



FAS@JUS

e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho, v. 6, n. 1 - jan.-jun. 2016

ISSN 2179-8222



FACULDADES SANTO



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO



e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

ISSN 2179-8222

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Conselho Editorial

Prof. Ms. Edson Pires da Fonseca

Prof. Ms. Rafael Soares Duarte de Moura

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso



**FACULDADES
SANTO AGOSTINHO**

FAS@JUS - e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Conselho Editorial

Prof. Ms. Edson Pires da Fonseca (Faculdade UBRES – Bahia)

Prof. Ms. Rafael Soares Duarte de Moura (Faculdade de Direito Santo Agostinho – Minas Gerais)

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant (Universidade Estadual de Montes Claros – Minas Gerais)

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso (Faculdade de Direito Santo Agostinho – Minas Gerais)

Editoração Gráfica

Maria Rodrigues Mendes

Capa

Adriano Magno de Freitas

Maria Rodrigues Mendes

FAS@JUS : e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho / Faculdade de Direito Santo Agostinho. – Vol. 6, n. 1, 2016 - . - Montes Claros, MG. Fundação Santo Agostinho, 2016-

v. : il. 21 x 29cm.

Semestral

ISSN 2179-8222

1. Direito. I. Faculdade de Direito Santo Agostinho. II. Título.

CDU: 34 (05)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
 ARTIGOS DO CORPO DOCENTE	
AS FUNDAÇÕES E A ESPECIFICIDADE DA CURADORIA EXERCIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales.....	13
O CONTEÚDO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM MANDADOS DE INJUNÇÃO: apontamentos levinasianos e constitucionais Débora Pereira Turchetti, Rafael Soares Duarte de Moura.....	21
ÉTICA E DIREITO: como construir uma sociedade sem corrupção José Luiz Quadros de Magalhães.....	39
 ARTIGOS DO CORPO DISCENTE	
PRECONCEITO EM UM PAÍS MULTICULTURAL: o “jeitinho” de discriminar do brasileiro Giwana Nunes de Pinho Veloso.....	49
TRIBUNAL DO JÚRI: análise entre Brasil e Estados Unidos Igor Emanuel Pereira Silva.....	59
A TUTELA DAS LIBERDADES E SUAS INTERCONEXÕES COM A EFETIVAÇÃO DO BEM-ESTAR SOCIAL E DA CIDADANIA Matheus Medeiros Maia.....	71
O CASO “GLORIA TREVI”: colisão entre direitos da personalidade Werley Pereira de Oliveira, Gabriel Pereira Novais.....	81
 ELO COM OUTRAS IES	
O PROTESTO EXTRAJUDICIAL DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA COMO INSTRUMENTO ALTERNATIVO DE COBRANÇA DOS CRÉDITOS PÚBLICOS Carina Diniz Moura, Antônio Luiz Nunes Salgado.....	89
A EFICÁCIA DO CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA NA COMARCA DE MONTES CLAROS/MINAS GERAIS: uma nova visão do Judiciário Danilo Marques Evangelista, Eduardo Vinícius Pereira Barbosa, Heloise Lisboa Fonseca.....	103

TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO Pedro Fernandes Martins Cardoso, Maria Fernanda Soares Fonseca.....	111
---	-----

AUTOR CONVIDADO

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY: análise das bases teórico- -filosóficas e estudo de suas regras formadoras Givanildo Nogueira Constantinov.....	127
--	-----

RESENHA

MICROFÍSICA DO PODER: Capítulo XII – soberania e disciplina Hortência Dias Silva Neta.....	141
---	-----

REGRAS PARA PUBLICAÇÃO.....	147
------------------------------------	------------

APRESENTAÇÃO

O ano de 2016 tem, pelo menos, mais um importante marco: é o sexto ano de atividade da Fas@Jus, e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. São etapas de publicação ininterrupta, sem atraso. Ao contrário, mesmo sendo a periodicidade proposta de semestral, houve um ano em que houve três números, em vez de dois.

Neste volume 6, número 1, há uma consolidação em curso. É a confirmação do sucesso; é a firmeza do nome; é a certeza de que o crescimento será sempre e cada vez maior. O início deste sexto ano da Fas@Jus, a e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, continua mostrando mais publicações do que o mínimo exigido. Prova do crescimento já afirmada, e da consolidação anunciada.

A seção destinada aos Professores que atuam no Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho está representada por três autores.

A **Professora Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales**, desta vez, comparece para publicar o seu artigo denominado “As Fundações e a Especificidade da Curadoria Exercida pelo Ministério Público”, no qual demonstra que não deveria caber ao Ministério Público exercer a curadoria sobre Fundações de caráter particular instituída em vida. Faz a ressalva de que quando se tratar de instituição de Fundação em testamento, a presença do Ministério Público no processo traz a certeza da aplicação escorreita do patrimônio legado e dos fins para a qual a Fundação deve ser e ter sido instituída. Mas, em se tratando de Fundação criada em vida pelo instituidor, ele próprio deverá gerir tal funcionamento. E, se couber ao Ministério Público a fiscalização sobre as Fundações como um todo, apenas porque aplicam dinheiros que vêm de outrem, também deveria acompanhar e fiscalizar as associações sem fins lucrativos.

Há autoria conjunta da **Professora Mestre Débora Pereira Turchetti** com o **Professor Mestre Rafael Soares Duarte de Moura**. Eles escreveram sobre “O Conteúdo das Decisões Judiciais em Mandados de Injunção: apontamentos levinasianos e constitucionais” e, pelo que se nota, há bastante aspectos da Filosofia do Direito embutidos nos conceitos. Aliás, pelo resumo já se vê que o texto trata da compreensão hermenêutico-fenomenológica levinasiana em prol da

hermenêutica constitucional. Como o Mandado de Injunção é da competência do Supremo Tribunal Federal, e é instituto criado pela Constituição Federal de 1988, pode-se considerar tema novíssimo, pois poucas são as ações neste formato, em comparação com as demais que adentram no STF. Trata-se, portanto, de um estudo necessário ao debate constitucional de alta qualidade.

Considerando que os artigos aparecem pela ordem alfabética dos seus autores, o terceiro Professor que assina texto jurídico, nos presentes volume e número, é **Professor Doutor José Luiz Quadros de Magalhães**. Pelo título, já se nota o tom filosófico da análise jurídica: “Ética e Direito: como construir uma sociedade sem corrupção”. Ao desenhar o texto, o autor faz referência às obras de Slavoj Žižek, Louis Althusser, Michel Foucault, Alain Badiou e Jacques Semelin, em um emaranhado de informações que, ao fim, clareia não somente a explicação do autor, como também e principalmente, o entendimento do leitor. Ao tratar sobre ética e Direito, o texto científico se mostra atual em qualquer momento da vida acadêmica. Por motivos quase óbvios (a linha principal de pesquisa do autor), aparece no texto a dicotomia “nós” x “eles” e outras diferenças quando se deveria buscar pela igualdade entre as pessoas.

A segunda seção da Fas@Jus, a e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, é destinada aos Acadêmicos da Casa. E é uma prova concreta, escrita e imaculada de que o Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho não tem a iniciação científica apenas como palavras soltas e não interpretadas como componente da “missão”. De fato, Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho incentiva a pesquisa científica em sua fase incipiente, junto aos Acadêmicos. A publicação presente é prova incontestável desta afirmação, pois são quatro os textos científicos produzidos por Acadêmicos. Aparecerão em ordem alfabética dos nomes dos seus autores.

Em artigo denso e de pesquisas pormenorizadas, a **Acadêmica Giowana Nunes de Pinho Veloso** trata do tema “Preconceito em um País Multicultural: o ‘jeitinho’ de discriminar do brasileiro”. A autora faz incursões em na história da escravidão no Brasil e a origem do tratamento diferenciado em relação à cor e à origem. Depois,

adapta o tema aos nossos dias e, indignada com a demonstração de preconceito racial nos tempos atuais, demonstra como o brasileiro despista quanto ao racismo demonstrado, disfarçado de brincadeira. Fala também sobre outros preconceitos, notadamente contra a mulher. Fundamenta o texto na Constituição Federal e no Código Penal.

Para produzir um texto científico, o **Acadêmico Igor Emanuel Pereira Silva** fez ampla pesquisa do instituto do Tribunal do Júri tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos. Em uma forma de mostrar o Direito Comparado, não na aplicação, mas na mostra do que há de similitude e de dessemelhança, o texto recebeu o título de “Tribunal do Júri: análise entre Brasil e Estados Unidos”. Exatamente para poder conter o que o estudo mostra de como funciona o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, pela legislação brasileira (inclusive como uma garantia constitucional de que tais crimes serão julgados pela sociedade e não por um Juiz de Direito, que apenas preside a sessão), com a demonstração de como funciona o mesmo instituto nos Estados Unidos da América.

