de testemunhas e produção de provas em geral.

1.3 Organismos e mecanismos de defesa do Sistema Global dos Direitos Humanos

No que toca ao Sistema Global, existem três organismos e mecanismos de proteção e defesa dos Direitos Humanos: O conselho de Direitos Humanos da ONU; os comitês de Direitos Humanos da ONU, os relatores especiais e os grupos de trabalho.

1.3.1 O conselho de Direitos Humanos da ONU

Criado pela Assembleia Geral em 2006 (pela resolução 60/251), sendo considerado o herdeiro da extinta Comissão de Direitos Humanos (1946-2006). É um órgão intergovernamental, composto por 47 Estados eleitos pela Assembleia Geral, com competência específica na área dos direitos humanos. Em suas sessões participam, não só Estados membros, mas também Estados observadores, ONG e instituições nacionais de direitos humanos. Há 3 sessões ordinárias por ano, no mínimo durante dez semanas, assim como em sessões extraordinárias. Realiza debates e adota resoluções e decisões sobre questões e situações de direitos humanos. É por sua iniciativa que, em geral, são elaborados novos instrumentos internacionais nesta área. Sua sede está em Genebra, sendo o seu secretariado assegurado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

Estabeleceu diversos mecanismos subsidiários para auxiliá-lo no seu trabalho: os procedimentos especiais, o Comitê Consultivo, o mecanismo de Revisão Periódica Universal, um procedimento de queixa e diversos outros grupos de trabalho.

1.3.2 Os comitês de Direitos Humanos da ONU

Os Comitês são considerados mecanismos convencionais de proteção dos direitos humanos, isto porque são geralmente criados por meio de convenções internacionais. São compostos por especialistas em matéria de direitos humanos, independentes e autônomos, à disposição do Comitê. Suas principais funções e atribuições são examinar relatórios dos governos e da sociedade civil, na perspectiva do monitoramento da implementação dos tratados de direitos humanos nos Estados-partes, bem como receber e considerar as comunicações interestatais e as petições individuais; auxiliar os Estados a melhorar a implementação dos tratados de direitos humanos, no âmbito interno. Também elaboraram observações gerais sobre os direitos e as disposições contidas nos tratados, com vistas a assistir os Estados-partes no cumprimento de suas obrigações concernentes à apresentação de informes, além de contribuir para esclarecer sobre a interpretação do significado e do conteúdo dos tratados de direitos humanos. (Borges e Borges, 2011). O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, por exemplo, é monitorado pelo Comitê de Direitos Humanos para monitorar a implementação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Assim também como existe o Comitê de Direitos Humanos para monitorar a implementação do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, dentre outros relacionados a pactos contra a discriminação racial; tortura, direitos das crianças, discriminação contra a mulher.

1.4 Os relatores especiais e os grupos de trabalho

Relatores especiais são *experts* independentes, designados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, mediante mandato (temáticos – quando se referem a situações específicas de direitos humanos; e por países – quando se referem à situação dos direitos humanos em determinados países), que dispõem de poderes de investigar situações de violações de direitos humanos, através de visitas *in loco*. Recebem denúncias ou comunicações, e oferecem recomendações de como a violação pode ser solucionada, devendo prestar contas anuais ao Conselho. Em dezembro de 2017 haviam 44 mandatos temáticos¹² investigando questões como detenção arbitrária, direito das pessoas com deficiência, desaparecimentos forçados ou involuntários, direito à liberdade de opinião e expressão, discriminação contra

¹² Cf. registrado pelo Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos das Nações (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights - OHCHR), disponível em : <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Currentmandateholders.aspxv>. Acesso em: 14 de outubro de 2017.

peessoas acometidas por hanseníase e seus familiares, os direitos humanos das pessoas com albinismo, dentre muitas outras. O Brasil já recebeu a visita de diversos relatores especiais temáticos, tais como, da relatora sobre a eliminação da violência contra a mulher, em 1996; do relator sobre a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, em 2000; do relator sobre o direito à alimentação, em 2002; do relator sobre a venda de crianças, prostituição e pornografia infantil, em 2003; da relatora sobre execuções sumárias, arbitrárias ou extrajudiciais, também em 2003; do relator sobre o direito ao desenvolvimento, em 2004; do relator referente ao direito à moradia adequada, em 2004 e do relator sobre a independência dos juízes, também em 2004 (Borges e Borges, 2011).

Os relatores especiais compõem grupos que irão atuar nos casos identificados e/ou denunciados que afluem à ONU. Há dois grupos de trabalho permanentes em funcionamento, vinculados à Comissão de Direitos Humanos, ambos relacionados à proteção dos direitos civis e políticos. São eles: o Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários (composto por cinco membros experts independentes) e o Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária (também composto por cinco membros experts independentes).

1.5 As principais conquistas relacionadas aos Direitos Humanos segundo a ONU

Sendo resultado de um processo histórico de construção de direitos, a ONU listou em 2003¹³, as 20 conquistas mais importantes relacionadas aos DH desde 1993, ano em que se deu a criação do cargo de Alto Comissário para os Direitos Humanos, que foi visto como uma voz independente e com autoridade apontando as violações daqueles direitos em nível global. Atuando em atividades de monitoramento, treinamento e apoio legal, contribuiu para que reformas legislativas e políticas promovedoras dos direitos humanos fossem implantadas e desenvolvidas.

1 – Os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos e o direito ao desenvolvimento são reconhecidos como direitos universais, indivisíveis e direitos mutuamente fortalecidos de todos os seres humanos, sem distinção. A não discriminação e a igualdade têm sido cada vez mais reafirmadas como princípios fundamentais do direito internacional dos direitos humanos e como elementos essenciais da dignidade humana.

2 – Os direitos humanos tornaram-se fundamentais para o discurso global sobre paz, segurança e desenvolvimento.

3 – Novos padrões de direitos humanos foram construídos com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a implementação de tratados internacionais sobre os direitos humanos foi significativamente melhorada.

4 – Proteções adicionais explícitas no direito internacional agora englobam crianças, mulheres, vítimas de tortura, pessoas com deficiência, instituições regionais, entre outros. Onde houver alegações de violações, os indivíduos podem apresentar queixas aos órgãos de tratados internacionais de direitos humanos.

¹³ Cf registrado pelo Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos das Nações (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights - OHCHR), disponível em : http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/OHCHR20_Backup/Pages/Achievements.aspx

5 – Os direitos das mulheres agora são reconhecidos como direitos humanos fundamentais. Discriminação e atos de violência contra as mulheres estão na vanguarda do discurso de direitos humanos.

6 – Há um consenso global de que graves violações dos direitos humanos não devem ficar impunes. As vítimas têm o direito de exigir justiça, inclusive em processos da restauração do Estado de Direito após conflitos. O Tribunal Penal Internacional traz autores de crimes de guerra e crimes contra a humanidade à justiça.

7 – Tem havido uma mudança de paradigma no reconhecimento dos direitos humanos das pessoas com deficiência, especialmente e fundamentalmente, no seu direito de participar efetivamente em todas as esferas da vida nas mesmas condições que os demais.

8 – Existe um quadro internacional que reconhece os desafios enfrentados pelos migrantes e suas famílias e garante os seus direitos e os direitos dos imigrantes que não possuem documentos.

9 – Os direitos de lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros foram colocados na agenda internacional.

10 – Os desafios enfrentados pelos povos indígenas e pelas minorias estão sendo cada vez mais identificados e abordados pelos mecanismos internacionais de direitos humanos, especialmente no que diz respeito ao seu direito à não discriminação.

11 – O Conselho de Direitos Humanos, criado em 2006, abordou questões vitais e sensíveis e a sua Revisão Periódica Universal, estabelecida no mesmo ano, permitiu que os países avaliassem os registros de direitos humanos uns dos outros, fazendo recomendações e prestando assistência para a sua melhoria.

12 – Especialistas e grupos independentes de direitos humanos monitoram e investigam a partir de uma perspectiva temática ou específica de cada país. Eles cobrem todos os direitos em todas as regiões, produzindo relatórios públicos precisos que aumentam a responsabilidade e ajudam no combate à impunidade.

13 – Estados e as Nações Unidas reconhecem o papel fundamental da sociedade civil na promoção dos direitos humanos. A sociedade civil tem estado na vanguarda da promoção e proteção dos direitos humanos, identificando problemas e propondo soluções inovadoras, pressionando por novas diretrizes, contribuindo para as políticas públicas, dando voz aos que não têm poder, construindo a consciência mundial sobre os direitos e liberdades e ajudando na construção da mudança sustentável.

14 – Existe uma conscientização intensificada e uma demanda crescente por pessoas em todo o mundo para uma maior transparência e prestação de contas do governo e para o direito de participar plenamente na vida pública.

15 – Instituições de direitos humanos tornaram-se mais independentes e competentes e exercem uma poderosa influência sobre o governo. Mais de um terço de todos os países estabeleceram uma ou mais dessas instituições.

16 – O Fundo das Nações Unidas para as Vítimas de Tortura tem ajudado centenas de milhares de vítimas de tortura a reconstruir suas vidas. Da mesma forma, o Fundo Voluntário das Nações Unidas sobre Formas Contemporâneas de Escravidão, com a sua abordagem única voltada para a vítima, tem prestado ajuda humanitária, legal e financeira através de mais de 500 projetos para os indivíduos cujos direitos humanos foram violados.

17 – Vítimas do tráfico agora são vistas como intituladas a todos os direitos humanos e não mais como criminosas.

18 – Um consenso crescente está emergindo: as empresas têm responsabilidades de direitos humanos.

19 – Existem diretrizes para os Estados que apoiam a liberdade de expressão para definir onde o discurso constitui uma incitação direta ao ódio ou à violência.

20 – O organismo da lei internacional dos direitos humanos continua evoluindo e expandido para tratar de questões emergentes de direitos humanos, tais como os direitos das pessoas idosas, o direito à verdade, um ambiente limpo, água e saneamento e comida.

2. Os Sistemas Regionais de Direitos Humanos

O aparecimento e desenvolvimento dos sistemas regionais de proteção de DH tem confirmado a crescente internacionalização dos direitos humanos em nível regional.

Esse fenômeno confirma a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve ser reduzida ao nível interno-nacional, já que ela manifesta um interesse internacional legítimo e que tem se desdobrado também em proteção em níveis distintos, com diferentes amplitudes territoriais.

Hoje existem três grandes Sistemas Regionais: o Sistema Europeu de Direitos Humanos; o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Sistema Africano de Direitos Humanos.

O formato clássico dos sistemas de proteção regional foi definido na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, com a criação de uma comissão e uma corte. Na atualidade, porém, os sistemas regionais podem adotar também formatos diferentes.

Os sistemas regionais se encontram geograficamente localizados e seguem em linhas gerais um desenho básico similar: a) a adoção de um catálogo de direitos a serem observados pelos povos e Estados que adotaram o sistema; b) em seguida, os sistemas criam mecanismos para assegurar o cumprimento dessas normas.

O procedimento é comum nos três sistemas: uma vez que uma determinada pessoa tenha percorrido todos os caminhos disponibilizados internamente por sua ordem jurídica, para ter seus direitos protegidos e houve recusa de proteção pela jurisdição de seu Estado, ela pode se dirigir a comissão de direitos humanos criada pelo sistema regional.

Nesse sentido, os sistemas regionais têm um caráter subsidiário, pois não devem se substituir à jurisdição do Estado, mas podem ser acionados quando o Estado falha na proteção dos direitos humanos/fundamentais.

Em comparação com o sistema global, nos sistemas regionais, temos a possibilidade de definir os direitos humanos a partir de uma perspectiva regional e adotar mecanismos de cumprimento que se adequem melhor à realidade local.

2.1 Os Sistemas Regionais de Proteção de Direito Humanos na Europa e África

O Sistema Europeu de proteção de Direitos Humanos foi criado com a Convenção Europeia de Direitos Humanos em 1950. É o mais antigo e consolidado modelo no âmbito regional e se tornou o padrão clássico de proteção.

O seu sistema de monitoramento de Direitos Humanos tem sido considerado o mais avançado do mundo quer “seja pelo texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos (com suas várias reformas, via Protocolos Adicionais), seja pela farta jurisprudência da Corte Europeia em matéria de proteção desses direitos” (Mazzuoli, 2010).

2.1.1 A Convenção Europeia de Direitos Humanos e seus protocolos adicionais

A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi elaborada no seio do Conselho da Europa assinada em Roma em 1950 e entrou em vigor em setembro de 1953. Tratava-se, na intenção dos seus autores originais, de tomar as medidas a assegurar a garantia de alguns dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Desde então tem sido atualizada e modificada por protocolos adicionais.

Os Protocolos nº 1, 4, 6 e 7 acrescentaram direitos e liberdades aos direitos e liberdades que estavam consagrados na Convenção. O Protocolo nº 2 deu ao Tribunal o poder de emitir pareceres consultivos.

O Protocolo nº 9 abriu aos requerentes individuais a possibilidade de transmitir o caso ao Tribunal, sob reserva da ratificação do referido Protocolo pelo Estado requerido e da aceitação da transmissão por um comitê de filtragem.

O Protocolo nº 11 reestruturou o mecanismo de controle da Convenção.

Os outros Protocolos eram relativos à organização das instituições criadas pela Convenção e aos respectivos aspectos processuais.

Assim, conforme nos ensina Mazzuoli (2010) a Convenção Europeia é composta de três partes.

Na primeira (Título I, art. 2º a 18) são elencados os direitos e liberdades fundamentais, essencialmente civis e políticos, como o direito à vida, à proibição da tortura, à liberdade, à segurança, a um processo equitativo, à vida privada e familiar, à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, à liberdade de expressão, de reunião e de associação, ao casamento, a um recurso efetivo, à proibição de discriminação etc.

Na segunda parte (Título II, art. 19 a 51) a Convenção regulamenta a estrutura e funcionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos (v.g., o número de juízes, eleição dos mesmos, duração do mandato, questões sobre admissibilidade e arquivamento de petições, sobre intervenção de terceiros, sobre as sentenças da Corte, sua fundamentação e força vinculante, competência consultiva da Corte, privilégios e imunidades dos juízes etc.).

E, finalmente, na terceira parte (Título III, art. 52 a 59) a Convenção estabelece algumas disposições diversas, como as requisições do Secretário-Geral do Conselho de Europa, poderes do Comitê de Ministros, reservas à Convenção, sua denúncia etc.

A fim de alargar o seu rol normativo originário, ainda nos ensina Mazzuoli (2010).

foram ainda concluídos no sistema regional europeu – ao contrário do sistema interamericano, que conta com apenas dois protocolos substanciais à Convenção Americana: um sobre direitos econômicos, sociais e culturais, de 1988, e outro sobre abolição da pena de morte, de 1990 – vários protocolos à Convenção Europeia que preveem direitos substantivos [...]

Assim a estrutura normativa do sistema regional europeu se apresenta desta forma, como sistematizado pelo Gabinete de Documentação e Direito Comparado/GDDC:

Epígrafes dos artigos da Convenção Europeia, introduzidos pelo Protocolo n.º 14 da Convenção de 1950: artigo 2.º: Direito à vida; artigo 3.º: Proibição da tortura; artigo 4.º: Proibição da Escravatura e do Trabalho Forçado; artigo 5.º: Direito à Liberdade e à Segurança; artigo 6.º: Direito a um Processo Equitativo; artigo 7.º: Princípio da Legalidade; artigo 8.º: Direito ao Respeito pela Vida Privada e Familiar; artigo 9.º: Liberdade de Pensamento, de Consciência e de Religião; artigo 10.º: Liberdade de Expressão; artigo 11.º: Liberdade de Reunião e de Associação; artigo 12.º: Direito ao Casamento; artigo 13.º: Direito a um Recurso Efetivo; artigo 14.º: Proibição de Discriminação.

Protocolo n.º 1: artigo 1.º: Proteção da Propriedade; artigo 2.º: Direito à Instrução; artigo 3.º: Direito a Eleições Livres.

Protocolo n.º 4: artigo 1.º: Proibição da Prisão por Dívidas; artigo 2.º: Liberdade de Circulação; artigo 3.º: Proibição da Expulsão de Nacionais; artigo 4.º: Proibição de Expulsão Coletiva de Estrangeiros;

Protocolo n.º 6: artigo 1.º: Abolição da Pena de Morte;

Protocolo n.º 7: artigo 1.º: Garantias Processuais no Caso de Expulsão de Estrangeiros; artigo 2.º: Direito a um Duplo Grau de Jurisdição em Matéria Penal; artigo 3.º: Direito a Indenização em Caso de Erro Judiciário; artigo 4.º: Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez; artigo 5.º: Igualdade entre os cônjuges.

2.1.3.O Tribunal Europeu de Direitos Humanos ou Direitos do Homens¹⁴

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) é também chamado de Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e nas suas versões em inglês e francês (línguas oficiais da corte) é, respectivamente European Court of Human Rights (ECHR) e Cour Européenne des Droits de L'Homme (CEDH). O Tribunal foi criado em 1959. Porém em 1998, com o Protocolo n.º. 11 foi reorganizado se tornando um órgão permanente do Conselho da Europa. Assim, em 31 de outubro de 1998, o antigo Tribunal cessou sua existência, passando a funcionar a partir de então o novo Tribunal, como hoje o conhecemos.

Sua função primordial é basicamente assegurar a aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, assinada inicialmente em 1950. Sua sede encontra-

¹⁴ Convenção de 1950: texto disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html> Acessado em: 10 de outubro de 2017. Protocolo n.º 1: texto disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-20-03-952-ets-9.html> Acessado em: 10 de outubro de 2017. Protocolo n.º 4: texto disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-16-9-963-ets-46.html> Acessado em: 10 de outubro de 2017. Protocolo n.º 6: texto disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-28-4-983-ets-114.html> Acessado em: 10 de outubro de 2017. Protocolo n.º 7: texto disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-22-11-1984-ets-117.html> Acessado em: 10 de outubro de 2017. art. 47 do Regulamento do TEDU: texto completo disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Rule_47_POR.pdf Acessado em: 10 de outubro de 2017.

se em Estrasburgo, na França, no Palácio dos Direitos do Homem. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem jurisdição sobre 47 países que se sujeitam à proteção do sistema regional europeu. São eles: Albânia; Alemanha; Andorra; Arménia; Áustria; Azerbaijão; Bélgica; Bielorrússia; Bósnia e Herzegovina; Bulgária; Chipre; Croácia; Dinamarca; Espanha; Estónia; Finlândia; França; Geórgia; Grécia; Hungria; Irlanda; Islândia; Itália; Letónia; Liechtenstein; Lituânia; Luxemburgo; Macedónia; Malta; Moldávia; Mónaco; Noruega; Países Baixos; Polónia; Portugal; Roménia; Reino Unido; República Checa; Rússia; San Marino; Sérvia; Eslováquia; Eslovênia; Suécia; Suíça; Turquia; Ucrânia.

A Corte tem competência para: a) interpretar a Convenção Europeia de Direitos Humanos e seus documentos adicionais; b) julgar e condenar os Estados (a ela vinculados) que violem os direitos humanos previstos na Convenção.

Isto significa que: a) o direito violado deve estar consagrado na Convenção Europeia ou em seus Protocolos adicionais. Se o direito estiver reconhecido por outros instrumentos internacionais ou pela lei interna, mas não estiver expressamente consagrado na Convenção, a Corte não pode intervir; b) como a Convenção visa a proteção dos direitos do Homem relativamente contra atos praticados pelo Estado ou de sua responsabilidade, estão, em princípio, fora do âmbito da Convenção, os atos violadores dos direitos humanos praticados por particulares, em que o Estado não possa, direta ou indiretamente, ser por eles responsabilizado. Recorde-se que a Convenção é um instrumento de proteção contra o Estado.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, instituído pela Convenção, com as alterações do Protocolo n.º 11, é composto por um número de juízes igual ao de Estados contratantes (atualmente quarenta e sete).

Não existe nenhuma restrição quanto ao número de juízes de mesma nacionalidade, logo não há representação paritária, por exemplo, pois os juízes exercem as suas funções a título individual e não representam os Estados.

Não podem exercer uma atividade incompatível com os seus deveres de independência e imparcialidade ou com a disponibilidade exigida pelo desempenho de funções a tempo inteiro.

Os juízes são eleitos por um mandato de nove anos não renovável, pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, não sendo admitidos juízes com mais de 70 anos de idade.

O Tribunal, reunido em assembleia plenária, elege o seu presidente, dois vice-presidentes e dois presidentes de câmara por um período de três anos.

O Tribunal funciona com diferentes composições. Há uma atuação monocrática, isto é, de um juiz singular. Mas há também atuação em colegiado: os comités de três juízes; as secções de sete juízes, e uma grande câmara de dezessete juízes.

A pedido da Assembleia Plenária do Tribunal, o Comité de Ministros do Conselho da Europa pode reduzir o número de juizes das secções de sete para cinco.

Já o cumprimento das decisões do Tribunal está sob a responsabilidade do Conselho da Europa.

O acesso à Corte se dá de forma direta, pois a Corte recebe petições diretamente dos indivíduos, mediante adoção de um formulário para peticionamento (chamado de queixa), nos termos do art. 47 do Regulamento do TEDU, que deverá ser enviado pelo correio para a corte (aceita-se também fax e correio eletrónico).

É necessário que aquele que apresente a queixa seja, ele próprio, vítima direta da violação estatal.

Nos termos da Convenção, podem queixar-se ao Tribunal, no caso de violação dos seus direitos por parte do Estado, todas as pessoas dependentes da jurisdição deste: pessoas singulares ou coletivas (sociedades, associações), nacionais, estrangeiras e mesmo apátridas.

No entanto, só aqueles cujos direitos e liberdades foram violados, ou alguém em sua representação, têm legitimidade para se queixar, sendo necessário que a violação tenha efetivamente ocorrido, em alguns casos esteja na iminência de o ser, e que o titular do direito não tenha obtido das autoridades do Estado reparação considerada suficiente.

Um Estado também pode oferecer queixa contra um outro Estado contratante da Convenção por violação da própria convenção.

Embora aconselhável, não há obrigatoriedade de que a parte seja representada por advogado ao formular a queixa. O advogado passa a ser obrigatório se houver audiência e se a queixa for admitida. O Conselho da Europa criou um sistema de assistência judiciária para os necessitados.

As queixas podem ser apresentadas numa das línguas oficiais dos Estados contratantes. Depois de uma queixa ser declarada admissível, uma das línguas oficiais do Tribunal deverá ser utilizada (inglês ou francês), salvo se o presidente da secção/tribunal pleno autorizar o uso da língua até aí utilizada na queixa.

No sitio do Tribunal Europeu de Direitos Humanos encontram-se, em diversas línguas, esclarecimentos, informações e instruções para as pessoas que pretendem pleitear o amparo da Corte. No que toca à admissibilidade da queixa: a) o Tribunal só pode apreciar queixas por violação dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção se o queixoso tiver esgotado, no seu país, todos os meios, judiciais e/ou administrativas, que a lei lhe faculta para tentar remediar a violação – é o aspecto da subsidiariedade; b) por outro lado, o Tribunal só pode receber queixas que lhe sejam apresentadas até seis meses após a decisão interna definitiva. Assim, para encaminhar a queixa ao Tribunal não se pode deixar passar mais de seis meses (QUATRO a partir da entrada em vigor do Protocolo n.º 15 à Convenção) da decisão definitiva – há um prazo prescricional; c) O Tribunal ainda

não pode apreciar queixas anónimas, nem queixas que sejam essencialmente as mesmas que uma queixa anteriormente examinada pela Comissão Europeia ou pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional.

Recorde-se ainda que a Comissão Europeia dos Direitos Humanos não está mais funcionando.

A Comissão foi extinta e suas funções absorvidas pelo novo TEDH -Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - que começou a funcionar em 01 de novembro de 1998, data da entrada em vigor do Protocolo nº 11.

Todavia, na conformidade do Protocolo nº 11, a Comissão continuou em atividade durante um ano (até 31 de outubro de 1999), para examinar os casos declarados admissíveis antes da data de entrada em vigor do referido Protocolo. Desde então ela não mais persiste.

Assim, sob o aspecto jurisdicional, o sistema europeu funciona apenas com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, restando superado aquele modelo originariamente tradicional de uma comissão e uma corte (como é o caso do sistema interamericano que será visto nas aulas 08 e 09) dos sistemas internacionais) que foi o modelo inaugural adotado pelo Conselho da Europa em 1950.

2.1.4. O Sistema Regional Africano de Proteção dos Direitos Humanos

O sistema regional africano de proteção dos direitos humanos começou por se desenvolver no seio da **Organização de Unidade Africana** (OUA), hoje União Africana - criada em 2002 - em substituição a OUA. Sua sede está na cidade de **Addis Abeba** na Etiópia.

Num esforço de inserir a África no cenário internacional, promovendo os valores dos DH assegurados internacionalmente, assim como preservar a especificidade das nações africanas, as metas da Unidade Africana são: a) obter uma maior unidade e solidariedade entre os países e os povos da África; b) respeitar a soberania, a integridade territorial e a independência dos seus Estados Membros; c) acelerar a integração política e socioeconômica da África; d) Promover posições africanas comuns; e) encorajar a cooperação internacional; f) promover a paz, a segurança e a estabilidade da África; g) Promover os princípios e as instituições democráticas; h) promover e proteger os direitos do homem; i) criar as condições que permitam a África desempenhar o papel que lhe compete na economia mundial; j) promover o desenvolvimento sustentável e a integração das economias africanas; k) coordenar e harmonizar as políticas entre as Comunidades Econômicas Regionais existentes e futuras, para a gradual realização dos objetivos da União; l) trabalhar em cooperação com os parceiros internacionais.

A União Africana é formada por 54 estados-membros: República Popular e Democrática da Argélia, Angola, o Benim, o Botsuana, o Burquina Faso, o Burundi, a República dos Camarões, Cabo Verde, a República Centro-Africana, o Chade, a

República Federal Islâmica das Comores, Congo, a Costa do Marfim, a República Democrática do Congo, o Djibuti, a República árabe do Egito, Estado da Eritreia, a Etiópia, a Guiné Equatorial, o Gabão, a Gâmbia, o Gana, a Guiné, Guiné Bissau, o Quênia, o Reino do Lesoto, a Libéria, a Líbia, Madagáscar, o Maláui, o Mali, a República Islâmica da Mauritânia, Maurício, Moçambique, a Namíbia, o Níger, a Nigéria, o Ruanda, a República árabe Saara Ocidental, São Tomé e Príncipe, o Senegal, as Seicheles, a Serra Leoa, a Somália, a África do Sul, o Sudão, o Sudão do Sul, o Reino da Suazilândia, a República Unida da Tanzânia, o Togo, a Tunísia, o Uganda, a Zâmbia, e o Zimbábue.

O Marrocos retirou-se em 1984 por causa do conflito da República do Saara Ocidental (República Árabe Saharai Democrática).

A República Centro-Africana foi suspensa da organização em março de 2013, devido a um golpe militar. Também a Guiné-Bissau e o Madagáscar estão suspensos desde 2013.

Para Flávia Piovesan (2016),

a recente história do sistema regional africano revela, sobretudo, a singularidade e a complexidade do continente africano, a luta pelo processo de descolonização, pelo direito de autodeterminação dos povos e pelo respeito às diversidades culturais. Revela, ainda, o desafio de enfrentar graves e sistemáticas violações aos direitos humanos.

O principal instrumento de direitos humanos do sistema africano é a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos - CADHP, que também é conhecida como a Carta de Banjul – cidade da Gâmbia onde o tratado foi assinado.

Ela foi adotada em janeiro de 1981 e entrou em vigor em 21 de outubro de 1986. Desde então é por essa razão que o dia 21 de outubro é considerado o *Dia Africano dos Direitos Humanos*.

A carta foi complementada, em 8 de outubro de 1998, quando o primeiro Protocolo mencionada Carta foi elaborado, criando o Tribunal/Corte Africana de Direitos dos Homens e dos Povos.

A CADHP foi claramente influenciada pelo conteúdo dos instrumentos de direitos humanos adotados, por exemplo, sob a égide das Nações Unidas.

Já para Flávia Piovesan (2016) a Carta é bastante original. Diz-nos a professora que

a Carta demarca sua feição própria e peculiar, que a distingue dos demais instrumentos internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos. Neste sentido, quatro aspectos do Preâmbulo merecem destaque, devendo orientar a interpretação da Carta.

O primeiro deles é a atenção conferida às tradições históricas e aos valores da civilização africana. São estas tradições e valores culturais africanos que caracterizarão e inspirarão a Carta Africana. A estes valores conjuga-se o processo de libertação da África, a luta por independência e dignidade dos povos africanos, o combate ao colonialismo e neocolonialismo, a erradicação do apartheid, do sionismo e de todas as formas de discriminação.

Relacionado a este primeiro aspecto, advém a gramática dos “direitos dos povos”, que, no dizer do preâmbulo, devem necessariamente garantir os direitos humanos.

Diversamente dos demais instrumentos de proteção, notadamente a Convenção Europeia e a Convenção Americana, a Carta Africana adota uma perspectiva coletivista, que empresta ênfase nos direitos dos povos e é a partir desta perspectiva que se transita ao indivíduo. No caso das Convenções mencionadas a ótica é liberal individualista, a fundamentar o catálogo de direitos civis e políticos nelas contemplados.

Assim, na Carta temos direitos individuais (como os chamados direitos civis e políticos); econômicos, sociais e culturais; direitos dos povos e deveres individuais.

Entre os direitos individuais enunciados, destacam-se os seguintes: a) proibição de qualquer discriminação no gozo dos direitos e liberdades garantidos pela Carta (artigo 2.º); b) direito à igualdade perante a lei e à igual proteção da lei (artigo 3.º); c) direito ao respeito da vida e da integridade pessoal do ser humano (artigo 4.º); d) direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana, incluindo a proibição da escravatura, do tráfico de escravos, da tortura e das penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 5.º); e) direito à liberdade e segurança da pessoa; proibição da prisão ou detenção arbitrária (artigo 6.º); f) direito a que a sua causa seja apreciada, e “direito de recorrer aos órgãos nacionais competentes de qualquer ato que viole” os direitos humanos da pessoa; direito à presunção de inocência até que a culpabilidade da pessoa seja estabelecida por um tribunal competente; direito de defesa; direito de ser julgado num prazo razoável por um tribunal imparcial; proibição da lei penal retroativa (artigo 7.º); g) liberdade de consciência, direito de professar e praticar livremente a sua religião (artigo 8.º); h) direito de receber informação e direito de manifestar e difundir as suas opiniões “no quadro das leis” (artigo 9.º); i) liberdades de associação (artigo 10.º) e de reunião (artigo 11.º); j) direito à liberdade de circulação e à escolha da residência no interior de um Estado; direito de deixar qualquer país, incluindo o seu, e de regressar ao seu próprio país; direito de asilo em caso de perseguição; proibição das expulsões em massa (artigo 12.º); k) direito de participar livremente no governo do seu país, diretamente ou através de representantes livremente escolhidos; direito de acesso em condições de igualdade às funções públicas do seu país e aos bens e serviços públicos (artigo 13.º); l) direito à propriedade (artigo 14.º); m) direito ao trabalho e direito a remuneração igual para trabalho igual (artigo 15.º); n) direito de gozar o melhor estado de saúde física e mental possível de atingir (artigo 16.º); o) direito à educação e direito de participar livremente na vida cultural do seu país (artigo 17.º); p) direito da família, dos idosos e dos deficientes a medidas especiais de proteção (artigo 18.º).

Quanto aos direitos dos povos, temos os seguintes: a) direito dos povos à igualdade (artigo 19.º); b) direito de todos os povos à existência, incluindo o direito à autodeterminação; direito de todos os povos à assistência na luta de libertação contra a dominação estrangeira, “quer esta seja de ordem política, económica ou cultural” (artigo 20.º); c) direito de todos os povos a dispor livremente das suas riquezas e recursos naturais (artigo 21.º); d) direito de todos os povos ao desenvolvimento económico, social e cultural (artigo 22.º); e) direito de todos os povos à paz e segurança a nível nacional e internacional (artigo 23.º); f) direito de todos os povos “a um meio ambiente satisfatório e global, propício ao seu desenvolvimento” (artigo 24.º).

A Carta enuncia, no seu artigo 27.º, deveres individuais para com determinados *grupos*, dizendo que “cada indivíduo tem deveres para com a família e a sociedade, para com o Estado e as outras coletividades legalmente reconhecidas e para com a Comunidade internacional”.

No artigo 28.º são referidos os deveres para com os *outros indivíduos*, nos seguintes termos: “cada indivíduo tem o dever de respeitar e de considerar os seus semelhantes sem nenhuma discriminação e de manter com eles relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito e a tolerância recíprocos”.

Por último, no artigo 29.º ficam consagrados outros deveres individuais específicos, como os seguintes: a) dever de preservar o desenvolvimento harmonioso da família (artigo 29.º, n.º 1); b) dever de servir a sua comunidade nacional (artigo 29.º, n.º 2); c) dever de não comprometer a segurança do Estado (artigo 29.º, n.º 3); d) dever de preservar e reforçar a solidariedade social e nacional (artigo 29.º, n.º 4); e) dever de preservar e reforçar a independência nacional e a integridade territorial do seu país (artigo 29.º, n.º 5); f) dever de trabalhar, na medida das suas capacidades e possibilidades, e de pagar impostos (artigo 29.º, n.º 6); g) dever de preservar e reforçar os valores culturais africanos positivos (artigo 29.º, n.º 7); h) dever de contribuir com o máximo das suas capacidades para a promoção e realização da unidade africana (artigo 29.º, n.º 8).

Os Estados Partes têm o dever de reconhecer os direitos e deveres enunciados na Carta, de adotar medidas legislativas ou de outra natureza para os implementar (artigo 1.º), especialmente nas áreas do ensino, da educação e da divulgação (artigo 25.º), de garantir uma administração da justiça independente e de criar instituições nacionais para promover e proteger os direitos humanos (artigo 26.º).

Além do tratado geral CADHP, existem também instrumentos mais específicos, voltados para determinadas áreas temáticas, como os direitos das mulheres e das crianças: o Protocolo à Carta Africana sobre os Direitos das Mulheres em África, de 2003 - até novembro de 2010, 28 Estados eram partes; a Carta Africana dos Direitos e do Bem-Estar das Crianças, de 1990, - com 45 Estados Partes até novembro de 2010.

Segundo o GDDC, o controle da aplicação do Protocolo à Carta Africana sobre os Direitos das Mulheres em África é realizado através de um mecanismo de apresentação de relatórios periódicos à Comissão Africana. Já a Carta Africana dos Direitos e do Bem-Estar das Crianças criou um Comité Africano de Peritos sobre os Direitos e o Bem-Estar da Criança que examina relatórios dos Estados Partes, aprecia queixas e efetua inquéritos.

Os principais órgãos de controle do sistema africano de direitos humanos são: a Comissão dos Direitos do Homem e dos Povos; o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos.

A Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos foi criada pelo artigo 30.º da Carta Africana.

Este órgão, composto por 11 peritos independentes com assento a título pessoal, é um organismo para-judicial, cujas decisões não são vinculantes, encarregado de fazer o acompanhamento da implementação da Carta, através da promoção dos direitos do Homem e dos Povos e garantia de sua proteção na África.

Quanto à dimensão de promoção: a Comissão realiza coleta de documentos, estudos, difusão de informação, formulação de recomendações, elaboração de regras e princípios e cooperação com outras instituições (artigo 45.º, n.º 1 da Carta).

Para assegurar a proteção dos direitos humanos: a Comissão Africana examina, em sessões públicas, relatórios apresentados bienalmente sobre as medidas, de ordem legislativa ou outra, tomadas com vista a tornar efetivas as disposições da Carta (artigo 62.º). Também examina queixas (comunicações) interestaduais e de outras entidades (incluindo particulares). Nesses casos, após tentativas de compor amistosamente a questão, a Comissão pode fazer recomendações (como estas não são obrigatórias, as decisões da Comissão são muitas das vezes esvaziadas).

Além da ausência de obrigatoriedade das decisões da Comissão, a mesma tem sofrido críticas severas, como alerta Moraes (2015), já que seus membros, idealizados como experts independentes, são muitas vezes ligados aos países, até mesmo como Embaixadores – o que compromete uma atuação isenta e independente de seus membros.

O Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos foi criado pelo Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos sobre o Estabelecimento de um Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, adotado em 1998 e entrando em vigor a 25 de Janeiro de 2004.

Os seus primeiros 11 juízes foram eleitos a 22 de Janeiro de 2006, na 8.ª Sessão Ordinária do Conselho Executivo da União Africana. Com sede em Arusha, na Tanzânia, tem competência consultiva e contenciosa, complementando a dimensão de proteção do mandato da Comissão Africana.

O Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos proferiu a sua primeira decisão a 15 de Dezembro de 2009, no caso *Michelot Yogogombaye c. Senegal* – que se considerou incompetente para julgar.

Até 29 de janeiro de 2016, a Corte havia recebido 74 casos, dos quais 25 já foram finalizados. Quatro reclamações foram transferidas para a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

As línguas oficiais do Tribunal são as mesmas que as da União Africana, conforme estipuladas no Ato Constitutivo da União Africana como sendo o árabe, o inglês, o francês e o português. Neste ano de 2018, o Tribunal completa 12 anos de existência. O Tribunal pode, a pedido de um Estado Membro da União Africana, de qualquer um dos órgãos da União Africana ou de qualquer organização africana reconhecida pela União Africana, emitir um parecer sobre quaisquer questões de natureza jurídica relacionadas com a Carta ou com quaisquer outros instrumentos

de direitos humanos pertinentes, desde que o objeto do parecer não esteja relacionado com uma questão que está a ser examinada pela Comissão.

Por fim, cabe informar que o Tribunal tem competência sobre todos os casos e litígios a si submetidos relacionados com a interpretação e a aplicação da Carta, do Protocolo e de quaisquer outros instrumentos de direitos humanos pertinentes ratificados pelos Estados em causa.

2.1.5. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹⁵

A Organização dos Estados Americanos é o mais antigo organismo regional do mundo. A sua origem remonta à Primeira Conferência Internacional Americana, realizada em Washington - D.C., nos EUA, de outubro de 1889 a abril de 1890. Esta reunião resultou na criação da União Internacional das Repúblicas Americanas, quando começou a se tecer uma rede de disposições e instituições, dando início ao que ficará conhecido como “Sistema Interamericano”, o mais antigo sistema institucional internacional.

A OEA foi fundada em 1948 com a assinatura, em Bogotá, Colômbia, da Carta da OEA que entrou em vigor em dezembro de 1951.

O Brasil assinou a carta fundadora em 1948 e pelo Decreto no. 30.544, de 14 de fevereiro de 1952 a mesma foi promulgada em nosso país. Posteriormente, a Carta foi emendada: a) pelo Protocolo de Buenos Aires, assinado em 1967 e que entrou em vigor em fevereiro de 1970; b) pelo Protocolo de Cartagena das Índias, assinado em 1985 e que entrou em vigor em 1988; c) pelo Protocolo de Manágua, assinado em 1993 e que entrou em vigor em janeiro de 1996; e d) pelo Protocolo de Washington, assinado em 1992 e que entrou em vigor em setembro de 1997.

A Organização foi criada para alcançar nos Estados membros, como estipula o Artigo 1º da Carta, “uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência”.

Hoje, a OEA congrega Estados independentes do continente americano (Américas do Norte, Central, do Sul e Caribe).

E constitui o principal fórum governamental político, jurídico e social do hemisfério. Além disso, a Organização concedeu o estatuto de observador permanente a 69 Estados e à União Europeia (EU).

A sede da OEA está na cidade de Washington, capital dos EUA.

Para atingir seus objetivos mais importantes, em 2014, a OEA adotou quatro pilares que constam da “Visão Estratégica da OEA” (AG/RES. 2814/14).

¹⁵ Este conteúdo é uma adaptação das informações que constam na página oficial da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: < http://www.oas.org/pt/topicos/direito_internacional.asp > Acesso em: 10 de outubro de 2017.

Nos termos da resolução, “a OEA é o fórum hemisférico de caráter político integrado por todos os países das Américas que, em condições de igualdade e de maneira interdependente, fortalece a democracia, promove e protege os direitos humanos, incentiva o desenvolvimento integral, e fomenta a segurança multidimensional, em benefício do bem-estar com justiça e inclusão social dos povos das Américas”.

Os pilares da OEA são: a) a democracia, b) os direitos humanos, c) a segurança e, d) o desenvolvimento.

Para realizar os princípios em que se baseia e para cumprir com suas obrigações regionais, de acordo com a Carta das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos estabelece como propósitos essenciais os seguintes: a) garantir a paz e a segurança continentais; b) promover e consolidar a democracia representativa, respeitado o princípio da não-intervenção; c) prevenir as possíveis causas de dificuldades e assegurar a solução pacífica das controvérsias que surjam entre seus membros; d) organizar a ação solidária destes em caso de agressão; e) procurar a solução dos problemas políticos, jurídicos e econômicos que surgirem entre os Estados membros; f) promover, por meio da ação cooperativa, seu desenvolvimento econômico, social e cultural; g) erradicar a pobreza crítica, que constitui um obstáculo ao pleno desenvolvimento democrático dos povos do Hemisfério; e h) alcançar uma efetiva limitação de armamentos convencionais que permita dedicar a maior soma de recursos ao desenvolvimento econômico-social dos Estados membros.

Os Estados americanos se comprometem com os seguintes princípios que deverão orientar a atuação dos estados interna e externamente: a) o direito internacional é a norma de conduta dos Estados em suas relações recíprocas; b) a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional; c) a boa-fé deve reger as relações dos Estados entre si; d) a solidariedade dos Estados americanos e os altos fins a que ela visa requerem a organização política dos mesmos, com base no exercício efetivo da democracia representativa; e) todo Estado tem o direito de escolher, sem ingerências externas, seu sistema político, econômico e social, bem como de organizar-se da maneira que mais lhe convenha, e tem o dever de não intervir nos assuntos de outro Estado. Sujeitos ao acima disposto, os Estados americanos cooperarão amplamente entre si, independentemente da natureza de seus sistemas políticos, econômicos e sociais; f) a eliminação da pobreza crítica é parte essencial da promoção e consolidação da democracia representativa e constitui responsabilidade comum e compartilhada dos Estados americanos; g) os Estados americanos condenam a guerra de agressão: a vitória não dá direitos; h) agressão a um Estado americano constitui uma agressão a todos os demais Estados americanos; i) as controvérsias de caráter internacional, que surgirem entre dois ou mais Estados americanos, deverão ser resolvidas por meio de processos pacíficos; j) a justiça e a segurança sociais são bases de uma paz duradoura; k) a cooperação econômica é essencial para o bem-estar e para a prosperidade comum dos povos do Continente; l) os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da

pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo; m) a unidade espiritual do Continente baseia-se no respeito à personalidade cultural dos países americanos e exige a sua estreita colaboração para as altas finalidades da cultura humana; n) a educação dos povos deve orientar-se para a justiça, a liberdade e a paz.

Entre os objetivos da OEA destacamos a relevância que a Organização tem dado ao desenvolvimento do Direito Internacional, por meio de sua Secretaria de Assuntos Jurídicos, ao apoiar atividades para a padronização e harmonização da legislação em matéria de direito internacional público e privado nos Estados membros, incluindo os aspectos jurídicos da integração econômica da região.

A OEA é composta por 35 países independentes que integram o continente americano e que ratificaram a Carta da OEA. O Brasil faz parte a OEA desde a sua criação. Conforme indica a própria OEA em seu sítio oficial¹⁶, estes são os estados membros da Organização: Antígua e Barbuda; Argentina; Bahamas; Barbados; Belize; Bolívia; Brasil; Canadá; Chile; Colômbia; Costa Rica; Cuba; Dominica; El Salvador; Equador; Estados Unidos da América; Granada; Guatemala; Guiana; Haiti; Honduras; Jamaica; México; Nicarágua; Panamá; Paraguai; Peru; República Dominicana; Saint Kitts e Nevis; Santa Lúcia; São Vicente e Granadinas; Suriname; Trinidad e Tobago; Uruguai; Venezuela. Quanto a Cuba, em 3 de junho de 2009, pela 39ª Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, a Resolução de 1962 (que excluiu o Governo de Cuba de sua participação no sistema interamericano) cessa seu efeito na Organização dos Estados Americanos (OEA). Focou estipulado que a participação da República de Cuba na OEA será o resultado de um processo de diálogo iniciado na solicitação do Governo de Cuba, e de acordo com as práticas, propósitos e princípios da OEA.

Os principais instrumentos do sistema interamericano são, entre outros, a Convenção Americana de Direitos Humanos e seu Protocolo Adicional, como estudaremos a seguir.

Além, desses dois grandes instrumentos, a partir dos anos 80, há vários outros instrumentos voltados para uma proteção específica de Direitos Humanos. Entre eles citamos: a) Declaração de Cartagena sobre Refugiados (1984); b) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); c) Protocolo para a Convenção Americana de Direitos Humanos para Abolir a Pena de Morte (1990); d) Convenção Interamericana Sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994); e) Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994); f) Convenção Interamericana Para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999); g) Proposta de Declaração Americana Para os Direitos dos Povos Indígenas (1997); h) Declaração de Direitos Humanos e Meio Ambiente (2003).

A Convenção Interamericana ou Americana de DH - também chamada de Pacto de San José da Costa Rica - foi assinada em 22 de novembro de 1969, na

¹⁶ Disponível em: <<http://www.oas.org/es/acerca/mnbdefault.asp>> Acessado em: 10 de outubro de 2017.

cidade de San José, na Costa Rica, e é o principal instrumento normativo do sistema regional interamericano.

Porém, a Convenção foi apenas ratificada pelo Brasil em setembro de 1992, e promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, quando já restaurado a regularidade democrática no país. Há quem diga que esse atraso se deve à resistência que o Brasil tinha até então em aceitar “ingerência externa em seus assuntos políticos” (Moro, 2016).

O Brasil não assinou na íntegra o Pacto, fazendo ressalvas ao texto, conforme se observa do art. 2º do Decreto nº 678, de 06/11/1992. Assim a adesão do Brasil ao Pacto *não inclui* o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Brasil.

A convenção interamericana baseia-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos e procura consolidar entre os países das Américas um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país onde a pessoa resida ou tenha nascido.

O pacto também possui bastante semelhança com o PIDCP e o PIDESC, só que aqui voltado para os interesses do continente americano, onde somente os Estados-membros da OEA podem fazer parte do Pacto de San Jose, isto porque devem pertencer ao continente americano.

Um Estado que faça parte da Carta da OEA não está necessariamente vinculado ao Pacto de San Jose. Deve haver adesão individual de cada país, ratificando seu interesse de fazer parte.

O Pacto de San Jose basicamente dispõe sobre os direitos de 1ª dimensão – isto é, os direitos de liberdade (civis e políticos) - sendo bastante genérico em relação aos direitos de 2ª dimensão (direitos sociais, econômicos e sociais). Foi por isso que foi elaborado o Protocolo de San Salvador (1988), para suprir essa falta, como veremos em seguida.

Assim, hoje o Pacto abraça o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria e sob condições que lhe permitam gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

O documento é composto por 81 artigos, incluindo as disposições transitórias, que estabelecem os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral, à educação, entre outros. A convenção proíbe a escravidão e a servidão humana, trata das garantias judiciais, da liberdade de consciência e religião, de pensamento e expressão, bem como da liberdade de associação e da proteção à família.

No que se refere ao Protocolo Adicional de San Salvador, cabe informar que ele foi assinado em 17 de novembro de 1988. Porém entrou oficialmente em vigor, apenas em 1999, após obter o número mínimo de ratificações necessárias para tanto.

O Brasil o ratificou em 21 de agosto de 1996 e o mesmo foi promulgado pelo Decreto 3321 de 30 de dezembro de 1999.

Este Protocolo Adicional foi criado para suprimir as necessidades do Pacto de San Jose da Costa Rica, que foi tímido quantos aos direitos econômicos, sociais e culturais, trazendo apenas obrigações.

O Protocolo de San Salvador, por sua vez, foi mais explícito em relação a esses direitos. E em seu art. 1º estabelece a necessidade de comprometimento pelos Estados-parte em assegurar o estabelecimento dos direitos por ele consagrados de forma progressiva. O Protocolo aborda temas como: a) direito do trabalho; b) direitos sindicais (inclusive direito à greve); c) direito à previdência social; d) direito à saúde; e) direito a um meio ambiente sadio; f) direito à alimentação; g) direito à educação; h) direito aos benefícios da cultura; i) direito à constituição e proteção da família j) direito da criança; k) proteção de pessoas idosas; l) proteção de deficientes.

Este sistema de proteção interamericano de Direitos Humanos se sindicaliza por dois importantes órgãos: a) A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e; b) A Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. Ela é integrada por sete membros independentes, eleitos a título individual, pela Assembleia da OEA, a partir de uma lista de candidatos proposta pelos governos dos Estados-membros. Os integrantes são eleitos para um período de quatro anos, e apenas uma reeleição é permitida.

Os membros atuam de forma autônoma e pessoal, não sendo assim representantes do país de sua nacionalidade ou do local onde residem.

A sede da Comissão está localizada em Washington, D.C. – EUA. Cabe informar que, muito embora os Estados Unidos sejam membro da OEA, o país não assinou o Pacto de San José.

A Comissão foi criada pela OEA em 1959 e, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, instalada em 1979, integrando o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH).

A Carta estabelece a Comissão como órgão principal da OEA, que tem como função promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da OEA nesta matéria.

A Comissão mantém, além disso, atribuições adicionais e anteriores à Convenção e que não derivam diretamente dela, sendo estas, entre outros, a de processar petições individuais relativas a Estados que ainda não são parte da Convenção.

O trabalho da Comissão realiza-se com base em três pilares: a) Sistema de Petição Individual; b) monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados Membros, e c) atenção a linhas temáticas prioritárias.

Através dessa estrutura, a Comissão considera que, no contexto da proteção dos direitos de toda pessoa sob jurisdição dos Estados americanos, é fundamental dar atenção às populações, comunidades e grupos historicamente submetidos à discriminação, tais como crianças e adolescentes, as mulheres, os trabalhadores migrantes, as pessoas privadas de liberdade, os povos indígenas e dos afrodescendentes, entre outros.

De forma complementar, outros conceitos formam seu trabalho: a) o princípio *pro homine* - segundo o qual a interpretação de uma norma deve ser feita da maneira mais favorável ao ser humano; b) a necessidade de acesso à justiça e; c) a incorporação da perspectiva de gênero em todas suas atividades.

O acesso à Comissão, assim como à Corte Interamericana, se dá por meio de uma denúncia e está sujeito ao cumprimento de certos requisitos formais e substantivos.

Qualquer pessoa ou organização pode se dirigir à Comissão (independentemente de advogado) e de forma gratuita apresentando uma petição, em seu nome próprio ou em favor de uma terceira pessoa. A petição pode ser entregue pessoalmente, encaminhada por e-mail, postada no sitio da Comissão ou mesmo por correio.

A petição deverá conter: a) os dados da(s) suposta(s) vítima(s) e de seus familiares; b) os dados da parte peticionária, como nome completo, telefone, endereço e e-mail; c) a descrição completa, clara e detalhada dos fatos alegados, que inclua como, quando e onde ocorreram, bem como o Estado considerado responsável; d) a indicação das autoridades estatais que se consideram responsáveis; e) os direitos que se consideram violados, se possível; f) as instâncias judiciais ou as autoridades do Estado a que se recorreu para buscar resolver as violações alegadas; g) a resposta das autoridades estatais, em especial dos tribunais judiciais; h) se possível, cópias simples e legíveis dos principais recursos interpostos e das decisões judiciais internas e outros anexos considerados pertinentes, como depoimentos de testemunhas; i) a indicação de se a petição foi apresentada a outro organismo internacional com competência para resolver casos.

Basicamente, o procedimento na Comissão tem uma fase inicial de conciliação. Se infrutífera, passa-se à fase de produção de provas e de decisão.

Uma denúncia formulada por petição na Comissão pode ser de plano inadmitida por ausência de atendimento a algum requisito formal.

Admitida a denúncia será possível: a) arquivamento (por ausência de provas do alegado ou); b) realização de um acordo (chamado de solução amistosa); c) admissão da denúncia que levará a um procedimento com possibilidade de produção de prova e defesa do Estado, podendo culminar com reconhecimento de violação de um direito (previsto na Convenção Americana) pelo Estado.

No caso do reconhecimento da violação, temos a publicação de um relatório, com uma possível ação judicial perante a Corte. Muitas vezes a questão na Comissão se encerra com o relatório apenas.

No relatório, a Comissão pode determinar: a) a suspensão dos atos que causam violação de direitos humanos; b) a investigação e punição dos responsáveis; c) a reparação de danos ocasionados; d) a introdução de mudanças no ordenamento jurídico; e/ou e) o requerimento de adoção de outras medidas ou ações estatais.

A Comissão, como primeiro órgão a tomar conhecimento de uma denúncia, é a primeira instância de acesso individual à proteção do sistema, funcionando como sua porta de entrada.

Apenas em uma segunda etapa é que a própria Comissão poderá levar a denúncia perante a Corte, como veremos em seguida.

No que se refere ao Brasil, a Comissão pode receber denúncias de violações perpetradas a partir da Declaração Americana (1948) e da Convenção Americana ratificada pelo Brasil em novembro de 1992.

Diferentemente o que ocorre no âmbito da Corte. Como o Brasil só reconheceu a sua jurisdição contenciosa em 10 de dezembro de 1998, só podem ser apresentadas a ela denúncias de violações ocorridas após essa data.

Até dezembro de 2011, a Comissão recebeu várias dezenas de milhares de petições, que se concretizaram em 19.423 casos processados ou em processamento. Os informes finais, publicados com relação a estes casos, podem ser encontrados nos informes anuais da Comissão ou por país.

Há ainda o mecanismo de medidas cautelares previsto no artigo 25 do Regulamento da Comissão.

Em situações de gravidade ou urgência, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido da parte, requerer que o Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto do processo com base em uma petição ou caso pendente, assim como, às pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, independentemente de qualquer petição ou caso pendente.

Estas medidas poderão ser de natureza coletiva com o fim de prevenir um dano irreparável às pessoas em razão de vínculo com uma organização, grupo ou comunidade de pessoas determinadas ou determináveis.

O Regulamento também estabelece que a concessão dessas medidas e sua adoção pelo Estado não constituirá pré-julgamento sobre a violação dos direitos protegidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e em outros instrumentos aplicáveis.

A Corte Interamericana é um dos três Tribunais regionais de proteção dos Direitos Humanos, conjuntamente com a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. É uma instituição judicial autônoma cujo objetivo é aplicar e interpretar a Convenção Americana.

Os Estados que reconhecem a competência contenciosa da Corte são: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El

Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela.

Os demais estados membros da OEA não aceitaram a jurisdição da Corte, como por exemplo, os EUA, embora possam fazê-lo a qualquer momento.

A Corte é um tribunal composto por sete juízes nacionais dos Estados-membros da OEA, eleitos, em votação secreta e pela maioria absoluta dos votos, durante a Assembleia Geral da OEA, a título pessoal.

São escolhidos entre os juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, e que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais (art. 52 da Convenção Interamericana).

O mandato dos Juízes é de seis anos, podem ser reeleitos uma vez mais pelo mesmo período e não podem conhecer de casos de sua nacionalidade.

A Corte Interamericana pôde estabelecer-se e organizar-se quando entrou em vigor a Convenção Americana. Em 22 de maio de 1979, os Estados Partes da Convenção Americana elegeram, em Assembleia Geral da OEA, os primeiros juízes que comporiam a Corte Interamericana. A primeira reunião da Corte foi realizada em 29 e 30 de junho 1979 na sede da OEA em Washington, D.C.

Em 1º de julho de 1978, a Assembleia Geral da OEA recomendou a aprovação do oferecimento formal do Governo da Costa Rica para que a sede da Corte fosse estabelecida nesse país. Esta decisão foi ratificada depois pelos Estados Partes, em novembro de 1978. A cerimônia de instalação da Corte foi realizada em San José em 03 de setembro de 1979.

Eventualmente a Corte realiza suas sessões públicas fora de sua sede, hospedada pelas estruturas judiciárias dos países sujeitos à sua jurisdição internacional.

Em novembro de 2011, em Tribunal Superior do Trabalho – TST, em Brasília, a Corte se reuniu em Sessão Pública no Caso de Rodríguez Vera e Outros (Desaparecidos do Palácio de Justiça) vs. Colômbia.

A Corte Interamericana exerce: a) uma função contenciosa, dentro da qual se encontra a resolução de casos contenciosos e o mecanismo de supervisão de sentenças; b) uma função consultiva e; c) a função de ditar medidas provisórias.

No exercício de sua competência consultiva, a Corte Interamericana responde a consultas formuladas pelos Estados membros da OEA ou os órgãos da mesma sobre: a) a compatibilidade das normas internas com a Convenção; e b) a interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Esta função tem contribuído para a construção e evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos no âmbito da América Latina.

Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando seja necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas a Corte pode ditar medidas provisórias. Estes três requisitos devem estar presentes, *prima facie*, para que se outorguem estas medidas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem competência cível para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana sobre Direitos humanos, desde que os Estados-Parte no caso tenham reconhecido a sua competência.

Somente a Comissão Interamericana e os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos podem submeter um caso à decisão desse Tribunal.

Caso reconheça que efetivamente ocorreu a violação à Convenção, a Corte determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado, podendo condenar o Estado, inclusive, ao pagamento de uma justa compensação à vítima.

Note-se que, diversamente do sistema europeu, não é reconhecido o direito postulatório (isto é, de requerer, pedir a providência da Corte) das supostas vítimas, seus familiares ou organizações não-governamentais diante da Corte Interamericana.

Somente a Comissão e os Estados membros da OEA têm legitimidade para a apresentação de demandas ante Corte. Desse modo, qualquer indivíduo que pretenda submeter denúncia à apreciação da Corte, deve, necessariamente, apresentá-la à Comissão Interamericana.

Um dos requisitos de acesso à Corte é o esgotamento das instâncias internas. Porém, a questão do esgotamento da jurisdição interna admite várias flexibilizações: (a) quando há inequívoca tentativa de acionar a jurisdição (mas obstáculos intransponíveis não permitem - custas exageradamente altas, v.g.); (b) quando a ação foi intentada mas o judiciário não funciona (morosidade); (c) quando não se regulamenta o devido processo legal.

O procedimento dentro da Corte está regido pela Convenção, pelo seu regulamento, assim como pela sua jurisprudência.

Há uma fase escrita com admissibilidade do caso e apresentação da defesa escrita pelo Estado violador.

Em seguida há a fase oral que se expressa em uma audiência pública sobre cada caso. Normalmente a audiência dura aproximadamente um dia e meio. Nessa audiência, a Comissão expõe os fundamentos da apresentação do caso perante a Corte, e de qualquer outro assunto que considere relevante para a resolução do mesmo.

Em seguida os juízes do Tribunal escutam os peritos, testemunhas e supostas vítimas convocados mediante resolução, os quais são interrogados pelas partes (a Comissão unicamente com respeito aos peritos) e, se for o caso, pelos Juízes.

Logo após, a Presidência concede a palavra às supostas vítimas ou a seus representantes e ao Estado demandado para que exponham suas alegações sobre o mérito do caso. Posteriormente, a Presidência outorga às supostas vítimas ou a seus representantes e ao Estado, respectivamente, a possibilidade de uma réplica e uma tréplica.

Concluídas as alegações, a Comissão apresenta suas observações finais. E os Juízes podem formular as perguntas finais às partes.

Depois há as sessões de julgamento que são privadas e suas deliberações tomadas em secreto. Há posteriormente a comunicação da sentença às partes.

As sentenças da Corte são definitivas e inapeláveis. São também vinculantes.

Há possibilidade de manifestação de *amicus curiae* que oferece voluntariamente sua opinião a respeito de algum aspecto relacionado com o mesmo, para colaborar com o Tribunal na resolução da sentença. Qualquer pessoa ou instituição de qualquer país pode apresentar um *amicus curiae*.

Há ainda a participação de Defensor Interamericano, se necessário. O Defensor é uma pessoa ou grupo de pessoas, designadas de ofício por parte do Tribunal em casos em que as supostas vítimas não têm representação legal devidamente acreditada.

Os casos resolvidos pela Corte Interamericana costumam converter-se em casos emblemáticos e em uma fonte de inspiração doutrinária e jurisprudencial para os Tribunais Nacionais, já que os mesmos tratam sobre questões transcendentais que requerem uma solução à luz da Convenção Americana.

* * *

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARRETO, Vicente de Paulo. Ética e Direitos Humanos: Aporias Preliminares. In TORRES, Ricardo Lobo (org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BORGES, Alci Marcus Ribeiro; BORGES, Caroline Bastos de Paiva. Breves considerações sobre o sistema global de proteção dos direitos humanos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=10503&n_link=revista_artigos_leitura> . Acesso em: 05 de jan. 2018.

DENNINGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol.88, dezembro de 2003, pp. 21-45.

DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario. Uma fundamentação suficiente para os direitos humanos. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em:< http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/03_7_31.pdf>. Acesso em 04 abril 2016.

GIANNELLA, Berenice Maria; CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. *Mecanismos de implementação dos direitos humanos no âmbito da ONU e OEA*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado2.htm>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2018.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*. trad. Emilio Mikunda- Franco. Madrid: Tecnos, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996.

LEITE, Antonio José Maffezoli; MAXIMIANO, Vitore André Zilio. *Pacto Internacional Dos Direitos Cívicos e Políticos*. PGE/SP- Centro de Estudos. Disponível em:<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado5.htm>>. Acesso em 08 abril de 2018.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel, 1989.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights – OHCHR. Disponível em : <<http://www.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx>>. Acesso em 08 abril 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Carta africana dos direitos humanos e dos povos. Dicionário de direitos humanos*. ESMPU. Disponível em:< <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Carta+africana+dos+direitos+humanos+e+dos+povos>>. Acesso em 05 maio 2016.

RANGEL, Paulo de Castro. *Diversidade, Solidariedade e Segurança* (notas em redor de um novo programa constitucional). Disponível em www.ao.pt/genericos/detalheArtigo.asp Novembro de 2003. Acesso em 19 de fevereiro de 2018.

ROBESPIERRE, Maximilien. *Virtude e Terror*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

QUAL SERIA O VEREDITO SE O CASO DO ENSINO DOMICILIAR NO BRASIL FOSSE JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL DA FILOSOFIA?

Carlos Alberto Lima de Almeida

Introdução

Este artigo¹ trata do tema do ensino domiciliar, em uma perspectiva interdisciplinar entre filosofia, direito e educação. O ponto de partida envolve a apresentação de um caso relacionado ao denominado ensino domiciliar², em que o Supremo Tribunal Federal reputou constitucional o tema e reconheceu a existência de repercussão geral³ da questão submetida à sua apreciação, conforme a seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. ENSINO DOMICILIAR. LIBERDADES E DEVERES DO ESTADO E DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se o ensino domiciliar (*homeschooling*) pode ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, tal como previsto no art. 205 da CRFB/1988. 2. Repercussão geral reconhecida. (BRASIL, 2015)

Em seguida, busca-se contextualizar o caso do ensino domiciliar (*homeschooling*) no contexto do fenômeno da judicialização da educação, tema que envolve pesquisas⁴ em andamento sob a responsabilidade do autor.

¹ Artigo originalmente apresentado como requisito para aprovação na disciplina Teoria I do Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Educação da Universidade Federal Fluminense, ministrada pelos professores doutores Giovanni Semeraro, Martha D'Ángelo e Ronaldo Rosas Reis.

² Para obter mais informações sobre o ensino domiciliar, também denominado *Homeschooling*, *Unschooling*, *Home Education*, Ensino Doméstico e Educação Familiar sugere-se a visita ao sítio da Associação Nacional De Educação Domiciliar (ANED), que se apresenta como uma instituição sem fins lucrativos, fundada no ano de 2010, por iniciativa de um grupo de famílias e que tem como principal causa defendida a autonomia educacional da família. Informações disponíveis em <https://www.aned.org.br/>. Acesso em: 27 fev. 18.

³ Instrumento processual que possibilita ao Supremo Tribunal Federal selecionar os Recursos Extraordinários que serão analisados, de acordo com os critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados ao STF, uma vez que, constatada a existência de repercussão geral, a Corte analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. Fundamentação Legal: Artigo 102, § 3º, da CF/1988 e Artigo 1.035 do CPC/2015. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>. Acesso: 27 fev. 18.

⁴ As pesquisas “A Judicialização da Educação: Um olhar sobre a relação escola-família a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro após a Constituição Federal de 1988” e “Objecção de Consciência e Educação: Um estudo sobre a objeção de consciência e a judicialização da educação a partir da jurisprudência brasileira após a Constituição Federal de 1988” estão sendo realizadas pelo autor, respectivamente, no Doutorado em Educação (UFF) e no Estágio Pós Doutoral em Direito (UERJ).

Na sequência, é realizado um esforço inicial visando a elaboração teórica crítica sobre o problema de fundo - a relação entre o Estado e a família quanto à educação, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais – a partir das contribuições da filosofia para a área da educação e buscando a construção de um diálogo com o campo do direito. É importante frisar que o trabalho não enfrenta diferentes abordagens filosóficas sobre a educação, uma vez que o objetivo geral consiste em proporcionar ao leitor que não seja iniciado no campo da filosofia, a partir de um caso real e problematizado, elementos introdutórios para que possa refletir sobre o que seria uma possível abordagem filosófica do tema.

Finalizando – para não concluir – são apresentadas algumas inquietações do autor a partir da seguinte questão: E se o caso do ensino domiciliar (*homeschooling*) tivesse que ser julgado por um Supremo Tribunal da Filosofia?

1. O caso envolvendo do ensino domiciliar (*homeschooling*) em que foi admitida a repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal

O caso em questão teve origem na cidade de Canela, no Estado do Rio Grande do Sul. A parte interessada é uma pessoa nascida no ano 2000 e que estudou até o ano de 2011 em instituição da rede municipal, com ensino multiseriado, o que, no seu entendimento, não representava o melhor método de educação, em decorrência da coexistência de alunos de várias idades e diversas séries.

O requerimento formulado por seus pais administrativamente obteve resposta, por parte da Secretaria de Educação do município, fazendo menção à decisão do Conselho Municipal de Educação que, amparada na lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), orientava para a matrícula da criança na rede regular de ensino com o compromisso da frequência escolar.

Da manifestação do Conselho Municipal de Educação, a partir do requerimento formulado à Secretaria de Educação de Canela, destaca-se:

[...] o Conselho Municipal de Educação, considerando o que diz o Estatuto da Criança e do Adolescente, Art. 55, "Os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino ", e conforme a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Art. 6º, "É ,dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental, emite parecer desfavorável a este método de ensino por considerar que o mesmo não se encontra regulamentado no Brasil. (RE 888815, 2015, p. 29)

A questão acabou sendo levada ao Poder Judiciário, por intermédio de um mandado de segurança⁵ que teve a Secretária Municipal de Educação de Canela/RS

⁵Ação intentada para assegurar à pessoa, física ou jurídica, direito líquido e certo, individual ou coletivo, ameaçado ou violado, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. No Supremo Tribunal Federal, essa

apontada como autoridade coatora e distribuído para a Vara Cível da Comarca de Canela, no Estado do Rio Grande do Sul.

A criança impetrante, devidamente representada por seus pais, sustentou que a decisão estava ferindo seu direito de liberdade intelectual e física. No entendimento dela, “o convívio com alunos de várias idades não reflete um critério ideal de convivência e socialização, quer por aspectos sociais, quer por aspectos morais, quer por aspectos religiosos e até sexuais” (RE 888815, 2015, v.1 parte 1, p. 5).

Para o juiz prolator da sentença “a escola é um ambiente de socialização essencial na formação dos indivíduos. Nela se aprende a conviver com o outro, desenvolvendo-se a alteridade necessária à vida em sociedade” (RE 888815, 2015, v.1 parte 1, p. 74). Ao fundamentar a decisão em que indeferiu a petição inicial, por entender que havia pedido juridicamente impossível, o magistrado sustentou:

No Brasil, a educação é dever do Estado e da família, conforme estabelece o artigo 205 da Constituição Federal. Assim sendo, foi devidamente regulamentada mediante a sua divisão em ensino infantil, fundamental, médio e superior. Consequentemente, cabe à impetrante frequentar o ensino regularmente estabelecido e reconhecido pelo Poder Público. (RE 888815, 2015, v.1 parte 1, p. 75).

Diante da sentença contrária foi interposto recurso ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Inicialmente, a apelação foi distribuída para a 3ª Câmara Cível e o Ministério Público se manifestou, inicialmente, no sentido de que “apenas indiretamente a matéria litigiosa envolve questões de ensino público, tratando-se, na essência, de matéria diretamente relacionada à Lei nº 8.069/90 (ECA). A violação dos direitos da criança e do adolescente é matéria da competência exclusiva de uma das Câmaras componentes do 4º Grupo Cível [...]” (RE 888815, 2015, v.1 parte 2, p. 9).

Ao opinar pela manutenção da sentença, manifestou-se no sentido de que “o processo educativo compreende a participação dos pais, os quais exercem o poder familiar e têm o dever de orientação e educação, mas isso, por si só, não lhes assegura o direito a reduzir ou suprimir os direitos da criança e do adolescente”. (RE 888815, 2015, v.1 parte 2, p. 17-18).

O argumento da incompetência foi acolhido pelo relator do recurso, que entendeu que “o pedido inicial formulado pela impetrante objetiva a proteção de criança e, de seu crescimento intelectual pelo sistema de ensino domiciliar” (RE 888815, 2015, v.1 parte 2, p. 24). O recurso foi então redistribuído para a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde, após nova manifestação do Ministério Público, acabou sendo julgado pelo órgão colegiado que proferiu decisão unânime que resultou na seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO SISTEMA DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR. INEXISTÊNCIA. Inexistindo previsão legal de ensino na modalidade domiciliar, não há no caso direito líquido e certo a ser amparado na estrita arena do *mandamus*. Manutenção do

indeferimento da segurança. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RE 888815, 2015, v.1 parte 2, p. 38)

No recurso extraordinário interposto e que está sendo examinado neste artigo, a parte recorrente sustenta:

Em síntese para melhor compreensão deste recurso podemos concluir que:

- a) A obrigatoriedade de ensino prevista no art. 208, I, da Constituição, dirige-se somente ao Estado;
- b) A Constituição não pretende criar um Estado totalitário e paternalista que possa validamente se substituir aos pais na escolha da melhor educação a ser dada aos filhos (arts. 1º, *caput* - "Estado Democrático de Direito", e V - "pluralismo político"; 3º, I; 206, 11 e 111);
- c) Cabe, sim, ao Poder Público fiscalizar as condições em que o ensino privado é ministrado, mas jamais proibir uma modalidade de ensino sem qualquer razão para tanto - a escola não é o único lugar em que as crianças podem ter contato com a diversidade;
- d) Ademais, é necessária, no presente caso, a aplicação do princípio da razoabilidade por tratar-se "de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, [...] por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema" (grifo nosso). Assim, os dispositivos da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que obrigam a matrícula devem ser interpretados dessa maneira: Os pais são obrigados a dar educação aos filhos, mas têm liberdade para escolher o melhor meio para tanto, considerados o interesse da criança e as suas convicções pedagógicas, morais, filosóficas e religiosas. Nesse contexto, somente poderão ser obrigados a matricular seus filhos na rede regular de ensino se, de outra forma, não puderem prover à educação dos filhos. (RE 888815, 2015, v.1 parte 2, p. 61-62)

Ao ofertar as contrarrazões do recurso extraordinário, o Município de Canela, sustentou, entre outros argumentos, que:

[...] o ensino domiciliar não pode ser visto como um substituto do ensino escolar, mas sim como uma complementação, uma participação ética e conjunta dos pais na educação de seus filhos.

A escola proporciona o primeiro contato das crianças com a sociedade em que vivem, pois é o primeiro lugar que frequentam fora do âmbito familiar. (RE 888815, 2015, v.2 completo, p. 12)

Ao apreciar a admissibilidade, o 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou seguimento ao recurso extraordinário, sob o argumento de que a parte recorrente não havia efetuado o pagamento das custas.

Foi interposto Agravo de Instrumento contra decisão denegatória de recurso extraordinário, em que o relator, Ministro Roberto Barroso, superou o vício formal existente, decidindo que:

[...] o recorrente recolheu as custas federais e o porte de remessa e retomo, deixando de acudir às custas estaduais. Tendo em vista a excepcional relevância da matéria de fundo e o interesse público na sua definição, supero tal vício formal para permitir o pronunciamento de mérito do STF sobre o tema. (BRASIL. STF, 2015)

Na percepção do autor deste trabalho, o Ministro Roberto Barroso, ao fazer prevalecer a possibilidade de pronunciamento de mérito do Supremo Tribunal Federal em detrimento do reconhecimento do vício formal existente, permitiu que matéria de alta complexidade chegasse ao exame do órgão a quem compete a guarda da Constituição, fixando o ponto central da controvérsia:

No caso, discute-se se a recorrente pode ou não ter seu direito à educação atendido por sua família, por meio da educação domiciliar (*homeschooling*). É relevante o debate acerca dos limites da liberdade de escolha dos meios pelos quais a família deve prover a educação de crianças e adolescentes, de acordo com as suas convicções pedagógicas, morais, filosóficas, políticas e/ou religiosas. A controvérsia envolve, ainda, a relação entre o Estado e a família quanto à educação, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais. (BRASIL. STF, 2015)

Na decisão em que deu provimento ao agravo e determinou sua conversão em recurso extraordinário, o relator também adotou posicionamento da Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED), para demonstrar a relevância do tema para muitas famílias brasileiras.

O caso em questão, apesar de não ser frequentemente judicializado, não está adstrito ao interesse das partes que ora litigam. Segundo a ANED (Associação Nacional de Educação Domiciliar), após o reconhecimento pelo MEC da utilização do desempenho no ENEM como certificação de conclusão de ensino médio, em 2012, o número de adeptos do *homeschooling* no Brasil dobrou e atingiu 2.000 famílias (<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/02/1594329-ex-alunos-contam-experiencia-de-ensino-domiciliar-que-cresce-nopais.shtml>)⁶. (BRASIL. STF, 2015)

O ensino domiciliar (*homeschooling*) é um instigante exemplo de um fenômeno que ocorre no Brasil: a judicialização da educação, tema que será tratado em seguida.

2. O caso envolvendo o ensino domiciliar (*homeschooling*) no contexto da judicialização da educação no Brasil

No ordenamento jurídico pátrio, temos que a educação é um direito social⁷ e a forma do seu desenvolvimento está prevista no artigo 205 da Constituição Brasileira:

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, 1988)

Conforme o artigo 1º da Lei 9.394/1996:

A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. (BRASIL, 1996)

⁶ Este link foi inserido pelo Ministro Roberto Barroso em sua decisão.

⁷ Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo de liberdade. (SILVA, 2001, p. 289)

Com tantos sujeitos envolvidos com o tema não causa estranheza que muitas pessoas falem ao mesmo tempo sobre o assunto de interesse comum: a educação⁸. Neste contexto, “não se pode retirar da educação o seu sentido de manifestação global em termos espaciais e contedudísticos. Tal rol é meramente exemplificativo” (LOPES, 1999, p. 30).

Entender a amplitude do tema educação naturalmente nos remete a diferentes espaços sociais e se pensarmos no processo educacional em relação à criança, vale lembrar a perspectiva sustentada por Ronca (2004, p. 19) no sentido de “que a criança já nasce com um sócio. O seu sócio é o mundo!”

E nesse nosso mundo tem muita gente interessada em falar sobre educação, defender seus pontos de vista e afirmar suas convicções, afinal, como se depreende do texto constitucional, a educação é um “direito de todos e dever do Estado e da família”. E, como “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”, ouvir alguém falando sobre educação já não surpreende ninguém, afinal, quem fala está apenas oferecendo, pelo menos na sua perspectiva, a contribuição que pode dar.

Quando os pais entendem que podem promover a educação dos filhos por intermédio do ensino domiciliar (*homeschooling*), diferentes fundamentos se prestam para sustentar tal ponto de vista, como visto no recorte realizado na decisão do Ministro Roberto Barroso. Mas, diante do conflito de interesses, qual o lugar do sistema educacional?

O lugar do sistema educacional é a sociedade civil. É aqui que se implantam as leis. Se estas já representavam uma forma de materialização da concepção do mundo, a sua verdadeira concretização somente se dá quando for absorvida pelas instituições sociais que compõem a sociedade civil. Essas, por sua vez, a inculcam aos dominados de tal maneira que estes a transformam em padrões de orientação de seu próprio comportamento. O “senso comum” é pois a forma mais adequada de atuação das ideologias. A escola é um dos agentes centrais de sua formação. A implantação da legislação educacional na sociedade civil significa criar ou reestruturar o sistema educacional no “espírito da lei”, ou seja, de acordo com os interesses da classe dominante traduzidos em sua concepção de mundo e reinterpretados na lei. (FREITAG, 1980, p. 41)

Tomando por referência que “o lugar do sistema educacional é a sociedade civil” (FREITAG, 1980, p. 41) seria razoável, em tese, admitir que nesse sistema também tivesse espaço para o ensino domiciliar. Porém, a educação escolar, quando observada na perspectiva da educação e do direito, autoriza reflexão quanto às responsabilidades que cada parte tem no processo de desenvolvimento da própria sociedade, quer do ponto de vista social ou legal. A dinâmica da relação entre a Educação e o Direito deve ser sempre desenvolvida como parte integrante e inseparável da vida do homem em sociedade e sujeita, portanto, a necessidade do entendimento de que o direito também não pode ser encarado como um ciclo que se fecha nele próprio. No dizer de Habermas:

⁸ Para saber sobre a evolução do conceito de educação veja-se, dentre outras obras, o trabalho de MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. *O Direito à Educação na Realidade Brasileira*, São Paulo, Ltr, 2003, p. 25 a 47; MARTINS, Rosilene Maria Sólton Fernandes. *Direito à Educação: Aspectos legais e constitucionais*. Rio de Janeiro, Letra Legal, 2004, p.13 a 56.

O direito não é um sistema fechado narcisisticamente em si mesmo, uma vez que se alimenta da “eticidade democrática” dos cidadãos e da cultura política liberal. Isso se torna claro a partir do momento em que tentamos explicar de que modo o direito legítimo pode surgir da pura e simples legalidade. No entanto, para que o processo democrático de estabelecimento de direito tenha êxito, é necessário que os cidadãos utilizem seus direitos de comunicação e de participação num sentido orientado também para o bem comum, o qual pode ser proposto politicamente, porém não pode ser imposto juridicamente. (HABERMAS, 1997, p. 323)

As leis, quando examinadas exclusivamente sob o enfoque jurídico, perdem em precisão quanto ao contexto social em que se situam. Exatamente neste ponto consiste em uma nova perspectiva entre a educação e o direito, onde o estabelecimento de ensino desempenha função fundamental para a própria sociedade e os profissionais da educação devem ter a noção exata da repercussão da sua prática profissional.

No modelo brasileiro atual, em que a educação escolar prepara o educando para o exercício da cidadania e para o mercado de trabalho, a escola tem um papel fundamental neste processo, como sustenta Oriá:

Consideramos que a escola tem um papel fundamental nesse processo. É ela, em última instância, o locus privilegiado para o exercício e formação da cidadania, que se traduz, também, no conhecimento e na valorização dos elementos que contrapõem a nossa realidade cultural. Ao socializar o conhecimento historicamente produzido e preparar as atuais e futuras gerações para a construção de novos conhecimentos, a escola está cumprindo seu papel social (ORÍÁ, 1997, p. 151).

A educação escolar é um processo de formação individual e social do educando que lhe proporciona condições de participação social com base em experiências anteriores, mas com o desenvolvimento de sua análise e avaliação crítica, ou seja, não como mero repetidor de experiências e vivências do passado. Freitag (1980, p. 18) anota que:

O ato educacional consiste, pois, em dar a esse indivíduo os subsídios necessários para que essa reorganização de experiências vividas se dê em linhas mais ou menos ordenadas e sistematizadas. Ora, para que isso se efetive, o meio em que se dá o processo educacional tem que ser organizado e reestruturado para que haja uma sequência adequada de experiências que possam ser avaliadas e alargadas de forma mais ou menos sistemática.

Para Dewey⁹ esse meio é a escola, que deve assumir as características de uma pequena comunidade democrática. Aqui a criança aprenderia pela própria vivência as práticas da democracia, habilitando-se a transferi-las, futuramente, em sua vida adulta, à sociedade democrática como tal. Ainda mais, a vivência democrática na escola, onde excluídos os momentos perturbadores do estilo democrático de vida, fortaleceria na criança e no futuro adulto as regras do jogo democrático. Pois os cursos dessas escolas estariam aptos a reestruturar e reorganizar a sociedade global, que muitas vezes apresenta desvios em relação aos princípios da democracia, seja no campo econômico, político ou ideológico.

Ao pretender o diálogo entre a educação e o direito não se defende a educação por canetadas e decretos. Também não se tem a ilusão de que o direito proporcionará todas as soluções para os conflitos que são vivenciados no cotidiano escolar. Mas, quando um tema como o ensino domiciliar chega para ser examinado pelo órgão que é, segundo o mandamento constitucional, o guardião da Constituição, estamos diante de uma situação

⁹ Freitag menciona em sua bibliografia John Dewey (1971), autor de *Vida e Educação*, publicado pela Melhoramentos.

concreta em que, por força de uma decisão judicial, a sociedade poderá estar diante de um novo tempo e novos desafios relacionados à educação. Diante dessa possibilidade, vejamos a lição de Linhares (2002, p. 118):

A busca de alternativas para a educação e, mais particularmente, para as instituições de ensino e de formação de professores nos levou a compreender o quanto dependemos de nossa capacidade de interlocução com os mais variados campos de conhecimento para projetar os processos de aprendizagem e ensino escolares e, particularmente, de formação de professores à altura dos desafios atuais.

E sendo assim, considerando que o Supremo Tribunal Federal terá que decidir a relação entre o Estado e a família quanto à educação e não se pretende um exercício de adivinhação dos votos que estão por vir, opta-se, para os fins deste trabalho, por reunir elementos visando a elaboração teórica crítica sobre o problema de fundo a partir das contribuições da filosofia para a área da educação, empreendendo um esforço de diálogo com o campo do direito.

3. Um diálogo entre filosofia, educação e direito na perspectiva do caso do ensino domiciliar (*homeschooling*) submetido ao Supremo Tribunal Federal

Você não é um filósofo, eis o primeiro pensamento que veio na cabeça do autor ao se dispor a enfrentar o desafio de tentar reunir elementos, a partir do recorte de alguns conteúdos examinados a partir das aulas de Teoria I do Doutorado em Educação, visando à elaboração teórica crítica sobre o problema de fundo colocado, ou seja, a relação entre o Estado e a família quanto à educação, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais. Um pouco de tranquilidade se fez presente ao ler a lição de Semeraro (2010, p. 8):

Em cada época, de fato, a filosofia não surge do nada nem emana unicamente da mente privilegiada de alguns indivíduos isolados, mas está profundamente vinculada à história, à cultura, à produção material e simbólica de uma sociedade.

A reflexão lançada por Semeraro na apresentação da coleção “Saber-Fazer Filosofia” já se prestava para entender que nos três volumes – *Da antiguidade à Idade Média*, de Carlos Diógenes TOURINHO (2010); *O pensamento moderno*, de Giovanni SEMERARO (2011); e *Pensadores Contemporâneos*, de Martha D’ANGELO (2011), os autores esperavam “ter mostrado como a filosofia não é um saber erudito e mumificado, mas é uma atividade palpitante, crítica e criadora que se manifesta nas formas mais variadas” (SEMERARO, 2010, p.9).

Estimulado com explicação de Semeraro (2010, p. 8) no sentido de “desde que nascemos, com o incessante pensar sobre as nossas atividades e o mundo onde vivemos, de qualquer modo, cada um de nós vai se tornando um “filósofo””, logo comecei a tentar estabelecer em meu pensamento como que a questão que será julgada pelo Supremo Tribunal Federal poderia ser enfrentada num exercício filosófico.

Outras perguntas começaram a se apresentar em meu pensamento: O que é filosofia? Em que ela consiste? Qual a especificidade do exercício filosófico? Existe um saber-fazer filosófico?

Encontrei uma primeira resposta para as minhas inquietações em Tourinho (2010, p. 12):

Todos fazemos, em nossa linguagem corrente, uso costumeiro do termo *filosofia*. Na maior parte das vezes empregamos o referido termo para designar um modo de entendimento da realidade que nos cerca, ou ainda para designar um modo de nos relacionarmos com o outro. Concebido dessa forma, o termo filosofia aparece, então, como uma concepção de mundo, ou seja, com um olhar através do qual adotamos em nosso cotidiano certo modo de considerar as coisas, certo entendimento da realidade que nos cerca.

Percebi que era preciso avançar no caminho proposto pelo autor para não cair na armadilha de uma interpretação simplista, isto porque a história da filosofia esteve marcada por um senso, mas um senso crítico. (TOURINHO, 2010)

O desejo de superar uma possível ingenuidade, me fez dar continuidade ao esforço de compreensão no sentido de que “o modo filosófico de entendimento das coisas não deixaria, por exemplo, de promover, tomado por um senso crítico, um questionamento acerca do que vem a ser, afinal, o que chamamos de *mundo*”. (TOURINHO, 2010, p.14)

Perguntas e mais perguntas eram apresentadas pelo autor com o objetivo de exemplificar questionamentos, ditos filosóficos, o que conduzia para outra indagação que me parecia fundamental: é possível aprender a filosofar?

Kant havia sinalizado que é necessário não apenas “conhecer a filosofia, mas principalmente aprender a filosofar”, a ter “a audácia de se servir da própria inteligência” com liberdade e autonomia. Mas, além disso, o “saber-fazer” filosófico exige também o envolvimento concreto com os problemas do nosso tempo para recriá-lo continuamente. Sim, porque a filosofia não é uma divagação abstrata e individual da mente, mas principalmente uma elaboração teórica crítica e apurada do que vivenciamos com os outros, uma reflexão que amadurece no nosso agir como seres ativos e organizados no completo mundo político, econômico e cultural do qual fazemos parte. (SEMERARO, 2010, p. 9)

Havia um certo sentimento de avanços e retrocessos no pensamento que tentava ser construído sobre a filosofia e seus problemas. Tourinho (2010, p.14) conduzia o raciocínio:

Mas o que se iria um problema filosófico? Um problema que se mantém aberto para o próprio pensamento que o intenciona. Em outros termos, trata-se de um problema que, uma vez retido no pensamento, força-nos a revisitá-lo, guarda algo de inesgotável, no sentido de que podemos sempre submetê-lo a uma nova análise reflexiva, explicando novas significações sobre o que se decidiu tomar como objeto de pensamento. Portanto, novas variações de um mesmo objeto sobre o qual refletimos. Essas considerações nos trazem um esclarecimento inicial acerca da especificidade do exercício filosófico.

Nesse ponto percebi que nas diversas aulas ministradas os professores haviam apresentado como diversos pensadores, desde a antiguidade, haviam pensado a educação e como a questão relacionada à família e à sociedade sempre

estiveram no campo das reflexões de homens que se dispuseram a pensar a partir de inquietações que cercavam os seus respectivos pensamentos.

Logo, não é nova a questão que será julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Ao contrário, como educar crianças e qual o papel reservado aos pais, à sociedade e ao próprio Estado sempre estiveram presentes na história da humanidade.

ANTUNES (2001, p. 16) afirma que “é importante às vezes acreditarmos que o “novo” em educação muitas vezes não é assim tão novo. Isto nos ensina que educar, em muitas circunstâncias, é simplesmente fazer de maneira nova algumas coisas que há muito tempo se ensina”.

Comenius, Platão, Aristóteles, São Tomás de Aquino, Descartes, Locke, Kant, Rousseau, Hegel, Marx, Nietzsche, Freud, Gramsci e Foucault são alguns dos referenciais teóricos que nos foram colocados no decorrer dos encontros da disciplina, cujos pensamentos e reflexões também poderiam auxiliar a pensar criticamente a questão submetida ao Supremo Tribunal Federal.

Ainda sobre o sentido palavra filosofia, Tourinho (2010, p. 15) explica:

A palavra *philosophia* é uma palavra grega, constituída por dois termos: *philos* e *sophia*. Comumente esses termos são respectivamente traduzidos por amor (ou amizade) e por sabedoria, de maneira que o filósofo seria o amante (ou amigo) da sabedoria. Mas um olhar mais atento sobre o termo filosofia revela-nos uma significação mais precisa. Frequentemente traduzido por amor ou por amizade, o termo *philos* denota, no grego antigo, a ideia de “estar permanentemente próximo de algo”, de “estar constantemente às voltas com alguma coisa”. Nesse sentido, remete-nos para a própria ideia de proximidade, de parentesco. O filósofo seria, então, aquele que se encontra permanentemente às voltas com a sabedoria, movido por uma busca incessante que o faz avançar, cada vez mais, em direção a um esclarecimento daquilo com que se ocupa pelo exercício do pensamento.

Adiante, o referido autor, ao discorrer sobre a primeira condição da atividade filosófica, sustenta que:

Homem algum poderá exercer a filosofia se não for acometido por um espanto, por uma perplexidade perante o mundo que o cerca. A renúncia a um modo ingênuo de consideração das coisas somente é possível se o homem for tomado por certa inquietação, por certa perturbação de espírito, por um *espantar-se* diante de uma pergunta, revelada a partir de sua relação com o mundo. Não há, portanto, experiência filosófica possível sem tal espanto. Mas, além disso, será necessário que tal espanto afete o homem a ponto de despertar nele um desconforto que, por sua vez, seja intenso o bastante para impulsioná-lo, por meio do pensamento reflexivo, em direção à verdade, em direção a um processo contínuo de busca, cujo anseio maior consiste em alcançar no pensamento o esclarecimento máximo das ideias. (TOURINHO, 2010, p.16)

A perspectiva de uma pergunta que fosse revelada a partir da relação do homem com o mundo provocava um turbilhão em meus pensamentos, especialmente pela inquietação que aumentava quando tentava estabelecer uma conexão direta com o caso do ensino domiciliar, afinal se a questão da educação do homem se fez presente nas contribuições de tantos pensadores que nos foram apresentados no campo da filosofia da educação, aumentava a minha preocupação – e também o meu espanto – como o tema seria enfrentando pelos 11 Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Uma nova questão me veio ao pensamento: será que nos fundamentos de seus votos os Ministros do Supremo Tribunal Federal utilizarão as contribuições da filosofia para o campo da educação, incorporando-as ao campo do direito, ou tais contribuições serão interpretadas como metajurídicas?

Noutra perspectiva, quais serão os referenciais ideológicos que serão utilizados pelos Ministros sobre o papel do Estado na educação. Para Reis (2014, p. 49-50):

Uma reflexão sobre a formação humana e a liberdade no modo de produção capitalista implica trazer à tona as contradições mais visíveis do seu modelo fundador. Inerente à vida social, a educação acompanha na história da humanidade a complexificação das relações de produção, assumindo ela própria, por conseguinte, contornos cada vez mais complexos.

Sistematizada nas instituições escolares para fins específicos de transmissão do saber, a educação expressa tanto uma positividade ao construir um conhecimento humanista, como expressa uma negatividade devido ao fato de a construção desse saber se fazer com base na exploração humana.

Estabelecer uma visão crítica da vida social, em qualquer tempo, desafiará, como na reflexão apresentada por Reis (2014) escolhas e referenciais que representarão determinado recorte ideológico ou o sujeito estará adotando uma posição demasiadamente ingênua e acrítica.

Novamente lancei os olhos para as reflexões sobre a segunda condição da atividade filosófica que eram ofertas por Tourinho (2010, p. 16):

Será necessário – para todo aquele que for acometido por esse espanto – coragem para levar um questionamento adiante, para “não perder de vista”, para manter viva a capacidade de se espantar. É como se a filosofia fosse uma espécie de “aventura do espírito” que procura meditar reflexivamente sobre os problemas.

A proposta de encarar a filosofia como uma aventura de espírito me fez perceber o quanto ainda será necessário ampliar as reflexões para obtenção de respostas para as muitas perguntas que ainda se fazem presente.

Eis que me veio a lembrança as palavras de Cortella (2015, p.28): “Uma das coisas mais inteligentes que um homem e uma mulher podem saber é **saber que não sabem**. Aliás, só é possível caminhar em direção à excelência se você souber que não sabe de algumas coisas”. Para avançar, não seria necessário concluir, apenas perceber que este trabalho é etapa de um processo de formação no doutoramento em educação¹⁰.

¹⁰ Neste ponto é preciso reiterar que este texto decorre de um esforço de reflexão para a disciplina Teoria I, no curso de Doutorado em Educação (UFF). Sua ampliação, como se perceberá ao final, poderá ser feita, tanto para um artigo mais denso e que venha a incorporar outras reflexões do campo da filosofia, quanto, em hipótese a ser oportunamente verificada com o orientador da tese, Prof. Dr. Marcos Marques de Oliveira, de consolidação de um quadro teórico a partir das contribuições do campo da filosofia e voltadas para a educação, cujos critérios de escolhas serão decorrentes do processo de orientação para a construção da tese.

4. Para não concluir

“Antes de qualquer conclusão, é preciso reconhecer que nada sabemos sobre a coisa que almejamos saber, pelo exercício do pensamento, tomando-a como objeto de reflexão e de análise”. (TOURINHO, 2010, p. 17)

E se o caso do ensino domiciliar (*homeschooling*), em que será necessária uma decisão sobre a relação entre o Estado e a família quanto à educação, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais, pudesse ser julgada por outro STF, um imaginário Supremo Tribunal Filosófico?

Qual seria a melhor composição se tivéssemos que escolher - entre nomes como Comenius, Platão, Aristóteles, São Tomás de Aquino, Descartes, Locke, Kant, Rousseau, Hegel, Marx, Nietzsche, Freud, Gramsci e Foucault, dentre outros - apenas 11 indicados para compor o Supremo Tribunal Filosófico?

E se realmente fosse possível reunir, numa sessão de julgamento, homens de diferentes momentos da história da humanidade, qual seria o veredito?

Encontrei certo conforto na lição de Manacorda (1996, p. 7):

[...] é que se pretende não tanto indagar sobre os “sistemas” de ideias em si, mas especialmente procurar nelas o reflexo e o estímulo do real, compreender como de época em época o objetivo da educação e a relação educativa foram concebidos em função do real existente e de suas contradições, indagar a opinião geral sobre o fenômeno escola, verificar o prestígio concedido ou negado à figura do profissional da educação e assim por diante.

Talvez a melhor percepção fosse concluir que seria impossível compor um Supremo Tribunal Filosófico, mas isso também significaria abandonar a aventura do espírito para apenas concluir que o Supremo Tribunal Federal julgará a partir da compreensão do tempo presente, da época em que vivemos.

Talvez até seja possível indagar qual o objetivo da educação e questionar se a relação educativa que é concebida na Constituição Federal de 1988 está adequada em função do real existente e de suas contradições, tendo em vista a realidade brasileira. Talvez alguns até sustentem a hipótese de mutação constitucional¹¹ e, nesta hipótese, talvez alguém se lembre que o glossário jurídico do Supremo Tribunal Federal ainda não explicou essa expressão para o cidadão comum, o destinatário daquele serviço.

Numa última contribuição de Tourinho (2010, p. 17-18):

Eis uma das belas que análise epistemológica do termo filosofia revela: a modéstia com que o filósofo se apresenta. Ele não é um sábio, mas sim um amante da sabedoria e, com isso, amante do seu próprio espanto, daquilo que o impulsiona a buscar constantemente o que é o objeto próprio do seu amor: a sabedoria.

¹¹ Uma contribuição crítica à denominação mutação constitucional pode ser conferida em SACCHETTO (2015): As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática. Disponível em Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2015000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 27 fev. 18.

E para não concluir, divido uma última inquietação: se você tivesse o poder de indicar 11 Ministros para compor o Supremo Tribunal Filosófico, quais seriam os nomes que o amigo leitor escolheria?

* * *

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Celso. *Glossário para educadores(as)*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.
- BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro; OLIVEIRA, Romualdo Luiz Portela de. *Apresentação do Dossiê: Homeschooling e o Direito à Educação*. Pro-Posições, Campinas, v. 28, n. 2, p. 15-20, Aug. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73072017000200015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 fev. 2018.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 fev. 18.
- _____. *Lei nº 8.096*, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 27 fev. 2018.
- _____. *Lei nº 9.394*, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Recurso Extraordinário n. 888815*. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DJe de 15-05-2015 p. 30. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=8684937&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20113%20-%2012/06/2015>. Acesso em: 27 fev. 18.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 888815*. Recorrente: V D representada por M P D. Recorrido: Município de Canela. 2015. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4774632>. Acesso em: 27 fev. 18.
- D'ANGELO, Martha. *Pensadores Contemporâneos: De Nietzsche a Gadamer*. Aparecida SP: idéias e Letras, 2011. (Coleção Saber-fazer Filosofia 3).
- FREITAG, Bárbara. *Escola, Estado e Sociedade*. 4. ed. São Paulo: Moraes, 1980.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, volume II.
- _____. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa: D. Quixote, 1990.
- KANT, Immanuel. *Sobre a Pedagogia*. Lisboa: Edições 70, 2012.
- LINHARES, Célia. *De uma cultura de guerra para uma de paz e justiça social: movimentos instituintes em escolas públicas como processos de formação docente*. In: LINHARES, Célia.; LEAL, Maria Cristina (orgs.) *Formação de professores: uma crítica à razão e à política hegemônica*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei de Diretrizes e Bases da Educação: Lei 9.394, de 26.12.1996: Jurisprudência sobre educação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RONCA, Paulo Afonso Caruso. *Quem são nossos filhos?: compreender o mundo para saber educá-los*. São Paulo: Edesplan: Hoper, 2004.

MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. *O Direito à Educação na Realidade Brasileira*. São Paulo, Ltr, 2003.

MARTINS, Rosilene Maria Sólton Fernandes. *Direito à Educação: Aspectos legais e constitucionais*. Rio de Janeiro, Letra Legal, 2004.

ORIÁ, Ricardo. *Educação. Cidadania. Diversidade cultural*. Revista Humanidades, Brasília, n. 43, p. 151-159, 1997.

REIS, Ronaldo Rosa. *Formação humana e ideias de liberdade*. Revista *Exlibris*, Buenos Aires, n. 3, p. 49-65, 2014. Disponível em: <http://revistas.filo.uba.ar/index.php/exlibris/article/view/343/206>. Acesso em: 26 fev. 2018.

TOURINHO, Carlos Diógenes C., *Saber-fazer filosofia: da antiguidade à Idade Média*. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2010.

SACCHETTO, Thiago Coelho. *As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática*. e-Pública, Lisboa, v. 2, n. 1, p. 123-140, jan. 2015. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2015000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 27 fev. 2018.

SEMERARO, Giovanni. Apresentação. In: TOURINHO, Carlos Diógenes C., *Saber-fazer filosofia: da antiguidade à Idade Média*. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *O Pensamento Moderno*. Aparecida SP: Ideias e Letras, 2011 (Coleção Saber-fazer Filosofia 2)

SACRIFÍCIO DE ANIMAIS E LIBERDADE RELIGIOSA: O EQUÍVOCO DO EXERCÍCIO LIVRE DIANTE DA LAICIDADE DO ESTADO BRASILEIRO

*Lucia Frota Pestana de Aguiar Silva
Edna Raquel Hogemann*

Introdução

A banalização do sofrimento está presente na história da humanidade desde tempos imemoriais. Seja qual for o sofrimento, ele tem sido associado aos rituais de iniciação e dominação por parte não apenas de religiões, mas, sobretudo, e de modo invasor e político, para efeitos de dominação de um povo sobre o outro. Assim, sofrimento e religião são termos que guardam conexão; e, para que seja possível refletir com propriedade a respeito da liberdade religiosa *prima facie* e dos desdobramentos de seu exercício que possam significar a imposição do sacrifício ao outro, necessário preliminarmente introduzir a noção desses conceitos, a saber: liberdade e religião, para, a seguir, vincular-lhes ao sofrimento e sua banalização.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pelos cinquenta e oito países membros das Nações Unidas em Paris no ano de 1948, conceituava a liberdade de religião e de opinião no seu artigo 18, dispondo que "*Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião*".¹ Feito isso, passar-se-á à abordagem do sacrifício religioso em si mesmo.

A expressão "liberdade de religião" está muito próxima ao sentimento de tolerância em diversos credos; por outro lado a utilização de "liberdade de culto" está muito mais relacionada à liberdade de cada indivíduo de professar a religião que mais lhe aprouver. Essas formas de liberdade coexistiram em diferentes medidas ao longo da história, tanto no Ocidente quanto no Oriente. No entanto, desde a Antiguidade até os nossos dias, os registros históricos dão conta de que não foram raros os episódios em que tal forma de liberdade foi cerceada, na prática, por meio seja de punições, de legislações repressivas socialmente ou pela privação dos direitos políticos.

De todo modo, ao se cuidar do tema "liberdade" necessariamente se faz necessário traçar seus limites e para tanto se busca o socorro da filosofia, mesmo porque liberdade sem limites conduz ao caos social em quaisquer circunstâncias. É preciso lembrar que há sempre seres imponderados, que precisam de regras sólidas para que sejam resguardadas as liberdades alheias.

¹Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>, ". Os artigos 19 e 20 estão associados à liberdade religiosa conhecida internacionalmente pela sigla (*Freedom of Religion or Belief*). Acessado em 05 de dez. 2017

A Constituição Brasileira é clara ao afirmar como direito fundamental a liberdade religiosa e de culto, entretanto não as regulamenta, como o faz a Lei de Liberdade Religiosa Portuguesa². Demonstrar-se-á que brevemente o Supremo Tribunal Federal brasileiro enfrentará tal questão já em andamento após uma vasta trajetória legislativa.

Reduzindo o tema do sacrifício à realidade atual, o que sobra sem regulamentação específica é o sacrifício animal, a despeito do art. 32 da Lei 9605/98 que tipifica a crueldade contra animais como Crime Ambiental de competência Federal.

A argumentação em sentido contrário é sempre de fundo libertário e se baseia apenas em “valores culturais”, como se a cultura, resíduos, tradições e costumes não fossem objeto de atualizações constantes em suas práticas diante da própria evolução social. Ontem o sacrifício humano caminhava lado a lado do sacrifício animal, entretanto o universo social desconhecia a Ética da Alteridade, da Compaixão e a senciência animal.

O objetivo deste trabalho é expor a necessidade de regulamentação da liberdade religiosa, demonstrando o atual panorama no Direito Comparado português e norte-americano e as críticas pertinentes a ambos os sistemas. Torna-se claro que o tema merece um estudo histórico mais aprofundado e um riquíssimo viés filosófico atento e acurado, ainda assim passa-se a expor o néctar de uma urgente necessidade de normatização de limites ao exercício religioso. Serão consideradas para tanto três vertentes, dentre as quais duas filosóficas e uma normativa. A filosofia baseada na ética da compaixão de Schopenhauer e na alteridade levinasiana será convidada a uma reflexão provocativa de Derrida sobre o ato sacrificial. E, por fim, será inserida a regra constitucional exigindo ponderação de direitos fundamentais normatizados com a demonstração de uma considerável e clamorosa evolução legislativa.

1. Religião e Sacrifício, por Jacques Derrida

Jacques Derrida vem por meio de reflexões sob o título de *Post-scriptum*, redigidas após o Seminário de Capri defender o retorno das religiões. Em seu texto, descreve a experiência da crença através da fé como uma espécie de confiança cega, e a dominadora e misteriosa experiência da sacralidade. E para tanto define a etimologia cuidadosa da palavra ‘religião’ de modo responsável. Religião é um conceito que direciona para uma alteridade:

² PORTUGAL, Lei de Liberdade Religiosa. Consolidação Lei n.º 16/2001 - Diário da República n.º 143/2001, Série I-A de 2001-06-22 - Disponível em https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106639383/201704281757/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontoff_iceportlet_rp=indice. Acessado em 05 de dez. 2017- A Lei de Liberdade Religiosa de Portugal, por ser mais antiga, datada de 2001, em seu artigo 26 autoriza a realização de atos sacrificiais, e com isso merece urgente revisão, uma vez que está na contramão da mais recente atualização normativa do Código Civil Português, que hoje dispõem que os animais não são coisas, e sim “entes”. Tal mudança foi o primeiro passo à inserção conceitual-normativa dos conceitos de senciência animal.

As duas etimologias concorrentes deixam-se conduzir ao mesmo ponto e, de uma certa maneira, à possibilidade da repetição que tanto produz quanto confirma o mesmo. Nos dois casos (*re-legere* ou *re-ligare*), trata-se realmente de uma ligação insistente que se liga, antes de tudo, a si mesma. Trata-se realmente de uma reunião, de uma *re-união*, de uma *re-coleção*. De uma resistência ou de uma reação à disjunção. À alteridade *ab-soluta*.³

E segue o autor repensando a religião e sua essência sacrificial e o paradoxo a ser enfrentado por um lado pelo mandamento “Não matarás”, onde subsiste um respeito absoluto pela vida e, “por outro, (sem mesmo falar das guerras de religião, de seu terrorismo e de suas matanças), a vocação sacrificial, também universal.”⁴ Derrida segue pontuando a relevância do que a história amplamente confirma. “*Outrora existiu, aqui e ali, o sacrifício humano, inclusive nos grandes “monoteísmos”*.”⁵ E dimensiona corretamente a violência a que sempre foram submetidos os animais:

Sempre o sacrifício do vivente, ainda e mais do que nunca na escala da criação de animais e abate em massa, da indústria da pesca ou da caça, da experimentação animal. [...] alguns ecologistas e certos vegetarianos[...] seriam os únicos “religiosos” deste tempo a respeitar uma dessas duas fontes puras da religião e, com efeito, carregar a responsabilidade do que poderia ser realmente o futuro de uma religião.⁶

Nesse ponto o autor está acenando para aquilo que seria uma evolução social máxima, ou seja, uma verdadeira religião universalizada, para uma ética global de responsabilidade pela vida na Terra, o que muito se aproxima do princípio constitucional brasileiro que garante a equidade intergeracional ao determinar o ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental e tutelado pelo Estado.

Sua crítica é atroz e ao mencionar que “*a vida não vale absolutamente, a não ser valendo mais que a vida*”.⁷ Desaparece assim todo o sentido lógico de uma religião que mata para sacralizar desrespeitando o que há de mais sagrado, a vida. O autor continua, afirmando que “Assim era o fantoche, a máquina morta e mais do que viva, o fantasma espectral do morto, como princípio de vida e de sobre-vida.[...] E, portanto, carregando seu luto, tornando-se o que ela é no trabalho de luto infinito, na indenização de uma espectralidade sem limites.”⁸

Depreende-se do texto de Derrida seu apreço pelos animais e sua indignação diante do sacrifício religioso. “Qual é a mecânica dessa dupla postulação (respeito à vida e sacrificialidade)?”⁹ Sua resposta vem atacando o próprio conceito religioso de vida:

Ela não é sagrada, santa, infinitamente respeitável a não ser em nome do que, em seu âmago, vale mais do que ela e não se limita à naturalidade do biozoológico (sacrificável) – ainda que o verdadeiro sacrifício deva sacrificar não só a vida”

³ DERRIDA J., Fé e Saber- 1996, p. 54

⁴ DERRIDA J., Fé e Saber, p. 70 In: DERRIDA, Jacques; VATTIMO, Gianni (org.). *A Religião: o seminário de Capri*. Ed. Estação Liberdade Ltda. 1996, p. 70.

⁵ *Ibidem*, p. 70

⁶ *Ibidem*, p. 70

⁷ *Ibidem*, p.70

⁸ *Ibidem*, p 70

⁹ *Ibidem*, p.70

natural”, dita “animal” ou “biológica”, mas o que vale também mais do que a dita vida natural.¹⁰

E conclui o autor pela dita hierarquia entre vidas, onde a vida humana é a que tem maior valor “O respeito pela vida concerne, assim, nos discursos da religião como tal, exclusivamente à vida humana, enquanto esta se dá testemunho, de alguma forma, da transcendência infinita do que vale mais do que ela) a divindade, a sacrossantidade da lei)¹¹.

Refletindo Derrida sobre “o valor da vida, sua “dignidade” absoluta, e a máquina teológica, “a máquina destinada a fazer deuses”¹² e “o preço do ser vivo humano antro-po-teológico, verifica que o preço elevado é o do que deve permanecer salvo” na auto-referência excessiva e doentia do gênero humano se supervalorizando em detrimento de todos os demais seres do planeta.

Esse excesso em relação ao vivente, cuja vida não vale absolutamente a não ser valendo mais do que a vida, em suma, mais do que ela mesma, eis o que abre espaço de morte, que se liga [...] às dimensões da complementaridade auto-imunitária e auto-sacrificial, essa pulsão de morte que trabalha em silêncio toda a comunidade, toda auto-imunidade, e, na verdade, a constitui como tal, em sua interalibilidade, sua herança, sua tradição espectral.¹³

O autor é muito acurado ao demonstrar que toda comunidade está de fato buscando sua imunidade e sua eternização, mas condena o rito sacrificial por ser tal prática desnecessária e autoenganadora da finitude real da vida, e mantém a comunidade aberta a algo maior do que ela: o futuro, a morte, a liberdade, a messiandade etc¹⁴.

Fica sempre questionável a “Violência do sacrifício em nome da não-violência”.¹⁵

‘A religião, como resposta à dupla distensão e ao duplo entendimento, é então eclipse: a eclipse do sacrifício.’¹⁶ [...] A eclipse ou a duplicidade originária da religião, é que a lei do indene, a salvação do salvo, o respeito pudico pelo que é sacrossanto (heilig, holy) exige, e ao mesmo tempo, exclui o sacrifício, a saber, a indenização do indene, o preço da imunidade.¹⁷

Nesse texto Derrida segue adiante questionando muito mais e, sobretudo, a supremacia de uma religião em detrimento das demais. Alerta para o cuidado com a reatividade do retorno primitivo e arcaico, não só do dogmatismo obscurantista, mas também à vigilância à hipercrítica.¹⁸ Havendo risco de destruição de tradições históricas. Alerta para uma possibilidade de excesso de patriotismo exacerbado

¹⁰ *Ibidem* p.70 e 71

¹¹ *Ibidem*, p.72

¹² *Ibidem*, p.72

¹³ *Ibidem*, p 71

¹⁴ “Comunidade como co-mum-auto-imunidade: não existe comunidade que não alimente sua própria auto-imunidade, sendo que um princípio de auto-destruição sacrificial causa a ruína do princípio de proteção de si (da manutenção da integridade inata de si) e isso em vista alguma sobre-vida invisível e espectral. (DERRIDA J., Fé e Saber, 1996, p. 70 e 71).

¹⁵ *Ibidem*, p.72

¹⁶ *Ibidem*, p 72

¹⁷ *Ibidem*, p72

¹⁸ *Ibidem*, p

como meio de reação e dimensiona os riscos de fanatismos, fundamentalismos e modelos de hegemonia que apaguem o pluralismo religioso.

O que se busca aqui demonstrar é que a filosofia já vem com diversos expoentes questionando e repensando tal dogmatismo intransponível que se coloca como essencial à manutenção de certas religiões. Numa sociedade planetária consciente do abandono do modelo unicamente antropocêntrico, faz-se necessário à luz do ‘antropocentrismo alargado’ repensar juridicamente uma limitação para práticas tão distanciadas da realidade de consciência da preservação da vida. Se hoje restarem admitidos os rituais com animais numa guerra poder-se-ia fundamentar todos os rituais com a mesma base de violência, porque a guerra entre dogmas e supremacias religiosas é latente.

Trata-se sempre de uma vingança declarada, frequentemente declarada como desforra sexual; estupros, sexos feridos ou mãos decepadas, exibição de cadáveres, expedição das cabeças cortadas que, outrora na França, eram erguidas na ponta de uma vara (“procissões fálicas das “religiões naturais.”)

2. A Liberdade Limitada pela Alteridade Levinasiana

Emmanuel Levinás, com sua obra *Ética da Alteridade*, se tornou um ícone da filosofia na França. A vivência dele nos campos de concentração nazistas propiciou que nele afluísse um olhar único e profundo sobre a diferença que reside no outro. Ao vislumbrar um singelo cão no cativeiro conseguiu realizar um exercício interno de introspecção de como aquele ser “diferente” via a compreendia os seres humanos. Levinás propõe um olhar diferenciado para o racionalismo moderno ocidental trazendo a necessidade de se equilibrar a liberdade com o peso da responsabilidade. Tal balança é notoriamente difícil se consideradas as diversidades cultural e de valores típicos de um povo, mas ainda assim, faz-se visível que seja qual for o povo em questão terá ele uma força coletiva indubitável para com a tutela de seus iguais e de seus diferentes, trazendo assim a ideia de inclusão social e aceitação dos menos favorecidos¹⁹.

O agir livre e a razão nas ações são traços marcantes do período moderno. Não apenas Levinás, mas também Hegel e Descartes cuidaram com atenção da questão da autonomia humana diante das escolhas e da razão. Este último sempre ligando a ideia de razão à ideia da existência e do intelecto. Para Descartes, o ato de pensar formaliza o sujeito enquanto ser autônomo em sua razão e interação com o mundo.

Esse caminho traçado pelos seus antecessores fez Levinás propor um olhar diferente para tudo que não venha a ser de imediato aceito como igual. Assim, com sua *Ética* ele propõe que se olhe para o outro de modo amplo, e inclusivo, criticando a filosofia moderna por reduzir o olhar ao ser individual, alienando por consequência aquele que está de fora. Conduz seu pensamento a uma análise de

¹⁹ Para se situar no tempo, o período chamado de Modernidade se refere à Europa do século XVII que passou a influenciar o mundo todo com suas concepções culturais e com a busca pela Liberdade.

aceitação das diferenças, de tudo que é estranho ou fora do formato. O fenômeno moderno só teria compreensão de modelos pré-estabelecidos sem sequer poder “ler” o que for desigual. A ininteligibilidade é traço marcante da crítica da alteridade proposta por Levinás.

É certo dizer que Levinás não chega a cuidar da chamada ‘Ética Animal’ nem traduz sua alteridade com conceitos detalhados sobre o cão a que se refere no campo de concentração. Esse trabalho foi por ele iniciado e caberá a outros fornecerem os contornos da sciência englobando os seres não humanos.

O importante aqui é destilar o produto extremo da ideologia que fez a mudança paradigmática do olhar individualizado para o olhar inclusivo. Isso lembrando sempre que não se pode abordar o sacrifício animal sem antes considerar que a ideia do abate antes englobava com facilidade conceitual o outro “humano”. Então primeiro é preciso que se conscientize a humanidade sobre as diferenças entre humanos, para então depois de considerar a aceitação da diferença em relação aos animais.

A crítica levinasiana à filosofia da Era Moderna reside, portanto, na coisificação do outro e na supervalorização do eu. E é por isso que o autor coloca o papel da Ética da Responsabilidade para com o outro como a Filosofia Primeira, aquela que deve vir antes de todas as outras, como meio de civilizar o próprio homem, como parte de um tecido social.

Nessa medida ele se distancia do ‘*Cogito logo sou*’ de Descartes, repleto de autossuficiência e de potência para reforçar a ideia do cuidado em relação ao outro. A Ética para Levinás dá-se a partir de uma responsabilidade pré-original em face da alteridade, não da morte, e sim da vida do Outro e, sobretudo, no ‘não consentimento na morte alheia’.

A responsabilidade pelo outro precede a minha liberdade. Não deriva do tempo tecido de presenças – nem de presenças esvaecidas no passado e representáveis – do tempo de inícios ou de assunções. Não me permite que me constitua num eu penso substancial como uma pedra, ou como um coração de pedra, em si e para si.
20

A Ética da Alteridade é algo que deveria ser estudado nas Escolas pelas crianças ensinando a aceitação da diferença. O princípio fundamental dessa ética é a responsabilidade com o existir do outro. E quem é o outro? “*O terceiro é outro distinto que o próximo, porém é também outro próximo, é também o próximo do outro e não simplesmente o seu semelhante.*”²¹. E Carlos Naconency ao abordar o Direito dos Animais informa que nossa cultura antropocêntrica especista está sempre buscando eufemismos para os animais, como atenuantes: “*A retórica dos eufemismos consiste em substituir certos termos por outras palavras eticamente neutras, como “abater” no lugar de “matar” ou “assassinar”.*”²² Assim, tem se liberado indevidamente o gênero humano da responsabilidade inevitável em relação aos outros seres.

²⁰ LEVINÁS, E. De Deus vem a ideia. p. 105 Ed. Vozes, 2016

²¹ LEVINÁS, E. *Totalidade e infinito*. P.24

²² NACONECY, Carlos. *Ética e Animais*. EDIPUC RS, 2014, p.70

O 'outro' metafísico é o outro de uma alteridade que não é formal, de uma alteridade que não é um simples inverso da identidade, nem de uma alteridade feita de resistência ao Mesmo, mas de uma alteridade anterior a toda a iniciativa, a todo o imperialismo do Mesmo; Outro de uma alteridade que constitui o próprio conteúdo do Outro; Outro de uma alteridade que não se limita ao Mesmo, porque nesse caso o Outro não seria rigorosamente Outro: pela comunidade da fronteira, seria, dentro do sistema, ainda o Mesmo.²³

A alteridade é inevitável, não é escolha, assim como a heterogeneidade é constitutiva do mundo humano, que caracterizado por sua intersubjetividade é relacional. Mas, essa inevitabilidade não possui o condão de impedir a noção de conflito; antes, remete a ele. Compreender esse conflito é o desafio que está posto à sociedade, cada vez mais plural. Nesse enfoque, a alteridade pressupõe o conflito social, que não pode ser negado, mas antes enfrentado, pois ainda que episódico, faz parte da vida em comum. Resultado imediato da heterogeneidade social humana, o conflito está intimamente ligado a essa pluralidade moral. Não se pode negar que esse pluralismo remete necessariamente a enxergar o Outro, a uma concepção do Outro, como grande o referencial demarcador ético de qualquer moralidade.²⁴

E quando Levinás prontifica o ser humano para aceitação do outro, ele com isso abre um caminho sem volta para a aceitação em sentido lato de tudo que coexiste no mundo. A ética da Responsabilidade Global proposta no viés do Ambientalismo muitos anos depois vai exigir do homem a responsabilidade com os recursos naturais do planeta. E seguindo essa linha o ser humano também terá que se responsabilizar pelos animais. A afirmação de Levinás de que o que o outro olha nos olhos é um grito de clamor pelo reconhecimento da responsabilidade em relação ao terceiro que nos vê. Assim, o Estado Democrático de Direito será o regulador dessa responsabilidade ao garantir como direito fundamental a liberdade aos seus cidadãos. Mas também ao limitar o uso deste direito extraordinariamente amplo a fim de que este não seja utilizado para fins egoísticos, fúteis, torpes ou desnecessários. A responsabilidade chega então com a necessidade de ser normatizada.

3. A Ética da Compaixão por Adorno e Schopenhauer

Theodor Adorno, filósofo da escola de Frankfurt, apontava os limites da liberdade e seus efeitos perigosos. A liberdade religiosa aqui tratada, é espécie do gênero liberdade de expressão, que por sua vez é característica marcante da democracia. A questão que se coloca é que há que haver limites legais para o exercício de um direito tão amplo.

Um apontamento que há de ser feito à uma visão a priori demasiadamente libertária pela liberdade de cultos de quaisquer naturezas levará a um paralelismo

²³ LEVINÁS, E. 2008, p. 25

²⁴ HOGEMANN, E.. Bioética, Alteridade, embrião humano, RJ: Multifoco, 2015, p. 103.

com o Holocausto. Afinal, Hitler, não por razões religiosas, mas mesmo em nome da ciência utilizou-se de seres humanos com extrema crueldade e reduzindo-os a uma negação total de direitos.

Muitos conhecimentos, embora formalmente verdadeiros, são nulos fora de toda a proporção com a repartição de poderes. Quando o médico expatriado diz - "Para mim, Adolf Hitler é um caso patológico" - o resultado clínico acabará talvez por confirmar o seu juízo, mas a desproporção deste com a desgraça [...], se espalha pelo mundo faz de tal diagnóstico, com que se incha o diagnosticador, algo ridículo. [...] Os que expressam os seus pensamentos na forma de juízo livre, distanciado e desinteressado são os que não foram capazes de assumir nessa forma a experiência da violência, o que torna inútil tal pensamento. O problema, quase insolúvel, consiste aqui em não se deixar imbecilizar nem pelo poder dos outros nem pela impotência própria²⁵

Theodor Adorno seguiu o autor que inicialmente escreveu sobre “as dores do mundo”, o pessimista Arthur Schopenhauer, trazendo ambos então, um olhar existencial de compaixão para todas as suas abordagens. Assim, Schopenhauer afasta-se da teoria kantiana, sempre pautada na dignidade, e desenvolve a sua Ética da Compaixão calcada na filosofia oriental baseada em desenvolvimento de atos de caridade, bondade e compaixão como meios de combater o egoísmo e crueldade inerentes ao gênero humano. Então honestidade, fidelidade, tolerância, serenidade, benevolência e generosidade acompanham a tônica da compaixão.