O **Acadêmico Mateus Medeiros Maia** se dispõe a escrever, do ponto de vista filosófico-constitucional, sobre o tema que recebeu o título “A Tutela das Liberdades e suas Interconexões com a Efetivação do Bem-Estar Social e da Cidadania”. E se desincumbe da tarefa com capacidade que demonstra o constante hábito de estudos, o permanente exercício da arte de escrever e empregar muitíssimo bem as palavras. Ao falar sobre o tema, o Acadêmico procura por fundamentos em doutrinadores brasileiros da área do Direito, na legislação e argumentos de cunho filosófico também aportam em seu modo de escrever. Um texto maduro, de expressões típicas de quem estudou muito antes de começar a produzir.

Dois acadêmicos se uniram na produção de um texto científico que envolveu pesquisa jurisprudencial e sua confrontação com as determinações contidas na Constituição Federal de 1988. São os **Acadêmicos Werley Pereira de Oliveira** e **Gabriel Pereira Novais**, que escreverem sob a denominação de “O Caso ‘Gloria Trevi’: colisão entre direitos da personalidade”. No texto, a busca pela solução que o Supremo Tribunal Federal ofertou para o caso concreto, em que havia confronto do Direito à Intimidade como um Direito da Personalidade em face do Direito à Honra e à Imagem. A solução mostrada pelos autores revela por que o estudo do Direito é tão interessante: trata-se de um tema vivo e credor de interpretações,

integrações e aplicações dotadas de profundo conhecimento jurídico.

O propósito da Fas@Jus, e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho é ultrapassar os “muros” do Curso e da Faculdade. Assim, a seção “Elo com outras Instituições de Ensino Superior” se abre para receber colaboração de outros autores, vinculados a outras IES coirmãs. São três os textos, dentre os recebidos, que foram aprovados pelo Conselho Editorial.

Carina Diniz Moura se associou ao **Professor Antônio Luiz Nunes Salgado** e escreveram o artigo denominado “O Protesto Extrajudicial de Certidão de Dívida Ativa como Instrumento Alternativo de Cobrança dos créditos públicos”, um trabalho de fôlego. Iniciaram demonstrando a origem da execução fiscal, passaram pela análise do crédito tributário e, antes de adentrar ao tema propriamente dito, ainda fizeram visitas à origem dos tabelionatos. Como centro, demonstraram que a remessa de Certidões de Dívida Ativa, por parte do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) para os Tabelionatos de Protestos representa economia de tempo e dinheiro, constitui uma forma célere (solução em três dias) do crédito tributário (uma ação tributária do mesmo porte, perante a Justiça, dura em média nove anos) e desafoga o Poder Judiciário com demandas de pequeno valor. Por sinal, o artigo demonstra que o custo para uma execução fiscal para o Estado é, em média, superior ao crédito pretendido. De fato, um texto de qualidade.

Sob o título “A Eficácia do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania na Comarca de Montes Claros/Minas Gerais: uma nova visão do Judiciário”, os **Acadêmicos Danilo Marques Evangelista**, **Eduardo Vinícius Pereira Barbosa** e **Heloise Lisboa Fonseca**, começam explicando da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça em determinar que os Tribunais de Justiça dos Estados-membros brasileiros criassem os Centros de Conciliação e Cidadania, fato que, posteriormente, com a entrada em vigor - em março de 2016 - do Novo Código de Processo Civil, passou a ser uma obrigação. De fato, o novo Código de Processo Civil determina que haja audiência prévia de tentativa de conciliação para, somente após, iniciar o prazo para defesa da parte citada. Há a demonstração da validade do processo de intermediação (conciliação e mediação) praticada em Montes Claros por colaboradores voluntários ou contratados (e cedidos) pelas Faculdades de Direito.

O terceiro (sequência ocupada em razão da ordem alfabética dos nomes do primeiro autor) é de autoria de dois bacharéis em Direito. São eles **Pedro Fernandes Martins Cardoso** e **Maria Fernanda Soares Fonseca**, que escrevem, sob o título “Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório” um importantíssimo texto – pela atualidade e pela novidade em termos doutrinários – mostrando a adoção, pelo Direito brasileiro, da teoria inicial de que compete ao requerido desconstituição do direito provado pelo autor. Mas, mostram os escritores a outra teoria, a de que nem sempre a lei pode deixar exclusiva e necessariamente por conta do autor da ação fazer a prova do seu direito, pois há casos que a Justiça deve determinar que o requerido é quem deve apresentar a documentação comprobatória até do objeto do pedido na petição inicial. Uma autêntica inversão do ônus da prova, porque, como mostram os escritores, deixar a prova por conta de quem é hipossuficiente na relação probatória, é exigir uma “prova diabólica”, no sentido de impossível ou de difícil cumprimento.

Como uma grande publicação de cunho científico deve representar as opiniões de autores de diversas partes do território brasileiro, há a seção “Autor Convidado”. E há autores que somente podem receber o título de “convidado”. Exatamente pela honra concedida à publicação. É o caso do **Professor Mestre Givanildo Nogueira Constantinov**. Autor de livros e capítulos de livros, Juiz de Direito e Professor, o autor escreve, especialmente para Fas@Jus, o texto “A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy: análise das bases teórico-filosóficas e estudo de suas regras formadoras”, em que toca, profundamente, na Teoria Geral do Discurso Racional Prático, unindo Jürgen Habermas a Robert Alexy, passando por temas

filosóficos que carregam até a interpretação jurídica como forma de mais bem aplicar a lei em casos concretos (Sentenças, Acórdãos ou argumentações em peças jurídicas). O texto do Doutorando em Direito é uma forma de bem ligar os ensinamentos de Robert Alexy, estudado em disciplinas como Argumentação e Lógica Jurídica e em Hermenêutica Jurídica, à prática do Direito.

Uma seção que recebe grandes contribuições jurídico-literárias é a “Resenha”.

A seção “Resenha”, com normas de publicação próprias, está recheada pelo texto da **Acadêmica Hortência Dias Silva Neta**, que, honesta quanto às limitações do espaço e com o tanto que tinha para escrever, comentou não todo o livro, mas o Capítulo XII, que tem o título “Soberania e Disciplina”, do livro “Microfísica do Poder”, de Michel Foucault. Na análise, a autora faz referências a outros filósofos e, em termos brasileiros, busca subsídios em Dalmo de Abreu Dallari; em termos portugueses, em Boaventura de Sousa Santos; quanto à linha alemã, a base é Jürgen Habermas. Como resenha que é, o texto apresenta uma forma de resumo entremeadado de opiniões, observações, comparações. Válido para estudos.

Com este desfile de textos de cunho científico, a Fas@Jus, e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho vence mais um semestre.

E, como sempre, manifesta a esperança de que haja aquisição de conhecimento jurídico por parte dos leitores.

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso
Editor

***ARTIGOS DO
CORPO DOCENTE***

AS FUNDAÇÕES E A ESPECIFICIDADE DA CURADORIA EXERCIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Cynthia Mirella Cangussu Fernandes Sales¹

RESUMO

A fundação, pessoa jurídica de Direito Privado, é detentora de especificidades não observadas nas demais pessoas jurídicas. Uma dessas peculiaridades é o exercício da curadoria pelo Ministério Público. Diante disso, questiona-se: por que o Ministério Público exerce a curadoria somente nas fundações? O presente trabalho tem por objetivo verificar o porquê da curadoria exercida especificamente pelo Ministério Público somente em relação às fundações e não dispensar o mesmo tratamento às demais pessoas jurídicas que se dedicam a atividades de fins semelhantes. Para tanto se utiliza da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Fundação. Ministério Público. Curadoria

ABSTRACT

The foundation, legal entity of private law, holds characteristics not observed in other corporations. One of these peculiarities is the practice of curating by Ministério Público. Given this, is questioned: why the Ministério Público have curatorship only on the foundations? This study aims to determine why the curatorship is specifically exercised by Ministério Público and only in relation foundations. For that we use the literature research.

Keywords: Foundation, Ministério Público, Curator.

1 INTRODUÇÃO

A fundação, enquanto pessoa jurídica de direito privado, está regulamentada no Código Civil brasileiro de 2002, o qual impõe que a sua curadoria seja exercida pelo Ministério Público do Estado onde ela estiver estabelecida.

O Ministério Público, instituição fortalecida

pela Constituição da República Federativa de 1988, tornou-se, a partir de então, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado brasileiro. Dentre as suas atribuições, cuida de garantir a efetividade dos interesses da sociedade.