Não tenho reparo em colocar-me em aberta oposição a Kant, que não reconhece bondade ou outra virtude que as derivadas da reflexão abstrata e particularmente da noção de dever e do imperativo categórico, considerando o sentimento de compaixão como uma debilidade, porém, de nenhum modo, como uma virtude.²⁶

Schopenhauer trabalha com a compaixão como princípio ético fundamental afirmando ser a compaixão inata a única capaz de fundar a ética. Schopenhauer busca fundar uma ética da compaixão, e para isso estabelece uma metafísica baseada em uma vontade universal, que é a essência de todos os seres. Na obra chamada *Sobre a Ética*, um conjunto de pequenos ensaios de Schopenhauer são reunidos editorialmente em um pequeno livro como parte de uma coleção de pequenos ensaios do autor, publicados em 1851 e que o fizeram mundialmente conhecido. O filósofo é mais ousado ao descrever o caráter verdadeiramente diabólico do ser humano, “*único animal que provoca dor em um outro sem nenhum outro fim que não este mesmo*”.²⁷

E assim o autor aponta com firmeza para os defeitos morais do ser humano, confrontando-o com o que vem a chamar de uma vontade cega que o conduz para um caos.²⁸

²⁵ SHOPENHAUER, A. *Mínima moralia*. Reflexionen aus dem beschädigten Leben © 1951 by Suhrkamp Verlag Tradução: Artur Morão Capa de Edições 70 Depósito Legal n.º166799/01 ISBN 972-44-1071-4 Direitos reservados para língua portuguesa por Edições 70 - Lisboa - Portugal EDIÇÕES 70, LDA. Disponível em <http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/babel/textos/adorno-minima-moralia.pdf>. Acessado em 28 de nov. 2017. p.47

²⁶ SHOPENHAUER, A. *O Mundo como Vontade e Representação*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001. 431p.

²⁷ SCHOPENHAUER, A. *Sobre a Ética*. Ed. Hedra. Tradução de Flamarion C. Ramos, 2012

²⁸*Ibidem*, p.432

O homem no íntimo é um animal selvagem, uma fera. Essa era a antiga concepção de Thomas Hobbes com a sua célebre conclusão, *homo, homini lúpus*²⁹. Só o conhecemos domesticado, domado, nesse estado que se chama civilização: por isso recuamos assustados ante as explosões acidentais do seu temperamento. Se caíssem os ferrolhos e as cadeias da ordem legal, se a anarquia rebentasse, ver-se-ia então o que é o homem. (as dores do mundo. p. 51)³⁰

Compaixão é a aptidão de se sentir na posição do ser que sofre, some a diferença entre o eu e outro, atenua-se o valor do ego que quer apenas satisfazer-se. A compaixão é praticada pelas pessoas caridosas, de excelência de caráter, e pelos santos. É assim uma espécie de amor que “procura evitar o sofrer, neutralizar as dores da existência (...) em vez de perpetuá-las”³¹. Assim é preciso que o ser humano compreenda os valores dos outros seres e como diz Graciliano Ramos, compreenda também “a força feia do sofrimento e não a qualidade do sofrente”. A sciência animal já foi demonstrada por vários estudos desde a década de setenta sobre os Direitos dos Animais, assim, parafraseando Jeremy Bentham, não importa se eles podem raciocinar ou falar, mas sim se podem sofrer. E se sofrem por meio de rituais de fé para satisfazer o gênero humano nas inquietudes da alma e nas crenças de cura, sucesso, imortalidade e poder, então já está no momento de serem limitados e repensados em benefício da própria evolução planetária. A ética de uma responsabilidade global já exige do homem que ele seja vigilante e atento à fauna e à flora conforme preceitua corretamente a norma constitucional brasileira.

Todas as vezes que o indivíduo, entregue a si próprio, seja incapaz de compreender os desígnios da natureza, ou impelido a resistir-lhe, ela faz surgir o instinto; eis por que este foi dado aos animais e mormente aos animais inferiores mais destituídos de inteligência; porém, o homem não se lhe submete senão no caso

²⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. ‘*O homem é o lobo do homem*’ é uma frase muito familiar na obra do autor, mas não foi originariamente criada por ele. **Homo homini lupus** é uma sentença latina que significa *o homem é o lobo do homem*. Foi criada por Plauto (254-184 a.C.) em sua obra *Asinaria*. No texto se diz exatamente; “Lupus est homo homini non homo”. Foi reproduzida por Thomas Hobbes, filósofo inglês do século XVII. Gramaticalmente, segundo a construção em latim, está formada com o nominativo e dativo de homo, -inis (homem), e o nominativo de lupus-i (lobo). Foi popularizada no *Leviatã*, publicado em 1651. O livro, cujo título por extenso é *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, trata da estrutura da sociedade organizada. Hobbes alega serem os humanos egoístas por natureza. Com essa natureza tenderiam a guerrear entre si, todos contra todos (*Bellum omnia omnes*). Assim, para não exterminarmos uns aos outros será necessário um contrato social que estabeleça a paz, a qual levará os homens a abdicarem da guerra contra outros homens. Mas, egoístas precisam de um soberano (*Leviatã*) que puna aqueles que não obedecem ao contrato social. Hobbes aborda a religião e a liberdade, oferece regras e menciona o sacrifício em: “Sexto, nas orações, ações de graças, ofertas e sacrifícios, é um ditame da razão natural que eles devem ser em sua espécie os melhores e os mais significantes de honra. Por exemplo, que as rezas e ações de graças sejam feitas com palavras e frases que não sejam nem abruptas, nem frívolas, nem plebéias, mas belas e bem compostas, pois de outro modo não honraremos a Deus tão bem quanto podemos. E, portanto, os gentios procederam de maneira absurda venerando imagens de deuses, mas era razoável fazê-lo em verso, e com música, quer de vozes, quer de instrumentos. Estavam também concordes com a razão, por resultarem de uma intenção de venerá-lo, os animais que ofereciam em sacrifício, e as ofertas que faziam, e os seus atos de veneração estavam cheios de submissão e celebravam os benefícios recebidos.”p 122 Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf . Acessado em 05 de dez. 2017

³⁰ SCHOPENHAUER, Arthur. *As dores do mundo*. p. 51

³¹ BARBOZA, Jair. Schopenhauer: a decifração do enigma do mundo. São Paulo: Moderna, 1997.

especial de que nos ocupamos. Não é porque o homem fosse incapaz de compreender o fim da natureza, mas não o levaria a cabo com todo o necessário zelo, mesmo à custa da sua felicidade particular. Assim, neste instinto, como em todos os outros, a verdade reveste-se de ilusão para atuar sobre a vontade.³²

Muito se discutiu filosoficamente sobre a separação entre Estado e Religião, e hoje o Pós-Secularismo proposto por Habermas já demonstrou que mesmo a sociedade já secularizada demanda pela presença e diálogo entre as múltiplas religiões, como exortação da democracia participativa. Deste modo não há que se afastar ou demonizar nenhuma religião no atual panorama sócio-político mundial, mas tão só limitar as variadas práticas para que fiquem em consonância com os princípios constitucionais normativos que são por sua vez garantidores de um estado laico e ambiental, consciente dos direitos da natureza. Assim têm os homens grande conforto na religião abraçada. Diante da inexorável finitude humana nenhum sistema legal por si só seria capaz de guarnecer o coração humano com argumentos acolhedores. O papel das religiões já foi definido como aponta Schopenhauer:

Também assim se explica o interesse que nos inspiram os sistemas filosóficos e as religiões. Este poderoso interesse liga-se principalmente ao dogma de uma duração qualquer após a morte; e se as religiões parecem cuidar acima de tudo da existência dos seus deuses, e empregar todo o zelo a defendê-la, é unicamente porque ligam a essa existência o dogma da imortalidade de que a consideram inseparável: só a imortalidade os preocupa. Se fosse possível assegurar de outra maneira a vida eterna ao homem, o seu zelo ardente pelos deuses esfriaria imediatamente, e daria até lugar a uma indiferença quase absoluta, desde que lhe fosse mostrada com evidência a impossibilidade de uma vida futura. Por esse motivo os sistemas completamente céticos ou materialistas nunca hão de exercer uma influência geral ou duradoura.

O pluralismo religioso é a realidade brasileira e cada vez mais vem se tornando uma realidade mundial. Uma consciência multifacetada das diferentes religiões é filosoficamente relevante para se obter uma conclusão como a de Schopenhauer:

Acrescento que não se pode admirar assaz o acordo, a perfeita unanimidade de sentimentos que se nota, se lermos a vida de um santo ou a de um penitente cristão, e a de um hindu. Através da variedade, da oposição absoluta dos dogmas, dos costumes, dos meios, do esforço, a vida íntima de um e de outro são idênticas. ³³

A implementação do pluralismo religioso no Brasil nada mais é do que o respeito ao rigor da Constituição Federal. E há que se referendar que entre sagrado e profano a crença ainda majoritária no país, professada pela Igreja Católica, foi uma das que mais sublimou o sacrifício original, que teve seu ápice com a

³²SHOPENHAUER, A. *As dores do mundo*. Disponível em <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/01/Dores-do-Mundo.pdf>. Acessado em 29 de nov. 2017. SCHOPENHAUER DORES DO MUNDO O Amor — A Morte — A Arte — A Moral — A Religião — A Política — O Homem e a Sociedade EDICÕES DE OURO p.19

³³ SCHOPENHAUER *loc cit*, p.49

crucificação de Jesus Cristo e é continuamente reproduzido em todas as missas de modo simbólico. Sobre a supremacia do Cristianismo perante outras religiões:

[...] longa a lista das bárbaras crueldades que acompanharam o Cristianismo, cruzadas injustificáveis, exterminação de uma grande parte dos habitantes primitivos da América e colonização dessa parte do mundo com escravos negros, arrancados sem direito, sem a sombra de um direito, à pátria, à família, ao solo natal e condenados por toda a vida a um trabalho de forçados, perseguição incansável dos heréticos, tribunais de inquisição que bradam ao céu vingança, noite de S. Bartolomeu, execução de 18.000 holandeses pelo duque de Alba, etc., etc [...].³⁴

4. Sacrifício de animais diante da Constituição Federal de 1988

O ritual religioso com uso de animais é também chamado de sacrifício religioso e configura prática ancestral que historicamente também alcançava o ser humano. Deste modo os cultos antigos usavam deliberadamente humanos, crianças e fetos com a mesma liberdade que utilizam os animais. Com a evolução das espécies a mentalidade social sempre em mutação fez com que rituais religiosos passassem a ser cada vez mais proibidos e escassos. Como já mencionado, a religião católica em todas as missas faz a sublimação metafórica do sacrifício de Cristo, no momento em que o padre bebe o vinho e toma a hóstia sagrada, como símbolos do sangue e corpo do filho de Deus, morto na cruz para salvar a humanidade, como dita a fé cristã. Se hoje uma religião ou seita usar algum ser humano haverá frontal violação aos direitos humanos. Já o uso de animais ainda permanece uma realidade.

O art. 225, § 1º, VII da Constituição Federal ao garantir a proteção do ambiente ecologicamente equilibrado abrange os animais. E de modo infraconstitucional o art. 32 da Lei nº 9.605/98 tipifica o crime de crueldade contra animais. O animal é assim protegido como espécie do gênero bem ambiental.

Os elementos que compõem o meio ambiente têm conceituação e regimes próprios e estão submetidos a uma legislação específica (Lei 6838/81 – que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente). Assim quando se fala na proteção à fauna, ou na proteção ao animal doméstico, está-se falando de parte componente do todo ambiental, que é por sua vez bem incorpóreo e imaterial. [...] portanto o animal se insere na natureza, no meio ambiente e tem sua proteção garantida.³⁵

Em breve o Supremo Tribunal Federal terá que decidir o Recurso Extraordinário nº 494.601/RS³⁶, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul precisamente sobre o mesmo tema. Foi proposta pela Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul uma ação direta de inconstitucionalidade por incompatibilidade formal e material com o artigo 1º³⁷ da Constituição Estadual

³⁴ *Ibidem*. p. 50-51

³⁵ AGUIAR, Lucia Frota Pestana de. *A Tutela Preventiva na Proteção dos Animais*. Ed Max Limonad, 2015. p. 181

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 494.601/RS. Rel. Min. Marco Aurélio. Em 03.03.2007

³⁷ “Art. 1º – O Estado do Rio Grande do Sul, integrante com seus Municípios, de forma indissolúvel, da República Federativa do Brasil, proclama e adota, nos limites de sua autonomia e competência, os princípios

Gaúcha e artigos 5º, 19, I, e 22, I, da Constituição Federal de 1988, todo o parágrafo único do artigo 2º da Lei local de nº 11.915/2003 (redação da Lei nº 12.131/2004):

Art. 2º – É vedado:

I – ofender ou agredir fisicamente os animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência capaz de causar sofrimento ou dano, bem como as que criem condições inaceitáveis de existência;

II – manter animais em local completamente desprovido de asseio ou que lhes impeçam a movimentação, o descanso ou os privem de ar e luminosidade;

III – obrigar animais a trabalhos exorbitantes ou que ultrapassem sua força;

IV – não dar morte rápida e indolor a todo animal cujo extermínio seja necessário para consumo;

V – exercer a venda ambulante de animais para menores desacompanhados do responsável legal;

VI – enclausurar animais com outros que os molestem ou os aterrorizem;

VII – sacrificar animais com venenos ou outros métodos não preconizados pela Organização Mundial de Saúde – OMS, nos programas de profilaxia da raiva.

Parágrafo único. Não se enquadra nesta vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana. (Negrito nosso)

O respectivo Decreto regulamentar de nº 43.252/2004 dispôs (sic) “para o exercício de cultos religiosos, cuja liturgia provém de matriz africana, somente poderão ser utilizados animais destinados à alimentação humana, sem utilização de recursos de crueldade para a sua morte”.

Para extirpar o dispositivo questionado, a inconstitucionalidade vem nele arguida sob duplo fundamento: de um lado encontra-se uma inconstitucionalidade formal, em manifesta invasão da competência privativa da União para legislar sobre matéria penal (art. 22, I, da CF) pelo teor do artigo 32 da Lei Federal nº 9.605/98, que tipifica como crime a prática de maus-tratos e ferir ou mutilar, animais silvestres, domésticos ou domesticados, exóticos ou de nossa própria fauna, tendo o parágrafo único inserido na lei estadual acabado por criar hipótese de exclusão de ilicitude; de outro lado surge a inconstitucionalidade material, uma vez que a norma impugnada, no ato de exclusão somente de religiões de matriz africana, acaba por ignorar a existência das demais que também fazem uso do sacrifício de animais.

Assim sendo, nota-se que a modificação da redação original acaba por criar iniquidades. É importante esclarecer que o abate religioso, aquele que mata o animal para fins de alimentação seguindo regras específicas para sustentar crenças, também está sendo indevidamente excluído pelo texto referido. Nessa medida fica evidenciada a violação ao princípio da isonomia (art. 5º, caput) e a laicidade estatal (art. 19, I) que deve ser neutro e não priorizar religiões majoritárias.

O STF tem admitido o controle concentrado pelo Tribunal de origem³⁸ da constitucionalidade de leis estaduais em contraste simultâneo com preceitos e princípios da Carta local e da Carta da República, quando houver absorção pela Constituição Estadual de normas de reprodução compulsória contidas na Constituição Federal. Cabível, portanto, o controle concentrado no Tribunal de

fundamentais e os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, universalmente consagrados e reconhecidos pela Constituição Federal a todas as pessoas no âmbito de seu território”.

38 Reclamação 383-SP, ADI 2.076-AC, dentre outros.

origem por alegada violação por ricochete no artigo 1º da Constituição local aos princípios contidos no artigo 5º e 19. I, da CF.

Assim, o mérito do recurso merece ser apreciado à luz do Belief-Action dichotomy³⁹. Com base no Direito Constitucional a Belief-Action dichotomy ocorre quando se faz uma distinção entre permitir uma pessoa seguir certa crença particular e ao mesmo tempo permitir-se ao Estado interferir sempre que entender necessário para a proteção de outros cidadãos do exercício e das práticas dessa crença.

Essa distinção foi feita pela Suprema Corte Norte-Americana na Primeira Emenda. No Brasil recentemente o Supremo autorizou para atender ao direito individual de uma só pessoa a utilização de hábito religioso na sua identificação civil.⁴⁰ A decisão recorrida reconheceu o direito ao uso de hábito religioso em fotografia de documento de habilitação e identificação civil, afastando norma administrativa que veda a utilização de item de vestuário/acessório que cubra parte do rosto ou da cabeça na foto. Como se observa configura-se uma questão de repercussão geral a liberdade religiosa ter ou não a autoridade para excepcionar obrigação genérica aos jurisdicionados, no caso, sobre regras para a identificação civil. O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão em de 2017, mas ainda não julgou a questão principal.

Como se trata de direitos fundamentais faz-se necessária e urgente uma clara definição dos limites da liberdade de culto. Para isso o tema merece uma pesquisa bem aprofundada sobre a ponderação de princípios constitucionais. De um lado tem-se a liberdade religiosa no inciso VI do art. 5º e de outro o direito dos animais tutelados amplamente pela regra contida no art. 225, VII da Carta Magna, que determina ser dever do Estado zelar por eles. O animal seja ele selvagem, silvestre, doméstico ou domesticável, é parte integrante da fauna, configurando-se um micro-bem ambiental inserido no macro-bem ambiental⁴¹.

A questão aqui não precisa ser tratada de modo a serem defendidos os direitos dos animais, mas antes disso, há que ser preservado o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado. Nessa medida este trabalho passará a tratar agora da necessidade de se verificar a tentativa social de evolução legislativa e os clamores em sentido contrário pela defesa da continuidade da prática de rituais de sofrimento, por serem estes identitários das religiões que os pregam. Nessa medida resta claro que o que precisa ser discutido e julgado é a possibilidade do exercício de culto, uma vez que a liberdade de crença é garantida inexoravelmente

³⁹ A teoria da separação entre liberdade de crença e liberdade de culto do direito norte-americano. With regard to Constitutional law, belief-action distinction refers to the distinction made between permitting a person to follow a particular belief and at the same time permitting the state to intervene whenever it finds necessary to protect others from the practices of that belief. This distinction was made by the Supreme Court in First Amendment law. Disponível em <https://definitions.uslegal.com/b/belief-action-distinction/>. Acessado em 05 de dez. 2017

⁴⁰ BRASIL, RE 859376 rg / PR- repercussão geral no recurso extraordinário –relator Min. Luiz Roberto Barroso - julgamento: 29/06/2017- órgão julgador: tribunal pleno -processo eletrônico dje-168 divulg 31-07-2017 public 01-08-2017. Disponível em:

⁴¹ AGUIAR, 2015.*Loc. Cit.* 195

pela Constituição Federal. Considerando a realidade de pluralismo religioso brasileira há que determinar o alcance da liberdade de agir, para que não sejam afrontadas outras regras e direitos constitucionalmente garantidos. Neste trabalho o foco é a Constituição Federal e a base filosófica que suporta a alteração do fato social que abrange os rituais religiosos. ‘Pouco importa aqui saber se há ou não o amor pelos animais, porque deve-se respeitá-los’,⁴² pela força da dogmática normativa constitucional.

5. Breve Ponderação entre as Normas do Artigo 5º, VII, e o Artigo 225, §1º, inciso VII, da CF

De forma objetiva, tem-se dois valores fundamentais em questão: liberdade de culto, crença e prática de um lado (art. 5º, inciso VI da Constituição Federal) e dever do estado de zelar pelos animais, como parte integrante do meio-ambiente ecologicamente equilibrado. (Art. 225, § 1º, VII da Constituição Federal). Dentro deste último entra o Direito dos Animais, que por sua vez já é objeto de defesa acadêmica por grandes expoentes desde a década de 70 e até hoje vem sendo sempre uma causa crescente na sociedade. Usualmente animais utilizados em sacrifícios são dóceis e muitos deles são abatidos ainda filhotes. Importa registrar que atos religiosos envolvendo animais são usualmente secretos e não seguem regras de saúde pública para descarte dos restos mortais de cada animal sacrificado. Em 2013 o então Prefeito Eduardo Paes sancionou lei municipal nº 5653, de autoria do Vereador Átila Nunes, que isenta de multa o lixo deixado em vias públicas por rituais religiosos ⁴³. Tal lei, apelidada de Lei do Axé ofende frontalmente os princípios regulamentares de posturas municipais, e até mesmo do programa Lixo Zero, na ocasião criado pelo então Prefeito. Ainda assim a lei agradou muito a comunidade religiosa. Deste modo compreende-se que há uma necessidade latente do Supremo Tribunal Federal decidir a questão dos rituais religiosos. Sobre a importância dos Direitos dos Animais vai-se aqui resumir doutrinariamente:

Chega a ser risível pensar que Peter Singer, da Universidade de Princeton, Tom Regan, da Universidade da Carolina do Norte, Laurence Tribe, da Universidade de Harvard, Steven Wise, das Universidades de Vermont, Lewis & Clark e Miami e que lecionou em Harvard, Cass Sunstein, da Universidade de Chicago e depois de Harvard, Andrew Linzey, da Universidade de Oxford, David Favre, da Universidade de Michigan, Fernando Araújo, da Universidade de Lisboa, além de vários outros, em diversos países, inclusive de Professores brasileiros das mais prestigiadas instituições nacionais, como a UFRJ, a UFRRJ, a UFF, a UFBA, a PUC/PR, a UFSC,

⁴² AGUIAR, *Loc.Cit.* p.195

⁴³RIO DE JANEIRO, Lei LEI Nº 5653 DE 19 DE DEZEMBRO DE 2013, apelidada de Lei do Axé, foi criada para alterar a lei nº 3.273, de 6 de setembro de 2001, que dispõe sobre a gestão do sistema de limpeza urbana no município do rio de janeiro. disponível em : <https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/lei-ordinaria/2013/565/5653/lei-ordinaria-n-5653-2013-altera-a-lei-n-3273-de-6-de-setembro-de-2001-que-dispoe-sobre-a-gestao-do-sistema-de-limpeza-urbana-no-municipio-do-rio-de-janeiro> . Acessado em 6 de dez. 2017.

a PUC/RS e a USP, estão ocupados de uma doutrina frágil, carente de solidez argumentativa.⁴⁴

A questão central objeto do julgamento a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal deve ser se o exercício de cultos religiosos sacrificiais poderiam ser ou não compatíveis com a tutela do meio ambiente, que por sua vez garante aos animais a ausência de crueldades e torturas de todo o gênero. Está nitidamente excluído no momento da discussão, o abate para fins de consumo, despido de rituais ou regras religiosas.

Os sacrifícios em geral nas crenças de origem africana têm por objeto os caprinos, ovinos, suínos e bovinos ou galináceos e pombos,⁴⁵ e tais rituais visam fortalecer como meio de agrado ou de alimento simbólico às divindades, como meios de alcançar benefícios, curas e milagres.⁴⁶ Roger Bastide explora o tema ao mencionar que a visão do sangue revigora entre os não-iniciados os estereótipos sobre a barbárie ou o caráter supersticioso da religião africana.⁴⁷

Assim a ideia de sacrifício, etimologicamente (*sacro + ofício*) merece uma reflexão para que se possa compreender o motivo de tanta energia vital na luta pela permanência desses hábitos, que em verdade vão muito além disso, pois surgem preenchidos de dogmas cruciais,

“antes de ir mais longe, convém dar uma definição exterior dos fatos que designamos por 'sacrifício.' A palavra sugere imediatamente a idéia de consagração, e poder-se-ia pensar que as duas noções se confundem. Com efeito, é certo que o sacrifício sempre implica uma consagração: em todo sacrificio um objeto passa do domínio comum ao domínio religioso – ele é consagrado.)⁴⁸

Entretanto há várias espécies de consagrações. E o sacrifício pretende alcançar benefícios para os seres humanos que se envolvem diretamente com aquelas práticas. Rituais de cura, de iniciação religiosa, de libertação de ‘maus espíritos’ e de conquistas de metas pessoais são algumas das motivações presentes por trás do sofrimento de animais inocentes.

Há aquelas que esgotam seus efeitos no objeto consagrado, seja ele qual for, homem ou coisa. É o caso, por exemplo, da unção. Na sagração de um rei, somente a personalidade religiosa do rei é modificada; fora dela nada é alterado. No sacrifício, ao contrário, a consagração irradia-se para além da coisa consagrada, atingindo, entre outras coisas, a pessoa moral que se encarrega da cerimônia.⁴⁹ (BASTIDE, 2001, p.31)

O sacrifício normalmente envolve o sangue das vítimas como meio de fortalecer ou alimentar as divindades a quem se destinam. Como o objetivo é uma

⁴⁴ LOURENÇO, Daniel Braga e Fábio Corrêa Souza de Oliveira **Heróis da natureza, inimigos dos animais.**

Disponível em: https://www.academia.edu/8287938/Her%C3%B3is_da_natureza_Inimigos_dos_Animais. Acessado em 6 de dez. 2017.

⁴⁵BERKENBROCK, Volney J. *A experiência dos Orixás: um estudo sobre a experiência religiosa no Candomblé*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 205. Aponta-se, também, uma terceira categoria que inclui peixes, cobras e insetos.

⁴⁶SANTOS, Juana Elbein dos. *Os Nagô e a Morte*. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 228-229.

⁴⁷BASTIDE, Roger. *O Candomblé da Bahia*. Tradução de Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 31.

⁴⁸ Ibidem, p.31

⁴⁹Ibidem. p. 31.

suposta graça maior a ser alcançada, nada referente ao sofrimento da vítima é colocado em pauta, a ética da compaixão não é considerada e inexistente alteridade capaz de trazer de volta para a realidade aqueles praticantes que se encontram em transe religioso.

[...]. Assim chegamos à seguinte fórmula: o sacrifício é um ato religioso que mediante a consagração de uma vítima modifica o estado da pessoa moral que o efetua ou de certos objetos pelos quais ela se interessa”.⁵⁰

Mauss e Hubert, depois do estudo dos ritos sacrificiais em religiões de diversos matizes (*essai sur la nature et la fonction du sacrifice*), chegaram a observar neles um traço identificador: “Mas se o sacrifício é tão complexo, de onde lhe pode vir a unidade? É que, no fundo, sob a diversidade das formas que ele assume há sempre um mesmo procedimento que pode ser empregado para finalidades as mais diferentes. *Esse procedimento consiste em estabelecer uma comunicação entre o mundo sagrado e o mundo profano por intermédio de uma vítima, isto é, de uma coisa destruída durante a cerimônia*. Ora, ao contrário do que acreditava Smith, a vítima não chega necessariamente ao sacrifício com uma natureza religiosa acabada e definida: é o próprio sacrifício que lhe confere essa natureza”.⁵¹

O sacrifício tem por finalidade estabelecer a ligação entre o sagrado e o profano.

O Candomblé, por exemplo, religião muito comum no território brasileiro, tem no sacrifício religioso uma viga que sustenta praticamente todas as suas práticas.

“O processo de manutenção do equilíbrio entre os Orixás e os seres humanos apoia-se na troca, no esquema do dar e receber. Neste esquema, o sacrifício é o fato que ativa e possibilita o equilíbrio. Ativa pelo fato de este equilíbrio não ser algo dado *a priori*. A dinâmica do equilíbrio precisa ser conquistada e mantida e não é a situação-padrão. [...]”⁵²

A força sagrada é atribuída a cada orixá, que são entidades que são meio-humanas e que se comunicam com as divindades, agindo como verdadeiros intermediários entre o mundo terreno e o divino. E, seguindo as liturgias, essa atuação só ocorre mediante oferendas ou sacrifícios para troca ou distribuição do Axé.⁵³

O sacrifício ou a oferenda é o único meio que pode ocasionar a troca. [...]. Da oferta (o Ebó) depende toda a dinâmica do sistema no Candomblé, pois justamente a dinâmica da existência é dependente do relacionamento e do equilíbrio entre os dois níveis de existência” [*o material e o espiritual*].⁵⁴

⁵⁰MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. Sobre o sacrifício. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005. p. 15-19.

⁵¹MAUSS, 2005. p. 103.

⁵² *Ibidem*, p. 103

⁵³ Axé é assim denominada a força vital atribuída aos orixás, e transmitida por intermédio do sangue e carne dos animais sacrificados. Quanto mais jovens, puros, hígidos, maior a força vital transmitida. Não se abatem por exemplo animais doentes, velhos ou deficientes por se acreditar que não teriam a força vital intacta.

⁵⁴BERKENBROCK, Volney J. *A experiência dos Orixás: um estudo sobre a experiência religiosa no Candomblé*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 203-204.

Assim, demonstra-se que as religiões africanas se auto definem em duas vigas mestras: o sacrifício e a crise de possessão para que este seja realizado de modo integral.

Agora se torna imperiosa a ponderação dos interesses constitucionais em questão. O princípio da proporcionalidade há de servir, como pontuado pelo Ministro Carlos Britto, “ para que o juiz do caso concreto sopesse os fatos e opte por aquele princípio material que mais próximo estiver do valor dos valores, que é a proporcionalidade aplicada.”

Diante do conflito entre direitos fundamentais, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade buscando a ponderação entre os valores em confronto; porém, a proporcionalidade, não poderá resultar na eficácia zero de determinado direito fundamental.

Aqueles que defendem a permanência ilimitada dos ritos sacrificiais apenas se firmam em uma só ideia: a de que sua proibição causaria a própria exclusão religiosa, violando-se de modo direto a existência do direito fundamental à liberdade de culto.

De outro lado, como observa a doutrina, o princípio da proporcionalidade compreende os ditos princípios parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Quanto a este último, adverte-se exigir ele uma correspondência juridicamente adequada entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio escolhido. Reclama-se na relação meio-fim mútua razoabilidade, ou a observância da fórmula segundo a qual quanto maior é o grau de comprometimento de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro.⁵⁵

Tal não se verifica na situação posta a exame. Sopesando-se a restrição ao exercício do direito à liberdade de culto com a prevalência do interesse ambiental confrontado inexistirá razoabilidade na mútua relação meio-fim: à anulação do primeiro não corresponderá nenhum ganho qualitativo do segundo. “É necessário estancar a hemorragia antropocêntrica que conduz a sociedade a uma prática urubórica de destruição dos animais, e por conseguinte, de destruição de si própria.”

6. O Sacrifício Religioso como precedente na Corte Norte-Americana

Em 1993, a Suprema Corte dos Estados Unidos⁵⁶ (Igreja de Lukumi Babalu v. Cidade de Hialeah/Flórida) enfrentou o sacrifício de animais que era praticado por uma igreja de matriz africana. Em Hialeah, pequena cidade da Flórida, a religião

⁵⁵CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 238-239.

⁵⁶LOURENÇO, Daniel Braga. A liberdade de culto e o direito dos animais não-humanos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Ano 13, n. 51, p. 295-318, abr./jun. 2005.

chamada “Santeria” vinha praticando rituais de sacrifício e deixando as carcaças dos animais abatidos nas lixeiras da cidade. Assim, as manhãs de Hialeah passaram a ser assustadoras para os moradores, sobretudo para as crianças, que viam com frequência bodes sem cabeças nas encruzilhadas, línguas de porcos penduradas nas árvores e outras partes dos animais utilizados lançados pelas vias públicas, configurando um quadro de grande terror e insalubridade. As condições anti-higiênicas sem inspeção sanitária dos animais antes de serem abatidos, além da disposição dos restos dos animais em vias de acesso geral, segundo a Corte Distrital, causavam graves riscos à saúde pública da comunidade e sérios danos emocionais às crianças que se deparavam com cabeças e outras partes dos animais em latas de lixos, praças e escadarias.

A liberdade religiosa nos Estados Unidos da América está presente em duas cláusulas: a proibição de que o governo apoie qualquer religião (*establishment clause*) e livre exercício (*free exercise clause*). A Emenda de nº14 determinou que essas cláusulas fossem oponíveis não só ao Congresso, mas também aos estados membros.

Assim sendo leis municipais criaram duas normas, uma que anotava a desconformidade com a moral, paz e a segurança; e outra que, proibiu categoricamente o sacrifício de animais em rituais religiosos. Só que as leis municipais de fato focavam na igreja que vinha praticando tais atos religiosos sem o cuidado de preservar a própria municipalidade, então a Igreja Lukumi, que tinha acabado de adquirir uma propriedade para construção de uma escola e de um centro de convivência, objetivando abrir a ‘Santeria’ para o mundo, sentiu-se afrontada em seus propósitos e provocou a questão de violação à liberdade religiosa prevista na Cláusula de Livre Exercício da Primeira Emenda da Constituição americana. A demanda, portanto, chegou até a Suprema Corte, e hoje é considerada um dos precedentes mais mal compreendidos da história norte-americana. Isso porque entendeu a Suprema Corte que teria havido uma violação frontal a um direito fundamental de liberdade ao exercício de culto religioso por razões discriminatórias.⁵⁷

A decisão em si não é o que mais nos importa nesse estudo, e sim as razões que levaram ao equívoco no julgamento. É importante salientar que a decisão não enfrentou a inconstitucionalidade precisa de leis de proteção aos animais e sim as razões discriminatórias que os julgadores entenderam estar presentes na Municipalidade para tomarem uma decisões restritivas de direitos a religiões de origem africanista.⁵⁸

Nessa medida torna-se impossível conceber o que teria decidido aquela Corte se a questão não tivesse sido direcionada para discriminação racial.

Conclui-se, deste modo que, se os regulamentos não objetivassem atingir com hostilidade específica a ‘Santeria’, seria absolutamente aceitável uma decisão

⁵⁷Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah, 508 U.S. 520 (1993).Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/520/case.html>, Acessado em 04 de dez. 2017

⁵⁸ LEITE, Fábio Carvalho. Veredas do Direito, Belo Horizonte, □ v.10 □ n.20 □ p.163-177 □ Julho/Dezembro de 2013

declaratória de validade e de compatibilidade com a Primeira Emenda [...]. A Corte não concorda com a proposição de que a uma certa motivação religiosa, criada por um determinado segmento religioso, não seja aplicada uma lei genérica, que não é direcionada especificamente às práticas de sua religião, enquanto sua incidência é constitucionalmente admitida em atos de mesma espécie praticados por quaisquer outras razões que não religiosa.⁵⁹ E a base para tal compreensão se dá a partir do entendimento firmado desde 1879 sobre a liberdade religiosa discutida a partir da suposta poligamia dos *mórmons* em Utah. Trata-se do caso *Reynolds vs. United States*. O caso tem como foco o religioso, mórmon, George Reynolds, sentenciado a dois anos de prisão e multa de quinhentos dólares por prática criminosa de bigamia.⁶⁰ O texto da Primeira Emenda à Constituição Norte-Americana, de 1791, é bem claro:

"O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas".⁶¹

Este trabalho não excederá o tema pretendido, que é o animal como objeto de sacrifícios no exercício exclusivo de cultos religiosos,⁶² ainda assim há que se sinalizar a amplitude da pesquisa alcançando os abates religiosos para fins primários de consumo, que merecem também um estudo próprio. O abate religioso com o fim primário do consumo da carne do animal é um ponto nevrálgico porque dissimula a ideia limitada do sofrimento e morte apenas para fins religiosos. Considerando a realidade mercadológica da utilização variada dos animais para consumo humano tal prática torna-se muito difícil de ser mapeada, investigada e impedida. Ainda assim há que se reiterar que os abates religiosos, mesmo para consumo imediato primam por uma crueldade excessiva em descompasso total com a realidade de consciência global da senciência animal.

7. Histórico Normativo do Sacrifício Religioso no Brasil

O art. 225, § 1º, VII da Constituição Federal veda práticas que caracterizem crueldade contra animais e art. 32 da Lei nº 9.605/98 tipifica o crime de abuso e maus-tratos de animais. A temática deverá ser apreciada pelo Supremo Tribunal

⁵⁹PASSALACQUA, Gabriella Palhares. Estado e religião na constituição brasileira de 1988 apartheid religioso: a Suprema Corte dos EUA e o caso Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah. A autora cita: ainda que este posicionamento foi assumido pela Suprema Corte no caso Employment Div. Dept. of Human Resources of Oregon v. Smith, julgado dois anos antes, quando esta entendeu que uma estipulação aplicável de forma geral e válida que apresenta efeito meramente incidental à proibição do exercício de religião, não ofende a Primeira Emenda.

⁶⁰GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes-. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS -Duas primeiras emendas refletem História dos EUA – Disponível em <https://www.conjur.com.br/2011-abr-24/alem-criar-garantias-duas-primeiras-emendas-eua-guardam-historia?pagina=2> – Acessado em 5/12/2017

⁶¹ First Emendment (tradução livre)

⁶² Aqui o objeto de estudo é o uso do animal como fins primários de sacrifício em rituais religiosos, ainda que haja fins secundários de consumo. O abate religioso como o Kosher (judaico) e o Halal (muçulmano), consideradas as especificidades envolvidas merecerem estudos específicos.

Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 494.601/RS⁶³, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul pedindo a reforma da decisão do Pleno do Tribunal de Justiça Gaúcho que, por maioria, acolheu a constitucionalidade da Lei 12.131/2004, que criou uma exceção ao sacrifício ritual em cultos afrodescendentes determinando que apenas para essas religiões o exercício não infringirá o Código Estadual de Proteção aos Animais.

O Sacrifício Religioso foi primeiramente objeto de discussão normativa pelo Código Estadual de Proteção aos Animais do Rio Grande do Sul, Lei nº 11.915 de 2003, cujo projeto inicial foi de autoria do Deputado Estadual Manoel Maria dos Santos, então pastor da Igreja do Evangelho Quadrangular. Este diploma legal claramente em sede de seu artigo 2º vedava o sacrifício de animais em cultos religiosos.

Diante de muito protesto das religiões africanistas, surgiu de autoria do Deputado Estadual Edson Portilho do Partido dos Trabalhadores o projeto de lei nº 282/2003, com a ressalva à redação do art. 2º do Código Estadual de Proteção aos Animais para permissão das religiões de matriz africana continuar livres para exercer essa prática, já que através delas se autodeterminavam em sua identidade cultural. Foi então, tal projeto, aprovado pela Assembleia Legislativa Gaúcha, por maioria de votos, e o texto da ressalva foi inserido no Código Estadual de Proteção aos Animais, através da Lei nº 12.131, a exceção “não se enquadra nessa vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana”. Curiosamente, ainda com o tema em discussão houve uma regulamentação dessa ressalva inserida, pela Lei nº 12.131/04. E o Decreto nº 43.252, estabeleceu em seu artigo 3º que nas liturgias de matriz africana “somente poderão ser utilizados animais destinados à alimentação humana, sem a utilização de recursos de crueldade para a sua morte”.

Essa alteração legislativa causou desconforto no Ministério Público local, que propôs Ação direta de inconstitucionalidade de nº 70010129690 contra a Assembleia Legislativa e do Governador do Estado do Rio Grande do Sul. O Des. Araken de Assis, julgou o pedido improcedente, ao argumento de que o sacrifício de animais nas cerimônias religiosas de matriz africana não configura afronta direta aos dispositivos penais estatuídos nos art. 32 da Lei Federal nº 9.605/98 e no art. 64 da Lei de Contravenções Penais. No voto do relator ele faz um comparativo entre o sacrifício de animais e os matadouros, afirmando ser impossível presumir que a morte de um animal em um culto religioso seja a forma mais cruel.

Ocorre que da decisão do TJ Gaúcho foi objeto do Recurso Extraordinário n.º 494601 distribuído em 29/09/2006 ao Ministro Marco Aurélio, e já obteve o parecer do Procurador-Geral da República pelo conhecimento e desprovimento do recurso ou pelo provimento parcial para haver a exclusão da expressão ‘*matriz africana*’, e, portanto, permanecendo com o texto: “não se enquadra nesta vedação

⁶³ O processo se encontra concluso ao Relator, Min. Marco Aurélio, desde 2005. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/.../stf-tera-que-decidir-se-sacrificio-de-animais-para-culto>. Acessado em 05 de dez. 2017 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 494.601/RS. Rel. Min. Marco Aurélio. O processo está concluso com o relator desde 19.12.2007, conforme andamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2419108>>. conforme andamento processual disponível em: Acesso em: 5 de dez. 2017.

o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões”. Isso para não ferir a laicidade estatal.

No Município do Rio de Janeiro o Sacrifício Religioso objeto de projeto de lei municipal 1.577 de 26 de Dezembro de 2007, de autoria do Vereador Cláudio Cavalcanti, sendo rejeitado no Plenário da Câmara dos Vereadores.⁶⁴. E, na Justificativa da Lei, o Ver. Cláudio Cavalcanti assim fundamentou com paralelismo aos rituais satânicos, que em última análise também configuram rituais de cunho religioso:

JUSTIFICATIVA: [...] Também é norma constitucional a liberdade religiosa, de culto e de fé, desde que esta liberdade não determine ato volitivo, premeditado e ritualizado de privar um ser vivo de seus mais essencial bem – a vida. O princípio da razoabilidade nos obriga a estender aos animais a repugnância moral que sentimos diante de sacrifícios humanos em rituais religiosos. [...] Devemos ressaltar que toda liberdade garantida pela Constituição Federal não inclui a prática de crime. Se assim fosse os rituais satânicos seriam legais e não o são, porque ali são utilizados restos mortais, vísceras, órgãos ou sacrifício de seres humanos adultos ou crianças. (Grifo nosso)

Na cidade de Salvador surgiu em 2013, um novo Projeto de Lei nº 308/2013 de autoria do vereador Marcell Moraes, requerendo a proibição do sacrifício ou mutilação de animais na prática de qualquer atividade religiosa. Houve muita intervenção midiática e o projeto foi rejeitado por unanimidade. A Comissão de Constituição e Justiça, atacou o projeto com parecer contrário por entender violação ao direito à prática de qualquer culto religioso.

O Projeto de Lei nº 992/2011, em 2015, do Deputado Estadual Feliciano Filho, pretendia proibir o sacrifício de animais em práticas de rituais religiosos no Estado de São Paulo, mas foi arquivado em 19 de março de 2015 após intensa mobilização religiosa.

O Projeto de Lei nº 21/2015, da Deputada Estadual Regina Becker, do Rio Grande do Sul, retoma a polêmica iniciada em 2003 reclamando a redação original do projeto do Código Estadual de Proteção aos Animais do Rio Grande do Sul. Nessa medida o PL nº 21/2015 requer que seja revogado o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 11.915/2003 e da Lei nº 12.131 de 2004. O objeto então é voltar ao texto original e manter a vedação ao sacrifício religioso. E agora o mais relevante se tornou o Projeto de Lei nº 4331 de 2012 que tramita no Congresso Nacional, em regime de prioridade, proposto pelo Deputado Federal Pastor Marco Feliciano, que acrescenta o inciso IV ao § 1º do Art. 29 da Lei nº 9.605/98. Esta inclusão do inciso IV no rol dos “*Crimes contra a Fauna*”, determina a punição de detenção de seis meses a um ano acrescida de multa, pela prática de sacrifício de animais em rituais religiosos de qualquer espécie. O Deputado sustenta, em sede de justificativa do projeto, que entidades protetoras dos animais de modo heroico lutam para evitar tais crueldades. Acrescenta ainda que tais atos religiosos são demasiadamente cruéis, violentos e passam a ser péssimos exemplos aos jovens e crianças que

⁶⁴RIO DE JANEIRO, Projeto de Lei 1.577 de 26 de dezembro de 2007, de autoria do Ver. Cláudio Cavalcanti. http://www.camara.rj.gov.br/spldocs/pl/2007/pl1577_2007_009717.doc - **PROJETO DE LEI N 1577/2007 Proíbe a utilização, mutilação e/ou o sacrifício de animais em rituais religiosos ou de qualquer outra natureza no Município do Rio de Janeiro, e dá outras providências.**

tornar-se-ão insensíveis à dor e ao sofrimento alheio. Isso tudo ainda criando um paradigma de incitação à violência e à tortura até mesmo de seus semelhantes. Tal modificação legal é um modo legítimo de erradicar socialmente essa prática primitiva e claramente desnecessária à evolução sócio-filosófica do Estado democrático brasileiro.

A continuidade da discussão continua se protraindo no tempo uma vez que o Supremo Tribunal Federal ainda não julgou o Recurso Extraordinário nº. 494.601/RS O MP gaúcho intenciona que o Supremo reconheça que a norma 12.131/04 como invasora da competência da União para legislar sobre matéria penal. E, sobretudo, que tal norma crie nítido privilégio concedido aos cultos das religiões de matriz africana, ofendendo a isonomia e contrapondo-se ao caráter laico do país (artigos 22, I; 5º, caput e 19, I, todos da CF). E acrescenta o MP que a permissão apenas para as religiões africanistas as privilegiam em relação às demais que também se utilizam de rituais com animais. Assim sendo torna-se urgente que o Supremo defina seu posicionamento sobre essa temática tão inquietante.

A continuidade da discussão continua se protraindo no tempo uma vez que o Supremo Tribunal Federal ainda não julgou o Recurso Extraordinário nº. 494.601/RS O MP gaúcho intenciona que o Supremo reconheça que a norma 12.131/04 como invasora da competência da União para legislar sobre matéria penal. E, sobretudo, que tal norma crie nítido privilégio concedido aos cultos das religiões de matriz africana, ofendendo a isonomia e contrapondo-se ao caráter laico do país (artigos 22, I; 5º, caput e 19, I, todos da CF). E acrescenta o MP que a permissão apenas para as religiões africanistas as privilegiam em relação às demais que também se utilizam de rituais com animais. Assim sendo torna-se urgente que o Supremo defina seu posicionamento sobre essa temática tão inquietante.

Conclusão

Harmonizar direitos fundamentais é um tema que por si só já merece um estudo muito aprofundado. O objeto deste trabalho foi pontuar que no caso específico da liberdade religiosa diante do sacrifício de animais, a discussão ainda é bem mais complexa. Isto ocorre porque a maioria das religiões que usa o sacrifício como prática religiosa também se auto define culturalmente através da sacralização destes ritos. Sem que o tema se tinja de cores fortes ambientalistas ou ‘animalistas’, fica claro com a evolução do panorama normativo, e com a evolução sócio-filosófica, que há a urgente necessidade de coerência com a mutação do próprio fato social, que hoje não admite mais o sofrimento como mola propulsora de ritos religiosos, e, sobretudo, com os ditames constitucionais de laicidade estatal e de proteção à fauna inserida no ambiente ecologicamente equilibrado.

A Conferência de São José, ocorrida na Costa Rica, em 1989, obteve um avanço reflexivo por uma responsabilidade universal de todos os seres vivos. E o texto clama pela responsabilidade da geração atual de assegurar o desenvolvimento

e a sobrevivência das gerações futuras, pela consciência de um só mundo, justo e pacífico, fundamentado na cooperação com a natureza. Em seu art. 1º enfatiza: “Tudo que existe faz parte de um universo interdependente. Todos os seres dependem uns dos outros para sua existência, seu bem-estar e seu desenvolvimento.”⁶⁵

Todos os direitos precisam ser regulamentados pelas responsabilidades. Assim, as liberdades de culto, crença e prática não podem ser blindadas por meio do manto de dogmas e da sacralização de sua história cultural. Após o Holocausto foi preciso reunir os dirigentes mundiais para se alcançar uma Declaração dos Direitos Humanos, a fim de evitar novamente a repetição das barbáries. Hoje mais do que nunca é preciso repensar a ética da compaixão e da alteridade a fim de civilizar o homem e suas religiões para a preservação da vida e a abolição do sofrimento desnecessário.

Aceitar uma prática religiosa pautada no sofrimento de um outro ser inocente é permanecer na apatia estimulando a violência gratuita em nome de dogmas que já mereciam ser superados por homens pós-convencionais em uma sociedade secularizada, livre de dogmas e com a separação premente entre Estado e Religião. Pensar de modo libertário é então permitir que qualquer culto, por mais primitivo que seja, possa ser praticado sem ser regulamentado. Se for permitido sacrificar animais para oferecer aos orixás, o princípio da isonomia também oportunizará a uma tribo indígena matar suas crianças que nasçam com alguma limitação física para sustentar suas crenças.

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito secular, que prima pela isonomia entre os cultos religiosos, não há como se priorizar religiões de matriz africanas às demais sem ferir a laicidade e a isonomia. Por outro lado, pretendeu esse trabalho demonstrar que a liberdade constitucionalmente referendada é de culto, devendo a prática sempre ser regulamentada pelos próprios ditames constitucionais e por leis infraconstitucionais que venham a fazê-lo com este propósito. Para garantir devidamente a liberdade religiosa é preciso regulamentá-la. E isso irá certamente encorajar toda e qualquer religião ao abandono da clandestinidade por meio do respeito, convivência, igualdade e a paz.

* * *

⁶⁵ COSTA RICA, Declaração das Responsabilidades Humanas - Declaração das Responsabilidades humanas para a Paz e o Desenvolvimento Sustentável. Realização: Universidade da Paz das Nações Unidas na Costa Rica Disponível em <http://www.unipazrecife.org.br/Declaracao%20das%20Responsabilidades%20Humanas.htm>:<http://>. Acessado em 05 de Dez. 2017

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor. *Mínima moralia*. Reflexionen aus dem beschädigten Leben © 1951 by Suhrkamp Verlag Tradução: Artur Morão Capa de Edições 70 Depósito Legal n.º166799/01 ISBN 972-44-1071-4 Direitos reservados para língua portuguesa por Edições 70-Lisboa-Portugal, Disponível em <http://www.mom.arq.ufmg.br/mom/babel/textos/adorno-minima-moralia.pdf>. Acessado em 28 de nov. 2017

AGUIAR, Lucia Frota Pestana de – *A Tutela Preventiva na Proteção dos Animais*, Ed. Max Limonad - 2015

BARBOZA, Jair. *Schopenhauer: a decifração do enigma do mundo*. São Paulo: Moderna, 1997.

BASTIDE, Roger. *O Candomblé da Bahia*. Tradução de Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

BERKENBROCK, Volney J. *A experiência dos Orixás: um estudo sobre a experiência religiosa no Candomblé*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DERRIDA, Jacques J. Derrida - *Fé e Saber*- in *A Religião*, tr. Miguel Serras Pereira (Lisboa: Relógio d'Água, 1996)

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes-. *Garantias Constitucionais -Duas primeiras emendas refletem História dos EUA – Disponível em <https://www.conjur.com.br/2011-abr-24/alem-criar-garantias-duas-primeiras-emendas-eua-guardam-historia?pagina=2> – Acessado em 5/12/2017*

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf. Acessado em 05 de dez. 2017 .

HOGEMANN, Edna Raquel. *Bioética, alteridade, embrião humano*, RJ: Multifoco, 2015.

LEITE, Fábio Carvalho. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.10, n.20 - p.163-177 □ Julho/Dezembro de 2013

LEVINAS, Emmanuel. *Da existência ao existente*. Campinas: Papirus, 1986.

_____. E. *Entre nós: ensaios da alteridade*. Ed. Vozes. 2005

_____. E. *Totalidade e infinito*. Ed. Almedina. Lisboa. 1988

SCHOPENHAUER, A. *Sobre a Ética*. Ed. Hedra. Tradução de Flamarion C. Ramos, 2012

LOURENÇO, Daniel Braga. *A liberdade de culto e o direito dos animais não-humanos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Ano 13, n. 51, p. 295-318, abr./jun. 2005.

LOURENÇO, Daniel Braga e Fábio Corrêa Souza de Oliveira. Heróis da natureza, inimigos dos animais. Disponível em: https://www.academia.edu/8287938/Her%C3%B3is_da_natureza_Inimigos_dos_Animais. Acessado em 6 de dez. 2017.

MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. *Sobre o sacrifício*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005.

NACONECY, Carlos M. *Ética & animais: um guia de argumentação filosófica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

PAIVA, M. A. de; DIAS, L. F. P. (2012). *O enigma do mal no pensamento de Emmanuel Levinas*. Filosofia Unisinos, 13(2), 134-150. Recuperado de <http://revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/download/fsu.2012.132.03/1080>.

PASSALACQUA, Gabriella Palhares. *Estado e religião na constituição brasileira de 1988 apartheid religioso: a Suprema Corte dos EUA e o caso Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2006/relatorio/CCS/Dir/DIR_09_Gabriela_Palhares%20.pdf. Acessado em 3 de dez. 2017

PIVATTO, P. S. *Responsabilidade e justiça em Levinás*. Porto Alegre: Veritas, 2001, v. 46, n. 2, p. 217-230.

_____. *A Ética de Levinás e o sentido do humano: crítica à ética ocidental e seus pressupostos*. In: Veritas, São Paulo, 1992, v.37, n.145 /148, p. 325-363, 1992.

_____. Responsabilidade e culpa em Emmanuel Levinás. In: SOUZA, RT.

Fenomenologia hoje: existência, ser e sentido no alvorecer do século XXI. Porto Alegre: Edipucrs, 2001, p. 299-317.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *A Aplicação De Regras Religiosas De Acordo Com a Lei Do Estado: Um Panorama Do Caso Brasileiro* (Applicable Religious Rules According to the Laws of the State: A Report of the Brazilian Case) (May 31, 2014). Revista da AGU, v. 41, p. 9-42, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2958938>

ROBERT, Yannick Yves Andrade; PLASTINO, Carlos Alberto; LEITE, Fábio Carvalho. *Sacrifício de animais em rituais de religiões de matriz africanas*. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2008/relatorios/ccs/dir/yannick_yves_andrade_robert.pdf. Acessado em: 04 de dez. 2017.

SANTOS, Juana Elbein dos. *Os Nagô e a Morte*. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

SOUZA, R. T. *Pensar e instaurar a paz: o pensamento de Franz Rosenzweig e Emmanuel Levinas no núcleo dos acontecimentos do século XX*. 2012. Disponível em <http://timmsouza.blogspot.com.br/2012/09/pensar-e-instaurar-paz-levinas-e.html>. Acessado em 05 de dez. 2017

SCHOPENHAUER, Arthur. *Aforismos para a Sabedoria de Vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____, Arthur. *As dores do mundo*. Disponível em <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/01/Dores-do-Mundo.pdf>. Acessado em 29 de nov. 2017. *Schopenhauer dores do mundo- O Amor — A Morte — A Arte — A Moral — A Religião — A Política — O Homem e a Sociedade* - EDICÕES DE OURO

_____. *O Mundo como Vontade e como Representação*. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

_____. *Sobre a Ética*. Ed. Hedra. Tradução de Flamarion C. Ramos, 2012

VATTIMO, Gianni. In: DERRIDA, Jacques; VATTIMO, Gianni (Org.). *A Religião: o seminário de Capri*. Ed. Estação Liberdade Ltda. 1996.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 494.601/RS*. Rel. Min. Marco Aurélio. Em 03.03.2007, o Procurador Geral da República ofereceu parecer “pelo conhecimento e desprovimento do recurso ou pelo provimento parcial deste para expungir da norma questionada a expressão ‘de matriz africana’, permanecendo o dispositivo com a seguinte redação: ‘não se enquadra nesta vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões’”. O processo está concluso ao relator-19.12.2007, andamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2419108>>.conforme andamento processual disponível em: . Acesso em: 5 de dez. 2017.”.

COSTA RICA, *Declaração das Responsabilidades Humanas - Declaração das Responsabilidades humanas para a Paz e o Desenvolvimento Sustentável*. Realização: Universidade da Paz das Nações Unidas na Costa Rica - Disponível em:<http://www.unipazrecife.org.br/Declaracao%20das%20Responsabilidades%20Humanas.htm>:<http://>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Precedente da Suprema Corte - *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/520/case.html>, acessado em 04/12/2017

RIO DE JANEIRO, *Projeto de Lei 1.577 de 26 de dezembro de 2007*, de autoria do Ver. Cláudio Cavalcanti. http://www.camara.rj.gov.br/spldocs/pl/2007/pl1577_2007_009717.doc -

PROJETO DE LEI N^o 1577/2007 *Proíbe a utilização, mutilação e/ou o sacrifício de animais em rituais religiosos ou de qualquer outra natureza no Município do Rio de Janeiro, e dá outras providências.*

SALVADOR (Município). Câmara Municipal. *Projeto de Lei n^o 308/2013*. Dispõe sobre a proibição do sacrifício e/ou mutilação na prática de qualquer atividade religiosa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camarasalvador.com.br/pub/DOL-4055/index.html#/15/zoomed>>. Acessado em: 05 de dez. 2017.

SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei n^o 992/2011*. Proíbe o uso e o sacrifício de animais em práticas de rituais religiosos no Estado de São Paulo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1041384>>. Acesso em: 05 de dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). *Decreto n.º 43.252, de 22 de julho de 2004*. Regulamenta o artigo 2º da Lei n^o 11.915, de 21 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=47826&hTexto=&Hid_IDNorma=47826>. Acesso em: 5 de dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70010129690*. Tribunal Pleno. Relator: Des. Araken de Assis. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 17 de ago. de 2005. Porto Alegre, RS. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei n.º 11.915, de 21 de maio de 2003*. Institui o Código Estadual de Proteção aos Animais. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20n%BA%2011915&idNormaRIO%20GRANDE%20DO%20SUL.%2032&tipo=pdf>>. Acessado em: 05 de dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei n.º 12.131, de 22 de julho de 2004*. Acrescenta parágrafo único ao artigo 2º da Lei n^o 11.915, de 21 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/12.131.pdf>>. Acessado em: 05 de dez. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei n^o 21/2015*. Altera a Lei n^o 11.915, de 21 de maio de 2003, que institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, e revoga a Lei n^o 12.131, de 22 de julho de 2004. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/legislativo/ExibeProposicao/tabid/325/SiglaTipo/PL/NroProposicao/21/AnoProposicao/2015/Origem/Px/Default.aspx>>. Acessado em: 04 de dez. 2017.

PARTE II

ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA SAÚDE¹

Ana Paula Faria Felipe

Manuela Duarte Almeida Pinto

Introdução

Frente ao processo de globalização, o homem busca ajustar as demandas jurídicas ao mundo contemporâneo. Esta adequação ultrapassa a esfera propriamente política ou socioeconômica e alcança a regulação das práticas sociais. Têm-se, assim, a sistematização de novíssimas dimensões da experiência social, além de todo um conjunto de práticas e de normas pouco delimitados pelos sistemas jurídicos anteriores. Essa crescente invasão do direito na organização da vida social é chamada de “judicialização das relações sociais”.²

No Brasil, o processo de judicialização das relações sociais teve, na criação dos Juizados de Pequenas Causas, um dos mais louváveis esforços para tornar a justiça acessível a todas as classes sociais. Posteriormente, com a criação dos Juizados Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95), foram expostas, ao Judiciário, questões sociais em sua expressão bruta, que passou, então, a conhecer os dramas vividos pelo seguimento mais pobre da população, os seus clamores e expectativas em relação à justiça.

Reconhece-se que a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais foi um movimento em direção à criação de formas mais democráticas e rápidas de acesso à justiça. Contudo, tais instrumentos foram insuficientes e ineficientes para aplacar as demandas da população para atendimento dos seus anseios por justiça, tanto de forma quantitativa quanto qualitativa. O ‘abarroamento’ de processos e a carência de acesso ao Judiciário continuou sendo uma realidade.

Com essa explosão de litigiosidade (surgimento de novos sujeitos de direitos e de novas categorias de direitos), o Poder Judiciário, buscando fornecer respostas mais efetivas, mais satisfatórias e menos desgastantes, aderiu ao desenvolvimento de procedimentos alternativos para dirimir os conflitos sociais, como a arbitragem,

¹ O presente trabalho interdisciplinar é fruto de pesquisas teóricas e práticas vivenciadas no decorrer das nossas profissões. Como advogada, mediadora de conflitos e facilitadora restaurativa é possível compreender os conflitos e direcionar a administração dos mesmos para meios que permitem, dentre outros fatores, o estabelecimento de uma comunicação restaurativa e a construção conjunta da melhor forma de resolver ou de administrar os conflitos. Como psicóloga e mediadora de conflitos, exercendo aquela profissão no ambiente hospitalar, foi possível detectar e vivenciar a existência de seus conflitos. Tal vivência, nos permite dizer que a Mediação e o Círculo Restaurativo, no âmbito da saúde, em especial no âmbito hospitalar, administra os conflitos de forma humanizada, levando em consideração as emoções e os sentimentos de cada um dos envolvidos no conflito, respeitando suas necessidades e verdades.

² Sobre o tema, consultar a obra “Judicialização da política e das relações sociais no Brasil”; Luiz Werneck Vianna... [et al.]. Rio de Janeiro: Revan.

a conciliação, a negociação e, com especial destaque nesse momento, a mediação (Lei 13.140 de 26 de junho de 2015 e o Código de Processo Civil/2015).

A aplicabilidade da Mediação de Conflitos está sendo adaptada à realidade brasileira, não só pelas características próprias da nossa sociedade, mas, principalmente, por ter sido regulamentada há pouco mais de dois anos. Registre-se que o Código de Processo Civil/2015 entrou em vigor na data de 18 de março de 2016.

No Brasil, a aplicação da Mediação como forma de administrar conflitos se dá, em especial, no âmbito do Direito de Família. Contudo, tal instituto vem ganhando espaço para dirimir conflitos ambientais, comunitários, trabalhistas, empresariais, organizacionais, na área da saúde, dentre outras.

No presente capítulo, abordaremos a administração de conflitos no âmbito da saúde, fazendo um recorte no campo hospitalar. Em outros países, a utilização de formas alternativas ao Judiciário para solucionar as demandas nessa área já é uma realidade. Como supracitado, a Lei 13.140/2015 tem pouco mais de dois anos e podemos dizer que o Brasil ainda é incipiente. O conteúdo trazido por nós, é fruto de pesquisas teóricas e práticas vivenciadas no decorrer das nossas profissões como psicóloga³ (atuando no ambiente hospitalar), advogada⁴, atuando, em especial, como facilitadora restaurativa e mediadoras de conflitos.

1. Compreendendo o sistema multiportas para administrar conflitos no âmbito da saúde

No caminho da Reforma do Judiciário, a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos contemplando a conciliação, a mediação, bem como os métodos restaurativos (estes foram acrescentados ao referido Ato Normativo com a Emenda 1/2013 ao referido Ato Normativo). A partir de então, começou-se a delinear um novo caminho para administrar os conflitos sociais e, mesmo que timidamente, tornou-se escopo do Poder Judiciário brasileiro a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos onde se poderia oportunizar a mediação ou qualquer outro processo restaurativo como meio judicial e extrajudicial de resolução de conflitos.

Em junho de 2015, a Lei 13.140 regulamentou o instituto da Mediação e, em seu artigo 3º, dispõe que “Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.”⁵

O Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que entrou em vigor em março de 2016, visando uma maior efetividade às normas constitucionais, em especial o

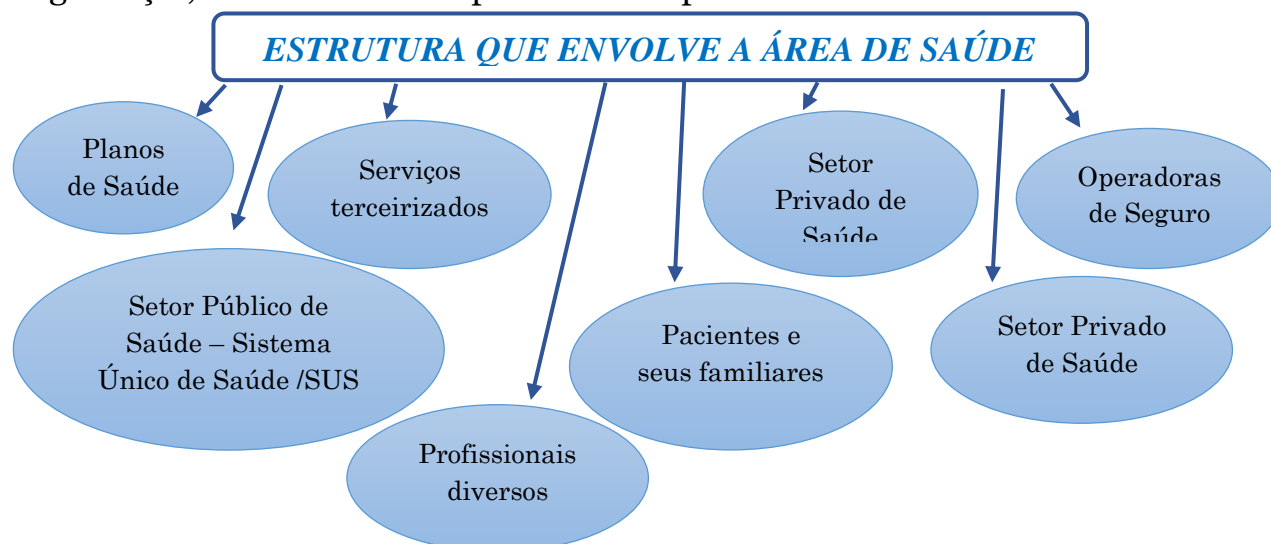
³ Autora Manuela Duarte Almeida Pinto

⁴ Autora Ana Paula Faria Felipe

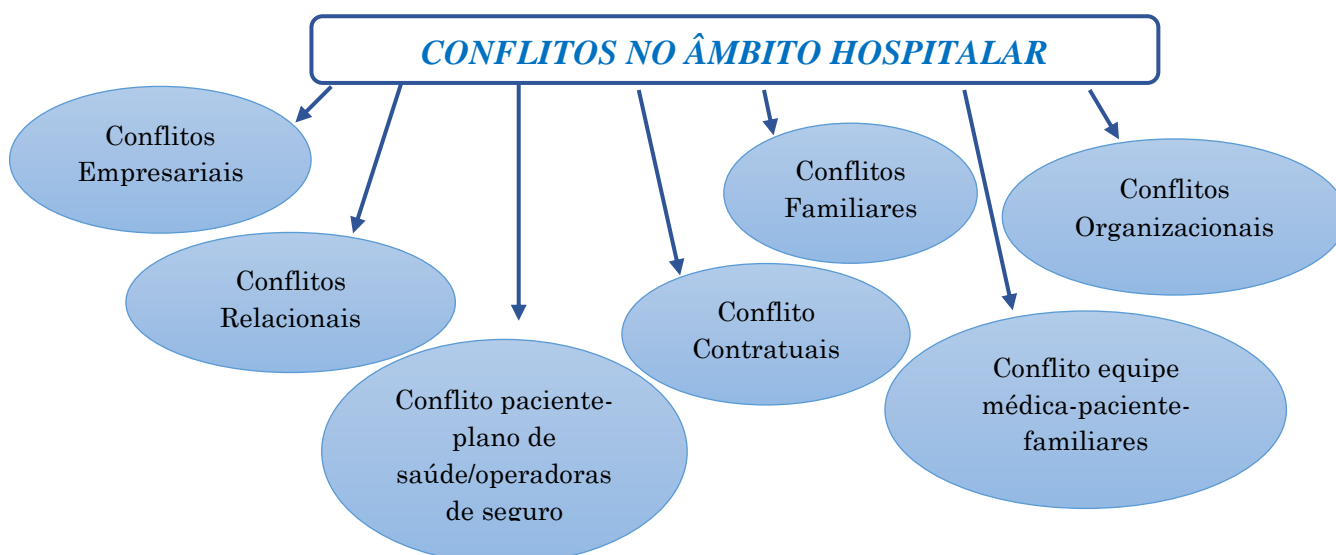
⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm.

acesso à justiça e a razoável duração do processo, assegurou um novo Sistema Multiportas estimulando a busca e a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos (métodos auto compositivos) como alternativa ao Poder Judiciário.

No âmbito da saúde, podemos dizer que há uma pluralidade de gêneros de conflitos pela sua própria estrutura e constituição múltipla de profissionais. A relação “Saúde” vai da relação médico-paciente à prestação de serviços da área médica que incluem: instituições hospitalares, operadoras de seguro e planos de saúde, serviços terceirizados, profissionais diversos, pacientes e familiares dos pacientes. Temos ainda dois eixos: setor privado e o Sistema Único de Saúde/SUS, este, portanto, envolve a Administração Pública. São demandas contratuais, organizacionais, empresariais, relacionais, familiares, e todas elas envolvem uma relação de continuidade. Ainda que uma das partes tenha apenas o interesse financeiro, ela deseja manter as relações com seus clientes (relação de continuidade). Cada um dos envolvidos possuem as suas necessidades. E o mais importante é que todos esses conflitos surgem envoltos a muitas dores, medos, inseguranças, sentimento de impotência e de perda.



O organograma acima demonstra um sistema mínimo de entes que estruturam a área de saúde. Em cada um desses entes, há conflitos para serem administrados. Abordaremos, no presente trabalho, os diversos conflitos que compõem o âmbito hospitalar.



Nesse contexto, a mediação e os círculos restaurativos (ferramenta da Justiça Restaurativa⁶) são considerados os meios mais adequados para administrar os conflitos e evitar a judicialização. Importante ponderar que uma ação judicial, cuja morosidade é incontestável, causará mais dores e insatisfações aos envolvidos, sentimentos estes que se prolongarão no tempo causando um sofrimento ainda maior.

1.1 Mediação de Conflitos

A Lei 13.140/2015 considera a Mediação como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”⁷.

Consideramos que a *Mediação* consiste no processo informal e flexível, onde se insere a figura de um terceiro imparcial – mediador – que age com a finalidade de auxiliar as partes a recompor um conflito, bem como administra-lo. O mediador desenvolve seu trabalho de uma posição imparcial, tentando obter o melhor dos mediados, empoderando-os e ajudando-os a buscar as qualidades de cada um dos envolvidos para que o olhar acusatório dê lugar ao olhar de compreensão, compaixão e cooperação. O mediador conduz o processo na tentativa de ajudar as pessoas envolvidas a restabelecer o diálogo e lhes sugerindo que encontrem uma solução satisfatória para todos.

A lei de Mediação, em seu artigo 2º, define como princípios deste instituto: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes (voluntariedade), busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Contudo, os princípios da Mediação não são taxativos e se estendem ao âmbito de aplicabilidade do conflito (internacional, trabalhista, empresarial, organizacional, familiar, penal, escolar etc.), bem como possuem princípios específicos em cada uma de suas Escolas. Podemos afirmar que o instituto da Mediação tem como pedra angular o princípio da dignidade humana, sendo, também, um instrumento de aplicabilidade dos princípios e garantias constitucionais.

⁶ Dentre as ferramentas da Justiça Restaurativa, podemos citar: as Conferências ou Sentenças Restaurativas, os Círculos Restaurativos ou Círculos de Paz e a Mediação. Embora a Justiça Restaurativa seja amplamente desenvolvida no âmbito penal e escolar, os Círculos Restaurativos têm sido utilizados em conflitos organizacionais, familiares e na área da saúde.

⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm.

1.2 Círculo Restaurativo

Os círculos restaurativos têm sua origem nos Círculos de Diálogo das comunidades aborígenes do Canadá e, inicialmente, foram adaptados aos conceitos e valores contemporâneos tornando-se uma ferramenta da Justiça Restaurativa para a resolução de conflitos criminais. Desenvolvem-se através do formato conversacional (diálogo com escuta ativa), tendo um facilitador/condutor do diálogo. Participam do Círculo: facilitador, as partes diretamente ligadas ao conflito, terceiros envolvidos indiretamente e pessoas que possam dar suporte aos envolvidos ou à demanda em si. Assim como a Mediação, o Círculo é um procedimento voluntário.

Para além do âmbito penal, os Círculos estão sendo utilizados para trabalhar os conflitos no contexto escolar, familiar, organizacional, empresarial, comunitário, na área de saúde e da assistência social. Há Círculos de Diálogo, de Celebração, de Recuperação, de Compreensão, de Apoio, de Decisão ou de Sentença (no âmbito do Judiciário), de Resolução de Conflitos etc. Importante ressaltar que nem sempre os Círculos terão o mesmo formato ou os mesmos participantes. Dependerá da dinâmica específica, bem como do propósito. Por essa razão, acreditamos que é uma metodologia que se adequa à administração de conflitos no hospitalar. Os Círculos podem ser desenvolvidos, por exemplo, para fortalecimento de pacientes e de seus familiares, para formar equipes de assistência social, desenvolver planos estratégicos no âmbito organizacional do Hospital, administrar os conflitos (paciente-profissional, entre os profissionais). O Círculo Restaurativo pode desenvolver as transformações individuais e sociais atendendo as necessidades e interesses de todos os envolvidos.

2. Administração de Conflitos no âmbito hospitalar

No início do descobrimento do Brasil, realizado oficialmente por grandes personalidades da época que desbravaram os mares à procura de novas terras, a questão da saúde era limitada. Os poucos recursos existentes advinham da terra e eram utilizados por pessoas treinadas: os chamados curandeiros. Muitas vezes, ao adoecer, um indivíduo podia contar apenas com a própria sorte ou com a própria fé, enfrentando, de frente, os próprios medos e inseguranças diante da doença que possuía.

A saúde, pública ou privada, desde a época do descobrimento sofreu mudanças e impactos importantíssimos para a melhora no tratamento físico, social e mental dos seres humanos. O Brasil adquiriu controle sobre seus portos, sobre as condições sanitárias e com o objetivo de treinar e formar profissionais que pudessem auxiliar na saúde da população, foram fundadas escolas e universidades.

À medida em que a ciência ia evoluindo, a área da saúde evoluía junto. Antes, a preocupação existente era a de disseminar as doenças. A visão que existia a respeito do homem era apenas a de um homem biomédico e a saúde era considerada como a ausência de doenças.

Quanto mais desenvolvimento nos conhecimentos a respeito da saúde do ser humano, mais necessidade de cuidados e mudanças na estrutura brasileira. O governo passou por muitas mudanças, dentre elas a criação da Previdência Social, do Ministério da Saúde, da Constituição de 1988, do Sistema Único de Saúde/SUS. Durante todo o tempo em que a história política se desenrolava, foram construídos novos hospitais, novas universidades, novos centros de atenção à saúde e o conceito de saúde como ‘ausência de doença’ foi modificado. A visão do ser humano, antes apenas dentro do modelo biomédico, toma agora novas proporções. O ser humano se descobre como biopsicossocial, um ser completo, integral, total.

A saúde, antes apenas curativista, sustentando uma ideia binômica – saúde-doença – agora, de acordo com a Carta Magna, possui nova definição que parte do princípio do respeito à dignidade humana, direito este de todo cidadão brasileiro.

Art. 3º - Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do país, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinarem a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. (Art. 3º da CF/88)

O sujeito que adoece e chega para um atendimento, seja qual for o local, possui, além da enfermidade, a sua própria história. Essa história perpetua seu lar, seus familiares, seus colegas, seu trabalho, suas emoções, sejam elas boas ou ruins, e seus problemas. O cuidado com a sua saúde deve ser realizado de forma a se transcender a enfermidade física para que o indivíduo seja atendido de forma integral, em seu caráter multidimensional. “A saúde humana nunca será o produto de comprimidos, de anestésicos, de soros, de alimentação artificialíssima. O homem terá de voltar os olhos para a terapêutica natural, que reside em si mesmo, na sua personalidade e no seu meio ambiente” (XAVIER, 1938, p.125).

O ambiente hospitalar é considerado hostil, sendo sinônimo de sofrimento, de dor e traz implícito o temor de muitos seres humanos: a morte.

[...] Diante da morte inexorável, o médico não faz outra coisa que não renunciar: por vezes, ele se esquiva do doente, estimando que seu papel terminou; ou então ele continua a segui-lo com tratamento inúteis e enganosos nos quais, é claro, nem ele próprio crê. Mas ainda há duas coisas a fazer. Uma, técnica, indispensável: aliviar a dor. A outra, humana simplesmente: continuar mais do que nunca a relação, e amais viva possível, entre o doente e a pessoa que está ali, parente, amigo, visitante. É a vida, ainda e sempre, a vida da qual a morte faz parte, é a vida que é o mediador entre o doente e aqueles que ali estão – entre eles, o próprio médico que conheceu bem o doente cuidando dele – e isto até o último momento. (SIX, p. 129, 2001).

Tanto para pacientes, quanto para os seus familiares e acompanhantes e, ainda, para profissionais da área da saúde, lidar com a dor, o sofrimento, a ansiedade, o medo, as inseguranças de um indivíduo, pode gerar, no ambiente e nas pessoas que ali se encontram, estresse emocional. Além disso, os indivíduos que

trabalham na área da saúde possuem, pela própria instituição, o desgaste advindo de longos horários na jornada de trabalho que podem chegar a desrespeitar o ritmo biológico. Muitas vezes as condições de trabalho são insalubres e ainda existe a recorrente falta de recursos em muitos setores da saúde pública.

Para Grandesso (2008, p.69), “os problemas vividos pelas pessoas decorrem da forma como atribuem significado aos fatos da vida [...]”. Sendo assim, cada indivíduo, ao adoecer ou fazer parte do adoecimento, vivencia uma experiência singular. O seu comportamento diante da doença se dará de acordo com os conceitos, as crenças, as características de sua cultura, entre outros fatores, que englobam sua forma de ser, estar e pensar de si mesmo e do mundo ao seu redor.

Considerando que os indivíduos são parte de um todo, relacionados de forma organizada e conectados com um contexto social específico – família, vizinhança, instituições, comunidade, ou seja, subsistemas e sistemas mais amplos (Minuchin e Fishman, 1990, *apud* Aun, Vasconcellos e Coelho, 2007) – e que “toda e qualquer parte de um sistema está relacionada de tal modo com as demais partes que uma mudança numa delas provocará uma mudança em todas as partes e no sistema total” (Watzlawick, Beavin e Jackson, 1967, p. 112), pode-se supor que, diante do adoecimento, todos os demais contextos em que o indivíduo está inserido sofrem modificações. O adoecer traz consigo a interrupção de rotinas e, por consequência, o rearranjo, o contato com o desconhecido, certa desordem e urgência, a presença do duvidoso e, principalmente, da morte. Instala-se uma crise que afeta a todas as partes dos sistemas envolvidos, gerando desestruturação, ansiedade, medo e angústias. (Lustosa, 2007).

Diante dessas repercussões do adoecimento, demonstrar interesse por cada caso específico, manifestando empatia, compreensão e desejo de auxílio, pode proporcionar ao paciente, à família e aos membros da equipe profissional, boas condições para o enfrentamento e adaptação das consequências que a doença implica.

Como já mencionado no presente capítulo, o ambiente hospitalar, pela sua multiplicidade de relações empresariais, profissionais e humanas, gera conflitos dos mais diversos. De acordo com Nascimento (2016), podemos dizer que os discursos presentes são três: o discurso técnico e ético, realizado pela equipe de saúde presente; o discurso emocional, realizado pelos familiares, acompanhantes e pelo próprio paciente; o discurso financeiro, realizado pelas empresas, seguradoras e outras empresas que fazem parte do círculo hospitalar, inclusive o próprio hospital. A diferenciação dos pontos de vista de cada discurso contribui para a criação ou intensificação de conflitos, contribuindo para a piora na comunicação e na relação entre essas partes e, conseqüentemente, no tratamento do indivíduo enfermo.

Entrar em conflito é algo inerente ao ser humano. Cada indivíduo possui suas concepções, crenças, atitudes, senso de ética, moral, costumes, etc. A divergência de opiniões é comum e, muitas vezes, foi necessária para a construção de novos conceitos. Entretanto, normalmente ao se entrar em discussão os ânimos dos participantes são inflamados. Essa tendência, os seres humanos trazem da animosidade ainda presente em seu caráter. O cérebro humano, para fins de

sobrevivência, aprende que diante de um perigo, é necessário se proteger. Muitas vezes, o indivíduo age respondendo a um impulso. Aciona-se o instinto de defesa e, a partir do momento em que o ser humano cria uma convicção sobre determinado assunto, prende-se a ela de forma que o outro, com uma opinião diferente, passa a ser uma ameaça. Essa diversidade de entendimentos pode ser a respeito de si, de uma situação, de uma crença ou qualquer outro assunto que gere um desconforto para o próprio indivíduo ou nas partes da relação. Torna-se necessário, então, refletir sobre os resultados dos comportamentos a serem adotados, bem como das tomadas de decisões realizadas diante do instinto ativado (COSENZA, 2016).

De acordo com Lima (2017), os conflitos “não são classificados em positivos ou negativos, são, simplesmente, construtivos. Significa dizer que, o conflito, quando tratado, permite a construção de uma nova trajetória [...]” (p. 53). Ou seja, escutando atentamente o lado de cada parte envolvida em uma desavença, possibilita-se o tratamento do conflito e, como consequência, o tratamento da relação, dos indivíduos e da enfermidade. E a construção de um novo caminho se inicia com o diálogo pautado na escuta ativa.

Podemos dizer que a comunicação é o ponto inicial para se instalar um conflito e também é o ponto de partida para administra-lo e até mesmo preveni-lo. No ambiente hospitalar, temos uma demanda recorrente entre ‘equipe médica-paciente-família’. Pontuaremos, a seguir, como se instala esse conflito para que possamos compreender a importância de melhorarmos, em nós mesmos, a capacidade de diálogo.

2.1 A comunicação entre a tríade ‘equipe médica-paciente-família’

O ambiente hospitalar, tido como sinônimo de dor, sofrimento e finitude, gera, quase que automaticamente, um estresse emocional nos indivíduos que ali se encontram. Nesse ambiente vivenciam-se confrontações diversas que permeiam a existência de um indivíduo que lida com ansiedades, angústias, finitude e perdas, entre outros aspectos que causam um rearranjo de vivências e incômodo perante a ideia de bem-estar e saúde, seja no paciente, na família ou na equipe. Unindo essas circunstâncias é possível perceber a importância da comunicação entre a tríade equipe de saúde-paciente-família. É através do diálogo que serão transmitidos o diagnóstico e o prognóstico sobre o indivíduo adoecido e, frequentemente, essa é uma tarefa considerada difícil para aquele que será o transmissor. Esse incômodo se apresenta mais evidente quando a equipe deve efetuar a comunicação de notícias graves, ou “más notícias” aos pacientes e/ou familiares. De acordo com Gonçalves *et al* (2015, p. 75), “má notícia é aquela que afeta de forma negativa a visão do paciente sobre o futuro, envolve ameaça ao bem-estar físico e/ou mental ou reduz a possibilidade de escolhas na vida imediata ou futura”. Diante de um diagnóstico grave, os componentes presentes da interação da comunicação da má notícia, podem esbarrar em dificuldades que levarão ao comportamento conhecido como pacto do silêncio.

Comunicar sobre um diagnóstico recidivo, sobre um tratamento que não está funcionando, sobre uma enfermidade que modificará os hábitos de vida de alguém ou, ainda, sobre a possibilidade de morte de um indivíduo, com o qual se possui um vínculo ou não, é um dever árduo para os seres humanos. Muitas vezes, os conflitos iniciam-se com o transmissor da notícia, que tem dificuldade em relação ao tema. Instala-se, então, uma barreira na comunicação verbal entre transmissor e receptor. Essa falha comunicacional dá origem à conspiração do silêncio: um acordo ou pacto realizado entre equipe de saúde e familiares, ou equipe de saúde e paciente ou, ainda, entre os próprios membros da equipe de saúde.

Rodriguez (2014, p. 264) define o pacto ou conspiração do silêncio como “[...] um acordo implícito, por parte dos familiares, amigos e profissionais de alterar a informação que é dada ao paciente com a finalidade de ocultar diagnóstico ou a gravidade da situação”.

Destarte, no ambiente hospitalar, a boa comunicação é indispensável para a interação entre equipe, família e paciente. O diálogo é a ferramenta principal para que esse conforto emocional tenha lugar e seja proporcionado aos envolvidos na situação de adoecimento. (Mello, 2013).

O processo de comunicação, de acordo com Mello (2013), não apenas transmite um conteúdo, mas, também, o sentimento envolvido quando o outro está diante de quem comunica e da informação que será passada. Sendo assim,

[...] toda comunicação, portanto, tem duas partes: a primeira diz respeito ao conteúdo, ao fato, à informação que queremos transmitir e, a segunda, ao que estamos sentindo quando nos comunicamos com a pessoa. O conteúdo da nossa comunicação está intimamente ligado ao nosso referencial de cultura. (MELLO, 2013, p. 18)

Para os profissionais da saúde, a cultura conectada a esse processo de comunicação vem da objetividade. Alguns deles, ao se depararem com o diagnóstico, compreendem-no da forma que foi estudado e incumbem-se, muitas vezes, de tomar a decisão do tratamento de forma unilateral, ou seja, sem permitir que o paciente e a família participem das decisões que se referem ao tratamento. Contudo, é importante ressaltar que existem, também, os profissionais que apresentam o diagnóstico e as opções ao paciente e familiares de forma bastante objetiva, buscando, todavia, melhores soluções. E, ainda, aqueles profissionais que colocam tanto o paciente quanto a família como parceiros no processo, cada qual com suas atribuições e responsabilidades, assumindo a objetividade do diagnóstico, sem deixar de considerar a subjetividade existente em cada indivíduo presente naquela hora.

Em qualquer uma das situações, Mello (2013) coloca que importa possuir informações sobre o paciente e seus familiares, sabendo correlacionar o saber do outro com o saber profissional, permitindo, desta forma, que o desempenho da equipe, no âmbito de transmissão de informações, seja aperfeiçoado.

Um outro ponto a ser observado na comunicação é que nem sempre a mensagem que é emitida é recebida da mesma forma. Durante os diálogos, há muitas inferências dos participantes. Mello (2013) e Grandesso (2008) colocam que

a mensagem emitida, no caso, o diagnóstico, é carregada com os sentimentos e as intenções do médico e da equipe profissional, ou seja, com a percepção singular desses emissores. Entretanto, aquilo que foi recebido pelos receptores, sejam eles pacientes e/ou familiares, encontra as crenças e conceitos culturais pertencentes a esses indivíduos, tornando-se, então, uma notícia com um conteúdo e significado singulares.

Considerações Finais

A Reforma do Judiciário vem trabalhando, nos últimos 16 anos, numa política pública de ampliação de acesso à justiça e, nesse processo contínuo de judicialização das relações sociais, tornou-se imprescindível a utilização de metodologias mais humanizadas que busquem soluções mais individualizadas para atender aos fins dos envolvidos na demanda, bem como do Direito. Com a Lei 13.140/2015 e o Código de Processo Civil/2015, as formas alternativas de resolução de conflitos são consideradas os caminhos adequados e/ou complementares que podem ajudar a administrar os conflitos.

Buscando auxílio para grandes melhorias, as ciências da saúde puderam realizar a interface com outras ciências. Dessa forma, um dos meios que podem ser utilizados para melhorar o diálogo e a resolução de conflitos que surgem nos locais de tratamento à saúde, faz-se necessária a interface entre ciências da saúde e uma forma adequada de administrar seus conflitos com um diálogo pacificador e humano. Neste contexto, se insere a Mediação e os Círculos Restaurativos.

A Mediação e o Círculo Restaurativo sofrerão as adaptações necessárias para atender a demanda do ambiente hospitalar. Este local possui como ferramenta indispensável a comunicação e trabalha, na grande maioria das vezes, com a urgência de atendimento. Desde a chegada do paciente, que possui a sua própria urgência, até a sua saída, às vezes demorada devido ao quadro em que se encontra, a comunicação e a boa relação se fazem necessárias. Como dito anteriormente, o meio da saúde é uma complexa organização que potencializa o surgimento de conflitos ou intensifica os já existentes. Razão pela qual a comunicação é ferramenta indispensável para que os relacionamentos existentes se mantenham firmes e sustentáveis.

No ambiente hospitalar, dependendo da peculiaridade do conflito, não é possível o agendamento de sessões para o procedimento da Mediação. A necessidade de urgência nos atendimentos faz com que, muitas vezes, só exista um momento específico de oportunidade para que o conflito seja trabalhado. Neste caso, talvez seja recomendado instalar um Círculo Restaurativo para que todos juntos, com a ajuda do Facilitador, possam administrar sentimentos, emoções e construam um acordo ou uma melhor forma de administrar aquela demanda.

As experiências existentes na área de saúde, demonstram que são inúmeros os benefícios na utilização das *ADR's* para administrar os conflitos. A utilização da

Mediação e do Círculo Restaurativo são recomendados, em especial, pelo elemento emocional tão presente no ambiente hospitalar, bem como pela fragilidade do momento vivenciado pelos pacientes, por seus familiares e por todos os profissionais envolvidos no atendimento (funcionários da recepção do hospital, enfermeiros, médicos e técnicos). Com o auxílio de um terceiro devidamente preparado – mediador ou facilitador – pode-se trabalhar: os reais motivos (conflito oculto) que levaram as partes ao conflito, os medos, inseguranças, necessidades etc. A comunicação adversarial pode ser transformada numa comunicação restaurativa (escuta ativa e fala ponderada).

Desta forma, pode-se fornecer um atendimento mais humanizado ao paciente e à sua família, bem como um espaço para que haja a escuta das dificuldades, frustrações, medos e limitações, não apenas do paciente, mas também, da equipe de saúde e dos familiares. Os Círculos Restaurativos e a Mediação são considerados meios adequados de intercessão e humanização na saúde para que os conflitos daí advindos possam ser tratados, administrados, levando-se em conta a importância do ser humano e, principalmente trabalhando nos mesmos a validação dos seus sentimentos e das histórias vivenciadas por cada um dos envolvidos no conflito.

* * *

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUN, Juliana Gontijo; VASCONCELLOS, M^a J. Esteves de; COELHO, Sônia V. *Família como sistema, sistema mais amplo que a família, sistema determinado pelo problema*. In: AUN, Juliana Gontijo; VASCONCELLOS, M^a J. Esteves de; COELHO, Sônia V. *Atendimento Sistêmico de Famílias e Redes Sociais: Vol. II – O processo de atendimento*. Belo Horizonte: Oficina de Arte & Prosa, 2007. Cap. 1 p. 13-37.

FELIPE, Ana Paula Faria. *Desenvolvimento Normativo da Justiça Restaurativa no âmbito Nacional e na comarca de Belo Horizonte/MG: Uma porta de acesso à Administração de Conflitos Penais*. In: *Mediações: Discursos, Práticas e Reflexões*. Org.: DUARTE, Fernanda; IORIO, Rafael; FELIPE, Ana Paula Faria; MEIRELLES, Delton. Niterói: Editora PPGSD/UFF. 2017. (E-Book disponibilizado aos alunos)

GONÇALVES, Samantha Pelichek *et al.* *Comunicação de más notícias em pediatria: a perspectiva do profissional*. *Arquivo de Ciências da Saúde, São José do Rio Preto*, v. 22, n. 3, p. 74-78, jul./set., 2015. Disponível em: <www.cienciasdaude.famerp.br/index.php/racs/article/download/56/pdf_50>. Acesso em: 27 nov. 2015.

GRANDESSO, Marilene. *Sobre a reconstrução do significado: uma análise epistemológica e hermenêutica da prática clínica*. 3^a ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011, 422 p.

GRANDESSO, Marilene. “*Dizendo olá novamente*”: *A presença de Michael White entre nós terapeutas familiares*. *Revista Brasileira de Terapia Familiar*, v. 1, n. 1, jan./jun., 2008. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/1281990-Dizendo-ola-novamente-a-presenca-de-michael-white-entre-nos-terapeutas-familiares-marilene-grandesso-1-aptf-associacao-paulista-de-terapia-familiar.html>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

IMBER-BLACK, Evan. *Segredos na Família e na Terapia Familiar: uma visão geral*. In: IMBER-BLACK, Evan. *Os segredos na família e na terapia familiar*. 2^a ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994. Cap. 1, p. 15-39.

KOVÁCS, M^a Júlia. *Sofrimento da equipe de saúde no contexto hospitalar: cuidando do cuidador profissional*. *O mundo da saúde, São Paulo*, v. 34, n. 4, p. 420-429, out./dez., 2010. Disponível em: <http://www.saocamilosp.br/pdf/mundo_saude/79/420.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2015.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. *A Prática da Mediação Construtivista: casos reais mediados*. Belo Horizonte: New Hampton Press, 2017.

LUSTOSA, M^a Alice. *A Família do Paciente internado*. *Revista Sociedade Brasileira de Psicologia Hospitalar, Rio de Janeiro*, v. 10, n. 1, p. 3-8, jun., 2007. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582007000100002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 22 dez. 2015.

MELLO, Talitha Bordini de. *Comunicação de más notícias: experiências de mães de crianças e adolescentes com câncer*. 2013. 89 f. Dissertação (Mestrado em Enfermagem) – Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA DO BRASIL. *Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos. Mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais*. Brasília, DF: 2005.

NASCIMENTO, Dulce. *Mediação de Conflitos na área de saúde: experiência portuguesa e brasileira*. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/333>.

PRANIS, Kay. Tradução: Tônia Van Acker. *Processos Circulares de Construção de Paz*. São Paulo: Palas Athena, 2010.

RODRIGUEZ, M^a Inês F. *Despedida silenciada: equipe médica, família, paciente – cúmplices da conspiração do silêncio*. Psicologia Revista, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 261-272, nov., 2014. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/psicorevista/article/view/22771/16503>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SIX, Jean François. *Dinâmica da Mediação*. Tradução: Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de ; MELO, Manuel Palacios Cunha ; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

XAVIER, Francisco Cândido. *Emmanuel*. Rio de Janeiro: FEB, 2005.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet H.; JACKSON, Don D. *Pragmática da Comunicação Humana: Um Estudo dos Padrões, Patologias e Paradoxos da Interação*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 1967, 267 p.

ZHER, Howard. *Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a Justiça*. São Paulo: Editora Palas Athena, 2008.

_____. *Justiça Restaurativa: Teoria e Prática*. São Paulo: Palas Athena Editora. 2^a ed. 2017.

JULGAMENTO MONOCRÁTICO OU COLEGIADO? ENTRE OS AVANÇOS, OS RETROCESSOS E AS POSSIBILIDADES DO NOVO CPC¹

***Bárbara Lupetti
Manoela Medeiros Sales***

1. Introduzindo a proposta de reflexão: entre a celeridade e a garantia de uma decisão colegiada

Este texto pretende refletir sobre as duas possibilidades básicas que a legislação processual oferece na ocasião do julgamento dos recursos: a decisão monocrática do Relator ou a decisão colegiada da Câmara ou da Turma.

Nessa linha, o texto propõe pensar, assim, sobre as implicações decorrentes dessa “escolha” dos magistrados, que passa por decidir entre julgar o caso de modo colegiado ou monocrático.

Como toda escolha, a decisão do magistrado exprime a sua “seletividade” e é principalmente sobre este ponto que a nossa problemática recai.

Mas o texto também propõe pensar sobre a dificuldade de se articular duas expectativas do legislador do Novo CPC, situadas entre a promessa de garantir celeridade ao processo e o dever de constitucionalizar os seus ritos. Explica-se.

Como cediço, o princípio do duplo grau de jurisdição, que, segundo Alexandre Câmara (2003, p. 6), seria “o mais importante instituto entre todos os institutos da ciência processual”, é um postulado constitucional, consectário do devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV da CRFB/88), e que consiste na possibilidade de se impugnar uma decisão judicial para que seja reexaminada pelo mesmo ou por outro órgão jurisdicional, sendo este, sempre, colegiado.

Embora exista grande discussão doutrinária sobre o seu uso como regra obrigatória do sistema processual, é certo que o princípio é festejado e respalda o direito à revisão das decisões judiciais por um órgão colegiado.

Por outro lado, também estão alçadas a garantias fundamentais do processo, a celeridade e a duração razoável do processo, previstas no art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/88.

Sendo assim, a conciliação de ambas as garantias processuais [direito ao duplo grau de jurisdição, mediante a revisão das decisões judiciais por órgãos *colegiados*, e direito à celeridade processual] tornou-se difícil, porque, obviamente, a sistemática de um julgamento colegiado, no Brasil, demanda mais tempo, porque exige o agendamento e a consequente publicação da pauta de julgamento; a presença física de pelo menos três julgadores (senão cinco, em caso de divergência

¹ Dedicamos este texto ao querido e saudoso Professor José Carlos de Araújo Almeida Filho, o Puca, que, durante a sua vida docente na UFF, ministrou aulas sobre Recursos Cíveis, sempre criticando os excessivos poderes monocráticos conferidos aos relatores e o desprestígio das garantias dos jurisdicionados. Esta singela homenagem é a demonstração da nossa gratidão pela convivência na UFF, que, embora breve, foi suficientemente especial, para deixar saudades.

– art. 542 NCPC) na sessão de julgamento; a possibilidade de sustentação oral e pública das razões recursais pelos advogados das partes interessadas; dentre outras características que tornam esta prática mais demorada do que a simples prolação de uma decisão monocrática, proferida por um único magistrado, no silêncio de seu gabinete, de forma isolada.

Em função disso, ainda sob a vigência do CPC de 1973, por atualização decorrente de diversas leis e, definitivamente, por uma Lei Federal de 1998, a Lei nº 9756/98, o julgamento monocrático dos recursos se transformou, na prática, em regra de procedimento recursal, passando a ser, o colegiado, excepcional, fato que, a princípio, se configurara como inversão à ideologia do sistema recursal, pensado, desde sempre, para ser colegiado.

Sendo assim, na tentativa de conciliar o inconciliável, os Tribunais, do ponto de vista empírico (que, de certo modo, orienta este trabalho), passaram a usar, de modo regular (e desmedido), a regra processual do art. 557 do CPC de 1973, que autorizava o julgamento monocrático, no lugar de decisões colegiadas, sob o fundamento de que as decisões monocráticas permitiriam uma entrega mais célere da prestação jurisdicional em grau recursal.

No entanto, os abusos empíricos respaldados pelo artigo 557 do CPC de 1973 ensejaram descontentamentos, especialmente por parte dos advogados, que, frequentemente, viam o desprestígio do julgamento colegiado como prejuízo processual.

A doutrina também passou a se manifestar nesse sentido.

Leonardo Greco advertira, em artigo intitulado “A falência do sistema de recursos”, que a supressão da colegialidade, em substituição à prolação de decisões monocráticas, vinha repercutindo negativamente sob a perspectiva das garantias fundamentais (GRECO, 2003, p. 93). Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery (2006, p. 815), igualmente, sustentavam que o julgador somente estaria autorizado a decidir sozinho o recurso de forma excepcional, defendendo que “havendo dúvida, o relator não poderia indeferir o recurso nem julgá-lo improcedente, devendo, obrigatoriamente, remetê-lo ao julgamento do órgão colegiado”.

Assim, com a promulgação do Novo CPC, mudanças (ou propostas de mudanças) ocorreram no sistema recursal e, quanto ao tratamento dos julgamentos monocráticos, a nosso ver, o legislador previu uma disciplina bastante mais restritiva do que aquela conferida aos magistrados pelo antigo artigo 557 do CPC de 1973.

Nessa medida, o texto está situado nesse lugar: de pensar sobre como as práticas judiciais readaptaram os seus ritos para, a partir do Novo CPC, ampliar os julgamentos colegiados, de fato, ressuscitando-os, em um sistema que pretendia esquecê-los e que vinha adotando posturas vorazes no sentido de quase restringir os julgamentos recursais à decisões monocráticas.

Metodologicamente, para a elaboração deste texto, realizamos breve análise legislativa e jurisprudencial, além de reflexões (ainda bastante incipientes), decorrentes de nossa experiência pessoal, como advogadas de contencioso cível em escritórios privados, que nos permitiu realizar conversas informais com nossos colegas advogados e entrevistas breves com 5 (cinco) Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

De modo sistemático, o trabalho traz uma breve descrição do sistema recursal anterior em comparação com o atual e, logo após, descreve e problematiza alguns casos que foram selecionados e as entrevistas realizadas, a fim de contrastar os usos do antigo artigo 557 e do atual artigo 932 do CPC, pensando nas mudanças introduzidas pela atual legislação processual e suas consequências empíricas.

2. Entre o “velho” e o “novo” CPC: uma breve análise contrastiva entre o julgamento monocrático dos recursos na vigência do antigo e do novo CPC

O caput do antigo artigo 557 do CPC de 1973 assim se expressava:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

O novo artigo 932, assim se expressa:

Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

[...]

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Da mera leitura dos dispositivos verifica-se, *prima facie*, uma restrição maior do Novo CPC ao subjetivismo judicial, na medida em que o art. 932 restringe a possibilidade de decisão monocrática a situações já sumuladas ou decididas pelos Tribunais Superiores, em confronto com a redação bastante mais aberta do CPC anterior, de 1973.

Como se sabe, e aqui convém um parêntese, a última redação do artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, que prevaleceu até o advento do Código de Processo Civil de 2015, foi fruto da Lei nº 9.756/98, sendo certo que, desde a promulgação do Código em 1973, outras redações já haviam sido conferidas ao art. 557 (e que, no caso, não convém, neste texto, historicizar).

Mas, o fato é que, na última redação do artigo 557, além de terem sido mantidas todas as prerrogativas anteriormente conferidas ao relator, que já vinha ganhando poderes de decidir monocraticamente (em desprestígio do colegiado), foi incluída a possibilidade de decisão monocrática para negar seguimento a recurso com fundamento na orientação *predominante* (Súmula e Jurisprudência dominante) do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e não apenas em súmula, como na versão anterior.

Tal alteração legislativa confirmou a crescente valorização da jurisprudência dos tribunais superiores, estendendo, ao mesmo tempo, e sobremaneira, as hipóteses de julgamento monocrático, em desprestígio do colegiado, especialmente devido ao conteúdo vago da última redação do art. 557 do antigo CPC.

Por exemplo, o termo “jurisprudência dominante” é extremamente amplo e vago, conferindo poderes praticamente irrestritos ao relator, já que não há uma definição precisa sobre o que seria dominante (ou não), na análise das decisões dos Tribunais e na construção de sua jurisprudência.

“Manifestamente improcedente” é, igualmente, categoria indeterminada, que, na prática, acabou permitindo usos ampliados do art. 557, que passou a configurar a regra do sistema, em vez de sua exceção (GRECO, 2003; ASSIS, 2013).

Ou seja, as alterações legislativas sucessivas na redação do art. 557 do CPC de 1973 modificaram de modo muito significativo a dinâmica dos julgamentos nos Tribunais, autorizando, de forma quase irrestrita, o deslocamento do colegiado para o julgamento monocrático.

É possível dizer, inclusive, que o relator deixou de ser mero examinador de requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal (como o era na primeira redação do art. 557, que permitia, apenas, o *indeferimento* do recurso por via monocrática) e passou a, cada vez mais, decidir unipessoalmente o mérito do recurso, tornando-se (e substituindo), ele próprio, o “órgão colegiado” (a última redação do art. 557 falava em *dar* ou em *negar provimento* aos recursos, por via monocrática).

Certamente, como já mencionado, no bojo dessas alterações estava circunscrita a ideologia da celeridade processual, presumindo-se que uma decisão monocrática proferida pelo relator, pelo menos em uma primeira análise, diminuiria o tempo de tramitação de um recurso no tribunal, reduzindo o número de demandas a serem julgadas pelo órgão colegiado e, com isso, contribuindo para a duração razoável do processo.

Ocorre que, na prática, não foi bem assim que ocorreu, especialmente, devido à redação do §1º do art. 557 do antigo CPC:

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

Ou seja, em função da possibilidade de interposição de Agravo Interno contra as decisões monocráticas dos relatores, os advogados passaram, então, a usar o § 1º do art. 557 (agravo interno contra decisão monocrática) na mesma proporção que os relatores usavam a possibilidade de julgamento monocrático, ensejando uma espiral recursal que, no lugar de atingir a celeridade, acabou comprometendo-a, frustrando as intenções do legislador de 1998.

Isto é, na medida em que os julgamentos monocráticos cresceram, também cresceram os Agravos Internos contra estas decisões, demonstrando-se que o efeito da celeridade não se consolidou.

Em vez de um único julgamento colegiado, que ocorreria na ocasião da interposição do recurso, os usos empíricos do art. 557 acabaram revelando que as decisões monocráticas ensejavam interposições de agravos internos e que isso, do mesmo modo, iria parar no colegiado, e a intenção acabou sendo frustrante, do ponto de vista da celeridade processual, porque, como regra, um único recurso ensejava, quase sempre, dois outros julgamentos: o monocrático e, depois, o colegiado, em função do agravo interno. Além da possibilidade (ainda que remota, mas não inexistente) de anulação dos julgamentos monocráticos pelo STJ, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal Estadual, a fim de se preservar o colegiado, o que funcionava como verdadeiro efeito “*bumerangue*” recursal.

Na prática, e em breves linhas, a ideia não funcionou.

Nesse contexto, considerando-se que, na vigência do CPC de 1973, o uso do julgamento monocrático virou regra, e o colegiado, exceção, o legislador de 2015 se viu no dilema de, ao mesmo tempo, ter de dar conta desse fato empírico e prestigiar a garantia da revisão colegiada das decisões, assim como cuidar do dever de celeridade que também se impunha.

Como dito, o mecanismo empírico acionado pelos Julgadores (e que respaldava o uso desmedido do julgamento monocrático) era a interpretação extensiva do antigo artigo 557 do CPC/1973, que trazia categorias legais genéricas, tais como, por exemplo, “recurso manifestamente inadmissível” ou “improcedente”, e “jurisprudência dominante”, que, por seu conteúdo indeterminado, acabavam sendo apropriadas de modo discricionário pelos julgadores, ensejando situações que, em vez de serem decididas pelo colegiado, ficavam circunscritas ao julgamento monocrático do relator.

O Novo CPC, ao que parece, pretendeu minimizar esses abusos, explicitando, a partir de categorias legais mais objetivas, por exemplo, “súmula do STF” ou “entendimento firmado em recursos repetitivos”, expressas no atual artigo 932, as hipóteses taxativas de julgamento monocrático, circunstância que pareceu pretender restringir bastante o número de julgamentos monocráticos, que vinha sendo criticado pela doutrina e pela prática forense (GRECO, 2003, p. 93).

Com esse propósito, o Novo Código de Processo Civil parece ser menos pródigo do que o anterior, no que se refere aos subjetivismos, estreitando as hipóteses genéricas de entendimento unipessoal do relator (DIDIER, 2015).

A grande dificuldade da aplicação do antigo artigo 557 era identificar o que era um recurso “manifestamente improcedente”. E essa dificuldade acabava por conceder uma carta branca ao relator que, muitas vezes, cometia abusos.

A falta de conceituação no próprio texto legal e a ausência total de consenso doutrinário e jurisprudencial sobre a extensão desse conceito indeterminado, “manifesta improcedência”, acabou por levar a um extremo subjetivismo. O que para um julgador era manifestamente improcedente, para outro poderia não ser e, independentemente de um consenso, esse argumento embasava decisões de todos os tipos.

O Novo CPC parece reduzir isso, ao exigir decisão sumulada ou julgada, de forma repetitiva, e colegiada, pelos Tribunais Superiores.

Infere-se do Novo Código de Processo Civil, que ele privilegia a força dos precedentes judiciais e a uniformização da jurisprudência.

No entanto, o novo texto não fala em “jurisprudência” ou sequer em “jurisprudência dominante”, como fazia o antigo art. 557, usando a categoria “súmula”, que privilegia os entendimentos realmente consolidados e uniformes nos Tribunais.

Assim, nota-se que a ideia do Novo Código de Processo Civil foi, claramente, restringir o julgamento monocrático apenas para situações de demandas absolutamente pacificadas, contendo os subjetivismos e decisionismos que marcavam os usos dos julgamentos monocráticos no antigo CPC.

3. Uma breve experiência empírica que sugere modificações no tratamento dos recursos: entre o julgamento monocrático e o colegiado

Na pesquisa de campo brevemente realizada e no curso de nossa experiência pessoal como advogadas de contencioso cível em escritórios de médio e grande porte, verificamos, de imediato, um considerável aumento da publicação das pautas colegiadas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde atuamos.

De fato, o julgamento monocrático era regra ao analisarmos as pautas de julgamentos das sessões antes do Novo CPC. Agora, não mais.

Havia uma determinada Câmara Cível no TJERJ (e não era isolada) que era conhecida pelo uso desmedido do art. 557 no passado. Tinha-se, em média, apenas, entre 05 (cinco) e 10 (dez) processos inseridos em sua pauta oficial, e mais de 50 (cinquenta) casos julgados “em mesa”, por via de Agravos Internos, fato que demonstra o uso regular dos julgamentos monocráticos, em prol do colegiado.

Conversamos com um advogado que nos disse claramente que, antes do Novo CPC, “a exceção virou regra”. “No TJ do Rio, que é tido como o mais rápido do País, o julgamento monocrático era a regra. Exceção era ter sessão colegiada. Só havia em casos muito emblemáticos...”.

Diante dos abusos cometidos e da exceção que virou regra, transformando os Tribunais Estaduais em cortes monocráticas, não mais colegiadas, o Novo Código de Processo Civil tratou justamente de dar uma nova roupagem ao julgamento monocrático, se preocupando em coibir os abusos e garantir a efetiva celeridade, trazendo hipóteses mais restritas para o julgamento monocrático e “ressuscitando o colegiado”, como nos disse um magistrado.

Na pesquisa empírica incipiente que realizamos, a primeira observação que foi recorrente nas falas dos entrevistados e que reforça a hipótese de que, de fato, o julgamento monocrático está sendo menos usado desde o advento do Novo Código de Processo Civil e, conseqüentemente, as pautas de julgamento aumentaram muito, já que mais matérias estão sendo levadas à apreciação do colegiado, foi no sentido de que:

“[...] existe muito mais processo em pauta agora. As sessões eram mais rápidas. Hoje em dia, voltamos a um passado remoto, de quando eu comecei na carreira da magistratura, onde os julgamentos dos recursos eram demorados, debatidos...a gente discutia...”.

(Fala de um Desembargador do TJERJ)

Um dos entrevistados disse que, quantitativamente, antigamente – quando da vigência do antigo diploma processual – eram colocados em pauta, em média, 30 recursos (apelações e agravos e instrumentos) e, desde a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, são colocados, em sua Câmara, aproximadamente 80 recursos, incluindo apelações e agravos de instrumento.

De acordo com o que foi percebido durante as entrevistas, a exclusão do termo “manifestamente improcedente” no diploma processual foi a grande responsável pela contenção do julgamento monocrático, porque seu significado era muito amplo e agora, a interpretação literal do texto do Novo Código de Processo Civil demonstra uma evidente redução do campo de atuação do desembargador relator no julgamento monocrático.

Além disso, apontou-se, outrossim, que o fato de não se poder mais julgar monocraticamente fundamentando a decisão em “jurisprudência dominante”, também fez com que a aplicação do instituto se restringisse, já que, de fato, “ninguém nunca soube exatamente o que seria jurisprudência dominante”, disse-nos um interlocutor.

Para os entrevistados, embora tenha sido mantida a possibilidade do julgamento monocrático, quanto ao julgamento do mérito dos recursos, com o advento do Novo Código de Processo Civil, buscou-se restringir a atuação do relator, estabelecendo-se hipóteses mais fechadas do cabimento do julgamento monocrático, em contraposição à regra do artigo 557 do CPC/1973, que tinha uma terminologia mais aberta, de modo que claramente houve, ao menos no âmbito textual, uma importante limitação.

Os entrevistados magistrados afirmaram que suas posturas, como relatores, mudaram desde o advento do novo Código, já que, se não houver uma súmula ou recursos repetitivos enquadrados nas hipóteses concretas, eles preferem, na dúvida, julgar a demanda no colegiado, para evitar anulações futuras.

Segundo eles, o posicionamento do STJ também será crucial para verificar o rumo que será dado à interpretação do artigo 932. Mas, por ora, preferem ser mais conservadores e levar as demandas ao colegiado, de modo a evitar o risco de a matéria chegar ao STJ e ter que ser reapreciada, agora pelo colegiado da Câmara, causando uma morosidade desarrazoada.

As entrevistas também revelaram que, em um primeiro momento, quando não havia experiência prática da lei, mas apenas o seu texto, os magistrados dos tribunais, de maneira geral, não gostavam das inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil no âmbito do julgamento monocrático, pois entendiam que as restrições acarretariam em um aumento injustificado no fluxo do trabalho.

No entanto, os entrevistados ressaltaram que quando o Novo Código de Processo Civil entrou em vigor, perceberam que a reação dos magistrados – pelo menos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – foi inversa à rejeição inicial e as mudanças passaram a ser vistas com bons olhos.

A título de exemplo, um dos entrevistados revelou que um de seus pares, também desembargador do TJRJ, antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, julgava majoritariamente as demandas nas quais figurava como relator de forma monocrática.

No entanto, com o advento do Novo diploma processual, o referido magistrado disse ao desembargador ora entrevistado que as restrições trazidas pelo novo Código acabaram produzindo um resultado positivo. Ao ser indagado o motivo desta afirmação, o magistrado disse que agora fazia um único trabalho, quando antes fazia dois (já que julgava o recurso de maneira monocrática e, após, eventual agravo interno).

Aquilo que parecia trabalhoso revelou-se mais pragmático.

Também nos foi dito que a carência de estatísticas no Brasil sobre este tema é muito problemática e que, uma vez que não é possível se basear em dados concretos, muitas vezes a celeridade acaba sendo “maquiada” diante do julgamento monocrático, produzindo-se equívocos de análise.

Além de realizar as entrevistas acima descritas, também pudemos perceber, no exercício de nossa advocacia, de contencioso cível, como mencionamos, que as mudanças formatadas pelo novo Código de Processo Civil têm tido efeitos práticos no dia a dia forense, tendo em vista que o número de Agravos de Instrumentos e Apelações incluídos nas pautas tem aumentado significativamente e as nossas sustentações orais também.

A título exemplificativo, a mesma câmara mencionada no tópico anterior, que julgava entre 5 e 10 processos apenas, passou, após o Novo CPC, a ter em média, 60 recursos pautados e pouquíssimos, ou nenhum, agravo interno, julgado “em mesa”.

É certo que apenas o tempo poderá reforçar a hipótese e permitir compreender os usos do atual art. 932.

Mas, também é certo que, no âmbito dos Tribunais Estaduais, nesse pouco tempo de vigência do CPC, temos percebido uma alteração na dinâmica dos julgamentos monocráticos,

4. Considerações finais: ainda pensando sobre avanços, retrocessos e possibilidades

O texto discutiu, como visto, o instituto do julgamento monocrático dos recursos, sua aplicação prática e a mudança na postura dos julgadores diante das diversas alterações ocorridas no texto legal, desde a primeira redação do artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, até o advento do atual artigo 932 do Novo Código de Processo Civil, em vigor desde março de 2016.

A possibilidade de os julgadores proferirem decisões monocráticas em sede de recurso sempre foi uma exceção à regra – pelo menos no texto legal.

Embora exista um histórico de aumento gradativo dos poderes do relator trazido pelo legislador a cada alteração do artigo 557 do antigo código, a regra nunca deixou de prever que as partes tinham direito a uma decisão colegiada quando apreciado o seu recurso.

No entanto, em que pese a excepcionalidade do julgamento monocrático vislumbrada pelo legislador, verificou-se que, na prática, foi o uso irrestrito do dispositivo, por parte dos magistrados, que exigiu as mudanças introduzidas pelo Novo CPC e o reforço dessa garantia: de revisão colegiada das decisões judiciais.

Diante do uso desmedido do art. 557 do antigo CPC, parece-nos que o legislador optou por caminhar em sentido diverso do que vinha optando quando da vigência do antigo diploma processual e, no Novo Código, restringiu os poderes do relator, no art. 932.

Ao retirar do texto legal a possibilidade de julgamento monocrático nas hipóteses de recurso manifestamente improcedente ou calcado em jurisprudência dominante, o legislador também pretendeu eliminar a subjetividade que os julgadores, na maioria das vezes, lastreavam suas decisões monocráticas.

A perspectiva empírica caminha no sentido de que o NOVO CPC pretende prestigiar o colegiado, voltando no tempo e “ressuscitando” a “essência do duplo grau de jurisdição”.

Mas, de fato, só o funcionamento e a observação das práticas judiciárias é que permitirá identificarmos se isso, de fato, acontecerá e se a mudança legislativa, de fato, implementará mudanças na dinâmica dos julgamentos recursais.

A breve e incipiente descrição empírica que respaldou este texto sugere que mudanças vêm ocorrendo no TJERJ.

No entanto, o futuro do funcionamento do julgamento monocrático ou colegiado está nas mãos dos aplicadores do direito, que, muito provavelmente, seguindo as diretrizes institucionais de cada Tribunal, interpretará o Novo código de processo civil da maneira que melhor lhes convier.

Qual será a prioridade? Celeridade ou prestação jurisdicional justa? Só o tempo demonstrará.

* * *

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 7. ed. Revista dos Tribunais, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freiras. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. v. 1. Editora Jus Podvm, 2015.

GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 1, abril de 2003, ed. dialética, São Paulo, pp. 93/108.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: RT, 2006, p. 815.

ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE DO PROCESSO LEGAL: CIDADANIA E RECONHECIMENTO INTERSUBJETIVO

Fernando José Armando Ribeiro

Luciano Gomes dos Santos

1. Introdução

No âmago da justiça, entendemos a igual dignidade de todos os homens. Este fundamento é o objeto de uma experiência moral que ocorre toda vez que o eu se reconhece na alteridade, uma dignidade idêntica à de qualquer outro ser humano, não importa qual, uma dignidade que exige de mim um respeito incondicional. “A dignidade presente em todo ser humano pode ser considerada o fundamento objetivo de toda exigência de justiça. Entretanto, esta dignidade não existe sem o reconhecimento humano: a objetividade que ela possui é inerente à rede de relações inter-humanas” (DURAND, 2012, p. 41). O ser humano se efetiva somente por meio desta rede de relações.

A dignidade humana não se *coisifica*. É inviolável e inalienável em si mesma. Dignidade humana e indivíduo são inseparáveis. A necessidade da justiça se justifica por reconhecimento incondicional ao ser humano. A justiça é “exigência moral arraigada na experiência do outro” (DURAND, 2012, p. 42). Pressupõe o reconhecimento da alteridade como *fim em si*. “O outro é aquele a quem devo reconhecer em todas as circunstâncias a exigência, de minha parte, de um respeito que não está, e nem pode estar, condicionado a nada” (DURAND, 2012, p. 42). O centro da justiça é o reconhecimento da dignidade humana.

O *acesso à justiça* é direito de todos os cidadãos que devem ser reconhecidos e respeitados na efetivação do processo legal. A cidadania e o reconhecimento intersubjetivo são meios de acesso à Justiça e à inclusão social. A suspensão da práxis da justiça impede o desenvolvimento da cidadania e a marginalização do sujeito.

2. Acesso à Justiça e Efetividade do Processo Legal

O *acesso à justiça* é direito legal numa democracia. A realização da justiça deve estar acima de interesses pessoais ou de privilégios a grupos ou instituições no âmbito da sociedade. A impossibilidade de um cidadão de não ter *acesso à justiça* constitui-se numa realidade de exclusão social, de não reconhecimento de igualdade perante a formalidade da lei positivada. Entendemos que, o “*acesso à Justiça* é uma

expressão que significa o direito de buscar proteção judiciária, o que vale dizer: direito de recorrer ao Poder Judiciário em busca da solução de um conflito de interesse” (SILVA, 1999, p. 9).

A expressão *acesso à Justiça* possui um sentido institucional. Essa é a significação que se encontra no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, quando afirma que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Compreendemos que o acesso à justiça não se reduz somente em sua acepção institucional, seria a depreciação axiológica da noção de justiça. O cidadão que “recorre ao Poder Judiciário é que confia em que ele é uma instituição que tem por objeto ministrar Justiça como valor, uma instituição que, numa concepção moderna, não deve nem pode satisfazer-se com a pura solução das lides, de um ponto de vista puramente processual” (SILVA, 1999, p. 9).

A atividade jurisdicional deve aprofundar-se na “apreciação da lesão ou ameaça do direito para efetivar um julgamento justo do conflito. Só assim se realizará a Justiça concreta que se coloca precisamente quando surgem conflitos de interesses” (SILVA, 1999, p. 9). Hans Kelsen afirmava: “E somente onde existem tais conflitos de interesses a justiça se toma um problema. Onde não há conflitos de interesses, não há necessidade de justiça” (KELSEN, 2003, p. 4). A justiça efetiva-se na solução dos conflitos de interesses e justa medida no que é devido a cada cidadão.

O Poder Judiciário é um dos três poderes fundamentais na constituição de um Estado Democrático de Direito e um dos fundamentos da República Federal do Brasil é construir uma sociedade “livre, justa e solidária” (Art. 3º, inciso I), conforme atesta a Constituição. Cada processo julgado e sentenciado são formas de efetivar a justiça a quem de direito. O Poder Judiciário tem por obrigação proteger os direitos fundamentais dos cidadãos e garantir a efetividade da justiça à solução dos conflitos.

2.1 O Modelo Constitucional do Processo e o acesso à Justiça

Na doutrina processualista pátria há um paradigma processual estabelecido na Constituição Federal que serve de fundamento para todos os ramos do Direito Processual proclamado pela Carta Magna, denominado de Modelo Constitucional do Processo. Esse modelo encontra-se efetivado nas garantias fundamentais processuais positivadas em forma de princípios jurídicos.

O Modelo Constitucional do Processo deve estar moldado à ordem constitucional para que seja válido. Com base na Constituição “deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno *processo* e de seus princípios” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 85). Na Constituição Federal encontramos as bases e as garantias mínimas do processo legal e a possibilidade efetiva do acesso à Justiça. Nesse sentido, situamos o Princípio do devido processo legal, ou no original em inglês do *due process of law*, também

conhecido pela doutrina processual contemporânea como o princípio dos princípios processuais em razão de englobar os demais. É considerada a norma mais importante de todo o Direito Processual.