No exercício da curadoria, o Ministério Público mantém proximidade nas relações jurídicas empreendidas pela fundação e não realiza a mesma função com as demais pessoas jurídicas de direito privado, mesmo que a instituição se dedique à atividade que seja do interesse da coletividade.

Daí surge o problema: por que o Ministério Público exerce a curadoria somente nas fundações? Como hipótese a ser verificada, tem-se que o exercício da curadoria se dá porque a fundação realiza atividade de interesse público e ainda porque não há presença do instituidor na pessoa jurídica.

O presente trabalho se justifica por ter sido temática recorrente em sala de aula, quando a autora ministrava a disciplina Direito Civil Parte Geral, que trata das pessoas jurídicas de Direito Privado, corroborado pelo frequente questionamento das pessoas interessadas em constituir uma pessoa jurídica de fins não econômicos. Assim, o trabalho em epígrafe tem por objetivo verificar o porquê da especificidade da curadoria exercida pelo Ministério Público somente em relação às fundações, a partir da pesquisa bibliográfica.

2 FUNDAÇÕES: CONSIDERAÇÕES GERAIS

As pessoas jurídicas surgem da necessidade das pessoas em conjugarem esforços para a consecução de uma finalidade comum. Conforme ensina Amaral (2003, p. 275) a pessoa jurídica é “um conjunto de pessoas ou bens dotados de personalidade jurídica.”, apta a empreender relações jurídicas agindo como sujeito de direito.

No Brasil, o ordenamento jurídico reconhece várias espécies de pessoas jurídicas, as quais se classificam conforme vários critérios. Um dos

¹ Advogada. Professora de Direito Civil do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Assessora Jurídica Voluntária da Fundação Sara Albuquerque Costa.

critérios utilizados, segundo Gonçalves (2014), o que leva em conta a função ou a órbita de atuação da pessoa jurídica, é o que as distingue em pessoas jurídicas de Direito Público e Privado.

As pessoas jurídicas de Direito Privado estão descritas no Código Civil brasileiro de 2002 (CCB/02), e são, segundo o art. 44, as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Nessa perspectiva, as fundações podem ser públicas ou privadas. As privadas seguem as regras estabelecidas no CCB/02, e são espécie de pessoa jurídica diferenciada se observado o rol anteriormente elencado. Exercem atividade de natureza não econômica, como as associações, mas delas se distinguem, sob vários aspectos, principalmente por não se instituírem pela união de pessoas.

Ao contrário das demais pessoas jurídicas, juntamente com a empresa individual de responsabilidade limitada, a fundação privada não necessita da união de pessoas para sua instituição. Basta apenas a vontade de uma única pessoa, denominada de instituidor, um acervo de bens destacado de seu patrimônio para o desenvolvimento de uma finalidade por ele especificada, para que a fundação seja instituída.

Amaral (2003, p. 294) define as fundações como sendo “um complexo de bens que assume a forma de pessoa jurídica para a realização de um fim de interesse público, de modo permanente e estável.” É portanto um patrimônio afetado para uma finalidade.

Segundo estabelece o CCB/02, as fundações só podem ser criadas para a consecução de fins de natureza religiosa, moral, cultural ou de assistência, conforme a vontade de seu instituidor. Apesar da restrição imposta pelo parágrafo único do artigo 62 do CCB/02, Gangliano e Pamplona Filho (2012), lembram que o rol é meramente exemplificativo e na realidade, a restrição constante no dispositivo em epígrafe visa apenas impedir que as fundações desenvolvam atividades com caráter lucrativo como acontece em outros países, mas não limitar a sua atuação nas atividades de interesse da coletividade.

Uma vez fixada a finalidade pelo instituidor, ela será imutável. E se houver necessidade de alteração, não restará outra alternativa senão a extinção da fundação originária para a criação de uma nova, como observam Farias e Rosenvald (2014).

A fundação será instituída por escritura pública

ou testamento, conforme disposição do art. 62 do CCB/02. Por um desses instrumentos, o instituidor destacará de seu patrimônio bens determinados, livres e desembaraçados, para a consecução de uma finalidade por ele determinada.

Como destacam Farias e Rosenvald (2014), as fundações são instituídas em ato formal que se subdividem em quatro fases distintas. A primeira delas, denominada de fase de dotação ou instituição propriamente dita, consiste na reserva patrimonial do instituidor, por meio da escritura pública ou do testamento, destinando-o a uma finalidade, bem como a maneira de administrá-lo.

A segunda é a fase da elaboração dos estatutos. Os estatutos da fundação, como determina o CCB/02, podem ser elaborados pelo próprio instituidor, por alguém designado por ele, ou, se nenhuma dessas duas possibilidades se efetivarem, serão elaborados pelo Ministério Público.

A terceira fase é de responsabilidade exclusiva do Ministério Público, a quem cabe a aprovação dos estatutos da fundação, salvo se elaborado por ele próprio. Nessa circunstância os estatutos serão aprovados pelo Poder Judiciário. Nessa fase, o Ministério Público avaliará também se os bens, destacados pelo instituidor, são suficientes para a consecução da finalidade por ele definida.

A quarta e última fase de constituição é a fase do registro, o qual é efetivado perante o Serviço de Registro de Pessoas Jurídicas, ocasião em que a fundação adquire personalidade jurídica, nos moldes do art. 45 do CCB/02, estando apta a contrair direitos e obrigações, e a titularizar relações jurídicas.

A fundação, por realizar atividades de interesse da sociedade, terá suas atividades fiscalizadas pelo Ministério Público do Estado em que a instituição estiver localizada, como dispõe o art. 66 do CCB/02.

Apregoa o art. 69 CCB/02 que a fundação deverá ser extinta sempre que seu objeto se tornar ilícito, impossível ou inútil ou quando se vencer o prazo fixado para sua existência. Ressalta ainda o referido dispositivo que a extinção deverá ser promovida pelo Ministério Público ou qualquer interessado, perante o Judiciário.

Por fim, destaca o dispositivo em referência que o patrimônio remanescente da instituição em extinção será incorporado a outra instituição que se dedique a desenvolver finalidade igual ou semelhante à fundação em referência, designada pelo juiz competente se não houver destinação diversa determinada pelo instituidor no ato da instituição ou no estatuto da entidade.

3 MINISTÉRIO PÚBLICO E SUAS ATRIBUIÇÕES

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em seu art. 127, estabelece que o “Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”. Com essa determinação, a Instituição permanente sob comento não está submetida a quaisquer dos poderes estabelecidos, não promovendo, portanto, a defesa dos interesses do governo, mas, ao contrário, prima pela realização dos interesses da sociedade.

No Brasil, segundo Moraes (2006), o Ministério Público surgiu em 1832, no Código de Processo Criminal do Império, quando esse conjunto normativo fazia referência ao promotor da ação penal. Em 1843, com o Decreto 120, de 21 de janeiro daquele ano, veio a expressa regulamentação do Ministério Público, determinando sua nomeação pelo Imperador e pelos Presidentes das Províncias, os quais também seriam responsáveis por sua remoção, quando não mais lhes conviessem a atribuição anteriormente conferida.

Destaca Moraes (2006) que o Decreto 1.030, de 1890, fez surgir o Ministério Público enquanto instituição necessária. Conta que a Constituição de 1891 fez menção apenas ao Procurador-Geral da República, e que foi a Constituição de 1934 que cuidou mais detidamente da instituição. Previu inclusive sobre a estabilidade de seus membros e a necessidade de concurso público para ingresso na carreira.

A CRFB/88 definiu, como dito, no artigo 127, o Ministério Público como instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado. Elencou os princípios norteadores da instituição, bem como ampliou suas atribuições.

Muito se discute acerca da natureza jurídica do Ministério Público, chegando alguns doutrinadores a denominá-lo como um quarto Poder da República, como lembra Pinho (2012). Entretanto, ele mesmo destaca as opiniões contrárias, as quais demonstram que a própria CRFB/88 em seu art. 2.º, só faz referência a existência de Três Poderes, não inserindo o Ministério Público entre eles.

Theodoro Jr. (2005, p. 171) ressalta que o Ministério Público não integra o Poder Judiciário,

apesar de estar localizado no título quarto do texto constitucional, o qual trata das funções essenciais à administração da justiça, nem o considera como um poder de soberania nacional. Defende que o Ministério Público “Figura entre os órgãos da Administração Pública, pois realiza a tutela sobre direitos e interesses, não no exercício da jurisdição, mas sim sob forma administrativa.”.

Conclui Pinho (2012) que mais assertivo é o posicionamento doutrinário que percebe o Ministério Público como uma Instituição que se encarrega da defesa da sociedade e da fiscalização dos Três Poderes.