Na Constituição brasileira encontra-se disposto no art. 5º, inciso LIV, que “constitui um importante princípio processual, pois é a base a qual todos os outros princípios e regras processuais se sustentam. Dele decorrem todas as consequências processuais, que visam garantir as partes um processo justo” (SEIXAS; SOUZA, 2014, p.01). No ordenamento brasileiro, “o acesso à justiça surgiu como direito fundamental pela primeira vez na Constituição de 1946 e, atualmente, encontra-se previsto no art. 5º, inc. XXV, da Constituição Federal” (SEIXAS; SOUZA, 2014, p.01) e visando garantir aos cidadãos o acesso ao Judiciário, a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais, com a finalidade de impedir que leis não sejam cumpridas.

O princípio do devido processo legal faz parte do rol dos princípios constitucionais. O princípio está assim disposto no art. 5º, inciso LIV na Constituição Federal:

Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Compreendemos que constitui um princípio fundamental, pois está no rol dos direitos individuais e coletivos do art. 5º da Constituição Federal, podendo ser classificado como um direito de primeira dimensão. Nessa perspectiva, destaca-se a compreensão de Ingo Sarlet (2012, p.47):

Os direitos fundamentais [...] são o produto peculiar [...] do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. [...] Assumem particular relevo no rol desses direitos os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. [...] e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição).

O princípio do devido processo legal deve ser efetivado na práxis do judiciário. O “§4º, inc. IV, do art. 60 da Constituição, veda a deliberação de qualquer emenda ao texto maior que possua como objetivo a abolição dos direitos e das garantias individuais” (SEIXAS; SOUZA, 2014, p.06). Os cidadãos têm direito ao devido processo legal, pois se constitui efetivação de cidadania e reconhecimento intersubjetivo. Com relação às garantias do devido processo legal, Cintra, Grinover e Dinamarco defendem o seguinte ponto de vista:

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fato

legitimante do exercício da jurisdição (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p.88).

O devido processo legal é garantia constitucional que assegura o exercício de suas faculdades e poderes processuais, mas se configura também na salvaguarda do próprio processo, como parte fundamental do exercício da jurisdição. O devido processo legal processual garante: “a) igualdade de partes; b) respeito ao direito de defesa; c) contraditório; d) julgamento rápido e público; e) à proibição da prova ilícita; f) à gratuidade da justiça ou ao desembaraçado acesso a essa; g) ao juiz natural e imparcial; h) ao duplo grau de jurisdição; i) à ampla defesa” (SEIXAS; SOUZA, 2014, p.10). Nery Júnior afirma:

Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o caput e os incisos do art. 5º, em sua grande maioria, seriam absolutamente despiciendos. De todo modo, a explicitação das garantias derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos da CF 5º, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações (JÚNIOR, 2009, p.85).

O princípio do devido processo legal é uma forma de ressaltar o respeito ao cidadão de direitos e deveres e nortear as práticas da administração pública, o Legislativo e o Judiciário. Entendemos que, em seu aspecto processual, o princípio do devido processo legal “manifesta-se por meio da garantia do procedimento justo e adequado, no sentido de possibilitar que os cidadãos sejam ouvidos antes de ocorrer à privação de seus direitos, permitindo aos cidadãos a oportunidade de apresentar suas razões a fim de evitar atos arbitrários” (SEIXAS; SOUZA, 2014, p.11).

O princípio do devido processo legal exige que a elaboração das leis seja efetivada em conformidade com procedimento positivado na Constituição, bem como “o seu conteúdo deve respeitar o devido processo legal, sendo vedada a edição de leis que eliminem ou restrinjam, de qualquer forma, quaisquer das garantias decorrentes do princípio do devido processo legal” (SEIXAS; SOUZA, 2014, p.11). Nessa perspectiva, em seu aspecto processual, o devido processo legal deve garantir aos sujeitos um processo justo, por meio das garantias constitucionais, para que sejam preservados os direitos e interesses das partes. O devido processo legal “determina a regularidade da função jurisdicional e legislativa para que sejam realizadas de acordo com o previsto na Constituição Federal e nas leis processuais” (SEIXAS; SOUZA, 2014, p.11).

O acesso à justiça é a materialização do devido processo legal. “Trata-se do mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico moderno e igualitário que visa garantir, efetivar e não apenas proclamar, os direitos de todos os cidadãos” (SEIXAS; SOUZA, 2014, p.13). A questão do acesso à Justiça abarca o processo como mediação para a realização de direitos individuais, as funções do Estado, a eficiência do ordenamento jurídico e o dever do Poder Judiciário de proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.

Entendemos que o acesso à justiça engloba um conteúdo amplo e complexo de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas, estando diretamente

relacionada à noção de democracia e igualdade, bem como de justiça, que visa efetivar os direitos dos cidadãos por meio da ação jurisdicional estabelecida. Nessa perspectiva, afirma Kazuo Watanabe, o acesso à Justiça consiste no “acesso à ordem jurídica justa” (WATANABE, 1988, p. 128). Na acepção de José Cichocki Neto, o acesso à Justiça constitui “um direito fundamental do homem e, ao mesmo tempo, um garantia à realização efetiva dos demais direitos” (CICHOCKI NETO, 1999, p. 65).

Ressaltamos que a efetividade do acesso à justiça constitui requisito essencial em um ordenamento jurídico que pretenda garantir, e não somente enunciar direitos. Há duas finalidades fundamentais do sistema jurídico: “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8). O sistema jurídico deve pautar-se na igualdade e na equidade entre os cidadãos que recorrem ou estão sendo notificado judicialmente num referido processo jurídico.

O Estado deve garantir a igualdade e a equidade de acesso à justiça aos cidadãos por meio de ações que possam incluir as pessoas no sistema judiciário. Ressaltamos a inversão do ônus da prova, acesso gratuito à justiça dos mais pobres às defensorias públicas, a instituição de órgãos de defesa do consumidor, dos idosos, das crianças e adolescentes, a isenção de taxas e tarifas para as pessoas que não possuem condições econômicas para ter acesso à justiça e ao devido Processo Legal, assistência jurídica gratuita, a gratuidade dos atos processuais e leis que possibilitam a igualdade de condições processuais entre os litigantes.

O acesso à justiça é um direito de todos os cidadãos, que consiste numa garantia constitucional que visa proteger e resguardar a concretude dos direitos fundamentais dos sujeitos por meio do processo que deve ser desenvolvido em conformidade com o modelo constitucionalmente estabelecido, respeitando os direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, podemos defender o direito fundamental ao processo a todos os cidadãos sem seletividade ou exclusão social.

O acesso à justiça possibilita ao cidadão o “direito de agir em juízo, para obter proteção da própria situação jurídica em que se encontra” (BARACHO, 2008, p. 17), por meio do processo. Nessa perspectiva, o processo torna-se mediação garantidora do acesso à justiça, que visa resguardar, proteger e efetivar os direitos. Compreendemos que o acesso à justiça é uma forma de efetivação da cidadania como inclusão social por meio do processo legal.

3. Cidadania: a Inclusão Social no Processo Legal

A Constituição Federal brasileira instituiu o paradigma do Estado Democrático de Direito e, nesse contexto, a cidadania se torna a conquista permanente pelos direitos sociais e individuais, pela liberdade, segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça. A cidadania como reconhecimento de direitos e

deveres, torna-se a exigência de igualdade. Ser cidadão é possuir a igualdade aos direitos instituídos na Constituição. Por isso, afirmamos que a cidadania nasce de um ordenamento jurídico que a reconhece.

A cidadania é resultado da luta por um direito democrático que inclui a todos e reconhece a fragilidade social de cada indivíduo ou grupos sociais. Segundo Norberto Bobbio, a vivência da cidadania e da democracia exigem algumas condições fundamentais: “Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos” (BOBBIO, 1992, p.01).

Analisando o pensamento de Bobbio, afirmamos que a cidadania exige três elementos: a democracia, os direitos reconhecidos e a solução pacífica dos conflitos. O paradigma democrático possibilita a efetivação dos direitos dos cidadãos tanto subjetivos quanto positivos. A participação política pressupõe a passagem de uma cidadania passiva a uma cidadania ativa, isto é, ser cidadão é ir além da urna eletrônica. É participar por meio da fiscalização dos recursos públicos e exigir recursos para sanar determinadas demandas públicas em vista da promoção do bem-estar da população.

O Estado Democrático brasileiro tem por objetivo, conforme artigo 1º e incisos II e III da Constituição Federal: a cidadania e dignidade humana. Os dois temas estão intrinsecamente ligados e são inseparáveis. A participação política requer o reconhecimento da cidadania e da dignidade humana. A cidadania no Estado Democrático de Direito vai se consolidando, à medida que, os direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados são conquistados pelas lutas sociais, sendo reconhecidos e efetivados pelo Estado, conforme o art. 6º da Constituição Federal.

A cidadania é reconhecimento em mão dupla, isto é, ser cidadão é reconhecer a si mesmo como sujeito de direito e de dignidade humana, ao mesmo tempo, que se reconhece a alteridade. É o denominado reconhecimento intersubjetivo. A participação política envolve em nosso entendimento três elementos: cidadania, dignidade humana e reconhecimento intersubjetivo.

Ser cidadão é ser instruído por meio de um saber sistêmico que possibilite ao cidadão compreender o seu contexto político e os meios pelos quais, podem ser utilizados para efetivar seus direitos constitucionais e demandas sociais, como políticas públicas voltadas às pessoas marginalizadas e excluídas das igualdades de oportunidades.

Thomas Humphrey Marshall define a cidadania:

A cidadania é um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*. Não há nenhum princípio universal que determine o que estes direitos e obrigações serão, mas as sociedades nas quais a cidadania é uma instituição em desenvolvimento criam uma imagem de uma cidadania ideal em relação à qual a aspiração pode ser dirigida. A insistência por

uma medida efetiva de igualdade, um enriquecimento da matéria prima do *status* e um aumento no número daqueles a quem é conferido o *status* (MARSHALL, 1967, p.76).

A noção de Marshall de cidadania como *status* está associada ao pertencimento às coletividades políticas modernas. A cidadania como pertença uma determinada comunidade de cidadãos, pode ser concebida como integração social. “A função de um *status* é a parte que ele desempenha no sistema de estrutura social, seu papel é a ação por parte do seu ocupante individual que permite que se desempenhe tal função” (MARSHALL, 196, p.76). O *status* está associado a uma função social.

Marshall concebe as categorias de *cidadania* e de *classe social* como dois princípios opostos, o primeiro promove a igualdade social e o segundo gerador de desigualdade (MARSHALL, 196, p.76-77). O desenvolvimento da cidadania nasce partir da tensão dos referidos conceitos. A cidadania se opõe à lógica do mercado capitalista. Funciona como uma “espécie de religião civil, capaz de garantir a unidade num contexto de diversidade como o das sociedades modernas” (SILVA, 2008, p.59). Marshall elaborou uma tipologia tripartite da cidadania formada por três categorias e suas relações com o campo jurídico, conforme o quadro abaixo (MARSHALL, 196, p.57-135).

Quadro 01: Tipologia tripartite da cidadania.

Tipologia Tripartite da Cidadania	
Dimensões da cidadania	Paradigma jurídico
Cidadania Civil	Direito Civil: direitos necessários à liberdade individual.
Cidadania Política	Direito Político: direitos de participação no exercício do poder político.
Cidadania Social	Direito Social: direitos associados ao sistema educacional e aos serviços sociais.

Fonte: Elaborado pelo autor.

As dimensões da cidadania pertencem aos estágios distintos do desenvolvimento civilizatório. Somente no século XIX podemos falar de direitos sociais, como categoria diferenciada. A dimensão cidadania social lançou bases para a formação de uma teoria sociológica da cidadania. A cidadania social é condição de integração social e fornece os meios normativos institucionalizados de pertencimento social (SILVA, 2008, p.61). O objetivo da cidadania social é integrar o indivíduo no contexto da sociedade como forma de reconhecimento de sua dignidade humana.

No Brasil, o processo de conquista de cidadania ocorreu contrariamente à proposta de Marshall, ou seja, a cidadania foi dada pelo Estado e não conquistada pelo povo como ocorreu em diversos países, por exemplo, França e EUA. Na nação brasileira, tivemos primeiramente, os direitos políticos, os direitos sociais e por fim, em fase de implantação os direitos civis. Esse último é o que garante o acesso à justiça.

Compreendemos que “os pobres, os indigentes e os miseráveis de nossa sociedade não têm os seus direitos individuais assegurados” (ZEIFERT, 2003, p.138). Verificamos que há uma distância entre a normatização e a efetivação dos direitos da cidadania no Brasil, impossibilitando o acesso à justiça das pessoas pobres e excluídas dos direitos políticos, sociais e civis. Temos no Brasil, uma enorme concentração de renda e a consequência da exclusão social dos sujeitos vulneráveis.

O direito deve apresentar-se como *via* de construção da dimensão social e de inclusão dos excluídos no âmbito da sociedade e do Estado Democrático de Direito. “Sob essa perspectiva acredita-se que a atividade jurisdicional do Estado deve colaborar para o desenvolvimento de uma sociedade nacional justa e solidária, capaz de servir aos seus cidadãos à medida que for requisitada” (ZEIFERT, 2003, p.139).

Encontramos no Brasil, um distanciamento entre os cidadãos e a justiça. O sistema judiciário acaba excluindo do acesso à justiça os pobres e as minorias discriminadas. Nesse aspecto, ressaltamos “o desconhecimento acerca dos direitos que se tem; a descrença com relação às instituições de justiça ou, ainda, a dificuldade de acesso a esses órgãos” (CAVALCATI, 1999, p. 47). Os pobres e as minorias permanecem excluídos do devido processo legal em suas vidas.

A distância entre os pobres e as minorias do acesso à justiça é consequência de três fatores:

- a) os cidadãos de menores recursos tendem a reconhecer pior os seus direitos; b) é necessário que a pessoa disponha-se a interpor a ação; c) quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão, menos provável é que conheça um advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados (CAVALCATI, 1999, p. 46).

Esses fatores que impedem a aproximação dos pobres e das minorias do acesso à justiça representam a realidade do não reconhecimento da identidade social dos referidos sujeitos. Nesse contexto, a atividade jurisdicional se torna fundamental na mediação de colaborativa de inclusão social e no resgate da cidadania.

O art. 3º da Constituição Federal proclama o *telos* do Estado e os interesses fundamentais de seus cidadãos na busca de seu bem-estar social:

- I) construir uma sociedade livre, justa e solidária; II) garantir o desenvolvimento nacional; III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Reconhecemos que o art. 3º da Constituição Federal é imprescindível para a promoção da cidadania, portanto da inclusão social em todos os aspectos da comunidade política, em especial, o acesso à justiça. “Enquanto norma programática, o art. 3º orienta toda a disciplina constitucional dos direitos e deveres dos cidadãos e do Estado” (CAVALCATI, 1999, p. 140). Nesse sentido, a jurisdição deve assumir um novo papel de “atividade mediadora” para uma atividade “transformadora da realidade social” (MOREIRA DE PAULA, 2002, p.93). A função jurisdicional deve promover a inclusão social dos indivíduos

vulneráveis socialmente excluídos, justificando-se que a efetivação da cidadania é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

A cidadania é o caminho da inclusão social e, uma das formas de efetivação da cidadania é o cidadão ter acesso à justiça. O direito à justiça passa pela experiência do reconhecimento intersubjetivo.

4. Reconhecimento Intersubjetivo: Identidade Social

A categoria reconhecimento vem ganhando espaço nos últimos vinte anos no debate filosófico, político, sociológico e jurídico. No universo cultural e linguístico alemão, fonte hegeliana das teorias contemporâneas do reconhecimento, o termo “Anerkennung” significa reconhecimento intersubjetivo ou recíproco. “O conceito filosófico de reconhecimento não significa simplesmente a identificação cognitiva de uma pessoa, mas sim, tendo esse ato como premissa, a atribuição de um valor positivo a essa pessoa, algo próximo do que entendemos por respeito” (ASSY, 2006, p.705). A noção de reconhecimento implica dimensão axiológica e, portanto dignidade da pessoa.

No contexto do reconhecimento, compreendemos a relação entre subjetividade e intersubjetividade. Nelas, revela-se uma relação profícua entre indivíduo e comunidade, particularidade e universalidade, ou ainda entre diferença e identidade. Essas dicotomias são colocadas à prova quando se manifesta a experiência do reconhecimento:

A partir da ideia de reconhecimento pode se desdobrar um conceito de intersubjetividade aonde formas diferentes de sociabilidade vão surgindo no decorrer dos próprios conflitos em torno do reconhecimento, nas quais as pessoas ao mesmo tempo afirmam sua subjetividade autônoma e reconhecem-se na sua pertença comunitária. Ou seja, a relação constitutiva entre identidade pessoal e a práxis cultural e as instituições é entendida não como relação instrumental ou relação de dependência orgânica, substantiva, do indivíduo com a comunidade, mas como relação reflexiva de reconhecimento recíproco. O reconhecimento permite uma reconciliação, sempre passível de revisão, quando for o caso, entre diferença e identidade (WERLE, 2004, p.52).

A categoria de reconhecimento implica relações intersubjetivas. As formas de diferentes sociabilidades surgem na decorrência dos próprios conflitos sociais em torno do reconhecimento tanto na afirmação da subjetividade autônoma quanto na pertença comunitária. O reconhecimento aparece como chave central que permite a reconciliação entre diferença e identidade.

A primeira constituição teórica da teoria do reconhecimento foi concebida pelo filósofo Hegel. Defendia relações práticas de intersubjetividade no intuito de lutar pela preservação da identidade moral do indivíduo. O jovem Hegel acreditava que a camada social é o espaço do mútuo reconhecimento entre os sujeitos tanto nas potencialidades quanto nas capacidades. O estímulo ao reconhecimento recíproco dos sujeitos possibilita lutarem juntos por novos níveis de reconhecimento na sociedade.

Axel Honneth assume a proposição hegeliana, em que a luta dos indivíduos pelo reconhecimento intersubjetivo de suas identidades promove “uma pressão intra-social para o estabelecimento prático e político das instituições garantidoras de liberdade” (HONNETH, 2003, p. 29). Há uma pretensão dos sujeitos ao reconhecimento intersubjetivo de sua identidade intrínseca à vida social. A luta por reconhecimento em Hegel é por impulsos morais.

Na perspectiva de Hegel, o reconhecimento se daria em três âmbitos das relações: 1) família; 2) direito (identificado com a sociedade civil) e 3) Eticidade (representada pelo Estado, que é definido por Hegel como o espírito do povo) - (HONNETH, 2003, p. 60). “O movimento de reconhecimento que subjaz a uma relação ética entre sujeitos consiste num processo de etapas de reconciliação e de conflito ao mesmo tempo, as quais substituem umas às outras” (HONNETH, 2003, p. 47). O conflito prático entre os sujeitos origina-se a partir do acontecimento ético, na medida em que objetiva o reconhecimento intersubjetivo das dimensões da individualidade humana.

A teoria do reconhecimento, na elaboração honnethiana, é uma atualização do pensamento do jovem Hegel no período de seus escritos em Iena e do psicólogo americano Georg H. Mead, que defende a “gênese social da identidade e vê a evolução moral da sociedade na luta por reconhecimento. Mead aprofunda o olhar intersubjetivista, defendendo a existência de um diálogo interno, e investiga a importância das normas morais nas relações humanas” (NETO, 2011, p.142). Entende-se que nas “interações sociais, ocorrem conflitos entre o ‘eu’ e a ‘cultura’ e os ‘outros’, por meio dos quais indivíduos e sociedade desenvolver-se-iam normalmente” (NETO, 2011, p.140).

A concepção de Mead é análoga à teoria do reconhecimento elaborada por Honneth desenvolvida em sua teoria crítica, que o reconhecimento passa por três tipos de relação: as primárias (guiadas pelo amor), as jurídicas (pautadas por leis) e a esfera do trabalho (na qual os indivíduos poderiam mostrar-se valiosos para a coletividade) - (NETO, 2011, p.142). É a partir dessa fundamentação que Honneth sistematizou sua teoria do reconhecimento intersubjetivo, como base da formação da identidade do sujeito. “São as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades” (HONNETH, 2003, p. 156).

Axel Honneth atualiza os argumentos de Hegel e de Mead, extraíndo deles as três esferas do reconhecimento intersubjetivo: *as ligações emotivas fortes; a adjudicação de direitos e a orientação por valores*. Na obra *Luta por Reconhecimento – a gramática moral dos conflitos sociais*, o autor estabelece os fundamentos de sua teoria do reconhecimento intersubjetivo. Segundo o autor, a sociedade deve ser interpretada a partir da categoria do reconhecimento. Abaixo segue o quadro que sintetiza as dimensões da Teoria do Reconhecimento (HONNETH, 2003, p. 211):

Quadro 02: Dimensões da Teoria do Reconhecimento.

Modos de reconhecimento	Dedicação emotiva	Respeito cognitivo	Estima social
Dimensões da personalidade	Natureza carencial e afetiva	Imputabilidade moral	Capacidades e propriedades
Formas de reconhecimento	Relações primárias (amor, amizade)	Relações jurídicas (direitos)	Comunidade de valores (solidariedade)
Potencial evolutivo		Generalização, materialização	Individualização, igualização
Autorrelação prática	Autoconfiança	Autorrespeito	Autoestima
Formas de desrespeito	Maus-tratos e violação	Privação de direitos e exclusão	Degradação e ofensa
Componentes ameaçados da personalidade	Integridade física	Integridade social	“Honra”, dignidade

Axel Honneth apresenta três formas de reconhecimento e três formas de desrespeito. As três formas de reconhecimento são: relações primárias (amor, amizade), relações jurídicas (direito) e a comunidade de valores (solidariedade). O reconhecimento do amor “é o núcleo fundamental de toda a moralidade [...] este tipo de reconhecimento é responsável não só pelo desenvolvimento do *auto-respeito*, mas também pela base de autonomia necessária para a participação na vida pública” (SAAVEDRA; SOBOTTAKA, 2008, p.11).

Segundo Axel Honneth, no amor o reconhecimento afetivo possibilita ao indivíduo adquirir confiança em si mesmo e autoconfiança nas relações eróticas entre dois parceiros, nas de amigos e entre pais e filhos. A autoconfiança individual é entendida como a base indispensável para a participação autônoma na vida pública. No entanto, violações e maus-tratos afetam a integridade física e a autoconfiança. Formas de desrespeito que afetam a integridade corporal não são lesivas somente “pela dor puramente corporal, mas por sua ligação como sentimento de estar sujeito à vontade de um outro, sem proteção, chegando à perda do senso de realidade” (HONNETH, 2003, p. 215). O sujeito perde a confiança em si e no mundo, somada com uma vergonha social que impede a existência de uma autorrelação positiva.

O reconhecimento jurídico “contempla não só as capacidades abstratas de orientação moral, mas também as capacidades concretas para uma existência digna [...] a esfera do reconhecimento jurídico cria as condições que permitem ao sujeito desenvolver autorrespeito” (SAAVEDRA; SOBOTTAKA, 2008, p.12). No direito o reconhecimento jurídico permite que o sujeito adquira autorrespeito por perceber-se reconhecido como membro de uma sociedade e protegido por determinados direitos. Mas para isso, devemos compreender que nos percebemos como

portadores de direitos, no momento em que sabemos, quais obrigações temos com relação aos outros. O autorrespeito está presente em um indivíduo no momento em que ele pode constatar que goza do respeito de todos os parceiros de interação e a negação de direitos e a exclusão geram experiências de rebaixamentos.

Por isso, a particularidade nas formas de desrespeito, como as existentes na privação de direitos ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação como o sentimento de não possuir o status de um parceiro de interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade (HONNETH, 2003, p. 216).

Junto à experiência de privação de direitos surge a perda de autorrespeito, ou seja, a perda da possibilidade de se autoperceber com capacidades suficientes para se referir em pé de igualdade com todos os próximos.

A terceira forma de reconhecimento se refere à comunidade de valores ou solidariedade. Nesta esfera, destacam-se as propriedades diferenciais dos seres humanos de forma genérica, vinculativa e intersubjetiva (HONNETH, 2003, p. 216). Encontramos também o nível da integração social a partir dos “valores e objetivos que funcionam como um sistema de referência para a avaliação moral das propriedades pessoais dos seres humanos e cuja totalidade constitui a autocompreensão cultural de uma sociedade” (SAAVEDRA; SOBOTTAKA, 2008, p.13). Nesta esfera, os indivíduos estão integrados numa comunidade de vida e só podem ser avaliados intersubjetivamente.

Na solidariedade o reconhecimento social possibilita que o sujeito adquira autoestima, que se perceba como possuidor de determinadas habilidades e talentos valiosos para a sociedade e se sinta autorrealizado. Os critérios para avaliar a estima social variam de acordo com a cultura e com o período histórico, visto que estes são determinados de forma intersubjetiva. A solidariedade é entendida como uma espécie de relação interativa em que os sujeitos, por se estimarem entre si, se interessam mutuamente por seus modos distintos de vida. “Estimar-se simetricamente nesse sentido significa considerar-se reciprocamente à luz de valores que fazem as capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum” (HONNETH, 2003, p. 210).

Axel Honneth apresenta três formas de desrespeito: (1) maus tratos e violação, atingindo a integridade física da pessoa; (2) privação de direito e exclusão, afetando a integridade social; por fim, (3) degradação e ofensa, ameaçando a honra e a dignidade do indivíduo. Por isso, a luta pelo reconhecimento sempre inicia pela experiência do desrespeito à dignidade do sujeito. A autorrealização do indivíduo somente é alcançada quando há, na experiência de amor, a possibilidade de autoconfiança, na experiência de direito, o autorrespeito e, na experiência de solidariedade, a autoestima.

Na obra *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, Axel Honneth afirma que o reconhecimento é uma condição para que os indivíduos desenvolvam suas relações práticas, buscando a autorrealização e, conseqüentemente, adquiram sua autonomia. Nessa perspectiva, “os diversos padrões de reconhecimento representam condições intersubjetivas que temos de

pensar necessariamente quando queremos descrever as estruturas universais de uma vida bem-sucedida” (HONNETH, 2003, p. 273).

Axel Honneth em *Luta por reconhecimento* concebe a integração social, nessa etapa da sua obra, não apenas em termos econômicos ou em relação à aquisição de direitos formais; mas em termos de reconhecimento. O indivíduo busca reconhecimento de diferentes porções de sua personalidade e, desse modo, vai desenvolvendo simultaneamente a sua identidade e relações práticas. Todavia, o reconhecimento está ancorado em uma relação intersubjetiva, que se define entre parceiros de interação. Disso decorre que existe a possibilidade de não reconhecimento e, portanto, de desrespeito.

As experiências de desrespeito são a chave interpretativa utilizada por Honneth para construir a gramática moral dos conflitos sociais. Há um entendimento de que o desrespeito priva as pessoas de sua liberdade de ação e, ao mesmo tempo, interfere negativamente na compreensão que as pessoas têm de si próprias. Assim, as experiências de desrespeito desencadeariam os conflitos sociais, compreendidos como lutas por reconhecimento, dado que o descontentamento social está associado a não confirmação social de determinados aspectos da personalidade dos indivíduos, contrariando assim suas expectativas prévias.

Ao final do percurso da obra *Luta por reconhecimento*, Honneth se propõe a refletir as condições intersubjetivas da integridade pessoal, ou seja, uma concepção de eticidade. O conceito de eticidade refere-se à concepção de vida boa. Entendemos que os sujeitos precisam encontrar reconhecimento numa sociedade moderna como seres tanto autônomos quanto individualizados. Por isso, o conceito de eticidade deve conter “todos os pressupostos intersubjetivos que hoje precisam estar preenchidos para que os sujeitos se possam saber protegidos nas condições de sua autorrealização” (HONNETH, 2003, p. 270).

A teoria do reconhecimento está na linha de uma normatividade, ou seja, partilha por interesses de normas universais que devem proporcionar ao indivíduo sua autorrealização. Por isso, Honneth entende que em sua teoria do reconhecimento intersubjetivo: “está inscrita na experiência do amor a possibilidade da autoconfiança, na experiência do reconhecimento jurídico, a da autorrespeito e, por fim, na experiência da solidariedade, a da autoestima” (HONNETH, 2003, p. 272). As esferas do reconhecimento são fundamentais para a formação da identidade social do sujeito.

A teoria do reconhecimento de Axel Honneth contribui com o respeito de si e da alteridade para a formação da identidade social e, portanto, da cidadania. O acesso à justiça é uma questão do reconhecimento intersubjetivo. Ela pertence à esfera jurídica que defende por meio da normatividade a inclusão social dos sujeitos. O acesso à justiça é direito legítimo de todos os cidadãos nos aspectos da afetividade, da jurisdição e da solidariedade.

A negação do acesso à justiça aos indivíduos refere-se à experiência do não reconhecimento, ou seja, sua reificação. Diante da exclusão social, a proposta de Axel Honneth é a mobilização em vista da luta por reconhecimento intersubjetivo.

O acesso à justiça torna-se luta por reconhecimento ao direito e ao processo legal. A ausência de reconhecimento à alteridade, impede a efetivação da justiça aos sujeitos pobres e marginalizados.

O magistrado deve colocar-se na efetividade da justiça para os indivíduos que experimentam a vulnerabilidade social, que vivem sem identidade social ou na invisibilidade de seu ser, em condições de precarização e desumanidade. O acesso à justiça é condição de reconhecimento intersubjetivo. Sem reconhecimento da alteridade não se cumpre a efetividade do processo legal.

Considerações Finais

Após o percurso realizado, constatamos que o acesso à justiça e a efetividade do processo legal está disponível para pessoas e grupos privilegiados na sociedade brasileira. Temos uma população pobre e marginalizada socialmente que não consegue o acesso à justiça, em vista de seus direitos pessoais e coletivos. O acesso à justiça não é privilégio de uma classe social, é direito de todos os cidadãos, é fundamento constitucional. Negar a justiça aos excluídos é relativizar a Constituição Federal que prima em construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O acesso à justiça requer o modelo constitucional do processo legal. A Constituição é o *locus* do processo legal, ou seja, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. A efetivação do processo legal é garantia do cumprimento da lei e do respeito à cidadania de cada indivíduo. Vimos que o “§4º, inc. IV, do art. 60 da Constituição, proíbe ao legislador a deliberação de qualquer emenda ao texto constitucional que tenha como objetivo abolir direitos e garantias individuais.

O Poder Judiciário deve assumir em sua práxis, a transformação dos mecanismos e dos procedimentos excludentes que impedem as pessoas pobres, excluídas e marginalizadas de acesso à justiça. O acesso à justiça é uma questão de cidadania e de reconhecimento intersubjetivo. A justiça é direito de todos os cidadãos. O processo legal é fator de segurança jurídica e garantia de que a justiça está sendo cumprida em seus procedimentos legais.

A cidadania é o reconhecimento nos direitos civis, políticos e sociais. A ausência de cidadania impede o acesso à justiça e ao processo legal. A efetivação da cidadania é forma de reconhecimento intersubjetivo. O Estado Democrático de Direito tem por dever trabalhar em prol da cidadania de seus pares. Os sujeitos por sua vez, devem lutar por seus direitos e cumprir seus deveres justos e legais. A cidadania é a práxis de inclusão social. Constatamos que, os pobres, os indigentes e os miseráveis da sociedade brasileira não têm os seus direitos individuais assegurados. Esses sujeitos vivem a experiência do não reconhecimento: maus-tratos, exclusão de direitos e degradação da honra e da dignidade humana.

A teoria do reconhecimento de Axel Honneth contribui com os indivíduos ou grupos que, não são reconhecidos em seus direitos, em sua dignidade humana e no acesso à justiça, a lutarem por reconhecimento, como forma de efetivar, a autoconfiança, o autorrespeito e a autoestima. O reconhecimento intersubjetivo implica-se no amor, no direito e na solidariedade. São esferas fundamentais para a formação da identidade social dos sujeitos não reconhecidos e impedidos à justiça e o processo legal.

* * *

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSY, Bethânia; FERES JÚNIOR, João. Reconhecimento. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CAVALCANTI, Rosângela Batista. *Cidadania e acesso à justiça*. São Paulo: Idesp, 1999.
- CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao Acesso à Justiça*. Curitiba: Juruá, 1999.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DURAND, Alain. *Praticar a justiça. Fundamentos, orientações, questões*. São Paulo: Loyola, 2012.
- KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento – a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SAAVEDRA, Giovani Agotini; SOBOTTAKA, Emil Albert. *Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth*. *Revista Civitas*, Porto Alegre, v.8, n. 1, jan/abr. 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva. *A importância do princípio constitucional do devido processo legal para o efetivo acesso à justiça no Brasil*. *Cadernos do Programa de Pós-graduação*, vol. 09, n. 01, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Acesso à justiça e cidadania*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 216, p.9-23, abr/jun 1999.

SILVA, Josué Pereira da. *Trabalho, cidadania e reconhecimento*. São Paulo: Annablume, 2008.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WERLE, D. L. *Lutas por reconhecimento e justificação da normatividade*. (Rawls, Taylor e Habermas). Tese apresentada no Departamento de Filosofia da USP para a obtenção do título de Doutor. São Paulo, 2004.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. *Cidadania, inclusão social e acesso à justiça*. *Revista Direito em Debate*, ano XI, n.20, Jul/dez. 2003.

A ARBITRAGEM E O PODER PÚBLICO PARA ENFRENTAR A CRISE DO JUDICIÁRIO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Haroldo Lourenço

1. Introdução

O presente artigo busca analisar um pouco da arbitragem, principalmente após as mudanças trazidas pela Lei nº 13.129/15, que consagrou definitivamente tal técnica de solução de litígios envolvendo a Fazenda Pública.

Cumprido, de início, esclarecer que não pode se justificar tal adoção com a falácia de que seria uma medida que contribuiria para um esvaziamento do Judiciário ou se estaria criando uma fuga mais eficiente, como fizeram o Senado Federal¹ e a Câmara dos Deputados² nos seus respectivos pareceres, pois o incentivo da arbitragem envolvendo a Fazenda Pública justifica-se, isso sim, pela constatação de que em diversos casos ela se apresenta como um mecanismo mais adequado para dirimir conflitos, muitas vezes extremamente complexos, decorrentes de contratos com valores extremamente elevados, sobressaltando inúmeras vantagens, como a maior especialização pela escolha consensual do árbitro, tempo de duração do procedimento, entre inúmeras outras.

Assim, a arbitragem não é uma via de escape do Judiciário, mas uma solução adequada, inserida na lógica de um sistema “multiportas” de solução de disputas, sem que se possa identificar um mecanismo “preferencial” e outros “alternativos”, mas sim em analisar as circunstâncias do caso concreto para escolha do mecanismo mais “adequado”³.

2. Considerações Gerais sobre a Arbitragem

2.1. Uma definição do instituto.

Na arbitragem, um terceiro, imparcial, da confiança das partes, impõe a solução do conflito, sendo uma forma de heterocomposição privada e não oficial, tal qual a solução na justiça pública perante o Poder Judiciário, regulamentada na Lei

¹ Parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, relatado pelo Senador José Pimentel, datado de 11.12.2013, com adendo da mesma data da lavra do Senador Vital do Rêgo, disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143478&tp=1>, consulta em 22.04.2015.

² Parecer da Comissão Especial designada para análise do projeto, relatado pelo Deputado Edinho Araújo, datado de 15.07.2014 e disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1265779.pdf>, consulta em 22.04.2015.

³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em 09.12.16.

nº 9.307/96 (LA), com as alterações da Lei nº 13.129/15, os arts. 851 ao 853 da Lei nº 10.406/02 (CC/02) e prevista no art. 3º §1º da Lei nº 13.105/15 (CPC/15), que se desenvolve mediante trâmites mais simplificados e menos formais do que o processo jurisdicional.

2.2. Arbitragem de direito e de equidade.

A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes, eis que, no direito brasileiro, admite-se a escolha da norma material a ser aplicada, de modo a convencionar de que forma se dará o julgamento, aplicando, por exemplo, os princípios gerais do direito, usos e costumes (art. 2º §§1º e 2º LA).

Na primeira os árbitros seguirão as regras dispostas no ordenamento jurídico para solucionar o litígio, já na segunda poderão os árbitros se afastarem das regras de direito para buscar a solução que considerar mais justa, sendo inclusive essa, em muitos casos, mas vantajosa para as partes, principalmente pela especialização do árbitro, podendo se imaginar, por exemplo, um litígio envolvendo uma questão inerente a engenharia que, se levada ao Judiciário, o juiz fatalmente convocaria um perito no assunto para assessorá-lo e, dificilmente, sua sentença teria orientação diversa quanto aos fatos daquela apontada pelo perito no laudo.

Neste caso, com a arbitragem se poderá entregar a solução da controvérsia diretamente nas mãos do especialista, retirando-se da composição do conflito o juiz, que funcionaria aqui, em verdade, como um mero intermediário entre as pessoas e o *expert*⁴.

2.3. Natureza jurídica.

A arbitragem não pode ser designada como um equivalente jurisdicional, eis que, no Brasil, foi equiparada à própria jurisdição, por meio da denominada teoria publicista ou jurisdicional, possuindo todos os seus requisitos e características da atividade jurisdicional desenvolvida no Judiciário⁵, contando até mesmo decisão definitiva, não cabendo revisão das suas decisões (art. 18, parte final, da LA), possuindo o Judiciário apenas competência para executá-la ou invalidá-la, em caso de vício formal, no prazo de noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos (art. 33 §1º da LA).

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem lei nº 9.307/96. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 2, p. 174; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: execução*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 5, p. 167.

Tal ação, a rigor, veicula no Judiciário uma pretensão declaratória de nulidade da sentença arbitral (art. 33 LA), eis que a mesma não estará sujeita a recurso (art. 8º LA), no máximo embargos de declaração (art. 39 e 30 LA) e, como dito, o Judiciário analisará em tal ação anulatória somente os vícios formais previstos no art. 32 LA, não possuindo a câmara arbitral legitimidade para figurar em tal demanda, tampouco o árbitro⁶, bem como jamais será admissível ação rescisória contra a sentença arbitral⁷.

Não se trata de revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entendê-la injusta ou errônea à apreciação da prova, senão de pedir sua anulação por *error in procedendo*, sendo uma espécie de ação rescisória⁸ e, se ultrapassado o prazo nonagesimal, produzirá coisa soberanamente julgada.

A arbitragem tanto tem natureza jurisdicional que o STJ⁹ já reconheceu a possibilidade, inclusive, de ocorrência de conflito de competência juízo estatal e câmara arbitral.

A tese que defende a arbitragem como tendo natureza contratual não deve prevalecer eis que, a uma, o Estado autoriza e reconhece a arbitragem e, a duas, quanto à impossibilidade de execução dos próprios julgados, pode-se citar o caso do juiz penal, que tampouco executa seus julgados, que são executados pelo juiz da Vara de Execuções Penais (art. 65 da Lei 7.210/84). Até 1996, a decisão arbitral, no Brasil, deveria ser homologada pelo Juiz e, nessa linha, realmente não era jurisdição, mas com a extinção dessa exigência (art. 18 c/c 31 da LA), não há motivo relevante que impeça sua consideração como jurisdição. Ainda, como forma de reforçar esse entendimento, a sentença arbitral condenatória é título executivo judicial (art. 31 da LA c/c art. 515, VII, do CPC/15), justamente por a lei da arbitragem considerar que o árbitro é juiz de fato e de direito (art. 18 LA).

Cappelletti, em 1973, ao iniciar o denominado Projeto de Florença, já afirmava que órgãos bem estruturados, cujos membros sejam dotados de independência técnica e funcional, podem também criar internamente sistemas de solução de conflitos que promovam julgamentos imparciais¹⁰.

Há, contudo, autores que ainda advogam a tese de que a arbitragem não é jurisdição, por não ser exercida pelo Estado, bem como em razão de o magistrado não ter competência para executar suas decisões, posto que a execução se dará no Judiciário sendo, inclusive, indevida a inclusão da sentença arbitral no rol dos títulos executivos judiciais¹¹, consagrando uma teoria contratual, onde a atividade jurisdicional somente poderia ser exercida por juízes, mediante concurso público, sendo uma prática alternativa, extrajudiciária, de pacificação de conflitos de interesses envolvendo os direitos patrimoniais e disponíveis, fundada no consenso,

⁶ STJ, 3ª T., Resp 1.433.940/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017.

⁷ Enunciado 203 FPPC: Não se admite ação rescisória de sentença arbitral.

⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* cit., 11. ed., v. 1, p. 83.

⁹ STJ, CC 111.230-DF, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 8/5/2013, informativo 522.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Fundamental guarantees of parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 704-708.

¹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução* – parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 295.

princípio universal da autonomia e da vontade, pela atuação de terceiro ou de terceiros, estranhos ao conflito, mas de confiança e escolha das partes em divergência¹².

Como dito, esse não é o entendimento prevalente, eis que haveria uma manifestação da autonomia da vontade (art. 5º, II CR/88), implicando renúncia à jurisdição e, a rigor, não há propriamente uma renúncia à jurisdição, eis que irrenunciável, mas há, sim, renúncia à jurisdição exercida pelo Estado, passando a ser exercida por um órgão privado.

Existe um monopólio da jurisdição pelo Estado, mas não do seu exercício pelo Judiciário, existindo outros setores estatais que a exercem como, por exemplo, na hipótese de o Senado julgar o Presidente por crimes de responsabilidade (art. 52, I, da CF).

Atualmente, emerge um terceiro entendimento, mais conciliatório, afirmando que a arbitragem é um instituto *sui generis* ou híbrido, pois nasce da vontade das partes (caráter obrigacional e de direito privado) e, ao mesmo tempo, regula determinada relação de direito processual (caráter público)¹³, com o qual concordamos, onde no momento da instituição há características tipicamente contratuais e, no segundo momento, o decisório, haveria uma natureza jurisdicional, em que seriam aplicáveis os princípios que lhe são inerentes¹⁴.

2.4. Da convenção de arbitragem.

Arbitragem, inicialmente, é um negócio jurídico processual (art. 190 CPC), denominado convenção de arbitragem, que a constitui como forma de solução de conflito, investindo e dando competência para o árbitro de solucionar o litígio, somente podendo ser convencionada por pessoas capazes (art. 1º LA).

Há duas espécies de convenção de arbitragem, a primeira denominada cláusula compromissória, em que as partes decidem que eventuais conflitos que possam surgir, decorrentes de determinado negócio, serão solucionados pela arbitragem (art. 4º), portanto uma deliberação prévia ao litígio e em abstrato. Já o compromisso arbitral ocorre quando a arbitragem é escolhida como forma de solução de conflito quando este já se estabeleceu (art. 6º), pode esse existir com ou sem a cláusula compromissória e pode ser celebrado antes ou mesmo no curso da demanda judicial.

A existência de convenção de arbitragem em torno do objeto litigioso impede o exame do mérito pelo órgão jurisdicional, portanto, a não existência de convenção

¹² VIANA DE LIMA, Cláudio. *Arbitragem: a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 1994; FURTADO, Paulo. O juízo arbitral. *Revista do Direito Civil*, n. 72. p. 90; CARNELLUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução de Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1989. p. 20.

¹³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: RT, 1997. p. 92.

¹⁴ LEMES, Selma. Arbitragem. *Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. Revista dos Tribunais*, v. 686, p. 73-89, dez. 1992.

de arbitragem é requisito processual de validade do procedimento, ou seja, um pressuposto processual negativo para a validade do processo e, assim, constatada a existência da previsão sobre a arbitragem, o processo deve ser extinto sem exame do mérito (art. 485, VII, do CPC/15).

Costuma-se dizer que a verificação dos pressupostos processuais pode ser feita a qualquer tempo pelo órgão jurisdicional (arts. 485 §3º do CPC/15), no entanto o art. 337 §5º da mesma legislação afirma que a “*convenção de arbitragem e a incompetência relativa*” não podem ser conhecidas de ofício, o que sempre foi aplaudido pela doutrina¹⁵.

Assim, deve-se considerar que o silêncio do Réu quanto à existência da convenção de arbitragem deve ser compreendido como aceitação da proposta tácita feita pelo Autor de um “distrato” tácito da convenção anteriormente celebrada (art. 337 §6º do CPC/15). Essa aceitação também pode revelar-se quando o réu, não obstante alegue a existência da convenção de arbitragem (art. 337, X, do CPC/15), apresente uma reconvenção, em que se discutam questões que também deveriam ser resolvidas por árbitro, pois haveria, aí, um comportamento contraditório, conduta ilícita à luz da boa-fé objetiva (art. 5º CPC), que deve orientar o comportamento das partes.

2.5. Poderes para firmar compromisso.

O advogado pode firmar uma convenção de arbitragem em nome do seu cliente, desde que possua poderes especiais (art. 105 do CPC/2015), lembrando que o poder de transigir no contrato de mandato não autoriza firmar compromisso (art. 661, § 2º do CC/02).

2.6. Constitucionalidade da arbitragem no Brasil.

Já se questionou, incidentalmente, inconstitucionalidade da arbitragem nos autos de uma homologação de sentença estrangeira, que tramitou no STF por mais de cinco anos e, após intensos debates, foi decidido, por maioria, pela constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, garantindo a efetividade da arbitragem no ordenamento brasileiro¹⁶, uma vez que é voluntária, somente podendo ser utilizada por pessoas capazes e para solução de conflitos relacionados a direitos patrimoniais

¹⁵ Sobre a discussão, amplamente, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 63-68; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 387. Entendendo que a não arguição, pelo réu, da existência de compromisso arbitral é causa de renúncia: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 290.

¹⁶ STF, SE 5.206/Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001. *Informativo* n. 254.

e disponíveis, não sendo a lei que afasta a possibilidade de acesso ao Judiciário, mas os próprios conflitantes.

Observe-se que a imposição da cláusula arbitral é que pode ser inconstitucional ou ilegal, bastando que não sejam cumpridas as exigências legais, como por exemplo na hipótese do art. 4º §2º da LA ou do art. 51, VII, do CDC, adiante tratados.

O fundamento da arbitragem é o exercício da autonomia privada, portanto, a investidura e a competência do árbitro são fixadas pela convenção de arbitragem incidindo, inclusive, o princípio da *kompetenz kompetenz* (art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.307/1996 e Enunciado 48 do FPPC)¹⁷.

2.7. Arbitragem em contratos de adesão.

Nos contratos de adesão, que não envolvam relação de consumo, a convenção de arbitragem só terá validade se a iniciativa de instituí-la couber ao aderente ou se este concordar expressamente com a sua instituição, *“desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou vista especialmente para essa cláusula”*, como se observa do art. 4º §2º da LA).

2.8. Arbitragem nas relações de consumo.

Já se afirmou, com base no art. 51, VII, do CDC, que a arbitragem foi vedada em relação de consumo, principalmente em contratos de adesão¹⁸ este, contudo, não é o entendimento que deve prevalecer.

A arbitragem é um mecanismo moderno e salutar, fruto do desenvolvimento e amadurecimento no tratamento de controvérsias, muito utilizada em países desenvolvidos, bem como o CDC textualmente incentiva a utilização dos mecanismos paralelos ou alternativos de solução de conflitos de consumo (art. 4º), determinando a promoção da melhoria da qualidade de vida do cidadão, em harmonia à transparência das relações de consumo, com a criação de meios que venham a solucionar conflitos desta ordem (inciso V), além de estimular a facilitação do acesso à justiça (art. 5º e 6º, incisos VII e VIII).

De igual modo, o legislador, em nenhum momento, proíbe a utilização da arbitragem, pelo contrário, a incentiva e, com muita precisão, o legislador somente tacha de nulidade de pleno direito a utilização compulsória da arbitragem. Observe-se que, como dito, a investidura do juiz arbitral se dá pela autonomia privada,

¹⁷ A alegação de convenção de arbitragem deverá ser examinada à luz do princípio da competência-competência.

¹⁸ STJ, REsp 819.519/ PE, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 09.10.2007, DJ 05.11.2007, p. 264, RDDP v. 58, p. 114.

portanto, a principal característica da arbitragem é a voluntariedade assim, a possibilidade de sua instauração compulsória não encontra guarida em nenhum sistema jurídico, muito menos na relação de consumo.

Destarte, não se pode criar uma presunção absoluta de abusividade da inserção de cláusula compromissória em contratos de adesão, em matéria de consumo, sendo possível a convivência entre os dois sistemas¹⁹.

E, neste sentido, há regramento específico para os contratos de adesão genéricos (art. 4º §2º LA) e outro mais específico ainda se estes forem oriundos de uma relação de consumo (art. 51, VII CDC). Há autores que advogam a tese de que somente seria possível, nas relações de consumo, o compromisso arbitral, jamais a cláusula compromissória pela sua formação anterior ao litígio e, provavelmente, imposta ao aderente²⁰.

Enfim, a limitação em relação aos contratos de consumo não permite, contudo, afastar a possibilidade de realização de compromisso arbitral para dirimir conflito existente em uma relação de consumo, como já acentuado pelo STJ²¹.

2.9. Tutela coletiva e a arbitragem.

Apenas os litígios que envolvem direitos coletivos não podem ser objeto de tutela fora da via jurisdicional, pois não seriam disponíveis, cremos, contudo, que em uma análise mais apurada, os direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III CDC) poderiam ser submetidos à arbitragem.

¹⁹ Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 6. ed. rev. ampl. e atual. até 28 de março de 2008. São Paulo: RT, 2008. No comentário 7 ao art. 4º da Lei de Arbitragem, p. 1396, Joel Dias Figueira Júnior e Nilton César Antunes da Costa em: COSTA, Nilton César Antunes da. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 3, n. 8, p. 131, jan.-mar. 2006.

²⁰ Nesse sentido: ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 3, n. 9, p. 13-21, especialmente p. 18, São Paulo: RT, abr.-jun. 2006; ZULIANI, Evandro. Arbitragem e os órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 3, n. 11, p. 7-58, especialmente p. 46, out.-dez. 2006; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A arbitragem e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, n. 23-24, p. 33-40, especialmente p. 38, jul.-dez. 1997.

²¹ “[...] O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. As regras dos arts. 51, VIII, do CDC e 34 da Lei nº 9.514/97 não são incompatíveis. Primeiro porque o art. 34 não se refere exclusivamente a financiamentos imobiliários sujeitos ao CDC e segundo porque, havendo relação de consumo, o dispositivo legal não fixa o momento em que deverá ser definida a efetiva utilização da arbitragem.” (STJ, REsp 1169841/RJ, Rel. Mi-nistra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 14/11/2012).

2.10. Arbitragem nos litígios familiares.

Na arbitragem o conflito deverá envolver direitos patrimoniais e disponíveis (art. 1º c/c art. 13 LA), contudo, o art. 852 do CC/02 veda o compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Não obstante tal dispositivo, modernamente, por exemplo, Carlos Alberto Carmona²², ao realizar digressão sobre direito de família, afirma que *"são arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem"*, muito embora tal pensamento ainda não seja admitido na doutrina brasileira.

2.11. Arbitragem nos litígios trabalhistas.

No âmbito trabalhista, a arbitragem possui *status* constitucional, como pode ser observado pelo art. 114 §1º da CR/88, com a redação dada pela EC nº 45/04, no caso de dissídios coletivos de trabalho, não sendo válida, portanto, para os dissídios individuais conforme entendimento pacífico do TST²³.

2.12. Do árbitro e do dever de revelação.

O árbitro deve ser pessoa capaz, alfabetizada e designada pelos conflitantes, portanto, da confiança das mesmas (art. 13 LA), sendo muito comum se buscar uma instituição especializada.

No desempenho de suas funções, os árbitros são equiparados a funcionários públicos para fins penais (art. 17), possuindo *status* de juiz de direito (art. 18) e as decisões por eles proferidas não se sujeitarão a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (art. 18).

Neste sentido, ao ser indicado como árbitro deve o mesmo revelar os fatos que sejam de seu conhecimento, bem como atentar para aqueles que deveria

²² *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39

²³ "Seja sob a ótica do artigo 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, seja à luz do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, o instituto da arbitragem não se aplica como forma de solução de conflitos individuais trabalhistas. Mesmo no tocante às prestações decorrentes do contrato de trabalho passíveis de transação ou renúncia, a manifestação de vontade do empregado, individualmente considerado, há que ser apreciada com naturais reservas, e deve necessariamente submeter-se ao crivo da Justiça do Trabalho ou à tutela sindical, mediante a celebração de válida negociação coletiva. Inteligência dos artigos 7º, XXVI, e 114, *caput*, I, da Constituição Federal" (E-ED-RR – 25900-67.2008.5.03.0075. Data de Julgamento: 16/04/2015. Rel. Min. João Oreste Dalazen, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais)

conhecer em razão da atividade e vinculação profissional desenvolvidas, a existência de relação de amizade estreita com as partes, que possa gerar dúvida razoável quanto a sua independência e imparcialidade, ou seja, o árbitro se sujeita as causas de impedimento ou suspeição do CPC, denominado aqui de dever de revelação (art. 14 §1º LA)²⁴.

2.13. Sentença arbitral estrangeira.

Cumprir registrar que o critério para se definir se uma sentença arbitral é nacional ou estrangeira é o local da sua prolação, pouco importando se foi instaurada perante câmaras arbitrais localizadas fora do Brasil, tampouco a nacionalidade dos árbitros, portanto, o critério adotado é unicamente da posição geográfica (*jus soli*), ou seja, sendo prolatada no território nacional é uma sentença nacional, não dependendo de homologação pelo STJ²⁵.

2.14. Limites para controle jurisdicional da arbitragem.

A interferência jurisdicional na arbitragem deve ser sempre excepcional, limitando-se a aspectos formais relativas à validade do procedimento (arts. 32 e 33 da LA).

Não se admite, por exemplo, a revisão pelo Judiciário do mérito da decisão arbitral e a demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum e deverá ser proposta no prazo decadencial de até noventa dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença (art. 33 §1º LA) e, findo tal prazo, a sentença arbitral torna-se soberana e imutável, fazendo, portanto, coisa soberanamente julgada.

A Lei nº 13.129/15, que trouxe consideráveis alterações à Lei de Arbitragem, permitiu a prolação de uma sentença arbitral parcial e, se o árbitro não decidir o restante da controvérsia em tempo razoável, a parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar (art. 33 §4º LA), contudo, nessa hipótese, o Judiciário não irá complementar a decisão ou substituir o árbitro, mas tão somente determinar que ele analise os demais pedidos que lhe foram submetidos, novamente exercendo um controle judicial dessa atividade arbitral.

Como a sentença arbitral condenatória gera um título executivo judicial (art. 515, VII CPC c/c art. 31 LA) é possível se cogitar em um processo de cumprimento

²⁴ Enunciado 489 do FPPC: Observado o dever de revelação, as partes celebrantes de convenção de arbitragem podem afastar, de comum acordo, de forma expressa e por escrito, hipótese de impedimento ou suspeição do árbitro.

²⁵ STJ, REsp 1.231.554/RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.05.2011.

de sentença no judiciário, nos termos do art. 515 §1º do CPC/15, portanto, tal declaração de nulidade também poderá ser arguida na forma de impugnação, nos termos do art. 525 do CPC, na forma dos arts. 33 §3º LA e art. 1.061 CPC/15).

2.15. Cooperação jurisdicional à arbitragem: tutelas provisórias.

Outra participação judicial na esfera arbitral ocorre quando há necessidade de concessão de tutelas de urgência, seja cautelar ou antecipada, onde não haverá, propriamente dito, um controle, mas uma cooperação entre Judiciário e arbitragem, ambos focados na solução do litígio.

Imagine, por exemplo, que duas empresas que mantenham contrato para fornecimento de determinado serviço, contudo, uma delas não cumprindo o avençado e, existindo previsão arbitral em tal contrato sem qualquer detalhamento sobre como será tal procedimento, o que pode gerar demora na formalização do processo arbitral e graves danos, a lei permite que antes de instituída a arbitragem, as partes recorram ao Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência (art. 22-A da LA), funcionando o Judiciário como verdadeiro órgão de apoio²⁶.

Deferido o pedido pelo Judiciário, se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de trinta dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão, a medida ficará sem efeito, portanto, a decisão proferida pelo Judiciário será precária, não sendo possível se cogitar, sequer, em sua estabilização, nos termos do art. 304 do CPC²⁷.

Ainda que a arbitragem seja instituída no prazo indicado, a lei permite que os árbitros modifiquem ou revoguem a medida (art. 22-B), não ficando vinculados à decisão judicial.

2.16. Prescrição para a instauração da arbitragem.

Como pela convenção de arbitragem as partes afastam o litígio do Judiciário, interessante se analisar se há prescrição da pretensão arbitral.

A Lei nº 13.129/15 acrescentou à Lei de Arbitragem o art. 19 §2º, afirmando que *“a instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição”*, deixando claro que o fato da demanda tramitar no juízo arbitral não permite que receba tratamento diferenciado em relação à prescrição para as demandas submetidas à jurisdição estatal, portanto, pode ocorrer prescrição devido

²⁶ STJ, 4ª T., REsp 1.331.100-BA, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 17/12/2015, DJe 22/2/2016.

²⁷ LOURENÇO, Haroldo. *Processo Civil Sistematizado*. 4ª ed. Ed. Método, p. 263.

a não instituição do procedimento arbitral, como ocorreria pela não formulação da pretensão perante o Judiciário, nos exatos termos do art. 189 do CC/02.

2.17. Produção antecipada de prova judicial e a arbitragem.

O CPC/15 ampliou as hipóteses da produção antecipada de prova, prestigiando, de certa forma, a autocomposição das partes, o estímulo aos métodos adequados de resolução de conflitos (art. 3º §§ 2º e 3º) e a racionalização da prestação jurisdicional (arts. 4º, 6º e 8º), eis que va é possível se evitar a ocorrência de um litígio ou facilitar uma solução consensual (art. 381, II).

Nesse sentido, havendo convenção de arbitragem, cabe se investigar se é possível que uma das partes possa propor a produção antecipada de prova no Judiciário sem que isso venha a ferir a jurisdição e competência arbitral.

Havendo na convenção de arbitragem previsão expressa a respeito da possibilidade de produção antecipada de prova no Judiciário não resta qualquer dúvida quanto ao seu cabimento, eis que se estaria cumprindo o pactuado pelas próprias partes, em prestígio ao autoregramento de vontade.

De igual modo, havendo urgência na produção da prova e o juízo arbitral ainda não tiver sido instalado, a produção probatória deve ser admitida no Judiciário, eis que tal produção teria uma natureza cautelar, estando fundada no art. 22-A da LA, já tendo o STJ admitido sua produção, seja de natureza cautelar ou antecipada, em relação ao conflito objeto da convenção arbitral²⁸.

O ponto mais complicado é na hipótese de omissão na convenção de arbitragem e de não se tratar de uma produção antecipada de prova de natureza cautelar, mas sim daquelas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 381 do CPC/15, eis que o juízo arbitral é o competente para conhecer a totalidade do litígio (art. 42 do CPC/15), bem como para deferir as provas necessárias (art. 22 da Lei nº 9.307/96), podendo o Judiciário funcionar somente como órgão de apoio a tal atividade (art. 22 §2º LA c/c art. 260 §3º CPC).

Creemos, contudo, que o ajuizamento da produção antecipada de prova é perfeitamente possível e não viola a jurisdição arbitral, eis que o juiz togado não se pronunciará “*sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas*”, nos exatos termos do art. 382 §2º do CPC, ou seja, não há vencido e vencedores, tampouco a formação de coisa julgada, remontando a atividade que faz lembrar o *disclosure* do direito norte-americano, bem como não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário (art. 382 §4º CPC), o que confirma a intenção do legislador de não burocratizar o procedimento.

²⁸ STJ, 4ª T., REsp 1.331.100-BA, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 17/12/2015, DJe 22/2/2016.

De igual modo, em razão do caráter dúplice da produção antecipada de prova que é capaz de beneficiar tanto o requerente como o requerido, eis que o juízo não sabe, de antemão, quem irá se beneficiar da respectiva prova, não havendo prejuízo para qualquer das partes, desequilíbrio, desigualdade ou ausência de paridade de armas, bem como tal produção probatória tem um escopo maior do que o objeto da convenção arbitral que é solucionar o litígio, eis que pode evita-lo, além de ser mais econômica e eficiente do que todo um processo arbitral (art. 8º CPC), onde, por exemplo, uma perícia realizada antes da instituição da arbitragem pode evitar tal procedimento e fomentar a autocomposição. Por outro lado, a prova produzida antecipadamente no Judiciário pode não impedir a instauração do procedimento arbitral e, nessa hipótese, o árbitro não estará vinculado a tal prova, podendo determinar novamente a sua realização se assim entender, todavia, no mínimo, o material produzido servirá como prova emprestada (art. 372 do CPC/15).