Carvalho (2002) lembra que a CRFB/88 fixa como princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, sendo-lhe também assegurada a autonomia funcional e administrativa. Registra que a unidade significa que seus membros integram um único órgão e estão subordinados a direção única do Procurador-Geral. A indivisibilidade implica na substituição de um promotor por outro de acordo com a lei. A independência funcional diz respeito a não sujeição às ordens de ninguém, devendo se submeter somente à Constituição, às leis e à própria consciência.

O artigo 129 da CRFB/88 elenca um rol de atribuições do Ministério Público. O dispositivo em epígrafe encerra o elenco das funções institucionais do Ministério Público abrindo um leque de possibilidades de atuação da Instituição, ao afirmar, no inciso IX, que compete-lhe “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.”.

Essas “outras funções” estabelecidas pela CRFB/88 para novas atribuições do Ministério Público, serão conferidas por Leis Complementares, como a LC 75/93; e Leis Ordinárias federais, como acontece com o Código Civil de 2002. Há também a previsão para que os Estados-membros possam regulamentar as atribuições do Ministério Público mediante as Constituições Estaduais, como estão fixadas nos artigos 120 a 125 da Constituição Estadual de Minas Gerais, ou Leis Complementares de competência dos Estados.

Além de titularizar a ação penal, função privativa da Instituição, Amendoeira Jr. (2012) lembra que o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (CPC) prevê em seus arts. 81 a 85² as funções exercidas pelo Ministério Público no Processo Civil.

² O autor faz referência ao CPC de 1973. Atualmente, o tema é tratado nos artigos 176 a 181 do Código de Processo Civil de 2015, instituído pela Lei 13.105, de 16 mar. 2015.

Nesse contexto, destaca que o Ministério Público pode atuar como parte ou como *custos legis*. Enquanto parte, o Ministério Público é autorizado a solicitar diretamente a tutela jurisdicional ao Estado.

Enquanto fiscal da Lei, não se compromete com nenhuma das partes no processo, atua como interveniente especial se comprometendo apenas com a ordem jurídica e o bem comum. A Lei processual brasileira prevê essa intervenção em três casos. Estabelece o art. 178 do CPC/2015, ser obrigatória a intervenção do Ministério Público nas causas em que houver interesses de incapazes; nas causas que versem sobre interesse público e social; e nas ações que envolvam litígios pela posse de terra e ainda “nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal”.

Discute-se muito, atualmente, a atuação do Ministério Público preferencialmente na defesa dos direitos coletivos. Considerados esses sempre que houver interesse de toda a sociedade, ou de um grupo social específico.

Pinho (2012) engrossa a discussão acentuando que o art. 127 da Constituição Federal dispõe que é atribuição do Ministério Público a defesa “dos interesses sociais”, e destaca que quando o legislador menciona interesses sociais, substitui as expressões interesses coletivos, metaindividuais ou transindividuais, bastante utilizados por ocasião da constituinte.

E na atualidade, a partir da CRFB/88, observa-se que o Ministério Público incorporou esse papel. Fica evidente o compromisso da Instituição com a defesa dos interesses da coletividade, seja atuando em juízo na defesa desses interesses, seja fora dele, na busca pela prevalência dos interesses da sociedade e do bem comum.

4 CURADORIA DE FUNDAÇÕES: DETALHAMENTO E JUSTIFICATIVAS

A estreita relação entre as fundações de direito privado e o Ministério Público está determinada pelo Código Civil brasileiro de 2002 (CCB/02), corroborada pelas atribuições funcionais descritas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), quando o define como Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado.

O Ministério Público, enquanto curador de fundações, detém participação fundamental na entidade. Participa da sua constituição, acompanha regularmente todo o seu funcionamento, fiscaliza seu patrimônio, os atos dos seus gestores, e ainda

pode requerer e acompanha necessariamente a sua extinção, nos termos do CCB/02.

Segundo Ferreira (1986, p. 511), a curadoria se refere ao “Cargo, poder ou função de curador; curatela”. E, por sua vez, define curador como sendo a “Pessoa que tem, por incumbência legal ou judicial, a função de zelar pelos bens e pelos interesses dos que por si não possam fazer. Aquele que exerce a curadoria”. E cita especificamente o exercício dessa função pelo Ministério Público.

Estabelece o art. 66 do CCB/02 que o Ministério Público deverá velar pelas fundações, exercer sua curadoria. Dentre as funções estabelecidas, para que esse velamento se efetive está a aprovação dos estatutos que regerão a instituição.

Dispõe o art. 65 do CCB/02 que o estatuto da fundação deverá ser submetido “à aprovação da autoridade competente”. E a autoridade competente descrita na Lei é o Ministério Público que, como dito, será o competente quando o estatuto for elaborado pelo instituidor ou por alguém de sua confiança. Quando nenhuma das pessoas qualificadas elaborar o estatuto, caberá ao Ministério Público a sua elaboração e a autoridade competente para aprovação, nesse caso, passa a ser o Poder Judiciário.

O Estatuto somente poderá ser levado a registro no cartório (Serviço Registral das Pessoas Jurídicas) competente se devidamente aprovado nas circunstâncias em assunto. Veja-se, portanto, que o Ministério Público exerce função primordial para que a fundação adquira personalidade, visto que o registro, que é o ato nascedouro da personalidade, só se efetiva com a referida aprovação do Curador.

Atua também o Ministério Público no exercício da curadoria quando da alteração dos estatutos da fundação. Havendo necessidade de alterar as regras inicialmente postas para a instituição, estabelece o art. 67 do CCB/02 que só se efetivarão as mudanças se partirem da deliberação de dois terços dos responsáveis pela gestão, desde que não contrarie a finalidade para a qual fora criada. As alterações propostas deverão ser aprovadas pelo Ministério Público, sem a qual não haverá possibilidade do registro das modificações efetivadas no estatuto da fundação.

É também acometida ao Ministério Público, na função de velar pela fundação, a avaliação dos bens dotados para o desenvolvimento do objeto proposto pelo instituidor como destaca Tepedino (2004). Avaliará o curador se a dotação é suficiente para a consecução dos fins definidos pelo instituidor.

Caso não sejam, serão destinados a uma instituição que desenvolva atividade semelhante, como determina o art. 63 do CCB/02, se não houver orientação diversa no ato de instituição ou nos estatutos da fundação.

Atua também o Ministério Público na fiscalização das atividades desenvolvidas pela fundação a fim de garantir o pleno cumprimento de suas funções. Farias e Rosenvald (2014) defendem a plena liberdade da Instituição na promoção dessa fiscalização, atuando tanto internamente, na análise dos atos dos gestores, como também atuará contra terceiros que por ventura embarguem ou embarcem as atividade da fundação.

Segundo os autores (2014, p. 387) em referência, “é a atuação fiscalizatória do promotor de Justiça, tendente a obstar a utilização da fundação para fins ilícitos ou o desvirtuamento de seus propósitos.”. E pode atuar tanto judicial como extrajudicialmente na defesa dos interesses da instituição curatelada.

Os bens da fundação são inalienáveis, como observa Gonçalves (2014, p. 244) “porque sua existência é que assegura a concretização dos fins visados pelo instituidor.”. Como destaca, a inalienabilidade dos bens não é absoluta, e cabe em regra uma autorização judicial para que a alienação aconteça. E em alguns Estados o procedimento autorizatório é administrativo, atribuição encampada pelo Ministério Público, como acontece em Minas Gerais. Incumbe, portanto, ao Ministério Público mineiro, a avaliação da viabilidade dessa alienação, bem como, a verificação da completa aplicabilidade da renda auferida com a alienação, na própria instituição.

O Ministério Público exerce também atividade fiscalizatória quando aprova ou rejeita as contas da fundação. A fundação privada, regularmente deve apresentar os relatórios contábeis e um balanço de suas atividades sociais para apreciação do Curador.

Em Minas Gerais, essa verificação se dá pelo Sistema de Cadastro e Prestação de Contas (SICAP), programa desenvolvido pelo Centro de Estudos de Fundações e Entidades de Interesses Sociais (CEFEIS), entidade da qual o Ministério Público mineiro é conveniado. O sistema faculta um acompanhamento maior e mais próximo das atividades da fundação. O SICAP exige da instituição fiscalizada, até 30 de junho de cada ano, a apresentação detalhada de relatórios contábeis, administrativos, de voluntariado, das atividades desenvolvidas para a consecução de seu objeto, bem como da gestão.

Além disso, em Minas Gerais o curador de fundações acompanha as atividades dos gestores, verificando com rigor todas as atas dos órgãos responsáveis pela gestão da instituição sob sua curadoria. Sem a aprovação do Ministério Público, as atas não são registradas, e, portanto não podem surtir os efeitos legais que delas se esperam.

Pelas atribuições aqui elencadas se percebe uma atuação efetiva do Ministério Público em relação às fundações, o que não se verifica nas demais espécies de pessoa jurídica reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio. Conforme opinião de Farias e Rosenvald (2014), a proximidade fiscalizatória do Ministério Público em relação à fundação se dá por conta do interesse social presente na sua finalidade.

Nesse sentido, Rezende (2013, p. 111) elenca seis argumentos para explicar o porquê da curadoria exercida nas fundações. Segundo ele, o exercício da curadoria se justifica porque “o patrimônio que compõe a fundação pertence à sociedade ou a uma parcela determinada desta”. Defende que após o registro, a fundação adquire personalidade e o patrimônio destacado do instituidor dele se desprende nesse momento. E os bens da instituição passam a pertencer à sociedade que deles vai usufruir, daí a necessidade do Ministério Público para verificação da correta aplicação desse patrimônio.

Destaca, em segundo lugar, a inexistência de pessoas na constituição da fundação. Nas demais pessoas jurídicas de Direito Privado, salvo a empresa individual de responsabilidade limitada, é necessária a união de pessoas para sua instituição. A fundação é um patrimônio personalizado; por isso, a necessidade de fiscalização do curador para verificação da consecução de seu objeto.

Como terceiro argumento, ressalta que a fundação presta serviço de interesse coletivo, a partir da finalidade fixada pelo instituidor. Normalmente, a atividade da fundação supre uma deficiência do Estado em determinados serviços e, por isso, deve ser atendida.

Argumenta ainda que, como os interessados não integram a instituição, como ocorre nas sociedades e nas associações, os responsáveis pela gestão da fundação devem ser acompanhados de perto para não desvirtuarem da finalidade estabelecida pelo instituidor.

Registra também que com a prestação de serviço de interesse público, a fundação auferir benefícios fiscais e ou tributários, e para evitar que terceiros utilizem a instituição para usufruir desses benefícios, a curadoria se justifica.

Por fim Rezende (2003) justifica o exercício da curadoria para a garantia de que os serviços por ela fornecidos não sofram restrições em função da fé, partido político ou qualquer outra ideologia, professadas pelo instituidor ou pelos administradores.

Em que pesem os argumentos dos autores acima elencados, percebe-se um tratamento desigual em relação às associações que também desenvolvem atividades sem fins econômicos, e não poucas as vezes, de interesse coletivo. Pode também a associação receber os mesmos benefícios tributários ou fiscais que a fundação, beneficiar-se de verbas públicas, quando reconhecida como entidade de utilidade pública, e ainda assim, não está sujeita à curadoria do Ministério Público.

Nesses termos, vale o contraponto registrado por Coelho (2006, p. 257/258). Segundo ele, o único propósito da curadoria das fundações seria somente a garantia da proteção ao direito de propriedade do instituidor. Um resquício do patrimonialismo e individualismo do Código Civil de 1916, “cuja pertinência à realidade econômica e social dos nossos tempos é altamente questionável, inclusive sob o ponto de vista da constitucionalidade.”

Coelho (2006) argumenta que como o instituidor retirou do seu patrimônio, bem específico para atender a determinada finalidade, sua vontade deve ser respeitada, e por isso questionável se apresenta a curadoria de fundações, pois colocaria o Ministério Público como guardião da vontade e do patrimônio particulares.

Contudo, justificar-se-ia a curadoria das fundações pelo Ministério Público somente quando fossem instituídas por ato *causa mortis*. Nessa circunstância, o instituidor não estará presente para fazer valer a sua vontade, e caberia a alguém a efetivação dessa vontade.

Determinava o art. 82, II do CPC/73 que cabia ao Ministério Público atuar nas causas que versavam sobre disposições de última vontade para efetivação do princípio o qual determina que as disposições de última vontade devem ser cumpridas (a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, ao instituir o Novo Código de Processo Civil, não repetiu o dispositivo). Nesse contexto, embora não haja um procedimento judicial, o exercício da curadoria pelo Ministério Público era plenamente aceitável, especialmente, quando o fim instituído para a fundação fosse a execução de uma atividade de interesse público.

Ao contrário, quando a fundação for instituída por ato *inter vivos*, a curadoria não se justifica, vez que o instituidor poderá por si próprio fiscalizar as atividades da instituição, mesmo que não atue em

sua gestão, tanto quanto os associados podem fazê-lo na associação. Caberia também ao poder público a fiscalização em âmbitos gerais como já efetiva nas demais espécies de pessoa jurídica de direito privado.

Se a motivação para a curadoria for apenas a execução de uma atividade de interesse público, factível a sua extensão a toda instituição que tenha por objeto atividades dessa natureza. Com a manutenção da curadoria limitada à fundação, há uma autorização para reforçar os argumentos trazidos por Coelho (2006) de que a cultura individualista e patrimonialista do Código Civil de 1916 perpetua na vigência da nova ordem jurídica imposta pela CRFB/88, e que a motivação da curadoria é mesmo uma ideia equivocada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As fundações, como pessoa jurídica de direito privado, possuem elementos que lhes são peculiares, que as distinguem das demais espécies. Notadamente, a inexistência do agrupamento de pessoas para sua instituição, a personificação de um patrimônio e o exercício da curadoria pelo Ministério Público.

A doutrina estabelece vários argumentos que justificam o exercício dessa curadoria somente para as fundações, ora fundamentados na finalidade para qual fora criada, por envolver o interesse público; ora fundamentados em elementos estruturais, a personalização de um patrimônio ou o destaque de bens do instituidor para consecução de uma finalidade.

Contudo, após os estudos aqui realizados, acredita-se que nenhum desses fundamentos justifica o exercício da curadoria exclusivamente destinada às fundações, visto que se a fundamentação prevalente for o desenvolvimento de atividade de interesse público, outras instituições estão igualmente autorizadas a desenvolvê-las e não são agraciadas com o mesmo interesse do Ministério Público.

No que concerne aos argumentos pertinentes aos elementos estruturais, também guardada não encontram na atual ordem jurídica, pois o Ministério Público é órgão de defesa dos interesses da coletividade; e, não, do patrimônio de particulares.

Caso essa configuração da curadoria exercida apenas em relação à fundação se perpetue, perpetuar-se-á também uma atuação seletiva e desigual por parte do Ministério Público, o que distancia do objetivo da Instituição que é zelar pelo

interesse da sociedade em geral ou, pelo menos, parte considerável dela.

Possível seria, entretanto, sua atuação somente quando a instituição da fundação se der mediante testamento, pois ao Ministério Público cabe a fiscalização da efetivação das disposições de última vontade, principalmente quando essas disposições se destinarem à execução de atividade que atenda aos interesses da coletividade. Tem-se, portanto, por refutadas as hipóteses inicialmente levantadas de que a curadoria do Ministério Público se destina especificamente à fundação por executar atividades de interesse público ou porque não há presença do instituidor na pessoa jurídica por ele instituída.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003.
- AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Manual de direito processual civil*. v. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jan. 1973.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CENTRO DE ESTUDOS DE FUNDAÇÕES E ENTIDADES DE INTERESSE SOCIAL – CEFEIS. Disponível em: <<http://www.fundata.org.br/cefeis.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2014.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. v. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 12. ed. Salvador: Jus Podium, 2014.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário aurélio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- GANGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. v. I. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RESENDE, Tomaz de Aquino. *Roteiro do terceiro setor: associações e fundações*. 2. ed. Belo Horizonte: Newton Paiva, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. *Código civil: interpretado conforme a Constituição da República*. v. I. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

O CONTEÚDO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM MANDADOS DE INJUNÇÃO: apontamentos levinasianos e constitucionais

Débora Pereira Turchetti¹
Rafael Soares Duarte de Moura²

RESUMO

O presente artigo analisa o conteúdo das decisões judiciais em Mandados de Injunção, levando-se em consideração o paradigma do Estado Democrático de Direito e o Pós-Positivismo, permeados pela noção de separação dos Poderes, e a nova Hermenêutica Constitucional, que pensa a concepção de criação e interpretação das leis pautadas pela observância dos princípios normativos. Dessa forma, a compreensão hermenêutico-fenomenológica levinasiana oferece sua contribuição para o pensamento ora desenvolvido, uma vez que deve ser considerada para a plena efetivação e materialização da Justiça, especialmente no que tange aos Mandados de Injunção, a observância da dimensão da alteridade como elemento essencial para a configuração de toda a decisão judicial, sendo elemento imanente do ato de julgar e da atuação virtuosa do magistrado.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Princípios constitucionais. Pós-Positivismo. Hermenêutica Constitucional. Mandado de Injunção. Ativismo judicial. Ética universal. Alteridade. Rosto do outro. Emmanuel Lévinas.