3. Arbitragem e o Poder Público

3.1. Considerações iniciais.

Já se encontrava em nosso ordenamento a possibilidade do emprego da arbitragem perante a Administração Pública, como se observa do art. 23-A da Lei 8.987/95 e art. 11, III, da Lei nº 11.079/04, o que era autorizado pelo TCU²⁹, pela doutrina³⁰ e pela jurisprudência³¹ e, recentemente, a Lei nº 13.129/15, que modificou a lei da arbitragem e melhor regulamentou o tema.

Há, contudo, como todos os institutos jurídicos, evidentes limites, como a arbitragem se restringir a direitos patrimoniais disponíveis, a convenção de arbitragem ser celebrada pela autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para realização de acordos ou transações, ser somente de direito, com fundamento no princípio da legalidade, não podendo ser de equidade e, ainda, respeitar a publicidade, o que relativiza a confidencialidade normalmente encontrada na arbitragem dos contratos privados.

Assim, a arbitragem em contratos privados da Administração Pública, como os celebrados por empresas estatais onde, por exemplo, seja ela a locatária, sempre contou com uma maior aceitação especialmente em razão da preponderância da aplicação do regime jurídico de direito privado e pela ausência, em regra, das

²⁹ TCU, Acórdão n. 2145/2013, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, j.: 14.08.2013

³⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 4. ed., São Paulo: Método, 2015 – p. 249-250; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais*. RDA, n. 236, p. 215-261, abr.-jun. 2004; TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos litígios administrativos*. RDA, n. 210, p. 111-115, out.-dez. 1997.

³¹ STJ, 2.^a Turma, REsp 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.09.2006, p. 299 (Informativo de Jurisprudência do STJ n. 266). Nesse caso, a Corte admitiu a arbitragem em contratos celebrados por sociedade de economia mista: “são válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1.º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste”.

cláusulas exorbitantes (art. 62 §3º, I, da Lei 8.666/93), porém, mesmo nos contratos administrativos, a arbitragem representa uma solução eficiente para solução de controvérsias contratuais que digam respeito às questões predominantemente patrimoniais ou técnicas, referentes a direitos disponíveis.

A utilização da arbitragem envolvendo o Poder Pública reforça a necessidade de releitura de diversos dogmas, como o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, a tendência de releitura das cláusulas exorbitantes, do princípio da legalidade, propiciando solução de litígios por juízos técnicos, com um espaço reduzido de tempo, prestigiando a eficiência administrativa e a boa administração.

Há, a rigor, peculiaridades inerentes à jurisdição estatal e não estatal, principalmente no que se refere a participação do Poder Público, como será melhor analisado adiante.

Vários institutos, procedimentos e regras do processo judicial não se aplicam ao procedimento arbitral, como a remessa necessária (art. 496 CPC), os prazos processuais diferenciados da Fazenda Pública (art. 183 CPC), as isenções de taxas e emolumentos (art. 91 CPC), as disposições específicas sobre os honorários sucumbenciais (art. 85 §3º CPC), sem falar na inexistência de vinculação dos árbitros ao Conselho Nacional de Justiça, entre outros.

Da mesma forma, muitas regras da arbitragem não têm aplicabilidade no processo judicial, como escolha do julgador (art. 13 §1º LA), existência de prazo fixado em lei para a prolação da sentença (art. 23 LA), possibilidade de instituição de um julgamento por equidade em casos que não envolvam a Administração (art. 2º LA) etc.

Além disso, vale lembrar que o árbitro – que somente será considerado agente público para fins penais (art. 17 da Lei 9.307/96) – não goza das prerrogativas inerentes aos juízes togados e sua nomeação independe de concurso público.

3.2. Direitos patrimoniais e disponíveis.

Indiscutivelmente, o ponto que sempre gerou manifestações contrárias ao cabimento de arbitragem envolvendo o Poder Público foi a existência ou não de disponibilidade quanto aos direitos patrimoniais da Fazenda Pública³². Atualmente

³² Veja-se, por exemplo, peremptório julgado do Tribunal de Contas das União proferido em sessão de 05.07.2006, o qual assentou ser “ilegal, com afronta a princípios de direito público, a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos” (Acórdão n. 1099/2006, Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes). Outro julgado da mesma Corte destaca que “É ilegal a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos” (Acórdão n. 537/2006, Segunda Câmara, Relator Ministro Alencar Rodrigues, j.: 14.03.2006). Esse entendimento demorou a ser alterado, mas se consolidou, sendo dominante atualmente (v.g., Acórdão n. 2145/2013, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, j.: 14.08.2013).

já se afirma que a disponibilidade do direito patrimonial envolvendo o Poder Público tem seus limites traçados pelo ordenamento jurídico, baseado na legalidade, definindo o que os agentes públicos podem dispor, os limites e condições e, não por outra razão, que as alienações de bens públicos são possíveis³³, os créditos tributários podem ser excluídos por anistia³⁴ e advogados públicos podem celebrar transação³⁵, além de inúmeras outras circunstâncias que ultimamente cresceram substancialmente³⁶.

Assim, disputas sobre o equilíbrio da equação econômico-financeira, como a fixação de indenizações por rescisão unilateral dos contratos em geral, a encampação de uma concessão ou a solução de disputas envolvendo a reversão de bens ao final da concessão são espaços “naturais” para a utilização da arbitragem, por outro lado, disputas envolvendo a execução de contratos administrativos, como serviços públicos objeto de concessão ou que envolvem o exercício de “autoridade” por parte do ente público face ao particular – podem gerar desafios em torno da definição sobre sua arbitrabilidade³⁷.

3.3. Da impossibilidade de cláusula de confidencialidade nessa hipótese.

Uma das características mais recorrentes dos procedimentos arbitrais, o que atrai o fomento a arbitragem empresarial, é que na maioria dos litígios arbitrais há uma cláusula sobre a confidencialidade do litígio, o que é inviável no Judiciário, por

³³ Nesse sentido: arts. 100 e 101 do Código Civil: “Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar” e “Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”. No caso de terras públicas com área superior a 2.500 hectares, não basta a autorização legal; há também a exigência de autorização do Congresso Nacional (art. 49, XVII, da Constituição Federal), salvo se o objetivo da alienação gira em torno da reforma agrária (art. 188, §2º, da mesma Carta).

³⁴ Conforme exige o art. 180 do CTN.

³⁵ Por exemplo, art. 1º da Lei n. 9.469/97, com redação dada pela Lei nº 13.140/2015 (“Art. 1º. O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.”); art. 10 da Lei n. 10.259/01 (“Art. 10 (...) Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais”); e art. 8º da Lei n. 12.153/09 (“Art. 8º. Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação”) e, de resto, os arts. 32 a 40 da Lei nº 13.140/2015.

³⁶ art. 23-A da Lei n. 8.987/95 (relativo aos contratos de concessão em geral); arts. 93, XV e 120, X, da Lei n. 9.472/97 (contratos de concessão e permissão de serviços de telecomunicações). art. 43, X, da Lei n. 9.478/97 (contratos de concessão na área de petróleo e gás); arts. 35, XVI, e 39, XI, da Lei n. 10.233/01 (contrato de concessão e permissão de transporte aquaviário e terrestre); art. 11, III, da Lei n. 11.079/04 (contratos de parceria público-privada); art. 4º, §4º e §5º, da Lei n. 10.848/04 (litígios na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica); art. 4º, XII, da Lei n. 11.668/08 (contrato de franquia postal); art. 21, XI da Lei n. 11.909/09 (contrato de concessão de transporte de gás); art.62, §1º, da Lei n. 12.815/13 (contratos de concessão portuária) etc.

³⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e Fazenda Pública*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em 09.12.16, p. 4.

força do art. 93, IX da CR/88, eis que tal negócio jurídico processual seria inatividade se dispusesse sobre um processo jurisdicional. Interessante que, na hipótese de existir cláusula de confidencialidade, sendo cumprida uma carta arbitral perante o Judiciário deverá observar o segredo de justiça, na forma do art. 189, IV do CPC/15³⁸.

Por outro lado, na arbitragem que envolva o Poder Público é vedada a celebração de tal cláusula, por força do princípio da publicidade esculpido no art. 37 da CR/88 c/c art. 2º §3º LA.

3.4. Previsão no edital de licitação.

No mesmo sentido, que o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente³⁹.

Cabe consignar que, durante a tramitação do projeto de lei que culminou na reforma da LA o Congresso Nacional cogitou instituir essa limitação, exigindo inserção da cláusula compromissória nos editais licitatórios ou nos contratos administrativos, todavia, essa limitação ficou de fora do texto final, contudo, há que se considerar que a inclusão posterior de cláusula compromissória em contrato administrativo já celebrado esbarraria no entendimento de que as hipóteses de aditamento contratual estão taxativamente previstas no art. 65 da Lei nº 8.666/93 e que nenhuma delas abriria ensejo para tal alteração.

3.5. Escolha do órgão arbitral.

Um aspecto relevante concerne à escolha do órgão arbitral (em se tratando de arbitragem institucional) e à escolha dos árbitros (seja na arbitragem institucional ou na arbitragem *ad hoc*, apesar dessa última ser bem incomum) face à exigência de que todo serviço prestado à Administração Pública – e o árbitro não deixa de ser um prestador de serviços – deve ser contratado mediante licitação, por força do art. art. 37, XXI, CR/88⁴⁰.

³⁸ Enunciado 13 do FPPC: “O disposto no inciso IV do art. 189 abrange todo e qualquer ato judicial relacionado à arbitragem, desde que a confidencialidade seja comprovada perante o Poder Judiciário, ressalvada em qualquer caso a divulgação das decisões, preservada a identidade das partes e os fatos da causa que as identifiquem”. Enunciado 15 do FPPC: As arbitragens que envolvem a Administração Pública respeitarão o princípio da publicidade, observadas as exceções legais (vide art. 2º, § 3º, da Lei 9.307/1996, com a redação da Lei 13.129/2015).

³⁹ REsp 904.813/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012. Enunciado 571 do FPPC: A previsão no edital de licitação não é pressuposto para que a Administração Pública e o contratado celebrem convenção arbitral.

⁴⁰ Enunciado 572 do FPPC: A Administração Pública direta ou indireta pode submeter-se a uma arbitragem *ad hoc* ou institucional.

Como o árbitro escolhido deve ser da confiança das partes (art. 13 da LA), deve haver consenso entre o ente público e o litigante particular, contudo, essa situação somente explicaria a dispensa de licitação para escolha de árbitro único, porém em se tratando de tribunal arbitral, cada parte escolhe livremente ao menos um dos membros, derrubando tal argumento.

A necessidade da confiança do agente público na pessoa escolhida para exercício de uma função pública é circunstância apta a afastar a exigência do concurso público, nos termos do art. 37, V da CR/88, muito embora árbitro não seja servidor público, ele exerce uma função pública (art. 17 LA) revestida de confiança, o que permite a analogia, porém, tais justificativas não alinham para a contratação direta de um órgão arbitral, cujo papel apenas é fornecer serviços relativamente padronizados de administração do processo arbitral, pois não há como se reconhecer, aqui, o cabimento da inexigibilidade de licitação, pois não existe singularidade e exclusividade na prestação desses serviços, que tampouco se revestem de notória especialização.

3.6. Da desnecessidade de observância do regime do precatório.

Na dicção do art. 100 da CR/88 o pagamento de obrigações pecuniárias pelo Poder Público, oriundas de sentenças judiciais, deverá seguir o rito do precatório ou da requisição de pequeno valor (RPV).

Nesse sentido, se o credor do Poder Público é obrigado a realizar um cumprimento de sentença de uma obrigação pecuniária fixada na sentença arbitral (art. 515 §1º CPC), o pagamento deve respeitar o sistema de precatórios ou do RPV.

Da mesma forma, não há necessidade de precatório ou de RPV quando for sociedade de economia mista ou uma empresa pública⁴¹, o que se justifica pelo fato de a elas se aplicar o regime de direito privado (art. 173, *caput*, da CR/88), embora com a submissão a algumas regras típicas do direito público, como a exigência de concurso público para provimento da maioria de seus quadros e a obrigatoriedade de licitação para celebração de contratos (arts. 37, XXI, e do 173 §1º, III, da CR/88), sobretudo quando se trata de dirimir conflitos atinentes aos atos de gestão do exercício de atividade econômica⁴².

⁴¹ Arts. 3º e 4º da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais). Destaque-se que, de forma excepcional, o STF aplica, por exemplo, o regime do precatório e outras prerrogativas típicas da Fazenda Pública à Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, especialmente em razão das prerrogativas previstas no DL 509/59, o que acarreta uma espécie de “autarquização” desta empresa pública federal (STF, RE 220.906/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14/11/2002, p. 15).

⁴² Interessante notar que se o ato praticado pela Sociedade de Economia Mista ou pela Empresa Pública foi um ato típico do regime de direito público, portanto um *ato administrativo*, as regras inerentes a tal sistema deverão ser observadas, cabendo, inclusive, mandado de segurança na hipótese de sua inobservância, porém, se for somente um *ato da administração*, meramente de gestão comercial, o legislador sequer admite mandado de segurança, como se observa do art. 1º §2º Lei 12.016/09.

O problema, realmente, ocorre na análise da possibilidade de o Poder Público realizar o pagamento espontâneo, sem necessidade de precatório, em decorrência de uma sentença arbitral.

Há quem afirme a impossibilidade de tal pagamento espontâneo, sob pena de ocorrer burla ao sistema do precatório, criando uma casta privilegiada de credores, violando a isonomia, impessoalidade e moralidade⁴³. Por outro lado, há os que defendem a possibilidade de tal pagamento, eis que o Poder Público está autorizado, pela via administrativa, a promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, podendo reconhecer a dívida cristalizada em sentença arbitral e efetuar o pagamento de forma espontânea, dispensando a execução do título na esfera judicial, desde que haja “*previsão na lei orçamentária anual, na linha do disposto no art. 167, II, da Constituição da República*”⁴⁴, portanto, será necessária dotação orçamentária específica, para não prejudicar a dotação orçamentária para o pagamento do precatórios, não sendo novidade que o Poder Público pode realizar pagamentos sem precatórios, realizando acordos, como na desapropriação, reconhecendo dívidas⁴⁵.

Ademais, não há que se falar em violação à impessoalidade, eis que a arbitragem é uma solução prevista em lei, sendo considerada pelos interessados que participam da licitação, tendo plena ciência de tal possibilidade, prestigiando a autonomia privada e o autogoverno da vontade, principalmente no momento de se firmar a convenção de arbitragem, onde será possível se escolher entre a jurisdição estatal e não estatal.

3.7. Do descabimento de reexame necessário.

Não cabe reexame necessário (art. 496 CPC) da sentença arbitral⁴⁶, eis que não há previsão na LA, o CPC não se aplica, sequer, subsidiariamente ao processo arbitral, o qual é regido pelas regras escolhidas pelas partes ou, à falta delas, por aquelas fixadas pelo árbitro, a teor do art. 21, *caput* e §1º LA, além do procedimento arbitral ser desenvolvido em instância única e sem previsão recursal (art. 18 LA), o afasta o anacrônico instituto do reexame.

⁴³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Opinião 47. *A Arbitragem e a Administração Pública*. Disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-47-a-arbitragem-e-a-administracao-publica-2/>. Acesso em 12.12.16. COUTO, Leonardo Lício. Parecer 58/PGF/LLC/2008. Processo Administrativo 00407.001306/2009-57. Disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Vm3OoxzZ_twJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/25049633+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 09.12.16.

⁴⁴ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação*. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito, Rio de Janeiro, 2016.

⁴⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei 13.129/2015: novos desafios*. In: Revista Brasileira de Direito Público n. 51, p.59-79, out./dez., 2015.

⁴⁶ Enunciado 164 do FPPC: A sentença arbitral contra a Fazenda Pública não está sujeita à remessa necessária.

3.8. Do afastamento dos prazos diferenciais.

Há também que de se afastar a observância de prazos processuais ampliados (art. 183 CPC/15), pela falta de previsão específica na LA, da necessidade de observância das regras procedimentais pactuadas pelos signatários da convenção arbitral ou, subsidiariamente, pelo árbitro, há que se acrescentar que essa prerrogativa também não se mostra inerente a todo processo envolvendo a Fazenda Pública (art. 9º da Lei nº 10.259/01 e do art. 7º da Lei nº 12.153/09).

3.9. Da inaplicabilidade da isenção de despesas.

A isenção de que goza a Fazenda Pública quanto à taxa judiciária e aos emolumentos processuais (art. 91 CPC) mostra-se igualmente inaplicável para o processo arbitral, cujas despesas ostentam natureza inteiramente diversa, sendo uma contraprestação que o Estado entrega ao particular (órgão arbitral, árbitro e seus auxiliares) em razão de serviços prestados em regime diverso da prestação do serviço público judiciário, o que é ratificado pelo STJ⁴⁷ como no pagamento de honorários periciais. Tais razões justificam, ainda, o afastamento do art. 85 §3º CPC, pois será matéria reservada à convenção de arbitragem (art. 11, V LA).

3.10. Das limitações às tutelas provisórias.

No tocante à disciplina das tutelas de urgência em face da Fazenda Pública a questão ganha contornos mais complexos, pois há restrições decorrentes do regime constitucional de precatórios, além do fato do STF entender que tutela de urgência que ordene pagamento de quantia seria contrária ao art. 100 da CF⁴⁸, além de diversas normas infraconstitucionais, como a Lei nº 8.437/92 (arts. 1º ao 4º), Lei nº 9.494/97, art. 7º §2º da Lei nº 12.016/09, na forma do art. 1.059 CPC/15, seja no tocante ao estabelecimento de procedimentos prévios à concessão, seja com relação a matérias para as quais a tutela de urgência é defesa seja, por fim, ao cabimento da famigerada “suspensão” de liminar ou sentença.

Concordamos com o entendimento de que a melhor solução é a de reconhecer que as restrições decorrentes da CR/88 se aplicarão integralmente, mas as limitações previstas nas leis infraconstitucionais haverá de ser observadas apenas nos procedimentos judiciais pré-arbitrais, aforados pelo particular em face da

⁴⁷ Enunciado da Súmula 232 STJ: A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito.

⁴⁸ ADC 4, Relator: Min. Sydney Sanches, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2008.

Fazenda Pública antes da instauração do processo arbitral, porém, no curso do processo arbitral, as regras processuais aplicáveis são outras, e nelas não se incluem aquelas que impedem a concessão de tutelas urgentes⁴⁹.

4. Conclusão

Não obstante ainda restarem algumas indagações sobre como a Administração Pública poderá lançar mão da arbitragem em seus contratos, pois o legislador pouco resolveu, tais pontos merecem maiores reflexos e consolidações, sob pena de se comprometer as regras estruturantes da arbitragem, podendo ocasionar a sua judicialização.

Outro pilar é a necessidade de maior especialização dos árbitros para conhecimentos aprofundados do funcionamento do aparato estatal em todas as suas dimensões, bem como dos operadores do direito em geral, o que pode estimular a utilização da arbitragem pela Administração Pública, criando uma nova tendência no meio jurídico.

* * *

⁴⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em 09.12.16, p. 7.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta*. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 3, n. 9, São Paulo: RT, abr.-jun. 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *A arbitragem e o direito do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n. 23-24, jul.-dez. 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Fundamental guarantees of parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNELLUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução de Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1989.

COUTO, Leonardo Lício. *Parecer 58/PGF/LLC/2008*. Processo Administrativo 00407.001306/2009-57. Disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Vm3OoxzZ_twJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/25049633+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 09.12.16.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 47. A Arbitragem e a Administração Pública*. Disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinioao/opinioao-47-a-arbitragem-e-a-administracao-publica-2/>. Acesso em 12.12.16.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: RT, 1997.

FURTADO, Paulo. *O juízo arbitral*. Revista do Direito Civil, n. 72.

LEMES, Selma. *Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado*. Revista dos Tribunais, v. 686, p. 73-89, dez. 1992.

LOURENÇO, Haroldo. *Processo Civil Sistematizado*. 4ª ed. Ed. Método, p. 263.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais*. RDA, n. 236, p. 215-261, abr.-jun. 2004.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei 13.129/2015: novos desafios*. In: Revista Brasileira de Direito Público n. 51, p.59-79, out./dez., 2015.

_____. *Licitações e contratos administrativos*. 4. ed., São Paulo: Método, 2015.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação*. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito, Rio de Janeiro, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e Fazenda Pública*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em 09.12.16.

TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos litígios administrativos*. RDA, n. 210, p. 111-115, out.-dez. 1997.

VIANA DE LIMA, Cláudio. *Arbitragem: a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

ZULIANI, Evandro. *Arbitragem e os órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: RT, ano 3, n. 11, out.-dez. 2006.

O PROCESSO CONSTITUCIONAL E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS ATOS LEGISLATIVOS E JURISDICIONAIS

Lorena Machado Rogedo Bastianetto

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

1. Introdução

Após a promulgação da Constituição de 1988, cumpre-se destacar a importância e a dimensão alçadas pela legitimidade democrática na tomada de decisão do Estado ao exercer suas funções. De acordo com o escólio de Ronaldo Brêtas, a legitimidade jurídica evidencia-se pela obediência às normas – regras e princípios do ordenamento brasileiro –, enquanto a legitimidade política determina-se pelo assentimento do povo quanto à atuação dos agentes públicos, mormente os agentes políticos¹.

Entretanto, a tomada de decisão jurídico-política que acompanhou o evolucionismo da “família do sistema jurídico romano-germânico”² qualificava-se por uma legitimidade bastante assimétrica à busca na contemporaneidade, estritamente vinculada à figura da *auctoritas*³. O imperador romano investia-se também como *pontifex maximus* legitimado pelo primado petrino⁴, cujo marco histórico determinou-se pelo Édito de Milão (331 d.C), o qual tornou o cristianismo lícito e inaugurou, durante o período do *dominato*⁵, a era da Igreja Imperial de Roma. Assim, o *cesaropapismo*⁶, expressão cunhada para designar a fusão da política com a religião, manifestava a supremacia da figura do imperador, misto de santidade e monarca absoluto.

¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Legitimidade dos Atos Jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Virtuajus*, Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 9-18, 1º semestre 2017, p. 10. Disponível em: <<http://www.periodicos.pucminas.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

² Entenda-se a Escola de *Civil Law*.

³ Segundo Cláudio Brandão, “em Roma, o direito não é uma arte exercida por todos, mas somente por aqueles que eram reconhecidos por separar o justo do ímpio e o lícito do ilícito” (BRANDÃO, Cláudio. *Lições de história do Direito Canônico e história do Direito em perspectiva*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 39).

⁴ *Quem totius Ecclesiae principem fecit*. Segundo Cohen, “a relação especial de Pedro com Jesus Cristo e sua posterior liderança universal da Igreja significou que os julgamentos dos sucessores de Pedro, os bispos de Roma, eram então aplicáveis a todos os cristãos” (COHEN, Samuel. *Heresy, authority and the bishops of Rome in the fifth century: Leo I (440-461) and Gelasius (492-496)*. Toronto: Department of History, University of Toronto, 2014, p. 27-28, tradução nossa. Disponível em: <<http://www.tspace.library.utoronto.ca>>. Acesso em: 12 jul. 2017. [“Peter’s special relationship with Christ and his later leadership of the universal church meant that the judgements of Peter’s successors, the bishops of Rome, were in turn universally applicable to all Christians”].

⁵ Assente nas diferentes formas de governo em Roma, o período do *dominato* (285 a 565 d.C) implantou a monarquia absoluta em Roma com a ascensão de Dioclesiano ao poder. Ver MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 43-56.

⁶ Ver os ensinamentos de Cláudio Brandão com alicerce em Hubertus Drobner: BRANDÃO, Cláudio. *Lições de história do Direito Canônico e história do Direito em perspectiva*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 44-45.

Essa dogmatização do Direito remonta à escolástica aristotélica⁷ e vem acompanhando a ciência até os tempos atuais, mantendo seus alicerces de propagação de preceitos incontestáveis e indemarcáveis mesmo sob a principiologia do Estado Democrático de Direito⁸. Esse fato impinge ao sistema jurídico, de forma velada, ideologias⁹ que reforçam a instrumentalidade do processo e denotam uma posição hierárquica do juiz e legislador perante o povo¹⁰, bem como a noção de que o processo funcionaliza-se em prol do Estado no desempenho de suas funções.

Por esta razão é que a concepção de “Estado Constitucional” tem de empreender mudança de viés revolucionário que reforce a distinção que há entre Estado Constitucional e Estado de Direito¹¹.

Segundo Canotilho,

[...] se quisermos um Estado Constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos que distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político¹².

Portanto, legitimidade e Estado Constitucional revelam relação intrínseca, considerando-se que impõem a intelecção sobre a origem do poder, a soberania popular¹³ e sobre o princípio da democracia.

É a partir desse discernimento que Miguel Gualano de Godoy desenvolve sua tese sobre “devolver a constituição ao povo”, na qual ressalta que a denominada “doutrina da efetividade” ou “constitucionalismo brasileiro da efetividade” foi essencial durante a transição democrática no Brasil – pós-ditadura de 1964 –, já que teve por escopo alçar a Constituição de 1988 a *status* de norma, pois, até então,

⁷ Aristóteles, em *Ética a Nicômaco* [1139b18], diz: “[...] Todos nós julgamos que aquilo de que temos ciência não pode ser de outro modo. Por outro lado, passa-nos despercebido se as coisas que podem ser de outro modo são o caso ou não, quando não as estamos considerando. Assim, o objeto de ciência é por necessidade e, portanto, é eterno, pois todas as coisas que são por necessidade, sem mais, são eternas, e as coisas eternas não são suscetíveis de geração e corrupção” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro VI. Tradução de Lucas Angioni. *Dissertatio, Revista de Filosofia*, v. 34, p. 285-300, 2011, p. 288).

⁸ Segundo Brêtas, “[...] já no século XX, como aponta Karl Larenz, a ideia de Estado de Direito foi alçada definitivamente à categoria de princípio...” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 63).

⁹ Segundo Silva, as ideologias têm estrita relação com o passado e possuem atributos conservadores. Ver SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 23.

¹⁰ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 16-17.

¹¹ Canotilho reforça que o “Estado Constitucional é ‘mais’ que Estado de Direito. Ele é um Estado de Direito Democrático”. Ver CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 97-100.

¹² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 100.

¹³ Baracho exprime que a *soberania* é um conceito jurídico e que *poder* e *soberania* identificam-se pelos atributos de um *abstractum* da soberania – a decisão. Esta última tem de ser independente e livre, não admitindo superioridade. Ver BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da soberania*. In: HORTA, José Luiz Borges (Org.). *Direito e Política: ensaios selecionados*. Florianópolis: Conpedi, 2015, p. 83. Para Canotilho, a legitimidade e a legitimação fundamentam a soberania, uma vez que justificam a titularidade e exercício do poder (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 112).

as constituições transatas haviam representado menos do que uma norma para o povo brasileiro¹⁴.

A cogência das disposições constitucionais, construída pelas teorias da Constituição dirigente de Canotilho,¹⁵ a qual se fundamentou na força normativa da Constituição de Hesse¹⁶, foi um primeiro passo para o estabelecimento, no cenário nacional, de uma “utopia constitucionalista”¹⁷.

A ruptura com a ideologia ditatorial inaugurou um sentimento popular que buscou ressignificar a Constituição e divulgar a utopia¹⁸ da necessidade de se construir um “patriotismo constitucional”¹⁹.

É nessa conjuntura que exsurge a eminência do processo constitucional, sob pena de os direitos fundamentais permanecerem “autoconceptivos de si mesmos”²⁰, isto é, mantiverem-se presentes apenas no texto sem concretude prática. E essa concepção programática ampla de Constituição já fora infirmada pelo denominado “constitucionalismo do futuro”²¹, o qual, sem que se adentre nas concepções filosóficas acerca do que seria a verdade, prescreve que a Constituição deve comprometer-se com ela – a verdade –, ou seja, deve-se apor no texto fundamental apenas os programas que, efetivamente, forem viáveis de ser cumpridos. Este desestímulo a ficções textuais robustece, em igual modo, o processo constitucional, alevantando os procedimentos de resistência postos à disposição do povo para contenção de quaisquer abusos conflitantes com a garantia de fruição dos direitos fundamentais²².

À vista disso, este texto propõe-se ao estudo do devido processo constitucional no sistema jurídico-normativo do Estado Democrático de Direito, com objetivo de fomentar reflexões acerca da legitimidade dos atos legislativos e jurisdicionais na democracia, desvelando concepções dogmático-analíticas

¹⁴ O autor atribui a “doutrina da efetividade” a Luís Roberto Barroso e a Clèmerson Merlin Clève, citados por GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. 2015. 266 f. Tese (Doutorado Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 30-31. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br>>.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

¹⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

¹⁷ Expressão cunhada por BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 1.

¹⁸ A utopia liga-se ao presente e ao futuro, procurando introduzir na realidade algo que seria desejável, porém inexistente. Cf. SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 23.

¹⁹ A expressão é de Jürgen Habermas, Cf. ABOUD, Georges. *Processo Constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 49. Ronaldo Brêtas denomina o mesmo fenômeno de “um ardente caso de amor com a Constituição” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 49).

²⁰ Expressão de LEAL, Rosemiro Pereira. *Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos*, [S.l.: s.n., s.d], p. 3. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

²¹ DROMI, José Roberto. La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por-venir”. In: ENTERRIA, Eduardo Garcia de; ARÉVALO, Manuel Clavero (Coord.). *El Derecho Público de Finales de Siglo: una perspectiva iberoamericana*. Madri: Fundación BBV, 1997. p. 107-116.

²² Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 89-90.

tradicionais e ultrapassadas, que funcionalizam o processo em prol de agentes públicos inadaptados ao modelo constitucional de processo²³.

Iniciar-se-á com o estudo da fonte do poder democrático – o povo –, bem como de suas heterogêneas manifestações e relações com o Estado para a efetividade do ordenamento jurídico.

Em seguida, tratar-se-á da legitimidade dos atos normativos da função legislativa e da participação do povo na tomada de decisão normativa.

Por derradeiro, estudar-se-á a legitimidade dos atos jurisdicionais e a atual exposição da função jurisdicional na trama opressora da contemporaneidade.

2. O Poder do povo e sua funcionalização pelo Estado

Na esteira de Baracho, a limitação do poder, derivativo do exercício das funções executiva, legislativa e jurisdicional pelo Estado, é uma experiência permanente, pois todo aquele que o detém tende a “saboreá-lo” até encontrar as demarcações de sua atuação²⁴.

Essas diretrizes têm sofrido grandes transformações nas sociedades contemporâneas, visto que a “nomocracia estática”²⁵ foi suplantada por uma análise muito mais profunda da realização do ordenamento jurídico em concreto.

Ademais, a complexidade das sociedades atuais ergue a problemática acerca de como buscar a efetivação do princípio da democracia, o qual se encontra em constante tensão idealizadora.

Conforme Cattoni de Oliveira,

[...] à diferenciação sistêmica, à autonomização normativa e à perda de um centro, acrescenta-se o fato de as sociedades atuais serem marcadas por um pluralismo de formas de vida e de visões de mundo as mais diferentes, até concorrentes e em desacordo, acerca do que seja justo, do que seja ético ou do que seja o sucesso²⁶.

O vínculo entre as pessoas do povo dar-se-á, nesse contexto heterogêneo e inconstante destacado por Cattoni, pelas normas do Direito, mas não por um Direito encarcerado em seus preceitos, e sim, por um Direito focado no compromisso de respeito incondicional aos direitos fundamentais, de tal sorte que o

²³ O modelo constitucional de processo é concepção de Andolina e Vignera. Ver ANDOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 87, p. 63-69, jul./set. 1997.

²⁴ Baracho fundamenta-se em Bertrand de Jouvenel e Montesquieu. Ver BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 26.

²⁵ Expressão de Comparato, que destaca: “em radical oposição a essa nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar (...) certos objetivos predeterminados” (COMPARATO, Fábio Konder. Juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2, p. 350).

²⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 219-220.

povo se reconheça coautor das normas jurídicas²⁷ e, assim, respeite o ordenamento jurídico, ao mesmo tempo que se utilize dele para conter e reprimir quaisquer usurpação ou desvios dos demais, sejam estes integrantes do povo ou o Estado.

Faz-se importante observar que, em acordo com a jurisprudência alemã, a proteção aos direitos fundamentais está atrelada, axiologicamente, à dignidade e liberdade da pessoa natural, aceitando-se sua extensão às pessoas jurídicas apenas quando a atuação dessas pessoas estiver plenamente associada à dignidade e liberdade das pessoas naturais que as representam²⁸. Por esta razão é que o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) entende que o Estado, como regra geral e passível de limitadíssimas exceções, não é titular de direitos fundamentais²⁹.

Entretanto, cumpre ressaltar que esta decisão do *Bundesverfassungsgericht* é de 1963³⁰, e o Supremo Tribunal Federal (STF), desenvolvendo sua jurisprudência com lastro no Direito alemão, rejeita a absolutização dessa posição decisória, especialmente quando se trata de “direitos do tipo procedimental”³¹, reconhecendo que as pessoas jurídicas de direito público são titulares de direitos fundamentais, notadamente aos que compõem o enunciado principiológico normativo constitucional do devido processo legal.

Dessa forma, o STF consolidou sua jurisprudência³² no sentido de que, até mesmo o Estado, ente ficcional de direito público interno e desatrelado das pessoas

²⁷ Conceituação de legitimação em Habermas cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 221.

²⁸ Ver art. 19 (3) da Lei Fundamental de Bonn: ALEMANHA. *Lei Fundamental de Bonn*. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

²⁹ “Por isso, existem por princípio objeções contra a extensão da capacidade para ser titular de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público no âmbito do cumprimento de tarefas públicas. Se os direitos fundamentais se referem à relação dos indivíduos para com o poder público, então é com isso incompatível tornar o Estado, ele mesmo, parte ou beneficiário dos direitos fundamentais. O Estado não pode ser, ao mesmo tempo, destinatário e titular dos direitos fundamentais (cf. *BVerfGE* 15, 256 [262])”. (SCHWABE, Jürgen. Organização e Introdução de Leonardo Martins. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005, p. 172).

³⁰ “Se, assim, os direitos fundamentais e o remédio jurídico da Reclamação Constitucional para a defesa daqueles não são em princípio aplicáveis às pessoas jurídicas de direito público quando estas estiverem realizando tarefas públicas, deve então valer algo diferente quando, excepcionalmente, a titular do direito em questão tiver relação imediata com a área da vida protegida pelos direitos fundamentais. Por esta razão, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu a capacidade de as universidades e faculdades serem titulares de direitos fundamentais, no que tange ao direito fundamental do Art. 5 III 1 GG, e isso até mesmo independentemente de sua capacidade jurídica (cf. *BVerfGE* 15, 256 [262])”. (SCHWABE, Jürgen. Organização e Introdução de Leonardo Martins. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005, p. 172).

³¹ Expressão utilizada na obra de Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho, citada no acórdão que decidiu a Ação Cautelar (AC) nº 2.895/PE. A nosso ver, a expressão é equivocada, uma vez que se trata de garantias fundamentais ao devido processo legal e à ampla defesa, e não a meros “direitos procedimentais” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar (AC) nº 2.895/PE. Min. Rel. Celso de Mello. – Tribunal Pleno. Brasília, 22 de junho de 2011. *Diário de Justiça*, Brasília, 30 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017).

³² Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 140.195/SC. Min. Rel. Ilmar Galvão. - Primeira Turma. Brasília, 7 de março de 1996. *Diário de Justiça*, Brasília, 27 set. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 191.480/SC. Min. Rel. Marco Aurélio. - Segunda Turma. Brasília, 7 de março de 1996. *Diário de Justiça*, Brasília, 26 abr. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017;

naturais que o “presentam”³³, possui a titularidade de direitos e garantias fundamentais para contenção do abuso de poder a ele próprio outorgado no cumprimento de suas funções constitucionais.

O controle de constitucionalidade brasileiro, portanto, entende que os direitos fundamentais atrelam-se, axiologicamente, tanto à dignidade da pessoa humana – compreensão da jurisprudência alemã – quanto à contenção do poder, podendo o Estado invocar o processo constitucional em prol de si, em decorrência de atos abusivos perpetrados por seus próprios plexos de competência.

Essa intelecção acerca da limitação do poder remete à compreensão de que a legitimidade democrática – ou política – deve submeter-se à ordem jurídica, cujo cerne é a garantia dos direitos fundamentais³⁴, o que transforma a Constituição em um estatuto político-jurídico do povo. E como o povo é a fonte do poder democrático, conferindo legitimidade jurídica³⁵ à funcionalização do poder pelo Estado, é precípua a compreensão, segundo o escólio de Ronaldo Brêtas, de que o povo é integrado por governantes e governados³⁶, isto é, tanto por aqueles que formalmente “presentam” o Estado como por aqueles que não detêm qualquer vínculo especial com este.

A concepção de *povo* é crucial para se delimitar a funcionalização do poder, e tomando-se como fundamento a doutrina de Müller, essa categoria político-jurídica pode conformar diferentes idealizações, quais sejam: povo como povo-ativo, povo como instância global de atribuição de legitimidade, povo como ícone e povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado³⁷.

As categorizações de povo como instância global de atribuição de legitimidade e como destinatário das prestações civilizatórias do Estado são as mais inclusivas, haja vista que o qualificam como alicerce de legitimação política, melhor dizendo, ao eleger seus representantes, o povo estabelece sua estrita vinculação com o exercício das funções de Estado, do que deriva sua sujeição ao ordenamento jurídico, pois é ele genuína expressão da soberania popular.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 199.800/SP. Min. Rel. Carlos Velloso. – Tribunal Pleno. Brasília, 4 de junho de 1997. *Diário de Justiça*, Brasília, 11 jun. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar (AC) 2.032/QO-SP. Min. Rel. Celso de Mello. - Tribunal Pleno. Brasília, 15 de maio de 2008. *Diário de Justiça*, Brasília, 20 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

³³ Ver a Teoria do Órgão ou Teoria da Imputação Volitiva de Otto von Gierke sobre a manifestação da vontade do Estado. MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Teoria do órgão e jurisdição administrativa no contexto constitucional alemão do século XIX. *Revista Controle*, v. 7, n. 1, p. 383-396, 2009.

³⁴ Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18.

³⁵ A respeito da legitimidade jurídica e política, conferir nota 3 deste trabalho.

³⁶ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 71.

³⁷ O *povo-ativo*, segundo Müller, está atrelado ao conceito de *cidadania* dada pelo Direito Eleitoral; o *povo-ícone* seria uma idealização figurativa do povo como bloco uno e indivisível, desconsiderando-se suas múltiplas tensões internas; cf. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. Introdução de Ralph Christensen; tradução Peter Naumann; revisão da tradução Paulo Bonavides. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.47-56.

Da mesma forma, o povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado possui um viés integralizador ao concebê-lo como corpo total de pessoas atingidas pelo ordenamento jurídico e pelas decisões tomadas a partir deste. Esta categorização remonta à qualidade da decisão no Estado Democrático de Direito, a qual deve revestir-se dos princípios da democracia e do princípio do Estado de Direito.

Revela-se, assim, que o vínculo unificador do povo, ao qual se reportou anteriormente, é a soberania popular, cuja substância precípua é a decisão de viés integrador e incorporadora de uma identidade de sentido³⁸. Por esta razão é que a tomada de decisão legislativa, executiva e jurisdicional deve ser respaldada pelo pensamento do povo, já que sua funcionalização é fruto justamente da necessidade de sua racionalização e da imperatividade de se fazer representado democraticamente pelo ente ficcional do Estado na conjuntura complexa das sociedades atuais, dotada de múltiplas tensões.

Esta representação democrática, a qual se submete à garantia dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, legitima a submissão do povo ao ordenamento jurídico, tem encontrado sua efetividade pelo exercício, principalmente, do direito de petição³⁹, tendo-se em vista que o voto constitui-se apenas o impulso inicial desse ciclo democrático⁴⁰.

Salienta-se que o direito de petição, segundo o constitucionalismo alemão, é reconhecido como garantia de natureza processual que se equipara aos direitos fundamentais – *grundrechtsgleiche Recht*⁴¹ – expressos na atual Constituição da Alemanha unificada⁴².

Ademais, o direito de petição, juntamente com o voto e o direito de reunião, estabelecem o bloco preambular de direitos do povo com vista à correção das atuações estatais em dissonância com o ciclo democrático⁴³.

E é sobretudo pelo direito de petição, pela provocação das funções de Estado pelo povo, que o princípio da legalidade do Estado Democrático de Direito tem sido

³⁸ Baracho desenvolve esse pensamento com base em Carl Schmitt e Hobbes. Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da soberania. In: HORTA, José Luiz Borges (Org.). *Direito e Política: ensaios selecionados*. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 72-208, p. 83.

³⁹ Cf. art. 5º, XXXIV, a da Constituição de 1988.

⁴⁰ Cf. BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 75.

⁴¹ Cf. MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional alemão*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 71.

⁴² ALEMANHA. *Lei Fundamental de Bonn de 1949*. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴³ No sistema de *Common law*, Godoy cita o exercício do direito de petição e do direito de reunião pelos colonos americanos contra o *Stamp Act* de 1765, emanado do governo britânico. Cf. GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. 2015. 266 f. Tese (Doutorado Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 55. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017. Na Constituição de Weimar de 1919, os arts. 22, 123, 126 tratam, respectivamente, do direito ao voto, direito de reunião e direito de petição. Cf. ALEMANHA. *Constituição de Weimar de 1919*. Disponível em: <<http://www.verfassungen.de>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

continuamente interpretado não mais como obrigação de respeito a preceitos⁴⁴, e sim, como obrigação de respeito a princípios que efetivem os direitos fundamentais, o que impõe às funções jurisdicional, legislativa e executiva a ampla oportunização de concretude do quadrimônio estrutural do contraditório⁴⁵ na dinâmica do procedimento para a tomada de decisão normativa do Estado.

3. A Tomada de Decisão e a Legitimidade no Devido Processo Legislativo

De acordo com os ensinamentos de Müller,

[...] o Direito Constitucional é o campo de trabalho de uma disciplina jovem, relativamente pouco fundamentada, dependente da política em grau relativamente forte e relativamente pouco diferenciada em termos técnicos e formais⁴⁶.

Referido constitucionalista enfatiza ainda que

[...] a tarefa da práxis do direito constitucional é a concretização da constituição por meio da instituição configuradora de normas jurídicas e da atualização de normas jurídicas no Poder Legislativo⁴⁷, na administração e no governo; ela é a concretização da constituição que primacialmente controla, mas simultaneamente aperfeiçoa o direito na jurisprudência, dentro dos espaços normativos⁴⁸.

São esses espaços normativos que têm de ser permanentemente aperfeiçoados no Estado Democrático de Direito, para que os atos administrativos, legislativos e jurisdicionais adquiram a legitimidade demandada na contemporaneidade – legitimidade de cunho muito mais teleológico do que deontológico.

De acordo com Rosemiro Pereira Leal,

⁴⁴ Cf. Aragão, com fundamento em Lucio Iannotta. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov./dez 2005/jan. 2006, p. 1-17. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴⁵ Cf. Brêtas, que expressa uma noção completa do contraditório, o qual engloba a “informação-reação-diálogo-influência como resultado lógico-formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais, ambos elevados à categoria de garantias fundamentais no texto da vigente Constituição Federal” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et al.* *Estudo Sistemático do NCPC* (com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256 de 4/2/2016). 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 53).

⁴⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 31.

⁴⁷ Destaca-se que a expressão “poder legislativo” no sistema jurídico do Estado Democrático de Direito remete-se ao exercício da função legislativa pelo Estado. Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. rev. atual. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 17-26.

⁴⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 36.

[...] ao se falar numa hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito, não há de ser por balizamentos metodológicos da tradição ou autoridade formados na filosofia do sujeito, porque a regência operacional da democracia não ocorre no plano solipsista do intérprete iluminado por uma inteligência genial, mas pela autoilustração teórica do princípio do discurso juridicamente (processualmente) institucionalizado e direcionado à concreção dos direitos à fundamentalidade constitucional democrática⁴⁹.

No contexto da tomada de decisão normativa geral pela função executiva e legislativa, a sindicabilidade do povo determina-se fulcral para a transmutação de políticas de governo em políticas de Estado, haja vista que a impregnação de ideologias partidárias ou individuais no procedimento de elaboração normativa é “extremamente perigosa quando não permite a construção processual como atividade intelectual em bases críticas de racionalidade”⁵⁰.

Na função legislativa, a eficiência teleológica das leis sujeita-se, integralmente, ao processo constitucional, pois que o “devido processo não tem origem, se concebido na democracia não paideica, no dever-ser da deontica kelseniana afirmativa de uma atemporalidade jurídica(...)”⁵¹; em outras palavras, a fruição dos direitos fundamentais formalmente normatizados pelas disposições legais deve, obrigatoriamente, alcançar a maior efetividade possível.

Por esta razão, os procedimentos de discussão, redação e verificação de conformidade constitucional das leis necessitam de ampla abertura para participação do povo, alargando-se os diálogos e debates e desconsiderando-se os pseudoargumentos de que as funções estatais devem ser empreendidas somente por pessoas tecnicamente capacitadas ou de que a farta divulgação e solicitação por audiências públicas e participação remota⁵² do povo implicariam a impraticabilidade lógica do procedimento, visto que estenderiam por demasiado o tempo e custo para a tomada de decisão legislativa⁵³.

A título exemplificativo, o anteprojeto do Código de Processo Civil (CPC) de 2015⁵⁴ exalta, em seu texto, sua legitimidade pela participatividade⁵⁵ ofertada ao povo por meio da realização de audiências públicas nas cinco regiões do país, pela

⁴⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 27.

⁵⁰ ARCANJO DOS SANTOS, Luiz Sérgio. *Processo e Poder Constituinte Originário: a construção do direito na processualidade jurídico-democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 34.

⁵¹ LEAL, Rosemiro Pereira. O due processo e o devir processual democrático. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 13, n. 26, jul/dez. 2010, p. 113. Disponível em: <<http://www.periodicos.pucminas.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁵² Entenda-se a participação do povo por meios telemáticos.

⁵³ Cf. GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. 2015. 266 f. Tese (Doutorado Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 228-229. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁵⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil de 2009. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁵⁵ Cf. MADEIRA, Dhenis Cruz. Um breve histórico da Legislação Processual Civil Brasileira: das ordenações do Reino ao Novo CPC de 2015. In: SOARES, Carlos Henrique; ÁVILA, Luiz Augusto Lima de (Org.). *Reflexões sobre teoria e técnica procedimental civil: a convolutosa sistemática ametódica do Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: FUMARC, 2015. p. 22-25.

contabilização de treze mil acessos à página da Comissão e pela manifestação da academia brasileira⁵⁶ em seus múltiplos segmentos. Outro exemplo seria a elaboração do projeto de lei que culminou no chamado Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014. A elaboração deste projeto é tida como a primeira iniciativa da função executiva brasileira que se valeu da internet para ampliação das possibilidades de participação do povo⁵⁷, anteriormente à apresentação da proposta ao Legislativo, no qual, novamente, o ciclo democrático reiniciou-se pelo devido processo.

Porém, destaca-se que, nos idos de 1992, época na qual ainda não havia sido implementada a tecnologia de banda larga no Brasil, o Projeto de Lei (PL) nº 3.710/1993, o qual originou o atual Código de Trânsito Brasileiro (CTB) – Lei 9.503/1997 –, foi publicado nos veículos oficiais antes de seguir ao órgão legislativo e, mesmo desprovido das facilidades tecnológicas da atualidade, o povo, principalmente por meio de cartas, ofertou mais de seis mil contribuições ao projeto a ser proposto⁵⁸.

Esses poucos exemplos ilustram como os textos finais de lei e os pareceres das comissões nas quais os textos tramitaram representam a “ponta do *iceberg*” do devido processo legislativo e realçam como o povo não mais se contenta com a mera publicidade desses documentos oficiais. A obtenção de resultados práticos a partir do ordenamento jurídico tornou-se consternação nuclear do povo, e seu sucesso é dependente do acompanhamento democrático.

Durante todo o curso dos procedimentos para a tomada de decisão normativa, uma série de indagações há de ser adequadamente respondida, precipuamente acerca de quem são os interessados na edição da lei em análise, quem são seus incentivadores, quais contribuições foram ofertadas e as razões pelas quais elas foram ou não consideradas na redação final da lei⁵⁹ e, acima de tudo, se a lei em tela encontra-se em conformidade com a Constituição e com a garantia dos direitos fundamentais por ela prescritos.

A maciça infiltração do povo nos procedimentos em questão, igualmente, revela-se fundamental para o melhor desempenho da função executiva, uma vez que, tendo sido implementada a fiscalização consistente das disposições normativas, alarga-se a consensualidade entre o Estado e o povo em suas múltiplas representações, acarretando maior comprometimento na realização das leis.

⁵⁶ Exemplificativamente, conferir a participação de Ronaldo Brêtas, Professor representando a Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na audiência pública realizada no Senado federal, sessão de 01/12/2010: BRASIL. Senado Federal. Audiência pública, sessão de 01 de dezembro de 2010. *Diário do Senado Federal*, Brasília, p. 55085-55086, 2 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁵⁷ Cf. SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da Internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016, p. 7.

⁵⁸ Segundo o PL nº 3.710/1993, a Portaria nº 330/1992 oportunizou ao povo a participação e contribuição ao projeto. A respeito, consultar: BRASIL. *Projeto de Lei (PL) nº 3.710/1993*. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁵⁹ Cf. SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da Internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016, p. 11-12.

Ademais, a efetivação do devido processo legislativo e administrativo auxilia na construção da hermenêutica constitucional pela função jurisdicional, uma vez que os sentidos normativos, fruto da interpretação dos dispositivos legais⁶⁰, encontram-se, desde sua gênese, em permanente dinâmica procedimental aberta ao contraditório em sua estruturação quádrupla – informação, reação, diálogo e influência⁶¹.

No entanto, é imperativo salientar que, no Brasil, essa implementação ainda é utópica. As ideologias autoritárias herdadas das capitânias hereditárias e do coronelismo oligárquico encontram, nas funções administrativas e legislativas, uma acomodação que preserva a tirania da sociedade política e da sociedade civil dirigente. Esta pseudodemocracia pelo uso da burocracia⁶² e pela neutralização (aliciamento) do impulso oficial ao ciclo democrático – o voto –, imprime aos direitos de petição e de reunião prestígio sublime na concretização dos direitos fundamentais de reação.

4. A Tomada de Decisão Normativa pela Função Jurisdicional Brasileira

A doutrina da efetividade⁶³, associada à ineficiência e fraturas do “devido” processo legislativo e administrativo no Brasil – os quais, apesar da difusão tecnológica e dos esforços da ciência jurídica em propagar a importância da processualidade democrática, apresentam distorções e vícios gravíssimos –, têm concentrado no Judiciário a função de cumprimento da Constituição e de efetividade dos direitos fundamentais.

A especialidade do procedimento constitucional de investidura dos juízes e ministros⁶⁴, apartado do sufrágio universal, alicerça a intelecção de que aos juízes, especialmente ao constitucional (STF), cabe a função contramajoritária com o objetivo de correção e consequente estruturação protetiva dos direitos individuais e coletivos colocados à margem pelas demais funções estatais.

Essa função de fortalecimento da Constituição já fora detectada por Tocqueville, quando estudava a função jurisdicional nos EUA no século XIX, ao dizer:

[...] os norte-americanos reconheceram o direito dos juízes de “encontrar” suas decisões preferencialmente na constituição do que nas leis. Em outras palavras,

⁶⁰ Ver a distinção entre texto e norma de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 30-31.

⁶¹ Cf. nota 47 deste trabalho.

⁶² Raymundo Faoro (1986), citado por Arcanjo dos Santos, enfatiza que o Estado opera em duas categorias de poder: pela sociedade política e pela sociedade civil, as quais inutilizam o apelo à repressão popular desse poder. ARCANJO DOS SANTOS, Luiz Sérgio. *Processo e Poder Constituinte Originário: a construção do Direito na processualidade jurídico-democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 36.

⁶³ Cf. nota 16 deste trabalho.

⁶⁴ Cf. art. 93, I, art. 101, §único e art. 104, §único da Constituição de 1988.

eles deram-lhes liberdade de não aplicar as leis caso essas aparentassem a eles inconstitucionais⁶⁵.

Esse fortalecimento constitucional está atrelado ao fato de que a democracia, por um lado, implica o reconhecimento da vontade da maioria como vontade do povo – dado que remete à conceituação de Müller acerca do povo-ícone ou daquele considerado em sua unidade, como bloco único⁶⁶ – e, por outro, assegura a efetividade de políticas humanas⁶⁷, a serviço da maximização dos direitos fundamentais.

Esse último aspecto tem encontrado guarida na função jurisdicional, haja vista que o exercício do direito de petição⁶⁸ por aqueles que se sentem ameaçados, lesados ou à periferia desse povo ideológico visa a contrabalançar as malformações e os copiosos plexos de tensões internos no corpo jurídico-político que se denomina “povo brasileiro”.

Portanto, o exercício da função jurisdicional constitucional garante, segundo Abboud, “[...] a existência de posição juridicamente garantida contra as decisões políticas de eventuais maiorias”, e sua razão primeira de existir seria a de “assegurar proteção a direitos fundamentais contra uma agressão praticada pela maioria”⁶⁹.

A jurisprudência brasileira tem construído os alicerces da fiscalidade vertical – propulsionada pelo direito constitucional de petição – de proteção à dignidade da pessoa humana com base na doutrina alemã, especialmente por meio da fórmula de Dürig⁷⁰, que analisa a lesão aos direitos fundamentais a partir da detecção da *reificação* das partes no processo, ou seja, por indícios ou provas de degradação das pessoas, de sua humilhação ou transformação em objeto no âmbito dos processos estatais⁷¹.

Dessa forma, reconhece-se que o processo constitucional é aquele que compreende os direitos fundamentais como elementos integrantes da identidade e continuidade da Constituição⁷², encontrando-se aí os traços comuns dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito. Os direitos fundamentais, segundo

⁶⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de (1840). *Democracy in America*, Translator Henry Reeve, v. 1, texto eletrônico de 1997, tradução nossa, [s.p]. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org>>. Acesso em: 12 jul. 2017. [...] “Americans have acknowledged the right of the judges to found their decisions on the constitution rather than on the laws. In other words, they have left them at liberty not to apply such laws as may appear to them to be unconstitutional”.

⁶⁶ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: A questão fundamental da democracia*. Introdução de Ralph Christensen; tradução Peter Naumann; revisão da tradução Paulo Bonavides. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47-56.

⁶⁷ Concepção de democracia contemporânea; cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 277.

⁶⁸ Destaca-se que o direito de ação é espécie do direito constitucional de petição. Cf. art. 34, alínea a e 35 da Constituição de 1988.

⁶⁹ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 116.

⁷⁰ Ver MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz Kommentar*. Band I, München: Verlag C.H. Beck, 1990, 1I. 18.

⁷¹ Referência expressa à concepção de Dürig; cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição: Ext nº 986/BO. Min. Rel. Eros Grau. - Tribunal Pleno. Brasília, 15 de agosto de 2007. *Diário de Justiça*, 5 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição: Ext nº 986/BO. Min. Rel. Eros Grau. - Tribunal Pleno. Brasília, 15 de agosto de 2007. *Diário de Justiça*, 5 out. 2007, p. 43. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

Ronaldo Brêtas, são fim e conteúdo do Estado de Direito, tornando-o democrático por meio de sua processualização⁷³.

Por conseguinte, o exercício da fiscalidade, segundo a matriz disciplinar do Estado Democrático de Direito, só se legitima por meio do processo constitucional, o qual está intrinsecamente vinculado não somente aos procedimentos constitucionais⁷⁴ próprios para a provocação da jurisdição na democracia brasileira, mas, precipuamente, à observância do devido processo constitucional aglutinante de toda a estrutura técnico-normativa para a efetivação dos direitos fundamentais. Esse reconhecimento enaltece o âmbito de proteção dos direitos de defesa e de resistência, haja vista que estes são requisitos primaciais para uma tutela jurisdicional legítima, melhor dizendo, há que se empreender esforço continuado para a identificação lógico-normativa do âmbito protetivo desses direitos pela hermenêutica constitucional.

Na esteira de Gilmar Mendes,

[...] no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas⁷⁵.

O constitucionalista ainda complementa que “o devido processo legal é um tipo de garantia com caráter geral em relação às demais garantias – *Auffanggrundrecht*”⁷⁶. Por essa razão é que sua garantia encobre todos os direitos e demais garantias constitucionais, oponíveis em casos concretos nos quais o Estado esteja ou não presente.

Todavia, alerta Leonardo Martins que haveria um “problema” da constitucionalização do ordenamento jurídico a ser vencido pela contemporaneidade, qual seja: a hipertrofia da função jurisdicional e o enfraquecimento de institutos do direito privado, como o *pacta sunt servanda* e a autonomia da vontade, estes últimos sujeitos à desnaturação quando interpretados em prol da maximização dos direitos fundamentais⁷⁷.

Faz-se forçoso reconhecer que a função jurisdicional é contramajoritária. Entretanto, os juízes têm se incumbido do privilégio de livre interpretação do Direito, como se fossem arautos de uma “justiça” a ser perseguida a todo custo, segundo suas concepções solipsistas.

⁷³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 71-72.

⁷⁴ Os procedimentos constitucionais principais para provocação da jurisdição são: Habeas Corpus, Habeas Data, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Ação Popular, Ação Civil Pública, Controle de Constitucionalidade concentrado e difuso. A respeito, consultar: art. 5º, incisos LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII; art. 129, III, art. 103, art. 97 da Constituição de 1988.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 385.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 385.

⁷⁷ MARTINS, Leonardo. *Direito Processual constitucional alemão*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 77-78.

Segundo os ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal, “normas interpretativas são de índole sistêmico-operacional, logo pertencem ao âmbito de reflexão do Direito Processual que não é mais, por estudos avançados, instrumento da Jurisdição”.⁷⁸

Ronaldo Brêtas, na mesma esteira, assevera que

[...] dentro da estrutura constitucionalizada do processo, o ato decisório estatal será o resultante lógico de uma atividade jurídica realizada com a obrigatória participação em contraditório daqueles interessados que suportarão seus efeitos⁷⁹.

Assim, nessa conjuntura de construção da processualidade democrática, a eficácia dos direitos fundamentais revela-se temática de grande relevância, especialmente quando não há qualquer participação do Estado no caso concreto.

Segundo a doutrina alemã, em pretensões que envolvam apenas particulares, os direitos fundamentais os vinculariam por um liame indireto, por intermédio de regras ou cláusulas gerais próprias de direito privado. Porém, ao cotejar o sistema jurídico brasileiro com o alemão, Gilmar Mendes teceu considerações diferenciadoras no Recurso Extraordinário (RE) nº 201.819, no qual assevera que, apesar de o Tribunal Constitucional Alemão rechaçar expressamente a dimensão objetiva *direta* dos direitos fundamentais⁸⁰, a jurisprudência e literatura especializada brasileiras têm se posicionado sobre o tema em sentido diverso, acatando a aplicação direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares (*unmittelbare Drittwirkung*)⁸¹.

Essa ampliação do âmbito protetivo do direito de defesa e resistência com a eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais robustece o processo constitucional e a Constituição brasileira, a qual nunca foi adequadamente valorizada na historiografia nacional, seja por representar utopias próprias de uma “carta de intenções” ou por sujeitar-se a ideologias ditatoriais de um Estado eminentemente policial⁸².

O fenômeno da “juristocracia” ou “supremocracia”⁸³, isto é, de hipertrofia da função jurisdicional por sua atuação expansiva e de viés contramajoritário, pode ser

⁷⁸ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 16.

⁷⁹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 45.

⁸⁰ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 201.819. Min. Rel. Ellen Gracie. - Segunda Turma. Brasília, 11 de outubro de 2005. *Diário de Justiça*, Brasília, 27 out. 2006, p. 593-594.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁸¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 201.819. Min. Rel. Ellen Gracie. - Segunda Turma. Brasília, 11 de outubro de 2005. *Diário de Justiça*, Brasília, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁸² O Estado de Polícia – *Polizeistaat* – ou Estado Autoritário – *Obrigkeitsstaat* – personifica a soberania na figura da autoridade governante. Ver CRETELLA JÚNIOR, José. *Do poder de polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁸³ Godoy atribui a denominação de *juristocracy* a Ran Hirschl. Já a nomenclatura “supremocracia” é de Oscar Vilhena Vieira, ambos citados por GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. 2015. 266 f. Tese (Doutorado Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 43-44. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

ponderado sob duas questões principais. A primeira delas seria justamente atinente ao vínculo frágil que há entre as funções estatais, sem que se lhes implemente maior diálogo para a consolidação legítima do ordenamento jurídico.

Adicionalmente, o aliciamento do propulsor primeiro do ciclo democrático – o voto – pela sociedade política e sociedade civil dirigente⁸⁴ e a instrumentalização técnica do abuso de poder pelas funções executiva e legislativa acabam por transformar o Judiciário no último bastião para se opor às disfunções da democracia brasileira.

Por sua vez, a segunda questão, corolário da juristocracia, seria referente ao envaidecimento dos agentes públicos que desempenham a função jurisdicional pela conjuntura inescapável do povo de fazer valer seus direitos, o que favorece o solipsismo e a investidura dos juízes e ministros em ideologias autoritárias e prejudiciais à efetividade do contraditório⁸⁵.

Esse assombroso panorama de aparelhamento estatal, bastante palpável na realidade brasileira, obscurece a era democrática e divulga a eminência da legitimidade dos atos legislativos e jurisdicionais, cuja única salvaguarda é o processo constitucional, assegurando a participação política do povo.

A genuína concretização do princípio da democracia, desamarrado dos ardis de dominação, é o maior desafio do povo brasileiro, e só efetivar-se-á pela reconquista da Constituição e saneamento continuado das arbitrariedades e corrompimentos estatais.

5. Considerações Finais

De todo o exposto, conclui-se que a era democrática contemporânea ressignificou a Constituição por meio da divulgação de teorias que a alçaram primeiramente, ao *status* de norma, realçando sua importância ao povo brasileiro.

A doutrina da efetividade determinou-se eminente para a ruptura de um curso histórico no país, através do qual era atribuído à Constituição sentido diminuto, lançado à sorte de ideologias autoritárias ou de intenções utópicas da sociedade política.

A supremacia constitucional e a máxima efetividade dos direitos fundamentais demarcaram a Constituição como centro da estruturação jurídica, alargando a ingerência do constitucionalismo sobre toda a ordem político-jurídica brasileira, dado que implicou a intelecção de que a organização das funções estatais vinculava-se, estritamente, ao ciclo democrático. Simultaneamente, a efetividade dos direitos fundamentais passou a constar de um programa constitucional não

⁸⁴ Cf. nota 64 deste trabalho.

⁸⁵ Ver a estruturação da comparticipação por NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

deontológico, mas, sim, teleológico, destituindo o sentido arcaico do Direito como ciência de preceitos cerrados em si mesmos.

Inaugurou-se, por conseguinte, uma era jurídico-sistêmica de aproximação do ordenamento jurídico com sua efetividade, o que ergueu a importância do processo constitucional como arcabouço técnico-jurídico de defesa, resistência, proteção e concretização dos direitos fundamentais.

O princípio da democracia, portanto, emergiu como a pedra de toque na busca pela legitimidade da tomada de decisão normativa pelo Estado, envolvendo uma compreensão que abarcasse tanto a legitimação do exercício das funções estatais pelos agentes públicos quanto a sujeição a um ordenamento jurídico guiado por princípios constitucionais consentâneos à garantia de efetividade dos direitos fundamentais.

Entretanto, os vícios e malformações do ciclo democrático no Brasil pela propagação arbitrária e abusiva de ideologias despóticas, aptas a neutralizar o direito ao voto e a macular a higidez de atuação dos agentes públicos pela instrumentalização burocrática do poder, promoveram e hipertrofiaram a função jurisdicional. Sua concepção como espaço normativo sustentador das correções, repreensões e de asseguramento dos direitos e garantias das minorias – que, no Brasil, são majorias deixadas à margem pela sociedade civil dirigente –, favorece o envaidecimento e investidura dos juízes e magistrados em figuras autoritárias, hábeis a agir solipsisticamente como emissários de uma justiça indemarcável.

Portanto, nessa trama complexa e implacável, ao povo brasileiro resta a reconquista da Constituição pela oposição e resistência aos permanentes corrompimentos do poder outorgado às funções de Estado. Tal reconquista dar-se-á pelo devido processo constitucional, amplo plexo de direitos e garantias para a salvaguarda dos direitos fundamentais, apto a conter os desatinos do poder e a preservar a dignidade da pessoa humana, singular e coletivamente considerada.

O quadrinômio estrutural do contraditório perfaz-se fulcral na processualização democrática de um poder funcionalizado pelo Estado, legitimado pelo povo e pela ordem jurídica, o que desinstrumentaliza o processo, alçando-o à garantia fundamental de operacionalização do princípio da democracia e do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ALEMANHA. *Constituição de Weimar de 1919*. Disponível em: <<http://www.verfassungen.de>>. Acesso em: 12 jul. 2017.
- ALEMANHA. *Lei Fundamental de Bonn de 1949*. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de>>. Acesso em: 12 jul. 2017.
- ANDOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 87, p. 63-69, jul./set. 1997.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov./dez 2005/jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 12 jul. 2017.
- ARCANJO DOS SANTOS, Luiz Sérgio. *Processo e Poder Constituinte Originário: a construção do Direito na processualidade jurídico-democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco. Livro VI*. Tradução de Lucas Angioni. *Dissertatio, Revista de Filosofia*, v. 34, p. 285-300, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da soberania. In: HORTA, José Luiz Borges (Org.). *Direito e Política: ensaios selecionados*. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 72-208.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRANDÃO, Cláudio. *Lições de história do Direito Canônico e história do Direito em perspectiva*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil de 2009*. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. *Projeto de Lei (PL) nº 3.710/1993*. Institui o Código de Transito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Audiência pública, sessão de 01 de dezembro de 2010. *Diário do Senado Federal*, Brasília, p. 55085-55086, 2 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar (AC) 2.032/QO-SP. Min. Rel. Celso de Mello. - Tribunal Pleno. Brasília, 15 de maio de 2008. *Diário de Justiça*, Brasília, 20 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar (AC) nº 2.895/PE. Min. Rel. Celso de Mello. - Tribunal Pleno. Brasília, 22 de junho de 2011. *Diário de Justiça*, Brasília, 30 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação: Ext nº 986/BO. Min. Rel. Eros Grau. - Tribunal Pleno. Brasília, 15 de agosto de 2007. *Diário de Justiça*, 5 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 140.195/SC. Min. Rel. Ilmar Galvão. - Primeira Turma. Brasília, 7 de março de 1996. *Diário de Justiça*, Brasília, 27 set. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 191.480/SC. Min. Rel. Marco Aurélio. - Segunda Turma. Brasília, 7 de março de 1996. *Diário de Justiça*, Brasília, 26 abr. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) 199.800/SP. Min. Rel. Carlos Velloso. - Tribunal Pleno. Brasília, 4 de junho de 1997. *Diário de Justiça*, Brasília, 11 jun. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 201.819. Min. Rel. Ellen Gracie. - Segunda Turma. Brasília, 11 de outubro de 2005. *Diário de Justiça*, Brasília, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et al.* *Estudo sistemático do NCPC* (com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256 de 4/2/2016). 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Legitimidade dos Atos Jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Virtuajus*, Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 9-18, 1º semestre 2017. Disponível em: <<http://www.periodicos.pucminas.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

COHEN, Samuel. *Heresy, authority and the bishops of Rome in the fifth century: Leo I (440-461) and Gelasius (492-496)*. Toronto: Department of History, University of Toronto, 2014. Disponível em: <<http://www.tspace.library.utoronto.ca>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2. p. 343-359.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do poder de polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DROMI, José Roberto. La reforma constitucional: el constitucionalismo del “porvenir”. In: ENTERRIA, Eduardo Garcia de; ARÉVALO, Manuel Clavero (Coord.). *El Derecho Público de Finales de Siglo: una perspectiva iberoamericana*. Madri: Fundación BBV, 1997. p. 107-116.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. 2015. 266 f. Tese (Doutorado Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LEAL, Rosemiro Pereira. O due processo e o devir processual democrático. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 13, n. 26, jul/dez. 2010. Disponível em: <<http://www.periodicos.pucminas.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos*, [S.l.: s.n., s.d]. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Um breve histórico da Legislação Processual Civil Brasileira: das ordenações do Reino ao Novo CPC de 2015. In: SOARES, Carlos Henrique; ÁVILA, Luiz Augusto Lima de (Org.). *Reflexões sobre teoria e técnica procedimental civil: a convolutosa sistemática ametódica do Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: FUMARC, 2015. p. 22-25.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. Teoria do órgão e jurisdição administrativa no contexto constitucional alemão do século XIX. *Revista Controle*, v. 7, n. 1, p. 383-396, 2009.

MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional alemão*. São Paulo: Atlas, 2001.

MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz Kommentar*. Band I, München: Verlag C.H. Beck, 1990, 1I. 18.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. Introdução de Ralph Christensen; tradução Peter Naumann; revisão da tradução Paulo Bonavides. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Organização: Martins, Leonardo. Tradução: Martins, Leonardo et al. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da Internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de (1840). *Democracy in America*, Translator Henry Reeve, v. 1, texto eletrônico de 1997. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

A MEDIAÇÃO NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO ACADÊMICO DE DIREITO: A EXPERIÊNCIA DA ESCOLA DE DIREITO DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

Ludmila Stigert

1 Introdução

A Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva é uma unidade de ensino comprometida com a ética, com o respeito e com a qualidade do aprendizado.

Nesse condão, associa em sua estruturação ensino, pesquisa e extensão de modo a tornar o aprendizado uma forma completa de formação do aluno em um profissional do Direito habilitado a exercer sua profissão de uma maneira mais humana e responsável.

Para melhor adequar sua atuação aos ditames de uma Justiça Social bem como aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU¹, a Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva alterou a sua matriz curricular em 2013 e comprometeu-se formalmente com o desenvolvimento e com a disseminação da Mediação e da Conciliação.

Em outubro de 2013 a coordenação da Escola de Direito Centro Universitário Newton Paiva realizou um workshop sobre reforma curricular a respeito do perfil do egresso, ou seja, qual perfil profissional do aluno a Newton gostaria de formar, que tipo de competências e habilidades esse aluno ao final do curso teria que demonstrar para que atingisse o perfil profissional desejado alinhando à tendência do mercado jurídico com relação à mediação e à conciliação, na esteira da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça bem como do novo Código de processo Civil, a coordenação da Escola de Direito percebeu que, dentro do perfil profissional do aluno, as habilidades para conciliação e mediação deveriam ser tratadas de formas mais abrangentes do que já se abordavam.

Antes, estes meios autocompositivos eram observados enquanto técnicas, ou seja, o aluno conhecia as mesmas e as aplicava em alguns casos, da maneira que lhe fosse satisfatória. Porém, percebeu-se que tal dinâmica de se tratar e abordar a conciliação e a mediação não se mostrava adequada e influenciaria a formação do perfil profissional do aluno, ou seja, de um jurista, de um advogado, de um

¹ Os objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU são: Erradicação da pobreza; fome zero e agricultura sustentável; saúde e bem estar; educação de qualidade; igualdade de gênero; água potável e saneamento; energia limpa e acessível; trabalho decente e crescimento econômico; indústria, inovação infraestrutura; redução das desigualdades; cidades e comunidades sustentáveis; consumo e produção sustentável; ação contra a mudança global do clima; vida na água; vida terrestre; paz, justiça e instituições eficazes e parcerias meios de implementação.

promotor, de um defensor público que viesse realmente a vislumbrar estas práticas como cotidianas a serem incluídas em suas atividades profissionais e não apenas como meras possibilidades alternativas

Para tanto, percebeu-se a necessidade de se atrelar tais práticas ao Centro de Exercício Jurídico (CEJU), bem como de se inserir a conciliação e a mediação em todas as disciplinas do Curso de Direito, ou seja, do início ao fim do curso, além de incluir na grade uma disciplina específica para Mediação de Conflitos.

No que diz respeito ao Centro de Exercício Jurídico da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (CEJU) destaca-se que o mesmo dispõe de uma moderna arquitetura, com total acessibilidade em todos os andares do prédio, para garantir aos alunos um efetivo aprendizado através dos laboratórios de prática e de mediação, que possui um ambiente propício para o acolhimento das partes, sendo possível que os demais alunos visualizem em tempo real as mediações e conciliações realizadas. Importante ressaltar que somente é possível a observação de demais pessoas com autorização das partes, mantendo a privacidade do ambiente e a garantia de que as informações concedidas estarão sob total sigilo.

O Laboratório de Mediação é um ambiente de aprendizagem que favorece ao emprego de todas as técnicas de mediação na prática, de modo a que os alunos tenham um efetivo contato com os meios autocompositivos de solução pacífica de conflitos, acompanhando as novas tendências do judiciário e do próprio senso de justiça.

Todos os atendimentos feitos no CEJU passam por uma triagem, na qual os próprios estagiários, diante da demanda apresentada, identificam se cabe mediação ou conciliação e, logo após, a demanda é encaminhada para esses setores ou, se for o caso, para o processual.

Ainda dentro desse contexto de mudança, todos os planos de Ensino, bem como o Projeto Pedagógico do Curso foram readequados ao contexto da Mediação e da Conciliação. Ou seja, a Mediação de Conflitos tornou-se um recorte transversal em todas as disciplinas do curso de Direito da Newton.

Destaca-se que a Mediação é um estilo de ensino adotado pela Newton e que a sua prática extrapola as aulas teóricas ministradas e as mediações realizadas *in loco* em seu Laboratório. Por isso, o presente artigo elucidará os principais aspectos da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva no processo de formação de um novo profissional do Direito: um bacharel mais humanizado e comprometido com a justiça social.

2 A Inserção da Mediação na Grade Curricular

A Mediação pode parecer uma proposta nova, ousada e perspicaz, mas a mesma já existe desde os primórdios. Sem fazer ressalvas históricas no processo da civilização, a mediação sempre existiu.

Outrossim, a sua relevância no cenário jurídico e acadêmico começou a aparecer de forma mais significativa a partir de 2010 e, principalmente com a edição do Novo Código de Processo Civil em 2015 e com a Lei de Mediação no mesmo ano.

A formação do bacharel em Direito estrutura-se nas disciplinas propedêuticas nos períodos iniciais e dogmáticas a partir do 3º período, a depender do currículo de cada instituição de ensino.

O que se percebe é que os bacharéis formados pouco entendiam de justiça, humanidades, e até mesmo de gestão adequada de conflitos. Os sonhos com os salários dos cargos públicos, os honorários advocatícios quase não deixaram que os estudantes contemplassem novas formas de atuação profissional que não perpassasse pelo Estado, direta ou indiretamente.

A inserção da Mediação em todas as disciplinas do curso de Direito da Newton a partir do ano de 2014 marca o início de uma nova era de ensino na instituição. Todos os alunos ouvirão falar da mediação e da conciliação em todos os períodos e em todas as disciplinas, sendo ainda ministrada uma disciplina específica de Mediação de conflitos.

O que se pode aduzir de uma mudança dessa dimensão? Que muitos alunos ainda continuarão preferindo o litígio, o combate e a disputa competitiva, mas em contrapartida, teremos outros alunos tocados pela autocomposição e com a oportunidade de se construir enquanto um profissional diferente da massa: um advogado, um juiz, um promotor, um defensor, um professor, ou apenas um bacharel que consegue contemplar novas possibilidades de gestão de conflitos e que se encontra atento às dimensões éticas, sociais e empáticas que precisam estar bem desenvolvidas em qualquer área de atuação.

É desafiadora esta proposta uma vez que desde o Jardim de Infância as crianças são ensinadas a competirem umas com as outras. Não se ensina o postulado de que juntos as pessoas alcançam resultados melhores! A colaboração não faz parte do processo de aprendizado tradicional. E isso vai desenvolvendo até o ensino médio. Aí se entra na Faculdade com o foco na competição, na individualidade, no litígio, dentre outros atributos do paradigma distributivo.

Para além da Teoria, a disseminação da mediação e da conciliação em todas as áreas do saber e da ação social da grade curricular acaba construindo um currículo transdisciplinar, uma vez que matérias ora nunca pensadas juntas começam a dialogar de uma forma natural. Isso é muito lindo!

E, para não deixar a Teoria dissociada da Prática, o processo de Estágio supervisionado da Escola de Direito da Newton também colocou a autocomposição em sua linha mestra, ou seja, toda a Prática Jurídica perpassa a mediação e a conciliação.

3 O Caminhar da Mediação no Centro de Exercício Jurídico da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva

O Centro de Exercício Jurídico da Newton Paiva – Ceju, inaugurado em 19/04/2001, foi criado com a missão de propiciar a prática da advocacia e a prática jurídica, sob a forma de Estágio Supervisionado, bem como, a prestação de serviços gratuitos à comunidade.

Atualmente, pode-se dizer que a atuação do Ceju alargou seus horizontes, buscando envolver Ensino, Pesquisa e Extensão por meio de do desenvolvimento de pesquisas, estudos e projetos com o intuito de proporcionar aos alunos do Curso de Direito uma prática simulada e real, estimulante e produtiva para a atuação no mercado de trabalho. Não menos importante é o objetivo do Ceju de prestar serviços jurídicos aos que não tem condições de obtê-los sem prejuízo do próprio sustento ou do sustento da família, nos diversos ramos do direito, com zelo, respeito e profissionalismo.

Desde sua fundação, o Ceju organizou palestras, grupos de estudos e concursos para seu corpo discente, de modo que os estudantes tenham, desde sua graduação, um amplo conhecimento teórico e prático.

O Núcleo de Medição e Conciliação do Ceju teve suas atividades iniciadas em 02/02/2010, ano que, como já frisado, o CNJ publicou a Resolução 125/2010. Não obstante, em 2014 iniciou-se uma nova era para a autocomposição dentro do Ceju.

A Newton firmou um Termo de Cooperação Técnica com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais no final de 2014, transformando-se na primeira instituição de ensino superior a se tornar um Posto de Atendimento Pré-Processual de Conciliação e Mediação (PAPRE).

Em 2016 a Newton mais uma vez inova e obtém credenciamento junto ao NUPEMEC (Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Conflitos) para formar, capacitar e aperfeiçoar Mediadores Judiciais.

Em 2017 a Newton inaugura sua Câmara Privada de Conciliação e Mediação de Conflitos mediante autorização da Terceira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Mais do que um novo modelo de processo, a Mediação para a Newton passa a ser uma nova forma de aprendizado prático, trazendo uma mudança de paradigma do ensino tradicional das Escolas de Direito. Trata-se de uma transformação social e não apenas processual; iniciou-se a disseminação de uma nova cultura fundamentada no amor, respeito e empatia.

4 O Núcleo de Conciliação e Mediação do CEJU Newton

4.1 Organização

O Centro de Exercício Jurídico da Escola de Direito é composto por 23 (vinte e três) monitores, sendo 19 (dezenove) servindo à área processual e 4 (quatro) atinentes à Mediação e à Conciliação. Porém pode-se dizer que todos os alunos estão envolvidos na seara da autocomposição, uma vez que esta é a primeira proposta apresentada aos constituintes que procuram o Ceju.

Além dos Monitores que possuem vínculo de estágio com a instituição, ainda trabalham com os alunos os extensionistas, alunos voluntários que atuam conjuntamente com os monitores do Ceju mediante um contrato de Extensão. Todas as atividades são desenvolvidas sob a supervisão de um Coordenador, cinco professores orientadores, um Secretário geral, um Técnico administrativo, além das pessoas que trabalham com a segurança e na limpeza.

Também em 2016 pode-se destacar que o Ceju começou a alinhar de uma forma mais efetiva em seus projetos os objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU, posto que grande parte dos objetivos já tem sido cumprido decorrente da preocupação social que o Ceju sempre esteve envolvido.

4.2 Resultados

Para melhor elucidar a atuação do Núcleo de Mediação e Conciliação do Ceju, serão apresentados alguns dados estatísticos importantes para demonstrar a efetividade alcançada para além dos números de acordos realizados.

Ao longo do ano de 2016 o Centro de Exercício Jurídico da Newton recebeu diversos casos sendo que destes, em 230 atendimentos, foram observadas as relações intersubjetivas futuras que permitiram, inicialmente, o encaminhamento ao setor de mediação (gráfico 1).

A metódica da mediação foi apresentada para todos os casos ao longo dos meses de março a novembro de 2016, e após, o aceite dos indivíduos envolvidos, permitiu-se que 121 (nova sessão – gráfico 2) casos chegassem a realizar a primeira sessão de mediação. Essas sessões tiveram o seu prosseguimento (reagendadas – gráfico 2) em um total de 180 sessões. Portanto, no ano de 2016 foram realizadas 301 (gráfico 2) sessões de mediação nas quais foram tratadas as seguintes demandas, com destaque em número expressivo para aquelas relacionadas ao âmbito das relações familiares: divórcio; guarda; convivência; alimentos; bens; indenização por dano moral e por dano material; conflitos entre vizinhos e de locação de imóveis.

Ao longo do trabalho, realizado através das sessões de mediação, foi possível a realização de 52 acordos que foram encaminhados ao TJMG para devida

homologação conforme previsto no artigo 3º parágrafo 2º da Lei de Mediação que menciona a possibilidade de serem tratados na mediação direitos indisponíveis que admitem transação, desde que caso as partes cheguem a um acordo, o mesmo seja levado à homologação do magistrado após oitiva do Ministério Público.

Desses 230 casos encaminhados a mediação 91 (gráfico 1) foram encaminhados ao setor processual do Ceju, pela ausência de consenso, nos casos em que a mediação foi iniciada ou simplesmente pela não aderência a prática da mediação, lembrando que um dos princípios da mediação expresso tanto em lei própria quanto no CPC/15 é o da voluntariedade, ou seja, a participação e a continuidade ao longo das sessões de mediação não é obrigatória.

Ainda vale mencionar que, mesmo não sendo possível a realização de um acordo nesses casos os indivíduos envolvidos tiveram consciência de que seus conflitos podem ser solucionados através de uma via de cooperação autocompositiva, que os mesmos são os autores das decisões que serão mutuamente satisfatórias e autônomas do Estado-Juiz.

O acordo não é o principal objetivo a ser alcançado pela dinâmica da mediação; ele é sim uma consequência e a formalização das soluções alcançadas e construídas pelos envolvidos com o auxílio do mediador. Pode-se aduzir que os principais objetivos são: a emancipação do sujeito constitucional; a conscientização e a responsabilização das pessoas pelos seus atos; o ensino de uma nova gestão de conflitos; a prevenção de novos conflitos; a inclusão social (conscientização de direitos e acesso à justiça); a paz social; a difusão de uma nova maneira de se compreender o Direito, os conflitos e a justiça dentro dos limites institucionais.

Nesse sentido o Ceju, através de seu Núcleo de Conciliação e Mediação, contribui para implementação da democracia procedimental tão cara aos ditames de um Estado Constitucional

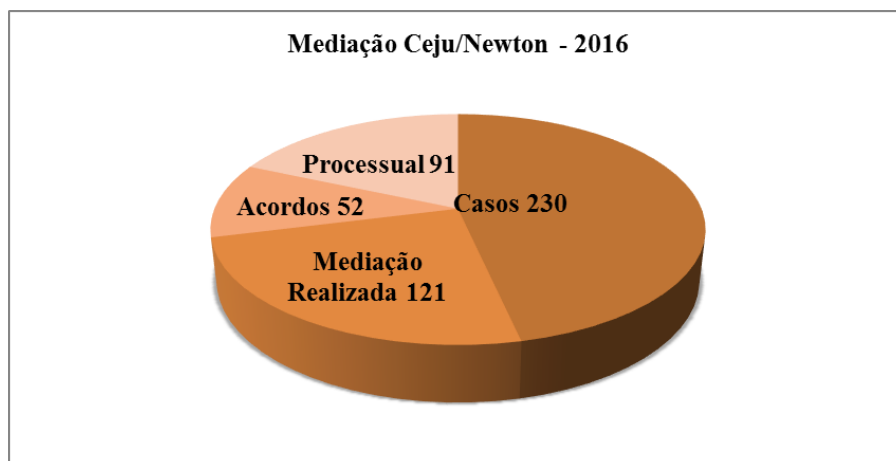


Gráfico 1: Mediação Ceju/Newton – 2016. Em 2016 foram encaminhados ao núcleo de Mediação 230 casos dos quais 121 aceitaram participar das sessões de mediação culminando em 52 acordos assinados. 91 casos foram reencaminhados para o núcleo processual do Ceju.

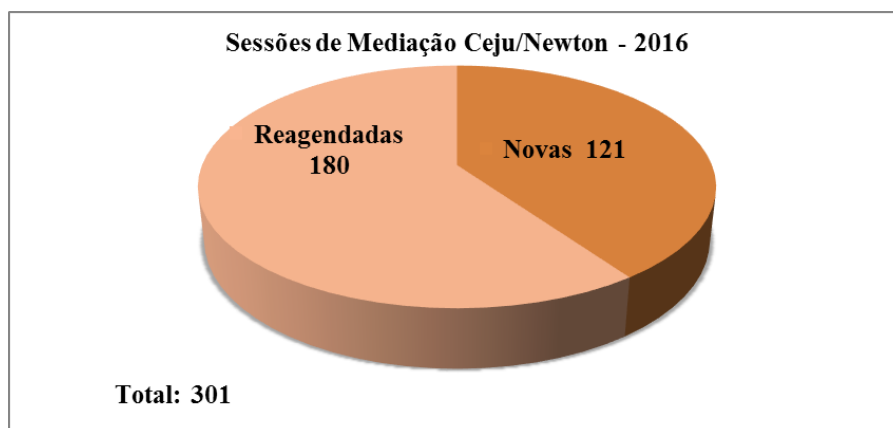


Gráfico 2: Sessões de Mediação Ceju/Newton – 2016. Ao longo do ano de 2016 foram realizadas 301 sessões de mediação sendo que dessas 121 referem aos números de casos que foram atendidos e 180 refere-se a continuação das sessões desses casos até sua conclusão.

Através dos dados demonstrados é possível perceber que ao longo do ano de 2016 o Centro de Exercício Jurídico da Newton foi capaz de propiciar aos seus constituintes bem como aos seus alunos (Monitores e Extensionistas) um novo olhar com relação ao sistema multiportas de acesso à justiça, no qual as técnicas adequadas de solução dos conflitos ganham espaço na perspectiva de uma resposta jurisdicional mais rápida e efetiva como o que foi obtido através das mediações realizadas no Ceju.

Conforme mencionado anteriormente, o procedimento de mediação do Ceju é fundamentado no amor e o acordo é trabalhado como uma possibilidade e não como o objetivo central, mesmo diante do Convênio existente com o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Dessa forma, o objetivo principal é trabalhar os interesses, sentimentos e necessidades dos mediandos e não somente a posição cristalizada do conflito, ou seja, é centrado nas possibilidades que se abrem às pessoas de construírem novas perspectivas de sei próprias, do outro e do conflito que participam.

Para além dos números apresentados, não se pode deixar de destacar também a participação do Ceju em diversos projetos voltados a inclusão social, colaborando em atividades sociais relevantes e efetivas além de buscar consolidar a proposta da instituição de atendimento à comunidade carente de Belo Horizonte e formar bacharéis mais humanos e comprometidos com a ética, com o respeito e com a compaixão.

Em 2015, a professora coordenadora do Núcleo de Mediação e Conciliação do Ceju juntamente com o Coordenador Bernardo Nogueira organizaram um livro dentro da temática da mediação “No meio do caminho havia uma escuta: Diálogos junto da Mediação”, lançado na cerimônia de comemoração de 15 anos do Ceju, no dia 10 de maio de 2015, obra que mostrou a mediação, por meio de uma linguagem poética e reflexiva e que contou com a participação dos docentes da instituição.

Em 2016 a professora Ludmila Stigert orientou um grupo de 09 (nove) alunos em sede de Iniciação Científica dentro da temática da efetividade da mediação o que

resultou na elaboração de um novo livro “ A efetividade da mediação para além da Teoria...”.

Salienta-se também o processo de capacitação e formação dos professores do curso de Direito da Instituição. No ano de 2017, a professora Ludmila Stigert capacitou 11 (onze) docentes enquanto mediadores judiciais e extrajudiciais. Ou seja, existe uma Política interna de disseminação da cultura da paz e promoção de um ensino mais humanizado e comprometido com autocomposição. Em 2018 mais novos dez professores começarão o curso.

O investimento da Escola de Direito da Newton Paiva, por meio do ensino e da prática, da Mediação e Conciliação é uma grande ousadia, uma grande inovação dentro do perfil clássico das instituições de ensino superior. Trata-se uma visão mais ampla de aprendizado bem como a necessidade de se remodelar o sistema clássico de práticas jurídicas.

Era necessário repensar o Direito; era imperioso desenvolver um novo olhar para a Justiça; era fundamental humanizar o processo de formação do profissional do Direito, de modo a leva-lo a ir além do paradigma “ganha-perde”.

Portanto, o Ceju faz parte do novo paradigma autocompositivo que se inicia no Brasil como solução mais adequada e com índices satisfatórios de resultados diante dos conflitos. Sabe-se que os conflitos são naturais, inerentes ao ser humano enquanto ser social. Não há como negar a sua existência, por isso, foi mais interessante desenvolver novas dinâmicas de gestão dos mesmos que transcendam ao Poder Judiciário, pois este se mostra, cada dia mais ineficiente na condução dos mesmos.

Se todo empreendimento é fundamentado em seu alicerce, como analogia, pode-se dizer que o Ceju, com seus 16 anos de atuação jurídica, está devidamente fortalecido para ajudar a construir uma nova história para a sociedade Belo Horizontina.

5 Conclusão

Depois de narrar a história da mediação na Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva pode-se elucidar que a mesma ainda se encontra inacabada. A mediação não se estrutura do dia para a noite. Ela precisa ser exercitada em todas as searas institucionais para começar a fluir naturalmente e atingir seus objetivos.

Este trabalho não se mostra fácil nem disperso de empecilhos. Pelo contrário, fazer com que a cultura da autocomposição, da colaboração e da paz se dissemine nos corredores de uma instituição de ensino é um grande desafio.

Nas entrelinhas desse texto ficou claro que a Newton ousou e introjetou a mediação e a conciliação no curso de Direito de maneira teórica e prática. A Teoria

se apresenta em todas as disciplinas do curso e a prática se aplica em seu Centro de Exercício Jurídico (Ceju).

Cabe aqui ressaltar o quanto o Ceju está atento às mudanças sociais e acadêmicas do âmbito do Direito que são voltadas à sociedade e ao indivíduo. Não é somente pela teoria que uma comunidade igualitária, respeitosa, fraterna e ordeira é construída, mas sim com um trabalho prático e árduo como o desenvolvido neste centro jurídico.

Dentro da perspectiva da mediação, o Ceju, através de seu núcleo, trabalha tanto o ser humano quanto o problema, caminhando pelas Escolas de Mediação e trilhando as esteiras da sua própria Escola: a da Alteridade, do Amor!

O reconhecimento do outro é fundamental para a construção de uma solução mais eficaz e satisfatória para as pessoas envolvidas, além de ser no outro o local onde nós nos encontramos e nos percebemos.

As crises causadoras dos conflitos e dos problemas são uma oportunidade de mudança social, pessoal e coletiva e, dentro desse contexto, é objetivo do Ceju a conscientização e a emancipação do sujeito tanto dos constituintes, quanto dos alunos, professores e funcionários.

A Escola de Direito, dentro dessa construção sempre em constante movimento, está cada dia mais efetivando e materializando os direitos fundamentais e a democracia, uma vez que a mediação e a conciliação são percebidas enquanto políticas públicas educacionais, inclusivas e emancipatórias.

* * *

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tânia. *Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos*. DashTransformar (Edição Digital), 2014.

Arquivo Ceju

AZEVEDO, André Gomma. *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol. 1 e 2. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

CORRÊA, Gustavo Hermont; VARELA, Isabela Dalle; STIGERT, Ludmila Castro Veado. *O novo paradigma da ciência do direito: uma nova forma de olhar para o outro*. in No meio do caminho havia uma escuta: Diálogos junto da Medição. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2016.

FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. *Panorama da mediação no Brasil: Avanços e fatores críticos diante do marco legal*, 2016. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/4099/2812. Acessado em: 05/11/2017.

FISHER, Roger e URY, William. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

JUNIOR, Figueira e DIAS, Joel. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. São Paulo: RT, 1999.

LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acessado em: 12/11/2017.

LEI Nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acessado em: 12/11/2017.

Manual de Mediação CNJ, 6 ed, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acessado em: 12/11/2017.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: Estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação: Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos*. Tradução Magda França Lopes. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa. *ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura* v. 1, n. 2, julho-dezembro 2015.

NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa; STIGERT, Ludmila. (Org.). *No meio do caminho havia uma escuta: Diálogos junto da Mediação*. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2016.

NUNES, Antônio Carlos Osório. *Manual de Mediação: guia prático da autocomposição*. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA FILHO, Bertolo Mateus de. *Emocionando a Razão: Aspectos sócioafetivos no direito de família*. Belo Horizonte: Inédita, 1999.

PARKINSON, Lisa. *Mediação Familiar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SANTOS, Roberta Freitas Carvalho dos. *Acesso à justiça por meio da mediação de conflitos*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/RobertaFreitasCarvalhoSantos.pdf. Acessado em: 05/11/2016.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. 2ª edição. São Paulo: Ágora, 2006.

TROVILHO, Octávio Henrique Betta Barbosa Correa. *A mediação como método adequado de solução de conflitos e forma de reestabelecer as relações interpessoais*. USCS, 2014. Disponível em: repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/652/2/octavio%20trovilho.pdf. Acessado em: 22/04/2016.

WEIZENMANN, Cristina. *A mediação como meio de resolução de conflitos no direito de família*. Centro Universitário UNIVATES, 2009. Disponível em: <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/550/1/2009CristinaWeizenmann.pdf>. Acessado em: 22/04/2016.

ALTERNATIVIDADE OU PLURALISMO? ABRAÇANDO NOVAS FORMAS DE ADMINISTRAR CONFLITOS

*Maria Carolina Rodrigues Freitas
Maria-Maria Martins Silva Stancati*

Introdução

Toda sociedade experimenta o conflito, até sociedades primitivas manifestam algum tipo de disputa entre seus membros. Em sendo assim, a vida em comunidades deve ser encarada como um espaço de consenso que não exclui o dissenso. Resta então questionarmos como nossa sociedade lida com estes conflitos ínsitos a todas as relações sociais.

O modelo de sociedade e de Estado fundado pela modernidade concebeu que o conflito era um sintoma de disfunção da estrutura social que deveria ser dissipado. Por sua vez, restou fundada a ideia de que o monopólio do ordenamento jurídico e do poder coercitivo com o Estado seria capaz de regulamentar a sociedade e promover a efetividade dos ideais de igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.

Este trabalho pretende apresentar uma virada na perspectiva sobre o Direito e sobre o conflito e a influência na construção de outra forma de administrá-los, para além da tradicional sub-rogação produzida pela prestação jurisdicional.

1. Solucionar ou administrar conflitos?

A primeira questão que devemos nos debruçar é sobre a repercussão do conflito em nossa sociedade. É possível efetuarmos uma distinção básica, qual seja, comunidades que percebem o conflito como algo positivo ou como uma manifestação negativa. A forma como encaramos nossas disputas repercutirá diretamente nos modos para sua resolução.

Se partirmos das concepções de Hobbes¹, o homem é uma criatura ávida por poder e, impulsionado pela realização de seus desejos, proliferam conflitos em suas relações com outros sujeitos na medida em que crescem em número e em complexidade. Por esta perspectiva, esta busca por objetivos absolutamente incompatíveis geraria uma luta até a subjugação do oponente e, conseqüentemente, uma desarticulação do grupo social. Em sendo assim, o conflito deveria ser extirpado das relações sociais para que não desestabilizar a estrutura da comunidade.

¹ Cf. HOBBS, Thomas, *Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 143-148.

Esta perspectiva negativa sobre o conflito põe fé no Estado e nas regras de controle social para garantir a sua sobrevivência em sociedade. Neste diapasão, a intervenção do Estado nas relações sociais, atuando com o monopólio do poder coercitivo para organizar a busca pelo atendimento dos interesses pelo homem, procederia a eliminação do conflito na sociedade, garantindo a necessária harmonia social ao grupo. Logo, para esta teoria contratualista, que serve de base filosófica para a instituição dos Estados Modernos, o conflito é visto como uma disfunção a ser combatida.

Sendo o Estado uma estrutura que seria capaz de proporcionar segurança e estabilidade à sociedade, precisa dispor de regras para organizar as relações sociais. E neste bojo que se manifesta o Direito. As relações sociais passam a ser contingenciado por normas jurídicas², regras que estão previamente estabelecidas e limitam atuação da vontade individual, cuja a violação implicará na intervenção do Estado sobre a vontade dos contendores para reestabelecer a convivência social.

Este modelo concebeu que o monopólio do poder coercitivo pelo Estado e a existência de um ordenamento jurídico pautado pela legalidade, impositividade, formalidade, universalidade e objetividade seria capaz de regulamentar a sociedade e garantir a pacificação social.

Se pensarmos sobre a construção do Direito na modernidade, retornando ao momento de formação dos Estados Nacionais, veremos que se pretendia o estabelecimento de uma normatividade única e o monopólio da jurisdição, negando a pluralidade das fontes do direito e de órgãos que poderiam dizer quem tinha o direito ao que. O Estado, através do Poder Judiciário na sua função jurisdicional, passa a ser o único detentor do direito de nomear³ quem tinha razão ao fim e ao cabo e impor o interesse do vitorioso contra terceiros.

O Judiciário, através de um agente público, supostamente neutro e imparcial, com uso de um procedimento técnico, pautado em regras jurídicas, tem a função de reequilibrar a disputa entre sujeitos quando estes não consegue compor ajuste, substituindo a vontade dos litigantes através de uma decisão compulsória e definitiva que irá aplicar a lei e solucionar o conflito⁴.

² Utilizamos para a definição de direito aquela forjada por Boaventura de Souza Santos: “o direito é um corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de fora”. Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2002, v. 1, p. 290.

³ O ato de nomear significa o ato realizado por um sujeito que detém uma autoridade para especificar ou designar algo ou alguém, atribuindo um tratamento diferenciado para este algo ou alguém. Nos empresta mais uma vez sentido a fala de Pierre Bourdieu ao definir o veredito do juiz como ato de nomeação: “forma por excelência da palavra autorizada, palavra pública, oficial, enunciada em nome de todos e perante todos: estes enunciados performativos, enquanto juízo de atribuição formulado publicamente por agente que actuam como mandatários autorizados de uma colectividade e constituídos assim em modelos de todos os actos de categorização, são actos mágicos que são bem sucedidos porque estão à altura de se fazerem reconhecer universalmente, portanto, de conseguir que ninguém possa recusar ou ignorar o ponte de vista, a visão, que eles impõem”. Cf. BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989, p.236-237

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Campinas: Bookseller, 2008. p. 8.

A compreensão mais aceita na Teoria do Processo Civil é esta que compreende o conflito como uma fonte de desarmonia e por isso pode e deve ser extraído da sociedade⁵. O Estado Democrático brasileiro tem como escopo assumido no preâmbulo da Constituição Federal de 1988⁶, assegurar os direitos fundamentais, a igualdade e a justiça de uma sociedade apoiada na harmonia e engajada com a pacificação social. Logo, se o Estado quer atender uma sociedade que deseja a pacificação, não há espaço para permanência de conflitos, sendo uma de suas funções a de eliminá-lo da sociedade.

De fato, a barbárie e a violência que relações não disciplinadas e a autotutela representaram no curso da história ocidental foram postas de lado com a crescente sistematização da prestação jurisdicional. O Direito de forma inescusável, racionalizou, profissionalizou, centralizou e, pelo menos abstratamente, trouxe mais isonomia à resolução dos conflitos.

No final do século XX, diante de um incremento quantitativo pela prestação jurisdicional, tornou-se questionável a efetividade do Direito enquanto extirpador de disputas sociais. Com as mazelas do pós-guerra e, algumas décadas depois, a falência do modelo de Estado Providência, verifica-se que o Estado legalista foi incapaz de promover a igualdade e a justiça social prometidas. É neste bojo de críticas que se passa a questionar se a proposta de pacificação de conflitos pelo judiciário foi bem-sucedida.

Em um importante movimento de guinada sobre a concepção do conflito na sociedade, o sociólogo alemão Georg Simmel, inaugura a compreensão dos conflitos como um fenômeno positivo. O conflito seria não só inerente à sociedade como também um elemento de sociação⁷, importante para a coesão da comunidade, um veículo de criação de uma nova unidade, com valores reforçados pela existência de uma oposição. Outrossim, o conflito estabeleceria as identidades e hierarquias do grupo⁸, estruturar que dão sentido à realidade da comunidade.

Logo, de acordo com esta perspectiva, sendo o conflito um fenômeno inerente e importante para as relações sociais, o Estado não tem a missão de eliminar o conflito da sociedade, até porque isto seria impossível. A posição do Estado passa a

⁵Compartilham deste entendimento: MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 28; SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1, p. 20.

⁶ Conforme expresso no preâmbulo da Constituição de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

⁷ Por sociação, ou, no vocábulo original em alemão, *Vergellschaftung*, se compreende as formas pelas quais os atores sociais interagem em constante movimento de aproximação e repulsa, fazendo e desfazendo incessantemente relações de cooperação e conflito. Para Simmel a sociedade só existe nessa relação intersubjetiva proporcionada pela sociação. Se ao invés do conflito se instaurasse a indiferença entre os sujeitos, não haveria interação social e, portanto, inexistiria a sociedade. SIMMEL, Georg. A natureza sociológica do conflito. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. In: MORAES FILHO, Evaristo (org.). **Simmel**. São Paulo: Ática, 1983, p. 122-134.

⁸ Idem.

ser a de administrador destes conflitos⁹, para que a polarização das posições não mais provoque uma força destrutiva ao grupo social. Portanto, não sendo o conflito em si um problema, a fonte da desarmonia é a má administração do conflito¹⁰, gerando disputas pontais destrutivas às relações sociais. Por tal juízo passa-se a defender que a função da jurisdição seria de administrar conflitos e não pacificá-los.

Um conflito adequadamente administrado produz resultados positivos¹¹ na medida em que estimula mudanças sociais e pessoais, fortalece relações, reajusta a distribuição de poder e cria ou modifica normas. Em outro tom, um conflito mal administrado produz efeitos negativos¹², como o enfraquecimento das relações preexistentes, a expansão do conflito, o esquecimento das causas iniciais e a busca pela obliteração do oponente.

2. Pluralismo normativo ou pluralidade no conflito?

Seja para pacificar ou para administrar, o fato é que as sociedades modernas passaram a compreender o Direito como promotor de um espaço mais justo¹³ e adequado para o tratamento dos conflitos.

Nestes moldes, o conflito passa a ser abordado sob a perspectiva de uma lide. A lide é a oposição de pretensões jurídicas que se encerra com a decisão terminativa do processo. Portanto a jurisdição estaria apta para pacificar oposições jurídicas¹⁴, ou seja, disputas sobre direitos. A via jurisdicional aborda o conflito através de uma burocracia especializada, que tem por objetivo aplicar a lei ao caso concreto e solucionar a lide, desempenhando esta função através de um procedimento técnico de encadeamento de atos que só podem ser desempenhados pelos operadores do direito, cabendo aos litigantes o papel de meros coadjuvantes.

Ao concentrar o tratamento do conflito na prestação jurisdicional, o modelo do Estado Moderno, provoca uma sublimação das outras formas de composição de conflito não institucionalizadas pelo Estado. Esquece-se com isto que uma das características da jurisdição é o seu caráter subsidiário. Portanto ao providenciar a

⁹ DEUTSCH, Morton. A Resolução Do Conflito. Tradução Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004, v.3, p. 29-98

¹⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação e práticas restaurativas. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 20-21.

¹¹ AZEVEDO, André Gomma de. Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004, v.3, p.150.

¹² DEUTSCH, Morton. A Resolução Do Conflito. Tradução Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004, v.3, p. 29-98.

¹³ COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004, v.3, p. 192.

¹⁴ DUARTE, Fernanda. A construção da verdade no processo civil e a igualdade jurídica. II Seminário Internacional de Gestão em Segurança Pública e Justiça Criminal, NUFEP - Núcleo Fluminense de Estudos e Pesquisas da UFF, Niterói, julho de 2007.

jurisdição, o Estado não espera, e tampouco deseja, que todos os conflitos passem a ser solucionados no Poder Judiciário e de acordo com as regras jurídicas vigentes.

Tendo isto em conta aclara-se que nem todo o conflito deve ser resolvido pela via judicial. Com o Estado, a sociedade não deixou de dispor de mecanismo próprios, menos burocráticos e informais¹⁵ para acomodar seus conflitos fora do poder judiciário. Com a percepção que a heterocomposição não passa necessariamente pela aplicação de normas jurídicas ou a discussão sobre a disponibilidade de direitos, ainda que o objeto do conflito possa ser avaliado pelo enfoque jurídico.

Partindo da concepção de pluralismo jurídico apresentada pelo professor Boaventura de Souza Santos¹⁶, devemos compreender que em nossa sociedade há a coexistência de várias normatividades que atuam e se combinam em diversos campos sociais. Em sendo assim, o direito estatal não é a única normatividade que regula nossas condutas e nos fornece parâmetros para administrar nossos conflitos.

Estas normatividades são ocultadas pelo senso comum, que só reconhece o direito estatal como normatividade. Ele foi construído pela teoria do Estado e a teoria jurídica como a única forma de direito existente na sociedade. Por esta razão, o direito do Estado se faz presente em todos os campos sociais numa perspectiva integralizadora, atuando em todas as relações sociais.

O direito oficial estatal, tanto na sua produção quanto na sua aplicação, trava negociações com outras fontes de regulação social. Assim ele não é o único, ainda que hegemônico, e sua juridicidade se manifesta de acordo com as negociações que estabelece com estas outras normatividades. Ademais, nem sempre ele é o mais importante na contensão de conflitos do cotidiano¹⁷. Muitos sistemas jurídicos paralelos ao estatal dão conta de conter a litigiosidade de fatos que representam uma violação as leis.

A compreensão de que a lei é a única fonte do direito e que o judiciário é o único responsável pela contensão de conflitos direciona os sujeitos para a prestação jurisdicional. A sociedade nos apresentar uma variedade de mecanismos de autorregularão e de autocomposição de litígios, com ou sem recurso a uma terceira parte, mas o Estado não as legitima, o que desestimula seu uso.

¹⁵ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**: o caso português. Porto: Aforamento, 1996, p.47-51. O sociólogo nos alerta “que o tribunal de primeira instância chamado a resolver o litígio é, sociologicamente, quase sempre uma instância de recurso, isto é, é accionado depois de terem falhado outros mecanismos informais utilizados numa primeira tentativa de resolução (...) ele não ocorre num vazio social nem significa o ponto zero da resolução do litígio a resolver” (p.49)

¹⁶ Para o autor nossa sociedade é formada por constelações de poder, de direito e de conhecimento. Cada forma de estrutura de poder, de juridicidade e de epistemologia é própria de um campo, conforme disposto no quadro 2 que segue em anexo. No que se refere à constelação de direito, embora cada forma de direito se autoreferencie, seus limites e suas concepções encontram substrato nas outras ordens jurídicas, advindo deste intenso diálogo a ideia do autor de não haver uma legalidade, mas interlegalidade, ou seja, a atribuição de um fenômeno como jurídico depende de sua interação com as outras fontes. Sem esta necessária interação o direito estatal não funcionaria na sociedade. SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2002, v.1, p.273.

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2002, v.1, p.261-325.

Pensar que todo conflito experimentado na sociedade é levado à apreciação do judiciário é uma arrogância deste poder. Como já asseverado pelo professor Boaventura de Sousa Santos¹⁸, há uma área cinzenta de conflitos que sequer batem as portas do judiciário e são administrados em espaços sociais autorregulados e investidos de autoridade pelos sujeitos integrantes.

O modelo jurisdicional pode funcionar satisfatoriamente em diversos tipos de lide, mas em tantos outros tem eficácia restrita para solucionar as disputas. A resolução de lides com a imposição da decisão do magistrado é suficiente para refrear algumas disputas, mas equivoca-se o Estado que acredita que todos os conflitos sociais podem ser conduzidos desta forma, limitando sua função jurisdicional à oferta de mecanismo de adjudicativos.

Entretanto, os conflitos guardam em si oposições mais amplas, que envolvem questões para além das questões trazidas ao processo e disciplinadas pelo direito. A lide é uma manifestação do conflito judicializado, contudo, não encerra todo o seu conteúdo.

As outras dimensões do conflito não podem ser alcançadas pelo processo, lidando a heterocomposição estatal só de modo superficial com esta espécie de conflito. Porque o processo está adstrito a debater questões jurídicas, o conflito passa a operar por uma linguagem técnica e burocrática que é própria do Direito. Ademais, como as partes não tem capacidade para elas próprias produzirem os atos do processo, dependem de advogados que detêm a expertise técnica para tanto. De outra via, o terceiro responsável pela heterocomposição será o magistrado, investido de poder jurisdicional para tanto e que também abordará e promoverá uma solução adstrita a questões técnicas.

Neste diapasão o conflito judicializado trataria tão somente de oposições jurídicas, cabendo a outras fontes sociais reguladoras da convivência em comunidade auxiliar as partes à administrar as outras camadas de seus conflitos. Portanto, a oferta de outras formas de administração deve se direcionar tanto para a disputa da questão jurídica em si quanto para as outras camadas não jurídicas deste conflito que o Direito não logra êxito em alcançar e, de fato, nem busca visualizá-las.

3. Alternatividade ou dissimulação?

Hodiernamente o Estado tem um discurso de promoção de outros métodos de administração de conflito, porém a própria nomenclatura de alternativos a estes métodos já demonstram que identifica a jurisdição como o principal método estatal para administrar as dualidades nas relações sociais.

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português. Porto: Edições Aforamento, 1996, p. 44-51.

Não há como esse trabalho afirmar hodiernamente as pessoas procuram mais o judiciário para solucionar seus litígios porque não temos como quantificar o número de pessoas que não buscam a prestação jurisdicional. A avaliação que podemos fazer é que grande parte da população identifica no judiciário um espaço principal para realizar a heterocomposição em litígios. Tal afirmação encontra fundamento em algumas pesquisas estatísticas que apontam os litígios de família como uma das principais causas para busca da prestação jurisdicional.

Na única Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) que abordou a temática do acesso ao judiciário realizada em 2009¹⁹, das 12,6 milhões de pessoas com mais de 18 anos que declararam ter experimentado situações de conflito nos cinco anos anteriores, 70,2% recorreram a algum órgão do Poder Judiciário para solucionar a celeuma.

Uma vez manifestado o conflito, identificada pelas partes uma questão jurídica e reconhecida a impossibilidade de administrar autonomamente, há, abstratamente, uma alta propensão de que este conflito seja judicializado. Digo abstratamente porque vários fatores interferem na decisão individual de judicializar o conflito, podendo esta porcentagem indicada pela pesquisa não vir de fato a propor uma demanda quando se envolverem num conflito.

Embora tenha sido reconhecido o instituto da arbitragem (Lei nº 9.307/96) e da conciliação extrajudicial há algumas décadas (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal), o Estado pouco estimula o seu uso²⁰ e continua a fomentar uma política de acesso à justiça que invariavelmente direciona as demandas ao Poder Judiciário. Até as experiências de promover conciliações prévias, são esforços realizados pelo Poder Judiciário e obviamente seguem sua lógica e sua retórica, não podendo ser qualificadas como extrajudiciais.

O Conselho Nacional de Justiça, na tentativa de promover o acesso à justiça e estimular uma cultura da solução pacífica dos conflitos, estabeleceu com a Resolução 125/10 as diretrizes para a implementação, através do judiciário, do uso de mecanismos cooperativos de construção de consenso.

O pai das ondas reformistas do processo civil, Mauro Cappelletti, já despertava este olhar e apontava os rumos do processo para uma abertura à outros mecanismos de resolução de conflito²¹. Nesta vereda, a grande voga no processo civil é a discussão sobre os métodos alternativos de resolução e conflito, que também possuem expressa previsão no art. 3º e seus parágrafos tornando-se uma leitura ampliada do art. 5º, XXXV, CRFB/88, onde afirma que não se exclui da

¹⁹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: Características da vitimização e do acesso à justiça no Brasil. Rio de Janeiro, 2010, p. 248. Disponível em: <Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios>. Acesso em: 08 fev. 2015.

²⁰ Apesar do Novo CPC trazer como requisito da petição inicial (art. 319, VII) a opção pela realização ou não da audiência de conciliação e mediação, que também poderá ser utilizada no pós-saneamento do processo ou na abertura da Audiência de Instrução e Julgamento (art. 359), os relatos trazidos pelos advogados e alunos que estão cursando a matéria de estágio forense, é da não aplicação do instituto.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad. Revista de proceso. vol.64, p.145-157, out-dez 1991

apreciação jurisdicional, englobando, assim, a jurisdição contenciosa e voluntária, que conta com as vertentes judiciais e extrajudiciais²².

A abertura do processo civil à mecanismos alternativos, judiciais e extrajudiciais, representa não só dar novos espaços para contensão de conflito social como também proporcionar uma reforma nos valores e conceitos que organizam a prática processual oficial em razão da coexistência entre estas esferas.

Olvida-se, entretanto, que, ao estabelecer tal política como incumbência do judiciário, a oferta de meios cooperativos se dá por via intrainstitucional. Primeiro busca-se o judiciário, e espera atuar sob sua lógica para então ser apresentado à procedimentos como a conciliação e a mediação.

O sujeito quando procura ou quando é apresentado a via cooperativa, ainda se vê dentro do poder judiciário e tentar organizar o procedimento através de categorias judiciárias²³. Com isto ele transporta para a via cooperativa categorias formais, burocráticas e combativas que em natureza lhes são estranhas.

De outra via como esta oferta ainda é intrainstitucional e as soluções alcançadas pelas partes ainda precisam ser homologadas pelo magistrado, o judiciário continua a guardar para si o poder de nomear, de dar a decisão final, de promover espaços para administrar estes conflitos sociais, garantindo sua hegemonia e dissimulando uma aceitação do pluralismo de mecanismos de resolução de conflitos.

Nos parece que a alteração na forma de atuação do judiciário não é suficiente para promover a aceitação de uma pluralidade normativa e o reconhecimento de que o Direito não tem ferramentas para lidar com todas as camadas do conflito. Diante desta constatação se faz necessário uma mudança radical na forma como compreendemos o direito que implica em repensar a forma como enxergamos as normas e o poder judiciário, contestadora do estabelecido e desestruturadora de práticas sedimentadas.

Uma hermenêutica crítica do direito deve questionar o monopólio estatal e identificar outras produções jurídicas significantes. O ordenamento jurídico estatal nem sempre é o mais importante na contensão de conflitos do cotidiano. Muito fatos que representam uma violação à leis formais, não geram litígios judiciais, seja porque no interior da normatividade paralela em que o sujeito está atuando não houve de fato uma violação às suas normas ou porque estes outros sistemas jurídicos já deram conta de conter a litigiosidade.

Aceitando a existência de um pluralismo jurídico pode-se identificar que, enquanto sujeitos de direitos, vivemos inseridos em diversas comunidades jurídicas e redes de juridicidades²⁴, que ora se sobrepõem, ora se complementam ou se

²² Nesse modelo de jurisdição que se encontram os atos desjudicializados realizados em Serventias Extrajudiciais, vulgo Cartórios.

²³ ALMEIDA, Gabriel Guarino Sant'anna Lima de; DUARTE, Fernanda. Sentimentos de justiça e(m) conflito.: uma experiência de mediação judicial no Rio de Janeiro. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p.157-168, dez. 2013.

²⁴ SANTOS, op.cit. (1990), p. 36.

negam. Hodiernamente há uma complexa mistura destas redes de juridicidades gerando uma interlegalidade que regulamenta o agir social. Ao nos debruçarmos sobre esta realidade paralela de ordenamentos é possível avaliar e reconstruir as características do próprio direito estatal.

A compreensão de que a lei não era a única fonte do direito e que o judiciário não é o único responsável pela contensão de conflitos, demonstra a necessidade de mecanismos variados para a garantia daqueles preceitos fundamentais salvaguardados pelas Constituições democráticas.

Diante destas novas compreensões, o direito processual civil tem se mostrado como insuficiente para resolver os conflitos e garantir os direitos fundamentais numa sociedade em que a litigiosidade aumenta em níveis exponenciais e o judiciário se agiganta. Partindo da premissa básica de que o processo é um instrumento de realização de direitos, para concretização desta função o direito processual civil deve prover mecanismos aptos à intervir na sociedade como ela se apresenta e não como ela foi idealizada.

O processo é então inundado pelo texto constitucional e já não basta vê-lo como garantia de acesso à jurisdição judicial somente. O processo representa uma função social e constitui um espaço de manifestação da democracia, tanto para os substancialistas, quanto para os procedimentalistas. Destarte, sendo o processo um instrumento democrático deve o judiciário estar atento à compreensão da sociedade sobre o justo.

Diante da necessária abordagem do direito como fenômeno cultural, o processo também deve ser compreendido nesta seara. Souza Santos nos empresta, mais uma vez, sentido à esta fala na medida que enquanto fenômeno social o processo oficial, operado pelas instituições estatais, não pode negar a existência de uma pluralidade de ordenamento, sendo este mais um dentre as manifestações sociais de contensão de conflito.

Com o reconhecimento da existência de diversos espaços decisórios concorrentes à jurisdição estatal, o direito se aproxima da realidade que pretende disciplinar não através de um discurso impositivo, como é a retórica judicial, mas através do incentivo ao diálogo e da educação para construção de consensos.

Evidente que em Estado de democracia débil como é o Brasil, onde o executivo é um dos grandes violadores de direitos, o intervencionismo judicial, embebido daquele viés substancialista, nos garante no poder judiciário um espaço de realização dos direitos fundamentais. Mas em relações privadas é perfeitamente cabível, e até preferível, que a sociedade civil se autodiscipline, sem perder de vista aquele núcleo básico do pacto constitucional.

Indo além, fomentar a busca excessiva ao judiciário para solução de conflitos, seja ele entre cidadão e Estado ou entre sujeitos da sociedade civil, e dar como resposta um crescente intervencionismo judicial na sociedade e na política é alienar ainda mais o cidadão das suas capacidades de interação democrática. A criação

deste fetichismo legal e judicial atende aos interesses de um Estado não democrático que quer uma sociedade civil não organizada e fraca.

Sendo assim, seja para viabilizar uma reeducação cívica dos cidadãos, por uma questão contingencial, pois não é possível ao judiciário suportar o exponencial crescimento das demandas, ou por uma razão de incredulidade da sociedade quanto ao poder judiciário, a desjudicialização das contendas e reformulação do processo civil se torna cada vez mais necessária e alvo das novas teorias do direito.

Conclusão

Por fim, para uma sociedade complexa, devemos dispor de meios variados para atender suas demandas e pacificar seus conflitos, meios judiciais e extrajudiciais. Adotar um processo, uma forma, uma técnica exclusiva representa cair de novo na armadilha reducionista e totalizadora do modernismo. Assim, dar um passo à frente e promover a virada no modo de pensar o direito, como de fato deve propor uma abordagem pós-modernista, implica em se afastar destas estruturas e abraçar a ideia de pluralidade de ordenamentos jurídicos e descentralização da jurisdição.

Não se pode perder de vista que enquanto fenômeno cultural, queiram ou não os seus teóricos, o direito já está impregnado pelo modo de pensar pós-moderno. As legislações recentes, ainda que em passos muito lentos, se abriram para a diversidade cultural, albergando categorias sociais antes marginalizadas, num movimento de integração do subversivo e reavaliação de valores.

O poder judiciário foi “colonizado” pela ética do capitalismo tardio e hodiernamente vem sendo regido por regras de eficiência de procedimentos e resultados quantitativos. Também tem sido crescente o interesse dos juristas pelo diálogo com outros saberes, tais como a sociologia, a antropologia e a psicologia, como forma de melhor compreender a sua atuação. Em sendo assim uma teoria do direito moderna se tornou obsoleta para uma realidade iminente pós-moderna.

Se se quer superar a carência de efetividade e a perda de sentido que o Direito vem experimentando devemos abandonar aqueles paradigmas da modernidade. Talvez a experiência dionisíaca de subverter todas as regras conhecidas e abalar todas os fundamentos estabelecidos nos permita colocar as coisas de volta no lugar, construindo novas bases de pensar e de realizar o direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Gabriel Guarino Sant'anna Lima de; DUARTE, Fernanda. Sentimentos de justiça e(m) conflito.: uma experiência de mediação judicial no Rio de Janeiro. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p.157-168, dez. 2013.
- AZEVEDO, André Gomma de. Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004, v.3.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro. Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad. *Revista de processo*. vol.64, p.145-157, out-dez 1991
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2008.
- COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004, v.3.
- DEUTSCH, Morton. A Resolução Do Conflito. Tradução Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004, v.3.
- DUARTE, Fernanda. *A construção da verdade no processo civil e a igualdade jurídica*. II Seminário Internacional de Gestão em Segurança Pública e Justiça Criminal, NUFEP - Núcleo Fluminense de Estudos e Pesquisas da UFF, Niterói, julho de 2007.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: Características da vitimização e do acesso à justiça no Brasil. Rio de Janeiro, 2010, p. 248. Disponível em: <Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios>. Acesso em: 08 fev. de 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: RT, 2006, v. 1.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Aforamento, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2002, v. 1.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1.