THE CONTENT OF JUDGMENTS IN WRIT OF INJUNCTION: CONSTITUTIONAL AND LEVINASIAN NOTES

ABSTRACT

This article analyzes the content of judgments in writ of injunction, taking into account the paradigm of the Democratic State of Law and the Post-positivism, permeated by the notion of separation of Powers, and the new Constitutional Hermeneutics, which considers the creation and

interpretation of laws guided by compliance with the regulatory principles. Therefore, the phenomenological hermeneutic levinasian understanding offers its contribution to the thought now developed, since it should be considered for full fulfillment and materialization of Justice, specially regarding the writ of injunction, the observance of the dimension of alterity as an essential element for the configuration of every judicial decision, as immanent element of act of judging and of virtuous acting of the magistrate.

Keywords: Democratic State of Law. Constitutional principles. Post-positivism. Constitutional Hermeneutics. Writ of injunction. Judicial Activism. Universal Ethics. Alterity. Face of the other. Emmanuel Lévinas.

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se desenvolver uma reflexão por meio de apontamentos jusfilosóficos e constitucionais sobre as decisões judiciais em Mandados de Injunção e suas tendências. Para tanto, far-se-á uma breve introdução sobre os paradigmas de Estado e os princípios constitucionais, necessária para a compreensão da atuação estatal e da Hermenêutica no Pós-Positivismo, que apregoa ser a interpretação do Direito circunstancial. Posteriormente, discorrer-se-á sobre alguns aspectos do Mandado de Injunção e do ativismo judicial. Somente após, estar-se-ão habilitados a aprofundar o estudo acerca do conteúdo das decisões judiciais em Mandados de Injunção, e, conseqüentemente, a legitimidade e a qualidade das normas decorrentes dessas decisões.

O estudo será permeado pela abordagem de conceitos hermenêutico-filosóficos que apontem para valores e princípios, visando ao desvelar de uma ética universal que seja compreendida no Pós-Positivismo.

¹ Mestre em Direito pela UFMG. Servidora pública, bacharela em Direito pela UFMG.

² Mestre em Direito pela UFMG. Doutorando em Direito Constitucional pela UnB. Bacharel em Direito pela UFMG. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Professor de Direito Constitucional.

Dessa forma, nada mais contemporâneo do que estudar Emmanuel Lévinas, que sustenta ser na alteridade, ou seja, no exercício pleno do egoísmo ético para com o outro, o meio da revelação de uma ética de coexistência pacífica que visa, teleologicamente, a plena efetivação do reconhecimento e da Justiça, em que o Rosto do outro se apresenta como o início e o fim de toda e qualquer reflexão. Essa Justiça se corporifica quando da análise da qualidade e legitimidade das normas decorrentes das decisões judiciais, dentre as quais se acham os julgados sobre os Mandados de Injunção.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: OS PARADIGMAS DE ESTADO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A doutrina tradicionalmente diferencia três principais paradigmas: (a) do Estado de Direito ou Estado Liberal; (b) do Estado Social, ou de Bem-Estar Social ou Providência; e (c) do Estado Democrático de Direito.

O Estado de Direito, que rompeu com o paradigma antigo ou medieval, foi instituído na Modernidade, fortemente influenciado pelos ideais burgueses e pelos autores como Locke e Montesquieu. Nele, todos os homens eram livres e a ideia de liberdade se assentava na de igualdade, uma vez que todos eram proprietários, no mínimo, de si próprios, podendo se autodeterminar da maneira que melhor lhes conviesse.

Pela primeira vez, existiu um ordenamento jurídico único constituído de leis gerais e abstratas válidas para todos, sendo, então, consagrado o ideal de igualdade formal. Prevalcia, dessa forma, o Estado mínimo não intervencionista, liberal. A imparcialidade do juiz repousava na sua cegueira, isto é, na aplicação mecânica das leis, ou seja, na subsunção formal da lei positiva ao caso concreto.

O paradigma se tornou insustentável diante das inúmeras reivindicações das classes operárias e de alguns setores mercantis, que propugnavam a existência de leis que garantissem benefícios sociais, notadamente aqueles atinentes ao ambiente de trabalho. Essas reivindicações resultaram das práticas mercantis, oriundas do processo de Revolução Industrial e de intensa exploração da mão de obra, em meio a extenuantes jornadas de trabalho remuneradas com baixíssimos salários, que gerou uma camada social caracterizada pela pobreza intensa.

O Estado Social, instituído após a Primeira

Guerra Mundial, rompeu com os parâmetros identificadores do Estado Liberal. No Estado Social, a liberdade se assentava não somente na igualdade formal, mas também na igualdade material, por meio do reconhecimento do papel fundamental do Estado enquanto garantidor de toda uma pacificação social.

Prevalcia, então, o Estado intervencionista, atuante, que instituía políticas públicas focadas na redução de diferenças materiais entre as pessoas, com a consequente proteção dos estratos sociais, notadamente dos mais vulneráveis, por meio de leis, como as leis do Direito do Trabalho ou da Previdência Social. A propriedade era condicionada ao exercício de sua função social. O maior desafio do Estado Social era construir uma cidadania, uma vez que a população carecia, desde o início, da materialidade de seus direitos.

O Estado Democrático de Direito pressupõe um Estado em que se viva sob o primado do Direito, democraticamente estabelecido, em que haja o império da vontade do povo soberano, de quem decorre todo e qualquer poder, exercido por meio de representantes, ou diretamente, através de mecanismos tais como plebiscito e referendo. A legitimidade das normas jurídicas está associada à vontade do povo soberano.

Esse paradigma instituiu os direitos de 3.^a geração, tais como os presentes no Direito Ambiental, no Direito ao Patrimônio Histórico e no Direito do Consumidor, que protegem interesses difusos e refogem à dicotomia entre público e privado. No seio do Estado Democrático de Direito existe o Pluralismo, uma vez que há uma grande complexidade social.

Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 928), assim definem o Pluralismo:

Na linguagem política chama-se assim a concepção que propõe como modelo a sociedade composta de vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de o eliminar, o centro do poder dominante, historicamente identificado com o Estado.

A sociedade atual é altamente complexa e pluralista. Ora, coexistem harmonicamente vários grupos de indivíduos na sociedade, e cada indivíduo pode se identificar, simultaneamente, com vários grupos. Como consequência, existem vários grupos de emanção de poder. Assim, pode-se afirmar que o Pluralismo não é uma opção política, mas

uma realidade nas sociedades contemporâneas complexas.

Consequência lógica da sociedade pluralista é o Estado Pluralista, que, nos ensinamentos de Bobbio, é simplesmente o Estado dividido em partes, em que não existe uma fonte única de autoridade que seja competente em tudo.

Uma importante teoria sobre o Estado Pluralista é a do italiano Massimo Severo Giannini, denominada Estado Pluriclasse, cuja característica marcante seria atender simultaneamente aos múltiplos interesses, representados de forma pluralizada. Neste sentido, Moreira Neto (2011) afirma que o Estado Pluriclasse de Giannini nada mais é do que o atual denominado Estado Democrático de Direito.

Assim, é natural que também o Direito contemporâneo seja complexo e o constitucionalismo moderno se preocupe principalmente com os limites dos poderes do Estado. Assim, a divisão de Poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (SILVA, 2005, p. 108). Em outras palavras, o sistema de separação de Poderes é a divisão funcional do poder político do Estado nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, com a delegação de cada atribuição governamental básica a um órgão especializado, visando exatamente preservar os limites dos poderes do Estado.

Cada um dos três Poderes limita a força do poder dos outros, formando o sistema de freios e contrapesos. Busca-se o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade, indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro, especialmente dos governados (SILVA, 2005, p. 110). Portanto, a harmonia entre tais Poderes não significa domínio nem usurpação, mas sim colaboração e controle recíproco, a fim de evitar distorções.

Não se olvide, entretanto, que tal princípio não é absoluto e possui, assim, exceções como, por exemplo, a possibilidade de adoção pelo Presidente da República de Medidas Provisórias, com força de lei; e a autorização de delegação de atribuições legislativas ao Presidente da República.

É notório que o Estado visa ao atendimento ao interesse público em todas as suas esferas e Poderes. O Legislativo, ao editar uma lei; o Executivo, ao administrar os bens e serviços públicos; e o Judiciário, ao decidir as pretensões

que lhe são submetidas, visam ao atendimento do interesse público e da vontade do povo soberano.

Diante deste contexto, um interesse público não pode mais ser observado isoladamente, mas deve ser observado em conjunto com os demais interesses. Verifica-se, assim, a existência de um interesse público primário e um interesse público secundário, sendo o interesse público primário o interesse ligado diretamente ao órgão atuante e o interesse público secundário o interesse ligado a outros órgãos.

No atendimento do bem comum, que é objetivo do Estado, a realização do interesse primário deve-se levar em consideração os outros interesses intervenientes no caso concreto, de modo que os interesses de todas as esferas de governo devem ser observados. Neste sentido, Batista Júnior (2004, p. 94-95) leciona (sendo que “AP” contido no texto significa “Administração Pública”):

A cada um dos órgãos, entidades ou unidades que participam da AP, ou que mirem a prossecução do bem comum, é atribuído legalmente, pelo menos, singular interesse público primário a ser atingido.

Considerando o fato de que a missão primeira da AP é a prossecução do bem comum, a função administrativa disposta para a identificação e a prossecução dos interesses públicos estabelecida pelas normas é atividade de comparação e de escolha dentre os vários interesses a satisfazer e sacrificar em prol do bem comum.

Em substância, firmamos que o interesse primário é aquele previsto pela lei atributiva do poder; os interesses secundários são aqueles presentes, eventualmente, na situação concreta, decorrentes do complexo do ordenamento jurídico, e que interferem na decisão administrativa, embora não a fundamentem diretamente.

A conclusão que se chega é que o Pluralismo não pode ser desconsiderado na atuação do Estado *lato sensu*, isto é, dos seus três Poderes, já que ele evidencia os diversos interesses públicos existentes e se afirma contra a concepção que contraponha o indivíduo singular ao Estado. Destaquem-se as seguintes lições:

O que distingue o Pluralismo das restantes doutrinas antiestatalistas é que ele se afirma polemicamente contra toda a forma de concepção individualista da sociedade e do

Estado, isto é, contra toda a concepção que contraponha o indivíduo singular ao Estado, porquanto considera o estatualismo e o individualismo como duas faces da mesma medalha, isto é, como duas concepções que, embora de dois pontos de vista diversos, tendem a marginalizar ou até mesmo a eliminar as formações sociais que ocupam o espaço intermédio entre os dois pólos extremos do indivíduo e do Estado (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 928).

Neste contexto, surge o Pós-Positivismo, que nada mais é do que a tentativa de síntese entre o jusnaturalismo e o positivismo clássico, propondo uma aproximação entre o Direito e a ética, que ganhou grande relevância após a Segunda Guerra Mundial.

O Pós-Positivismo traz como consequências: a superação do normativismo, o retorno dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios, a ponderação de princípios, a ponderação de interesses, a essencialidade dos direitos fundamentais e a nova Hermenêutica Constitucional.

Dito isso, pode-se compreender que os princípios constitucionais são de grande relevância na avaliação da legitimidade não só das normas jurídicas, mas também dos atos da administração *lato sensu*, como se demonstrará a seguir.

A concepção acerca dos princípios foi evoluindo ao longo do tempo, sendo que a doutrina contemporânea, pós-positivista, confere normatividade aos princípios. Ao contrário do que muitos pensam, a ordem jurídica fundada em princípios não é insegura, uma vez que eles é que vão buscar a realização da Justiça Material no caso concreto. Neste sentido, são as lições próximas:

Com os princípios jurídicos, a interpretação do Direito deixa de ser um mero silogismo; requer-se do intérprete-aplicador não mais a mera subsunção de um fato à regra legal prevista, mas a verdadeira “construção” da norma jurídica aplicável ao problema jurídico, cuja solução se requer, dentro das possibilidades normativas permitidas pelo respectivo quadro jurídico-positivo.

Os princípios, além de atenderem à própria natureza ontológica do Direito como fenômeno sociocultural, consubstanciam a afirmação dos valores reconhecidos pelas diferentes sociedades, o que os transforma em instrumento de fundamental valia no que tange à evolução do Direito positivo para a regulação de novos fenômenos sociais. Os princípios jurídicos representam a fórmula

jurídico-positivista que permite a permanente adaptação dos textos jurídicos à realidade social subjacente.

[...].

O surgimento e a afirmação de uma ordem jurídica fundada em princípios, e não em regras pretensamente unívocas, longe está de revelar insegurança jurídica, característica de uma época de declínio do Direito. Pelo contrário, reconhecer a normatividade dos princípios jurídicos é resgatar a riqueza do fenômeno jurídico como instância da realidade social.

Portanto, o reconhecimento da positividade dos princípios jurídicos é fundamental para o regular funcionamento da ordem jurídica, pois é precisamente através deles que o Direito revela a sua função primordial, qual seja, a regulação das condutas humanas buscando a realização de justiça material (PONTES, 2000, p. 30-31, Grifos nossos).

Desse modo, comprova-se que o estudo dos princípios é essencial na doutrina contemporânea, uma vez que além de eles possuírem normatividade, eles são norteadores do ordenamento jurídico. Como bem esclarece Bonavides (2004, p. 258):

Sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), inserida no paradigma de Estado Democrático de Direito, é compreendida como uma Constituição principiológica e, com isso, faz-se necessária uma releitura da interpretação dos institutos jurídicos de todas as áreas do Direito, em consideração aos princípios constitucionais. Surgem, assim, o Direito Civil Constitucional, o Direito Processual Constitucional, entre outros. Em todas as áreas, os princípios possuem caráter superior e vinculante, criando uma nova Hermenêutica.

Portanto, pode-se afirmar que se um ato da Administração *lato sensu* fere um princípio, ele é antijurídico, inferindo-se, assim, que a tendência da atuação estatal *lato sensu* (dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) é ser cada vez mais preocupada com a juridicidade ao invés de se preocupar simplesmente com a legalidade.

3 O MANDADO DE INJUNÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assim dispõe, em seu art. 5.º, inciso LXXI: “conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Referido dispositivo tem sido alvo de grande controvérsia, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias, em especial em relação ao conteúdo das decisões judiciais nos processos de Mandado de Injunção.

O Supremo Tribunal Federal (STF) adotou, num primeiro momento, a corrente doutrinária não concretista ao conferir ao Mandado de Injunção a função de tão-somente declarar a ocorrência da omissão inconstitucional e comunicar ao órgão omisso para as devidas providências. Neste sentido foi o MI 107/DF, de Relatoria do Ministro Moreira Alves, julgado em 21/11/90, publicado no Diário do Judiciário de 02/08/91. No entanto, ao evoluir sua jurisprudência, o STF foi progressivamente conferindo maior concretude ao Mandado de Injunção, adotando mais recentemente a corrente doutrinária concretista geral.

Um dos argumentos favoráveis à conferência de maior concretude ao Mandado de Injunção, que defendem os autores deste artigo, é a exigência do respeito ao direito de ação, previsto no inciso XXXV do art. 5.º da CR/88, que deve garantir o acesso à Justiça de modo efetivo. Isso porque tal direito fundamental, que é uma decorrência do monopólio da atividade jurisdicional pelo Estado, assegura que qualquer pessoa física ou jurídica que, porventura, tenha o seu direito ameaçado ou lesado, possa acionar o Poder Judiciário, que deverá dizer o direito no caso concreto. Por isso, limitar-se a confirmar a omissão inconstitucional e a comunicar tal fato ao órgão omisso não garantiria a efetividade do acesso à Justiça, uma vez que o Direito não estaria sendo dito, ou, em outras palavras, o conflito não estaria sendo solucionado.

Entendimentos recentes do STF, a exemplo do MI 708/DF, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007, publicado no DJE-206 de 31/10/2008, em que a maioria dos Ministros determinou a aplicação, no que coubesse, de leis pré-existentes, *in casu*, as Leis n. 7.701/88 e n. 7.783/89, que dispõem, respectivamente, sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e sobre o exercício do

direito de greve, ambas relativas ao regime celetista, enquanto persistisse a omissão.

Referida decisão é de extrema relevância, pois a aplicação das leis pré-existentes não se restringiu apenas aos impetrantes, mas a todos os servidores públicos, porquanto foi conferido efeito *erga omnes* à decisão, levando-se em consideração a recorrência do tema no Judiciário. Seguindo o mesmo raciocínio, o STF também julgou o MI 670/ES, de Relatoria do Ministro Maurício Corrêa, cujo Relator para o Acórdão foi o Ministro Gilmar Mendes, e o MI 712/PA, de Relatoria do Ministro Eros Grau, ambos julgados em 25/10/2007, e publicados no DJE-206 de 31/10/2008.