SIMMEL, Georg. *A natureza sociológica do conflito*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. In: MORAES FILHO, Evaristo (org.). *Simmel*. São Paulo: Ática, 1983.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação e práticas restaurativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

A IMPUGNAÇÃO JUDICIAL DE ATOS ADMINISTRATIVOS NA DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS¹

Ricardo Perlingeiro

1. Introdução

A ação popular é um importante exemplo de tutela coletiva na defesa do interesse difuso,² tendo sido em diversos sistemas jurídicos o embrião do que hoje denominamos “direito processual coletivo”.³ Apesar do vínculo indissociável entre a ação popular e o contencioso judicial administrativo, pois o objetivo maior daquela é a discussão sobre a validade de atos administrativos, pouco ou nada se fala a respeito de uma correspondente interdisciplinaridade (processo coletivo e contencioso judicial administrativo). A doutrina e a legislação que vêm sendo produzidas a respeito das tutelas coletivas consideram apenas aspectos de direito privado que nem sempre são compatíveis com as relações jurídicas de direito público ou com os princípios fundamentais e regras gerais do contencioso judicial administrativo.⁴

2. Pendências sobre a tutela judicial coletiva

É inegável o papel de destaque ocupado pela tutela judicial destinada à solução dos litígios de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. A facilidade do acesso à justiça e, principalmente, a oferta de tratamento isonômico pelos tribunais àqueles que se encontram na mesma situação jurídica e fática são os pontos fortes dessa modalidade de proteção judicial. Na concepção do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, “interesses ou direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas,

¹ Texto apresentado no XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, organizado pelo Instituto Colombiano de Derecho Procesal, entre os dias 5 e 7 de setembro de 2007, em Bogotá, Colômbia. Publicado originariamente na RDE - Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 7, p. 255-272, 2007.

² MOREIRA (1977).

³ GRINOVER, 2005: 14.2005.

⁴ O descompasso entre o direito processual administrativo e as tutelas coletivas foi notado por CASSAGNE (2003: 124-25): “Si queremos que el país progrese y que retornen las inversiones en un clima de seguridad se impone la revisión y hasta la transformación de algunos de los actuales esquemas del derecho procesal administrativo, sin mengua de las garantías debidas a las personas, em um marco de equilibrio entre el bien común, los llamados intereses colectivos (que no siempre aparecen debidamente representados y suelen contradecir el interés público) y la protección de los derechos individuales. En esse escenario, frente a las perspectivas que se plantean no cabe sino elaborar los criterios para encarar las soluciones más justas y razonables, tratando de construir antes que destruir las instituciones existentes”.

entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base”, e o interesse individual homogêneo, o “que envolve direitos individuais, divisíveis, que possuam um ponto de fato ou de direito em comum”.⁵

Nos sistemas que a adotam, a tutela judicial coletiva depende da extensão da legitimidade *ad causam* a pessoas que não participam efetivamente do processo judicial, para que, dessa maneira, sujeitem-se igualmente aos efeitos da coisa julgada e, ainda, para que haja garantia da unidade de jurisdição. A questão é saber quais são os limites razoáveis para atribuir essa legitimidade e, conseqüentemente, quais são os limites razoáveis para impor a terceiros essa sujeição à coisa julgada. Mais uma vez socorrendo-se ao Código de Processos Coletivos para Ibero-América, são legitimados para defesa do interesse difuso qualquer pessoa física ou membro do grupo atingido e, para o interesse individual homogêneo, diversas entidades públicas e representativas; a sentença fará “coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova”, e, “mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de dois anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado”; nas ações de interesse individual homogêneo, “em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual”. Nota-se, portanto, que o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América preocupou-se em restringir a coisa julgada nos casos de improcedência, sempre admitindo, entretanto, a definitividade do julgado no caso de procedência.

No entanto, até que ponto é adequado que uma única pessoa física ou jurídica detenha o poder de iniciar um processo de interesse de toda uma sociedade? Até que ponto deve ter o poder de ensejar uma coisa julgada que alcance toda uma sociedade ou coletividade? O que é capaz de justificar a proteção judicial de interesses difusos a partir da iniciativa de uma única pessoa? Essas perguntas não têm sido mais formuladas em grande parte dos sistemas jurídicos que adotam as tutelas coletivas. No entanto, essas mesmas perguntas continuam sem resposta e as questões decorrentes não apresentam uma solução ideal. Afirma-se que a legitimidade extraordinária na ação popular ou nas ações de classe é um mal necessário, ante a fragilidade dos Estados em criar mecanismos eficazes de controle da Administração Pública e de acesso à Justiça⁶. Um mal necessário porque, na

⁵ GRINOVER, 2006:88.

⁶ FÁBRICA (2003: 240-241), referindo-se a FORSTHOFF e à obra *Der Staat der Industriegesellschaft*, cita que “quando existe um número ideal de titulares de um interesse para que este seja eficazmente perseguido, retirando daí a conclusão de que os interesses com um número de titulares muito elevado só podem ser adequadamente realizados se forem assumidos pelo Estado”. Ressalva FÁBRICA (*ibidem*), em complemento, que a observação de FORSTHOFF “é arguta; a conclusão, muito polêmica e porventura errada. Mas errada no âmbito para que foi pensada – sociedade alemã (outro tanto se poderá dizer das sociedades anglo-saxônicas) – já talvez não errada em âmbitos diversos, como o das sociedades com escasso nível cultural e com elites quantitativa e qualitativamente débeis – como a nossa. De facto, em países com nível educacional elevado, elites sociais fortes e estruturas administrativas e jurisdicionais eficientes, o alargamento da ação popular pode com plausibilidade ser considerado não só desnecessário como perigoso – desnecessário,

prática, de nada adianta estender a legitimidade *ad causam* e ao mesmo tempo restringir o alcance da coisa julgada apenas aos que tenham participado efetivamente do processo.⁷ A tese da representatividade adequada merece maior reflexão, para evitar a possibilidade de alguém sempre alegar prejuízo; alguém que não tenha participado efetivamente do processo ou alguém que não tenha se sentido efetivamente representado no processo. Do contrário, o resultado prático pode ser o seguinte: estimula-se a ação coletiva, porém os efeitos da coisa julgada, ao menos os efeitos prejudiciais, restringem-se aos que tiveram oportunidade de participar efetivamente do processo. Com isto, seria aberta a oportunidade de um novo processo e de uma nova decisão judicial a cada instante que alguém se sentisse prejudicado. Concebido justamente para assegurar o amplo acesso à Justiça e a uniformidade de tratamento entre os jurisdicionados na defesa de interesses difusos e coletivos, o sistema passa a conviver com o risco de um elevado grau de insegurança jurídica devido à possibilidade de decisões judiciais conflitantes.⁸

3. A importância da tutela coletiva no contencioso judicial administrativo

O fenômeno dos litígios de massa está igualmente presente nas causas de interesse da Administração Pública. Em alguns países, como, por exemplo, o Brasil,

porque a tutela dos bens susceptíveis de construir objeto de interesses difusos é assegurada satisfatoriamente pela Administração e pelos tribunais; perigoso, porque a abertura descontrolada dos tribunais ao ativismo social e político arriscar-se-ia a destruir, designadamente, o equilíbrio entre o poder judicial e o poder executivo. A situação afigura-se diversa em países como Portugal, que vivem encerrados num paradoxo trágico, em que apetece dizer que a acção popular é inútil, mas necessária; inútil, dada a raridade do seu exercício (por mais generoso que seja o regime jurídico), porque o nível educacional é baixo, porque o ativismo social é reduzido, porque as elites são débeis e preferem viver do Estado a afrontá-lo; mas, por outro lado, a ação popular torna-se paradoxalmente necessária, porque o Estado revela-se demasiado débil para proteger eficazmente os interesses dos grandes grupos, sendo relativamente fácil aos lobbys mais fortes e coesos (titulares de interesses colectivos e não de interesses difusos) manietar ou até dirigir a sua actuação”.

⁷ TALAMINI (2005: 128-129) anota que a coisa julgada *erga omnes* nas ações coletivas, a coisa julgada que decorrer de decisão de improcedência por razões outras que não a falta de provas, não afronta as garantias do devido processo legal e contraditório, sendo o eventual erro daquele julgado “um mal menor do que a possibilidade de reiterada repetição da demanda – o que seria arbitrário e excessivamente sacrificante para o demandado”. TRAVI (2006: 327) não acolhe a posição de LIEBMAN a respeito do julgamento *secundum eventum litis* e sustenta ser *erga omnes* a coisa julgada decorrente da anulação de ato administrativo normativo, por se tratar de um ato jurídico indivisível. GRINOVER (2006), ao comentar os efeitos da decisão judicial que anula uma deliberação social de sociedade anônima, considera-os genéricos (*erga omnes*), porém, restringe a coisa julgada às partes litigantes, invocando os princípios da defesa, do contraditório e da bilateralidade da ação e da exceção, especialmente nos casos em que a decisão judicial invalida o ato e um outro sócio pretende a validade do mesmo. Diante do conflito entre duas coisas julgadas, registra GRINOVER (*ibidem*) que “a segunda deve prevalecer, mas sobretudo porque, não fosse assim, conferir aos demais sócios seria inútil – e equivaleria a se lhes estender a coisa julgada gerada no processo alheio” (TALAMINI, op. cit., p. 102). Com efeito, assiste razão a ANTUNES (1989: 188) em criticar a coisa julgada *secundum eventum litis*: “É preciso ter presente que, também nas controvérsias respeitantes aos interesses difusos são sempre duas partes (ou grupo de partes) contrapostas. Se nós dizemos que os efeitos favoráveis se aplicam a terceiros e os desfavoráveis não, devemos ter em mente que em relação à ‘outra parte’ a solução *secundum eventum litis* opera somente em sentido negativo”.

⁸ GRINOVER (2005: 13) demonstra preocupação com a possibilidade de diversas ações coletivas simultâneas e com resultados contraditórios.

diz-se que os litígios de massa são na sua grande maioria os que envolvem a Administração Pública.⁹ No entanto, a doutrina e especialmente a legislação sobre processos coletivos não vêm dedicando espaço suficiente a essa categoria de litígios de direito público. Como consequência mais frequente, verifica-se uma limitação desarrazoada das medidas judiciais para defesa de interesses difusos contra a Administração Pública. Por falta de conhecimento ou pela existência de dogmas, prefere-se simplesmente afastar a jurisdição para solução de litígios de massa envolvendo a Administração Pública, embora, aqui, estejam presentes os mesmos fundamentos que legitimam as ações coletivas envolvendo direito privado: amplo acesso à Justiça e tratamento isonômico aos jurisdicionados. Além disso, o vazio sobre a jurisdição administrativa nas ações coletivas contribui para a falsa impressão de que todas as regras sobre o processo coletivo são efetivas para os litígios que envolvem a Administração Pública, gerando, não raramente, uma frustração generalizada e descrédito das instituições responsáveis pela aplicação daquelas regras.

A classificação em interesse difuso, coletivo e individual homogêneo, existente na legislação brasileira, merece uma observação particular diante dos litígios que envolvem a Administração Pública. Um litígio de direito público de massa pode surgir a partir de uma atuação administrativa ou de uma omissão correspondente; a partir de um ato material da Administração Pública ou de um ato administrativo propriamente dito. Haverá interesse difuso sempre que, desta ação ou omissão administrativa, resultar um dano a um bem pertencente, de forma indivisível, a toda sociedade, como, por exemplo, o meio ambiente. Haverá interesse coletivo quando o dano atingir apenas um segmento da sociedade, também de forma indivisível, e, finalmente, haverá interesse individual homogêneo quando atingir, de forma análoga, direitos individuais de um elevado número de pessoas. Por exemplo, um ato administrativo que concede uma licença de construção de um aeroporto pode atingir, indistintamente, toda a coletividade (meio ambiente) ou um segmento da sociedade (direito de vizinhança) ou, ainda, atingir interesses individuais (desvalorização das propriedades na vizinhança).

Na realidade, a postulação de interesses individuais homogêneos, também denominados interesses de grupo ou de classe, tem como fundamento ou questão de fundo, necessariamente, um interesse difuso ou um interesse coletivo; daí ser espécie do gênero interesse coletivo.¹⁰ A diferença reside apenas na possibilidade de individualização e divisibilidade do direito reclamado. Por exemplo, a propositura de uma demanda de prestação e de natureza social ou previdenciária é considerada um direito individual que, em certos casos, pode estar fundada em uma situação de fato ou de direito de interesse geral. A procedência desse direito individual, que a

⁹ SILVA, 2005: 109-18; ALVES, 2007: 13-21.

¹⁰ YOSHIDA (2005: 127) comunga da mesma opinião: “A origem comum dos direitos e interesses individuais homogêneos (causa de pedir próxima e remota) pode se identificar com a mesma origem (causa de pedir próxima e remota) dos direitos e interesses difusos ou coletivos da respectiva sociedade. A origem comum dos direitos e interesses individuais homogêneos, sob o aspecto da causa de pedir remota, pode ser fática, identificando-se com as circunstâncias de fato comuns ao universo de titulares de direitos difusos; ou jurídica, correspondendo à relação jurídica base da coletividade de pessoas titulares de direitos coletivos em sentido estrito”.

essa altura é considerado “interesse individual homogêneo”, dependerá do exame e do reconhecimento da situação jurídica e fática de repercussão geral, o que, aliás, poderia ter sido objeto de uma ação coletiva específica (apenas para que fosse declarada essa situação jurídica prejudicial à satisfação de um direito individual e de prestação).

No entanto, por outro lado, isso não significa que na postulação de interesse individual homogêneo haja, necessariamente, declaração incidental do interesse coletivo ou difuso (questão prejudicial), bastando o seu reconhecimento *inter partes* sem que haja coisa julgada material a respeito. Em outras palavras, no contencioso judicial administrativo, uma ação judicial para defesa de interesse difuso ou coletivo implica sempre a impugnação de um ato administrativo ou a obrigação de editar um ato administrativo. A ação judicial sobre interesse individual homogêneo está mais relacionada com as medidas de prestação e de reparação de dano que são, por excelência, pretensões divisíveis e, por isso, não pressupõem o desfazimento (nulidade ou anulabilidade) de ato administrativo ou uma obrigação de editá-los. Basta a reparação do dano para que o direito alegado seja satisfeito; daí a afirmação – um pouco precipitada – de que nas ações de prestação não há nulificação de atos administrativos;¹¹ na verdade, o que não existe é a necessidade do desfazimento de atos administrativos que servirem de fundamento para uma ação de prestação. A única ressalva que se faz é quanto aos atos administrativos normativos (gerais e impessoais); quanto a estes, de fato, o mais adequado seria a nulificação em um procedimento autônomo de controle abstrato de normas.

4. A impugnação dos atos administrativos normativos nos litígios difusos e coletivos

A propósito, é necessário ter em vista as concepções de “ato administrativo impugnável judicialmente”. Estaremos diante de um controle subjetivo, seguindo o modelo germânico¹² de proteção de direitos do cidadão, a partir de uma concepção restritiva de ato administrativo como ato concreto e individual? Em um sistema em que somente os que alegarem sofrer uma lesão a direito individual poderão

¹¹ Nem mesmo no direito italiano persiste tal dicotomia. Desde o advento da Lei 205/2000, o próprio juiz administrativo que nulifica o ato administrativo condena ao ressarcimento dos danos decorrentes do exercício ilegítimo do poder administrativo (CORSO, 2005: 69).

¹² No sistema alemão, os atos administrativos devem ser concretos e não exatamente individuais; podem atingir uma pessoa ou um fato (MAURER, 2001: 94). De acordo com o § 35, frase 1, da VwVfG, é determinante a concretude do objeto de regulação, não a individualidade dos destinatários (Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist). No § 35, frase 2, da VwVfG, está registrado que “um ato administrativo que se dirige a um círculo de pessoas determinado ou determinável segundo características gerais concerne à qualidade jurídico-pública de um objeto ou ao seu uso pela comunidade” (Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbar Personkreis richtet oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft). A necessidade do interesse individual como condição da ação judicial contra a Administração Pública, afastando o cabimento da ação popular, decorreria do art. 19, IV, da Lei Fundamental: “Quem for lesado nos seus direitos por ato de autoridade pública...” (SOMMERMANN, 1993: 48).

ingressar com uma medida judicial? Ou estaremos diante de um modelo próximo ao sistema francês,¹³ mais propenso às ações populares devido à ideia de controle objetivo da atividade administrativa por excesso de poder? Em um sistema no qual se invoca um conceito mais amplo de ato administrativo que inclua não só os atos administrativos concretos, mas especialmente os gerais e impessoais?¹⁴ Em um sistema em que não seja necessário demonstrar a existência de um dano individual, em que baste tão-somente aduzir o direito popular de controle judicial da moralidade administrativa?

A matéria também merece estar relacionada com os efeitos *inter partes* e *erga omnes* das decisões judiciais, pois é natural que a declaração da invalidade de um ato administrativo geral e impessoal produza efeito *erga omnes*, não sendo lógico que essa eficácia impessoal e geral do ato administrativo não se reflita na decisão judicial e também na coisa julgada dela decorrente;¹⁵ ademais, uma decisão que declarasse a validade ou invalidade de ato administrativo geral e impessoal (*erga omnes*) deveria produzir coisa julgada *erga omnes*, sob pena de ocasionar grave perturbação da ordem pública, com uma insegurança jurídica que acabaria paralisando a Administração Pública.¹⁶ Por outro lado, para manter a coerência, na

¹³ O sistema francês de controle objetivo da legalidade administrativa, embora permita que haja o controle dos atos administrativos gerais e impessoais em sede de contencioso judicial administrativo, não afasta a necessidade de o autor justificar o seu interesse; não leva automaticamente à ação popular (MELLO, 2006: 905). É apenas compatível o sistema francês com a ideia de que não haveria necessidade de demonstração de interesse individual para questionar a validade de atos administrativos, já que a proteção dos direitos do cidadão seria uma consequência do controle objetivo da legalidade, o que abre espaço para as ações populares.

¹⁴ O regime do controle objetivo da atuação administrativa facilita a impugnação judicial de atos normativos; em contrário, no regime subjetivo, é pouco provável demonstrar um interesse individual em nulificar um ato normativo, geral por excelência (Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques (OMIJ), 2007: 51).

¹⁵ No direito alemão, a decisão que afasta incidentalmente no caso concreto a validade de uma norma infralegal produz coisa julgada *inter partes*; em um controle abstrato e concentrado da validade dessa mesma norma, a decisão produz coisa julgada *erga omnes* (SOMMERMANN, 1993: 92-93). No direito italiano, a decisão que anula um ato administrativo indivisível, que atinja terceiros ou que seja normativo, produz coisa julgada *erga omnes* (TRAVI, 2006: 327). A coisa julgada *erga omnes*, decorrente de decisão que anula ato administrativo normativo, sucede, ainda, na Bélgica, na França e em Portugal, embora sua eficácia possa ser delimitada no tempo (Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques (OMIJ), 2007: 74). Na Espanha, dispunha o art. 86.2 da Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956: “La sentencia que anular el acto o disposición producirá efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por los mismos”. Atualmente, a legislação espanhola dispõe sobre o assunto da seguinte maneira: “Art. 72. 1. La sentencia que declare la inadmisibilidad o desestimación del recurso contencioso-administrativo sólo producirá efectos entre las partes. 2. La anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas. 3. La estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes. No obstante, tales efectos podrán extenderse a terceros en los términos previstos en los artículos 110 y 111. Art. 73. Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en lo caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente” (Ley 29/1998).

¹⁶ Vale conferir as críticas de CASSAGNE (*apud* PEREZ, 2005: 55) a respeito da segurança jurídica e do equilíbrio entre os poderes estatais; o autor utilizou a expressão “gobierno de los jueces” para referir-se à deformidade do sistema argentino que permite que haja um controle difuso e que qualquer tribunal do extenso território daquele país anule, com efeitos *erga omnes*, um decreto do poder executivo.

decisão sobre a validade ou invalidade de ato administrativo de cunho concreto ou individual, que pela sua própria natureza gera efeitos somente entre as partes, a coisa julgada também deve ser somente entre as partes.

No caso específico da impugnação dos atos administrativos gerais e impessoais, com a conseqüente extensão subjetiva da coisa julgada a terceiros, duas perguntas se fazem necessárias: (a) quem teria legitimidade suficiente para dar início a um processo judicial que culminasse com uma coisa julgada *erga omnes*? (b) seria a regra de competência difusa a mais adequada para o controle judicial dos atos administrativos gerais e impessoais?

O generoso rol de legitimados para impugnação dos atos administrativos gerais e também dos atos administrativos concretos, sem que haja necessidade de demonstração de lesão a direito individual, encontra ressonância nos regimes de controle objetivo da Administração Pública; o emprego de ações populares para discutir qualquer questão de direito administrativo é considerado uma conquista, pois assegura o controle democrático da legalidade e moralidade administrativa face à ausência ou omissão dos órgãos que possuiriam responsabilidade para tanto. Desta maneira, antes de tudo, não há como ignorar duas premissas: (a) a ação popular e a extensa legitimidade para ações judiciais de impugnação de atos administrativos decorrem de uma deficiência estrutural dos órgãos de controle estatais; (b) o cabimento da ação popular para impugnar atos administrativos gerais e impessoais leva à ideia de um controle judicial abstrato de normas administrativas.

5. Controle concentrado e abstrato dos atos administrativos normativos

É difícil deixar de estabelecer um paralelo entre o controle de constitucionalidade de leis e o controle dos atos administrativos gerais e impessoais.¹⁷ A natureza de tais atos administrativos está bem próxima à de uma norma legal: generalidade, eficácia normativa, impessoalidade, abstração. O controle difuso e concreto de constitucionalidade nada mais é do que o afastamento da eficácia da norma em um caso concreto; não há propriamente uma declaração de inconstitucionalidade, mas sim uma interpretação conforme a Constituição. A lei ou o ato administrativo geral e impessoal seriam afastados no caso concreto como fruto de um processo de hermenêutica do juiz ao declarar a existência ou inexistência de direitos subjetivos individuais. Nesse sentido, a coisa julgada estaria restrita às partes, e aquele que se sentisse prejudicado com os efeitos indiretos da decisão ingressaria como terceiro interessado ou postularia seu direito em processo judicial autônomo. No entanto, admitir um controle difuso e abstrato de uma norma legal,

¹⁷ No Código Alemão de Jurisdição Administrativa (VwGO), há previsão de um procedimento alternativo e perante o Superior Tribunal Administrativo (Oberverwaltungsgericht) para o controle abstrato e concentrado de atos normativos infralegais (regulamentos/Rechtsverordnungen e estatutos/Satzungen), relacionados com o Código Urbanístico ou as leis dos *Länder* (SOMMERMANN, 1993). Em Portugal, AROSO (2005: 235) recorda que a eficácia da declaração de ilegalidade das normas administrativas com força obrigatória foi inspirada no controle de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional.

atribuindo a vários juízes o poder de controle constitucional de uma lei, seria algo capaz de gerar uma insuportável insegurança jurídica, com decisões vinculativas *erga omnes*, produzindo coisa julgada *erga omnes* e, muitas vezes, discrepantes.¹⁸ Com o mesmo grau de insegurança jurídica, o controle difuso e abstrato dos atos administrativos gerais e impessoais, ao admitir decisões judiciais distintas e contraditórias a respeito daquela categoria de atos administrativos, seria capaz de produzir consequências ainda mais graves, como a de inviabilizar ou contribuir para o colapso da atividade administrativa e da prestação de serviços públicos essenciais à coletividade.¹⁹

A legitimidade para dar início ao controle judicial dos atos administrativos gerais e impessoais deveria ser fruto de um mandato constitucional e restrito a determinados órgãos, pois a possibilidade de “qualquer do povo” impugnar um ato administrativo geral e impessoal leva às seguintes perplexidades²⁰: (a) de que maneira assegurar a segurança jurídica e evitar as decisões conflitantes sobre o mesmo ato administrativo geral e impessoal, sem que haja restrição do acesso à Justiça por outro cidadão igualmente legitimado? (b) não seria incompatível com o princípio do acesso à Justiça a alternativa de unificação perante um único tribunal o julgamento de tais questões, distanciando, dificultando ou inviabilizando o acesso de grande parte dos cidadãos? (c) como explicar o efeito subjetivo da coisa julgada, em detrimento de um cidadão que não participou do processo no qual tenha sido proferida uma decisão favorável a outro cidadão que tomou a iniciativa e propôs a ação popular? Não haveria ofensa ao devido processo legal ou quebra da isonomia de tratamento?

¹⁸ MENDES (2005: 202) adverte sobre o risco da ação civil pública brasileira, de competência difusa, estar prestando-se a um controle abstrato de constitucionalidade, já que aquela modalidade de ação coletiva aproxima-se de um controle objetivo da Administração Pública, sem que haja necessidade da demonstração de um interesse individual; logo, ensejaria a coisa julgada *erga omnes*.

¹⁹ A advertência em prol de um controle concentrado para atos administrativos normativos foi lançada por CASSAGNE (2003: 129-130): “Ello al par de unificar la jurisprudencia, através de los juicios plenarios si así correspondiera, instituyendo una competencia más concentrada para el control jurisdiccional de los actos estatales, sobretudo en algunos procesos como los de amparo contra actos del Poder Ejecutivo y/o dictados por delegación de éste en las acciones declarativas de inconstitucionalidad y en las medidas cautelares, sería una contribución trascendente a la seguridad jurídica. Esa competencia podría ser asignada, como en los Estados Unidos, a las Camaras Federales en lo Contencioso Administrativo creadas o a crearse, en lo futuro, en diferentes lugares del país, como un fuero especializado”. SOMERMANN informa que no regime do Código de Jurisdição Administrativa (VwGO) qualquer pessoa está legitimada a promover o controle abstrato de normas (Normenkontrollverfahren), desde que, contudo, demonstre um interesse particular. Apenas a Administração está eximida de demonstrar interesse para dar início a um controle abstrato de normas, que, entretanto, é sempre, frise-se, concentrado! (SOMERMANN, 1993: 93). No direito alemão, não se admite o controle abstrato de normas infralegais via ação declaratória (competência difusa) no âmbito do contencioso judicial administrativo (KOPP, 2003: 468).

²⁰ CASSAGNE (2003: 127-128) acrescenta, ainda, que “es una realidad palpable que la judicialización de la política, apoyada en la generalización de una suerte de acción popular en materia de amparo, no ha impedido la corrupción ni las arbitrariedades de turno, como tampoco pudo poner remedio a la afectación de la seguridad física de las personas ni de las libertades de circular y de trasladarse de un lugar a otro por la acción ilegítima de organizaciones que no representan a la mayoría de los ciudadanos que conforman el pueblo o a los usuarios de un determinado servicio. Surge entonces, la conveniencia de reflexionar acerca de la posibilidad que puede ofrecer un nuevo sistema procesal para mejorar esse estado de cosas, dejando para una segunda etapa la revisión de las reformas introducidas a la Constitución em 1994, algunas de las cuales han contribuido a la anarquía institucional que padecemos, elevando el costo de funcionamiento de los tres poderes y de otros órganos que se han adicionado con un ‘status’ especial, transformando algunos de los nuevos derechos en semillas que generan continuos conflictos colectivos e individuales”.

Suponhamos um ato administrativo que institui um concurso público para preenchimento de vagas em um cargo público qualquer em que duas mil pessoas possam se inscrever ou tenham efetivamente se inscrito. Um dos candidatos poderia reclamar um direito individual e postular a inobservância de uma regra administrativa em seu favor. A procedência dessa reclamação poderia causar danos a terceiros que, por sua vez, poderiam adotar a seguinte postura: ingressar como terceiro interessado ou entrar com uma ação, sempre reclamando um direito individual. A multiplicidade desses litígios pode ser evitada por meios alternativos: ações coletivas, processo exemplar, precedentes judiciais ou súmulas vinculantes. Porém, em uma ação individual, a decisão judicial jamais deveria declarar a ilegalidade do concurso, vale dizer, afastar ou impedir a realização do concurso (que é genérico), pois transcenderia os limites da lide. Caso algum direito individual dependesse da decretação de nulidade desse certame, de duas uma: (a) ou o seu direito seria convertido em perdas e danos, (b) ou o processo seria suspenso até que em um procedimento abstrato de controle de normas houvesse uma solução. Por outro lado, imaginem a gravidade da situação se a cada candidato fosse autorizado reclamar em uma ação própria e individual a nulidade de um concurso... Imaginem as medidas liminares distintas por diversos tribunais... Decisões finais produzindo coisa julgada *erga omnes*, decisões contraditórias e por tribunais distintos... Imaginem como seria gritante a ofensa ao devido processo legal, já que muitos seriam atingidos pela decisão de nulidade...

6. A impugnação dos atos administrativos concretos e individuais e o controle concentrado das questões de interesse difuso e coletivo

A impugnação de um ato administrativo concreto e individual pode tomar uma feição coletiva se estiver fundada em um ponto comum de fato ou de direito em relação à coletividade; na verdade, se a impugnação do ato estiver fundada em um interesse difuso ou coletivo. São situações em que há potencialidade para os litígios de massa. O mesmo pode ocorrer com a impugnação de um ato administrativo concreto e individual que ocasione, indiretamente, vantagem ou gravame a terceiros em quantidade que demonstre haver interesse de um grupo.

No tocante aos litígios de massa, requerendo-se a impugnação de um ato administrativo concreto e individual ou, ainda, uma medida de prestação fundada na sua invalidade, necessária se faz uma reflexão sobre os procedimentos judiciais existentes. De fato, nada impede que essas ações judiciais sejam propostas individualmente, como consequência do amplo acesso à Justiça. Isso, porém, não é o ideal, pois permite um número incalculável de processos e de decisões conflitantes. Por outro lado, as ações coletivas destinadas a esses litígios de massa encontram os inconvenientes já mencionados, o da coisa julgada acabar não sendo na prática *erga omnes* e, assim, o de os litígios coletivos se eternizarem.

Uma das soluções indicadas está na adoção de súmulas ou precedentes judiciais, vinculando os juízes quanto à matéria comum, de interesse difuso ou

coletivo. No entanto, a respeito destas súmulas ou precedentes vinculantes, algumas ressalvas devem ser registradas: (a) não se deve esperar que os processos cheguem à última instância para que haja uniformização ou aprovação desses precedentes, pois o efeito almejado de unificação e redução de processos não seria atingido; (b) não se deve perder de vista a necessidade de ser assegurado a todo interessado ou mesmo a todo cidadão, no regime da ação popular, o direito ao devido processo legal.

Há, ainda, a hipótese do processo exemplar, adotado em alguns países europeus, o qual se presta à reunião perante um único tribunal dos processos pendentes e idênticos;²¹ no entanto, a regra do processo exemplar alcança apenas os processos que estiverem pendentes perante o mesmo tribunal. Se estiverem pendentes perante um tribunal de instância inferior e de competência concorrente com outros de igual hierarquia, isso de nada adiantará; se estiverem pendentes perante um tribunal de instância superior, o mesmo inconveniente das súmulas e dos precedentes estará presente: o tempo a ser despendido para chegar-se a uma unidade de interpretação.

Por último, alguns sistemas têm admitido a extensão dos efeitos subjetivos da decisão judicial que tenha anulado um ato administrativo em um litígio individual, de modo a vincular a Administração Pública em favor de todos os cidadãos que se encontrarem em situação idêntica e, com isto, evitar a pluralidade dos litígios de massa.²² A dificuldade, entretanto, persiste na medida em que nem todos os terceiros, estranhos ao litígio originário, sentir-se-iam satisfeitos com a “anulação” do ato administrativo.

²¹ Dispõe o § 93a I do Código Alemão de Jurisdição Administrativa: “Se a ilegalidade de uma medida administrativa for questionada em mais de vinte processos, o tribunal poderá conduzir, primeiramente, um ou vários processos idôneos (Musterverfahren), suspendendo os demais. As partes deverão ser previamente ouvidas” (SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes, e outros, Código de Jurisdição Administrativa – VwGO). Na Espanha, a Lei 29/1998 (art. 37), dispõe da seguinte maneira: “1. Interpuestos varios recursos Contencioso-Administrativos con ocasión de actos, disposiciones o actuaciones en los que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 34, el órgano jurisdiccional podrá en cualquier momento procesal, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, acordar la acumulación de oficio o a instancia de alguna de ellas. 2. Cuando ante un juez o tribunal estuviera pendiente una pluralidad de recursos con idéntico objeto, el órgano jurisdiccional podrá no acumularlos y tramitar o varios con carácter preferente, previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros. 3. La sentencia se notificará a las partes afectadas por la suspensión, que podrán interesar la extensión de sus efectos en los términos del artículo 111, o bien desistir del recurso. De no hacerlo, se llevará testimonio a los recursos suspendidos”. No Código Português de Processo nos Tribunais Administrativos, art. 48 I, influenciado pela legislação espanhola (BRITO, 2005: 188), a matéria está assim disciplinada: “Quando sejam intentados mais de 20 processos que, embora reportados a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que respeitantes a diferentes relações jurídicas coexistentes em paralelo, sejam susceptíveis de ser decididos com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto, o presidente do tribunal pode determinar, ouvidas as partes, que seja dado andamento a apenas um ou alguns deles, que neste último caso são pensados num único processo, e se suspenda a tramitação dos demais”.

²² Com fundamento no princípio da igualdade e da segurança jurídica, o art. 110 da Lei Espanhola 29/1998 dispõe que “en materia tributaria y de personal al servicio de la Administración pública, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, em ejecución de la sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias...”. De acordo com a jurisprudência e a doutrina espanholas, esse dispositivo tem a finalidade de evitar “la multiplicación de procesos sobre idénticas situaciones jurídicas em materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública” (PÉREZ, 2005: 2519; CASTRO, 2003: 913).

Nessa linha de raciocínio, chegamos à conclusão de que o incidente a ser instaurado para decidir um litígio difuso ou coletivo deve ser dotado de características semelhantes ao do controle concentrado e abstrato de normas administrativas a que me referi anteriormente.²³ Como a questão é do interesse de toda coletividade ou grupo e, ainda, porque no regime das ações populares qualquer do povo pode provocar a ação judicial correspondente, a matéria que for comum (interesse difuso ou coletivo) deve ser alvo de uma decisão judicial apta à produção de coisa julgada *erga omnes*; além disso, deve ser fruto de um processo judicial ou de um incidente processual no qual figure como parte legitimada um órgão público independente, capaz de representar adequada e constitucionalmente a sociedade, ainda que tal órgão público possa ser instado por qualquer interessado ou cidadão. Em outras palavras, sempre que diante de um litígio de direito público envolvendo interesse difuso ou coletivo, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, deveria suspender o processo e submeter a questão a um tribunal determinado, o mesmo tribunal que fosse competente para decidir sobre o controle abstrato de normas administrativas.

Restariam, ainda, os atos administrativos concretos e individuais que não atingem terceiros e esgotam-se na esfera jurídica do seu próprio destinatário, ou, ainda, os atos administrativos concretos que atingem terceiros, mas em um número reduzido e incapaz de movimentar massas ou justificar um interesse difuso ou coletivo. Nesses casos, estaríamos diante de uma ação judicial individual, não fosse a possibilidade de ação popular “contra qualquer ato administrativo”, levando ao legislador a necessidade de uma consideração especial. Nos regimes como o colombiano e o brasileiro, em que for admitida a ação popular contra qualquer ato administrativo concreto e individual, ainda que o ato administrativo não atinja terceiros, o que, na verdade, estará se concebendo é a natureza difusa e coletiva à qualquer ação judicial que envolver a atuação administrativa!

Portanto, também nos casos de litígios individuais, a ideia de um tribunal único para decidir a questão subsistiria; não que fosse necessária uma regra de competência concentrada, mas que, havendo a competência difusa ou concorrente entre juízes de mesma instância, somente um deles deve ser o competente para decidir sobre o litígio, ainda que haja pluralidade de processos com partes aparentemente distintas. Vale dizer, o tribunal da ação individual deve ser o competente para decidir a ação popular ou as ações populares fundadas no mesmo ato administrativo impugnado. Perante este tribunal, que deve ser o do local dos efeitos do ato administrativo indesejado, assegurar-se-ia a impugnação do ato administrativo por qualquer cidadão ou prejudicado. A coisa julgada, entretanto, não atinge os terceiros, sendo possível que a qualquer momento a questão seja reaberta em favor daqueles, assegurando-lhes o devido processo legal, o que, por

²³ ZAVASCKI aponta uma acentuada semelhança entre a decisão judicial proferida no controle concentrado de normas e a proferida nas ações coletivas de interesse individual homogêneo: “Ambas constituem título jurídico, em favor de todos os titulares individuais de direitos subjetivos, autorizando-os a demandar em juízo o cumprimento dos direitos nelas reconhecidos. Com a sentença na ação coletiva, a proferida no controle concentrado tem caráter de sentença genérica. Seus efeitos se irradiam sobre todas as situações concretas, permitindo aos interessados, desde logo, usufruir as correspondentes consequências produzidas em relação aos direitos subjetivos” (ZAVASCKI, 2006: 278).

outro lado, gera inevitavelmente uma instabilidade, esta agravada no regime da ação popular.

7. Considerações finais

As decisões em ações coletivas que tenham por objeto a impugnação ou a obrigação de editar um ato administrativo geral e impessoal (interesse difuso ou coletivo) devem gerar coisa julgada *erga omnes*. As decisões em ações coletivas que tenham por objeto uma medida de prestação (interesse individual homogêneo) fundada em um ato administrativo geral e impessoal não estão sujeitas necessariamente à coisa julgada *erga omnes*; apesar de a coisa julgada *erga omnes*, quanto às questões de natureza coletiva, ser altamente recomendável para evitar a pulverização dos litígios (litígios de massa) ou decisões conflitantes, acompanhadas de um sentimento de injustiça por quebra do princípio da isonomia. Da mesma forma, não produzem coisa julgada *erga omnes*, embora esta também fosse recomendável, as decisões judiciais em ações coletivas que tenham por objeto a impugnação ou a obrigação de edição dos atos administrativos individuais e concretos que, ao mesmo tempo, atinjam indiretamente a sociedade ou uma coletividade; assim como as decisões judiciais em ações coletivas que tenham por objeto medidas de prestação fundadas em ações ou omissões administrativas, concretas ou individuais, que atinjam indiretamente a sociedade ou uma coletividade.

As decisões em ações individuais que tenham por objeto a impugnação ou a obrigação de editar um ato administrativo concreto e pessoal, ou que estejam associadas às medidas de prestação, devem produzir coisa julgada *inter partes*; todo aquele que se sentir prejudicado, inclusive um cidadão qualquer, no regime da ação popular, tem o direito de invocar a garantia ao devido processo legal, ainda que isso represente insegurança jurídica.

A impugnação judicial de um ato administrativo geral e impessoal (normativo) tem natureza jurídica de controle abstrato de normas e deve ser atribuída a um único tribunal; vale dizer, o controle abstrato de normas administrativas deve ser concentrado, no âmbito de um procedimento judicial para o qual seja legitimado órgão dotado de independência, sujeito à provocação de qualquer interessado ou, no regime de ação popular, de qualquer cidadão. A ação judicial coletiva ou individual de prestação e que tiver por fundamento ou estiver associada à impugnação de ato administrativo geral e impessoal deve ser suspensa até que a impugnação daquele ato seja decidida em incidente de controle abstrato dos atos administrativos gerais e impessoais. A ação judicial que tenha por objeto a impugnação de um ato administrativo concreto e individual atingindo terceiros, em quantidade significativa e com a potencial de provocar litígios de massa, também deve ser suspensa, e a questão de índole coletiva deve ser submetida a um tribunal específico, em procedimento análogo ao do controle abstrato e concentrado dos atos administrativos gerais e impessoais.

Com efeito, atribuir nas ações coletivas legitimidade *ad causam* aos cidadãos (ação popular) ou a determinadas entidades associativas e, ao mesmo tempo, impor a coisa julgada *erga omnes* põe em risco o devido processo legal em relação àqueles que não participaram efetivamente do processo ou que não tenham se sentido adequadamente representados pelos que participaram ou foram considerados legitimados a participar; põe em dúvida, sobretudo, o princípio da isonomia entre os titulares do direito à ação coletiva. Não me refiro aos casos de improcedência genérica ou improcedência por falta de provas, mas às decisões de procedência que eventualmente atinjam pessoas estranhas ao litígio. Assim, a possibilidade de novo litígio e de nova coisa julgada, sobrepondo-se à coisa julgada anterior, na prática, abre margem a uma instabilidade jurídica generalizada que, no contencioso judicial administrativo é extremamente grave, pois além de gerar a sensação de tratamento diferenciado entre os cidadãos, pode inviabilizar a Administração Pública e o atendimento dos seus fins essenciais.

Os mecanismos procedimentais até então conhecidos não têm logrado êxito. Por exemplo, em um litígio individual que objetive a impugnação de um ato administrativo individual ou geral, em que houvesse risco de ofensa indireta a interesse difuso ou coletivo, a participação de estranhos àquele litígio seria normalmente facultada via intervenção de terceiros. Ocorre que essa intervenção de terceiros não pode ser obrigatória e a cargo do autor, pois, na maioria das vezes, consiste obstáculo intransponível à obtenção de uma tutela judicial. A mesma dificuldade ocorre em uma ação para postulação inicial de interesse difuso ou coletivo; nem sempre é possível chamar ao processo todas as pessoas que seriam potencialmente atingidas pela decisão. Por outro lado, até que ponto os terceiros interessados poderiam sujeitar-se à formação da coisa julgada em processos em que não tiveram participação efetiva? E até que ponto seria possível, a qualquer momento, rediscutir a questão de fundo? O conceito de legitimidade para postular judicialmente os interesses da coletividade deve ser revisto, especialmente nas causas de direito público, e, conseqüentemente, encontrar alternativas para assegurar a estabilidade das decisões sobre questões que interessem à coletividade no âmbito do contencioso judicial administrativo.

A proposta para que nas causas de direito público, de interesse difuso ou coletivo, haja atribuição constitucional da legitimidade *ad causam* a órgãos públicos dotados de independência e imparcialidade não atenta contra o princípio do acesso à Justiça, mas sim, pelo contrário, reafirma a tese da representatividade adequada. Se, em um litígio individual, o desnível entre o cidadão e a Administração Pública já exige do legislador um tratamento compensatório, o que dizer dos litígios difusos ou coletivos? É necessário que as partes litigantes, especialmente o autor de uma ação de interesse difuso ou coletivo contra a Administração Pública, detenham uma infraestrutura compatível com os interesses *sub judice* para que tenham reais possibilidades de êxito. Ademais, pelo sistema proposto, a toda sociedade seria conferida o direito de provocar a atuação desse órgão na defesa judicial do interesse difuso ou coletivo, o que assegura a participação popular em uma fase prévia ao procedimento judicial. Restringindo-se a legitimidade a determinados órgãos dotados de independência, chega-se com

mais facilidade à coisa julgada *erga omnes* dessas decisões judiciais, sem que haja alegação de ofensa ao devido processo legal. A fim de evitar pluralidade de litígios ou decisões conflitantes, a competência para o julgamento dessas causas seria concentrada em um único tribunal especializado ou de instância superior, com jurisdição territorial sobre a área em que produziu efeitos a atuação ou a omissão administrativa *sub judice*. Assim, as ações judiciais que objetivassem direta e inicialmente a proteção de um interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, seriam propostas por aquele órgão dotado de independência perante um único tribunal, instituído previamente por lei. Daí, com a garantia da representatividade adequada e a garantia da unidade da prestação jurisdicional, resultaria a possibilidade de coisa julgada *erga omnes*, condição *sine qua non* à efetividade da prestação jurisdicional de natureza difusa ou coletiva no âmbito do contencioso judicial administrativo.

Reconheço, finalmente, que este é um assunto que ensejará sempre aos Estados uma opção política, fruto de uma ponderação de valores de acordo com a realidade local. O que será melhor? Adotar um regime concentrado de controle da legalidade e da moralidade da Administração Pública, restringindo a legitimidade dessas medidas de controle a entidades representativas da sociedade, porém, objetivando a segurança jurídica e a coisa julgada *erga omnes*? Ou seria melhor que, diante da possibilidade de os órgãos de controle concentrado ou as entidades legitimadas não serem suficientemente confiáveis ou independentes, houvesse um controle difuso e abstrato, alargando a legitimidade *ad causam* para a propositura dessas ações, mesmo diante do risco de insegurança jurídica? Afinal, qual o melhor modelo? Será o possível e o adequado à realidade de cada Estado.

As considerações finais que merecem reflexão são as seguintes: (a) reconhecer a impossibilidade de anulação de ato administrativo em ação popular ou em ação de grupo, sob o fundamento de que essa anulação resultaria, necessariamente, em produção de coisa julgada *erga omnes* ou de coisa julgada *ultra partes*, atingindo terceiros com ofensa ao devido processo legal, seria o mesmo que esvaziar a tutela judicial contra a administração pública para a defesa de interesse difuso ou coletivo; (b) por outro lado, admitir a anulação de ato administrativo em ação popular ou em ação de grupo e ao mesmo tempo restringir a coisa julgada àqueles que tenham participado efetivamente do processo levaria a uma grave insegurança dos cidadãos e a uma grave instabilidade do sistema do contencioso administrativo capaz de dificultar ou inviabilizar a atuação administrativa; (c) solução que se faria viável, para que, nos litígios coletivos de contencioso administrativo, fosse compatibilizada a segurança jurídica com a observância às garantias do devido processo legal, seria a atribuição da legitimidade *ad causam* a órgãos públicos dotados de independência efetiva e a adoção da competência concentrada em um único tribunal, evitando-se a pluralidade de litígios e a existência de decisões conflitantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Mário Aroso de. *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989.
- ALVES, Rogério Pacheco. *As prerrogativas da Administração Pública nas ações coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BRITO, Wladimir. *Lições de direito processual administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Perspectivas de la Justicia Contencioso-Administrativa en Argentina en el Siglo XXI. In: CHINER, María Jesús Montoro (org.). *La Justicia Administrativa*. Barcelona: Atelier, 2003.
- CASTRO, José Luis Vega. La extensión a terceros de los efectos de las sentencias dictadas por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en el seno de la vía de ejecución: una solución problemática. In: CHINER, María Jesús Montoro (org.). *La Justicia Administrativa*. Barcelona: Atelier, 2003.
- CORSO, Guido. *La giustizia amministrativa*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2005.
- FÁBRICA, Luís. A acção popular no projecto do código de processo nos tribunais administrativos. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Reforma do Contencioso Administrativo*. Vol. 1. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.
- FEHLING, Michael; KASTNER, Berthold; WAHRENDORF, Volker (org.). *Verwaltungsrecht VwVfG VwGO Handkommentar*. Baden-Baden: Nomos, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo*. São Paulo: DPJ, 2006.
- _____. Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: MILARÉ, Edis (org.). *A ação civil pública após 20 anos*. São Paulo: RT, 2005.
- KOPP, Ferdinand O.; SCHENKE, Wolf-Rüdiger. *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*. 13. ed. Munique: Beck, 2003.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 2001.
- MEIRELLES, Delton R. S.; GOMES, Luiz Cláudio Moreira. Cidades, processo e participação: legitimidade das associações na tutela coletiva urbanística. *Revista de Direito da Cidade*. Rio de Janeiro, v. 02, n.1, p.164-189, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: MILARÉ, Edis (org.). *A ação civil pública após 20 anos*. São Paulo: RT, 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Reforma do contencioso administrativo*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1988.

OBSERVATOIRE DES MUTATIONS INSTITUTIONNELLES ET JURIDIQUES (OMIJ). *La justice administrative en Europe*. Paris: PUF, 2007.

PÉREZ, Jesús González. *Código de la Justicia Administrativa*. Madrid: Civitas, 2005.

PÉREZ, Jesús González; CASSAGNE, Juan Carlos. *La Justicia Administrativa en Iberoamerica*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

PERLINGEIRO, Ricardo; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter e Szymon Mazur (coords.). *Código de Jurisdição Administrativa/Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO): o modelo alemão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SENDRA, Vicente Gimeno; CATENA, Victor Moreno; SÁNCHEZ, Pascual Sala. *Derecho Procesal Administrativo*. Madrid: Ramón Arces, 2003.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. A execução no Código Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América e as causas de interesse público. *Revista Jurídica de Buenos Aires - Facultad de Derecho Universidad Buenos Aires*. Buenos Aires, v. 1, n. 2005, p. 109-118, 2006.

SOMMERMANN, Karl-Peter. La Justicia Administrativa Alemana. In: VAZQUEZ, Javier Barnes. *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*. Madrid: Civitas, 1993.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

TRAVI, Aldo. *Lezioni di giustizia amministrativa*. 7. ed. Torino: G. Giappichelli, 2006.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In: MILARÉ, Edis (org.). *A ação civil pública após 20 anos*. São Paulo: RT, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006.

SOBRE OS AUTORES

Adriano Stanley Rocha Souza: Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1996), Mestrado (1999) e Doutorado (2003) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1999), e Pós-doutorado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. cursou disciplinas isoladas no Programa de Doutorado da Universidad de Deusto, em Bilbao (Espanha). Atualmente, é Professor Adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: Professor de graduação em Direito Civil; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, linha de Direito Privado, nos níveis de Mestrado e Doutorado. Professor de graduação em Direito Civil na FEMM. Autor de vários artigos jurídicos, capítulos de livros e dos Livros "Direito das Coisas", "Tutelas de Urgência na Reparação do Dano Moral" e "Dano Moral e Punitive Damages". E-mail: adrianostanley@hotmail.com

Alexandre Oheb Sion: Advogado. Sócio Fundador da Sion Advogados. Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal (créditos concluídos). Mestre em Direito Internacional Comercial (L.LM) pela Universidade da Califórnia, Estados Unidos. Especialista em Direito Constitucional. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela FGV. Graduado em Direito e Administração de Empresas. Vice-Presidente Nacional da União Brasileira da Advocacia Ambiental - UBAA. Presidente da Comissão de Direito de Infraestrutura da OAB/MG. Membro Consultor da Comissão Nacional de Direito Ambiental da OAB – Conselho Federal. Professor, em nível de especialização, da PUC/MG e Professor convidado de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Faculdade Milton Campos e da Faculdade Arnaldo. Palestrante atuante em diversas capitais e autor de inúmeras obras e artigos jurídicos.

Ana Paula Faria Felipe: Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá (RJ); Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense/UFF (2014). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade de Itaúna/MG. Advogada e Mediadora de Conflitos (formação nacional e internacional). Mediadora Judicial credenciada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre Direito, Cidadania, Processo e Discurso. Professora convidada do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em 'Mediação e Gestão de Conflitos', oferecido pela FESMPMG e FNMC. E-mail: anapaula@fariafelipe.com.br.

Bárbara Gomes Lupetti Baptista: Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (PPGD-UVA). Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora do INCT/InEAC. E-mail: blupetti@globo.com

Bruno César Fonseca: Mestre em Direito Processual pela PUC/MG, Pós-Graduado em Conciliação, Mediação e Arbitragem pela Universo/BH; Pós-graduado em Docência no Ensino Superior: Novas linguagens e novas abordagens pelo PREPES-PUC/MG; Professor Titular de Direito Processual Civil na

Universidade Salgado de Oliveira de Belo Horizonte; Professor Convidado da Pós-Graduação em Direito Processual IEC-PUC Betim, Professor Convidado Pós-Graduação em Mediação Fundação Nacional de Mediação e Fundação Escola Superior Ministério Público de Minas Gerais. Professor Convidado da Pós-Graduação em Arbitragem da Faculdade Batista/MG. Advogado.

Carlos Alberto Lima de Almeida: Professor Permanente do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD-UNESA). Líder do grupo de pesquisa Observatório de Políticas Públicas, Direito e Proteção Social (UNESA). Coordenador do Projeto de Extensão Social Núcleo de Extensão e Pesquisa de Acessibilidade e Inclusão (UNESA). Estágio Pós Doutoral em Direito (UERJ) em andamento. Doutor e Mestre em Política Social (UFF). Doutorando em Educação (UFF). E-mail: carlosalberto.limadealmeida@gmail.com

Fernando José Armando Ribeiro: Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2002) Pós-doutor pela Universidade da Califórnia-Berkeley (EUA), é professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e professor colaborador da Faculdade de Direito Milton Campos. Juiz Togado do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. É membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas (cadeira 34), Presidente da Academia Mineira de Direito Militar, e membro efetivo do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. Tem atuação na área de Direito, com ênfase em Hermenêutica jurídica, Direito Público e Filosofia do Direito e Direito Militar.

Delton Ricardo Soares Meirelles: Professor do Departamento de Direito Processual (SDP/UFF) e do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Pesquisador do OBSERVA-PROCESSOS. Doutor em Direito (UERJ). E-mail: deltonmeirelles@id.uff.br

Edna Raquel Hogemann: Pós-Doutora em Direito, pela Universidade Estácio de Sá/RJ, Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF, Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF, Pós-Graduação *Lato Sensu* em Bioética, pela Red Bioética UNESCO, Pós-Graduação *Lato-Sensu* em História do Direito Brasileiro, pela Universidade Estácio de Sá - UNESA, Professora Adjunta III do Curso de Direito, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, em Direito, da Universidade Estácio de Sá - UNESA/RJ. Pesquisadora junto à FAPERJ e membro da Law & Society Association. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social - GPDHTS.

Fernanda Duarte: Professora Permanente do PPGD da Universidade Estácio de Sá. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Doutora em Direito pela PUC/RJ. Juíza Federal da 3^o Vara Federal de Execuções Fiscais/SJRJ. Pesquisadora do INCT-InEAC - Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos. Pesquisadora do NEDCPD/PPGD-UNESA. Coordenadora do CRN01/LSA - Law and Society Association. Global Ethic Fellow do Carnegie Council for Ethics in International Affairs. E-mail: fduarte1969@yahoo.com.br

Haroldo Lourenço: Doutor e Mestre em Direito Processual Civil. Pós-graduado em Processo Constitucional (UERJ) e Processo Civil (UFF). Mestre em Educação (Universidade de Jaén - Espanha). Professor Adjunto de Processo Civil na Universidade Federal do Rio Janeiro (UFRJ). Advogado e Sócio Sênior do escritório Lourenço Advogados Associados. Diretor Jurídico da ABAMI (Associação Brasileira de Advogados do Mercado Imobiliário). Professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV), da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ), da Escola Nacional da Magistratura (ENFAM), da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ) e do Curso Ênfase. Autor de algumas obras jurídicas, como “Processo Civil Sistematizado” e “Teoria Dinâmica do Ônus da Prova” (Editora Método) e articulista em diversas obras jurídicas. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC), do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC) e da ABAMI (Associação Brasileira de Advogados do Mercado Imobiliário). E-mail: haroldoaldasilva@hotmail.com

Lorena Machado Rogedo Bastianetto: Professora da Universidade Salgado de Oliveira/BH. Doutoranda em Direito Processual pela PUC/MG. Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduação em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Treinamento em Direito Alemão e Europeu/Ludwig-Maximilians-Universität/Munique/Alemanha e Pós-graduação em Gestão Empresarial/Fundação Getúlio Vargas/IBS. Pesquisadora em Regulação Ambiental da Atividade Econômica (REGA) e em Pesquisa Estratégica sobre a Pan-Amazônia pela ESDHC. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual; advogada. E-mail: lorenarbastianetto@gmail.com

Lucia Frota Pestana de Aguiar Silva: Professora de graduação e de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá. Professora da Escola da Magistratura do TJ/RJ. Mestre em Direito pela UNESA. Doutoranda em Direito pela UNESA. Membro da Law & Society Association. E-mail: profluciafrota@gmail.com

Luciano Gomes dos Santos: Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade de Minas Gerais, Doutorando em Teologia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (FAJE), Mestrado em Teologia (concentração em Ética) pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (2004). Licenciatura em Ciências Sociais pela Universidade Castelo Branco. Pós-graduação pelo IPAPPI - Instituto de Parapsicologia de Potencial Psíquico. Bacharelado em Teologia - Faculdade de Teologia de Boa Vista (2007). Licenciatura Plena em Filosofia pela Faculdade Phênix de Ciências Humanas e Sociais do Brasil (2009). Atualmente é professor no Colégio Técnico de Minas Gerais (COTEMIG) e professor na Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen (Belo Horizonte - MG). Coordenador da CPA da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen. Coordenador do Centro de Valores das Faculdades Arnaldo Janssen. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Membro da Sociedade de Teologia e Ciências da Religião (SOTER). E-mail:

Ludmila Stigert: Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva, Especialização em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva, Especialização em Processo Constitucional pelo Centro Universitário Izabela Hendrix e Mestrado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Atualmente é professora de Direito Constitucional e de Mediação de Conflitos do Centro Universitário Newton Paiva e Coordenadora do Núcleo de Mediação e Conciliação do Centro de Exercício Jurídico do Centro Universitário Newton Paiva. É Mediadora Judicial credenciada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Mediadora Privada certificada pelo Instituto de Certificação dos Mediadores Lusófonos (ICFML). Advogada. E-mail: ludistigert@hotmail.com

Manoela Medeiros Sales: Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela PUC/Rio. E-mail: manomedeiros16@gmail.com

Manuela Duarte Almeida Pinto: Psicóloga. Especialista em Psicologia Hospitalar. Especialista em Mediação e Gestão de Conflitos. Mediadora Judicial credenciada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Mediadora Privada. Professora convidada do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em 'Mediação e Gestão de Conflitos', oferecido pela FESMPMG e FNMC. E-mail: manueladap@gmail.com.

Maria Carolina Rodrigues Freitas: Doutoranda e Mestre (2015) em Direito Público e Evolução Social – PPGD-UNESA, vinculada ao grupo de pesquisa NEDCPD do PPGD-UNESA, Bacharel em Direito pela UNESA (2008), Bacharel em História pela UFRJ (2004), bolsista CAPES, Professora na Faculdade Internacional Signorelli.

Maria-Maria Martins Silva Stancati: Doutoranda e Mestre (2016) em Direito Público e Evolução Social – PPGD-UNESA, vinculada ao grupo de pesquisa NEDCPD do PPGD-UNESA, Pós-graduada em Direito Civil, Processo Civil e Empresarial pela UVA (2008), Bacharel em Direito pela UNESA (2007), Professora de Direito Civil – FD/UNESA, Professora de Registros Públicos.

Rafael Mário Iorio Filho: Professor Permanente do PPGD da Universidade Estácio de Sá. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Doutor em Direito pela UGF. Doutor em Letras Neolatinas pela UFRJ. Pós-Doutor em Ciência Política pelo Centro de Estudos de Cultura Contemporânea - CEDEC/SP. Pesquisador do INCT-InEAC - Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos. Coordenador do NEDCPD/PPGD-UNESA. Coordenador do CRN01/LSA - Law and Society Association. E-mail: rafael.iorio@estacio.br.

Renata Dias de Araújo Lima: Mestre em Direito Privado pela PUC/MG. Pós-Graduada em Direito Civil pelo IEC-PUC/MG e em Mediação, Conciliação e Arbitragem pela Universo/BH. Especialista em Direito Civil Constitucional pela PUC-Minas Virtual. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Atualmente é Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO - BH). Professora Titular de Direito das

Obrigações e Direito das Coisas/Reais na Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO - BH). Professora de Direito Civil - Parte Geral e Direito das Coisas/Reais na Faculdade de Direito de Contagem (FDCON). Diretora Administrativa e Financeira da Fundação Nacional de Mediação de Conflitos Sociais (FNMC). Mediadora e Professora da Fundação Nacional de Mediação de Conflitos Sociais (FNMC). Perita em Gestão de Conflitos.

Ricardo Perlingeiro: Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Membro da International Academy of Comparative Law e da International Association of Procedural Law. E-mail: r.perlingeiro@hotmail.com.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias: Doutor em Direito Constitucional e mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; advogado. E-mail: bretas@pucminas.br.

Ronaldo Lucas: Bacharelado e Licenciatura em História - Universidade Gama Filho - UGF. Doutorando em Direito - Universidade Estácio de Sá - UNESA. Mestre em Direito (Universidade Católica de Petrópolis - UCP). Professor de História do Direito; Fundamentos das Ciências Sociais e de Ciência Política da Universidade Estácio de Sá - RJ - UNESA. Membro avaliador da Diretoria de Pesquisa e Extensão - DPE/UNESA. Pesquisador do INCT-InEAC - Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos e do NEDCPD/PPGD-UNESA. Coordenador do CRN01/LSA - Law and Society Association. Editor da Revista Juris Poiesis - PPGD/UNESA. E-mail: r.lucas@estacio.br.

* * *