Tais julgamentos acalentaram as discussões sobre o ativismo judicial, que é uma maior interferência do Poder Judiciário no espaço de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. São exemplos de ativismo judicial as citadas decisões de Mandado de Injunção relativas ao direito de greve dos servidores públicos; a edição de Súmula Vinculante sobre o nepotismo, após o julgamento de um único caso; e as inúmeras decisões judiciais determinando a distribuição de medicamentos.

Paralelamente ao ativismo judicial, há a judicialização, que é a decisão pelos órgãos do Poder Judiciário, em vez das instâncias políticas tradicionais, de questões de grande repercussão política ou social. O ativismo judicial vai além da judicialização, pois no ativismo, o Poder Judiciário decide além de suas competências.

Interessante citar alguns dos argumentos citados, em decisão monocrática, pelo Ministro Celso de Mello para a interferência do Judiciário, quando configurada hipótese de abusividade governamental, *in verbis*:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

(ADPF 45 MC / DF, decisão monocrática do Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 29/04/04, publicada no Diário do Judiciário de 04/05/04).

Os críticos do ativismo judicial enxergam uma interferência indevida no Legislativo e no Executivo e uma conseqüente quebra de harmonia entre os três Poderes. Aponta-se, assim, um risco para a legitimidade democrática. Destaque-se que mesmo os críticos do ativismo judicial admitem que ele é resultado principalmente da inércia do Legislativo.

Por outro lado, os defensores do ativismo judicial argumentam que o Judiciário está sujeito às normas do Legislativo e do Executivo, uma vez que está inserido no sistema de freios e contrapesos, e que ele, como guardião da Constituição, deve assegurar o respeito às suas normas a todo o custo, inclusive, invadindo competências dos outros Poderes caso seja necessário, leia-se, em caso de inércia ou abuso. Argumentam ainda que essas invasões nas competências dos outros Poderes são autorizadas em ocasiões especialíssimas, configurando uma exceção à atuação do Judiciário.

De qualquer modo, verifica-se que o Legislativo fica encurralado entre duas tendências: a do Poder Executivo em legislar por meio de Medidas Provisórias, Decretos, Portarias, Resoluções, entre outros, e a do Poder Judiciário em decidir as questões que lhe são levadas ativamente.

Enfim, sem aprofundar na discussão sobre o ativismo judicial, tarefa que demandaria um estudo exclusivo, apenas se constata sua existência e se limita a analisar criticamente o conteúdo das decisões judiciais em Mandados de Injunção e, conseqüentemente, a legitimidade e a qualidade das normas decorrentes de tais decisões.

4 O CONTEÚDO DAS DECISÕES EM MANDADOS DE INJUNÇÃO E A LEGITIMIDADE E A QUALIDADE DAS NORMAS DECORRENTES DESSAS DECISÕES

O art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. Esse artigo associado ao direito de ação leva à certeza de que ao juiz não é facultado deixar de proferir qualquer decisão, mesmo que se faça necessário

recorrer à analogia, conjunção de textos normativos, decisões de casos semelhantes, bem como aos costumes, aos princípios gerais de direito e, por fim, à equidade.

A análise das decisões judiciais dos MI 708/DF, MI 670/ES, e MI 712/PA revela que elas não só observaram o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, como também solucionaram o conflito que foi submetido ao Judiciário, qual seja, a omissão inconstitucional de legislação regulamentadora do exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Pelo exame das decisões, como já destacado anteriormente, verifica-se que o STF adotou a corrente doutrinária concretista geral, que defende ser o Supremo Tribunal Federal competente para, no caso da omissão do Legislativo, legislar, com efeito *erga omnes*, até que sobrevenha norma integrativa editada pelo Legislativo. Desse modo, a decisão judicial é apenas uma solução temporária, o que reforça a tese de que essas situações são excepcionais e, conseqüentemente, não ferem o princípio da separação dos Poderes.

Vale destacar que Di Pietro (2008), ainda que seja adepta da corrente doutrinária concretista individual, que vê o Judiciário como legitimado a legislar, na omissão do Legislativo, apenas com efeito *inter partes*, defende que a conferência de caráter temporário a essas decisões judiciais feriria a coisa julgada, prevista no art. 5.º, XXXVI, da CR/88.

Observa-se que a determinação de que a decisão judicial permaneça até que sobrevenha norma integrativa editada pelo Legislativo, ainda que possa gerar certa insegurança, por ferir a regra da coisa julgada, é a tese que mais respeita a separação dos Poderes e o princípio democrático. Isso porque o órgão legitimado para criar normas jurídicas é o Legislativo, eleito pelo povo soberano, para fazer valer suas vontades. O Judiciário somente está legitimado a legislar em situações excepcionais.

No contexto do Estado Democrático de Direito em que vivem o povo atual, quando uma das maiores preocupações do Direito é a limitação dos poderes do Estado e a legitimidade das normas jurídicas, entende-se ser o princípio da separação dos Poderes mais relevante que a coisa julgada, que, inclusive, vem sendo relativizada por importantes doutrinadores, em hipóteses excepcionais, levando em consideração os princípios constitucionais, norteadores do ordenamento jurídico.

Ademais, como já mencionado, entende-se que caso o Judiciário adote a posição não concretista, julgando pela simples constatação da omissão legislativa nos Mandados de Injunção, o direito de ação estará sendo ferido. Isso porque o Judiciário deve solucionar os conflitos que lhe são postos, ainda que para tanto precise recorrer à analogia, à conjunção de textos normativos, às decisões de casos semelhantes, aos costumes, aos princípios gerais do Direito e à equidade.

Neste sentido, Bobbio (1994) ensina que os ordenamentos jurídicos em que ou o juiz não é obrigado a julgar todos os casos ou o juiz não é obrigado a julgar com base em lei são completáveis a todo tempo. Veja-se:

[...] a completude é uma condição necessária para os ordenamentos em que valem estas duas regras:

- 1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame;
- 2) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema.

Entende-se que, se uma das duas regras perder o efeito, a completude deixará de ser considerada como um requisito do ordenamento. Podemos imaginar dois tipos de ordenamentos incompletos, caso falte a primeira ou a segunda regra. Num ordenamento em que faltasse a primeira regra, o juiz não teria que julgar todas as controvérsias que lhe fossem apresentadas: poderia pura e simplesmente repelir o caso como juridicamente irrelevante, com um juízo de *non liquet* (não convém). Para alguns, o ordenamento internacional é um ordenamento deste tipo: o juiz internacional teria a faculdade, em alguns casos, de não culpar nem desculpar a nenhum dos contendores, e esse juízo seria diferente (mas é discutível que o seja) do juízo do juiz que daria a culpa a um e a razão ao outro, ou vice-versa. Num ordenamento no qual faltasse a segunda regra, o juiz seria, sim, levado a julgar cada caso, mas não seria obrigado a julgá-lo baseado em uma norma do sistema. É o caso do ordenamento que autoriza o juiz a julgar, na falta de um dispositivo de lei ou da lei dedutível, segundo a equidade. Podem-se considerar ordenamentos desse tipo o ordenamento inglês e, em medida reduzida, o suíço, que autoriza o juiz a resolver a controvérsia, na falta de uma lei ou de um costume, como se ele mesmo fosse legislador. Dá pra entender que num ordenamento onde o juiz está autorizado a julgar segundo a equidade, não

tem nenhuma importância que o ordenamento seja preventivamente completo, porque é a cada momento completável (BOBBIO, 1994, p. 116-119, *passim*).

Dito isso, vale lembrar que as normas jurídicas devem ser aceitas pelos seus destinatários (legitimidade), devem ser observadas (efetividade), e devem cumprir os seus objetivos, possibilitando o exercício do direito ou da sanção nelas previstos (eficácia). E, se considera que as normas decorrentes das decisões judiciais em Mandados de Injunção são dotadas de legitimidade, uma vez que o Judiciário não pode deixar de cumprir o seu dever constitucional que é solucionar os conflitos, sob o pretexto de evitar ferir a harmonia entre os Poderes, na medida em que o Judiciário pode e deve solucionar os conflitos que lhe são levados em Mandados de Injunção ainda que necessite, para tanto, legislar.

Ressalte-se que existem mecanismos hábeis a aumentar ainda mais a legitimidade das decisões do Judiciário, que já vem sendo utilizadas pelo STF, como, por exemplo, as audiências públicas, na medida em que a participação dos interessados nas decisões permite uma maior aproximação entre as decisões judiciais e a vontade do povo soberano.

Ultrapassado esse ponto, admitindo-se a legitimidade das decisões judiciais em Mandados de Injunção e, conseqüentemente, das normas delas decorrentes, pode-se ponderar sobre a qualidade de tais normas.

Uma opção contemporânea para a análise da qualidade das normas jurídicas é sob o olhar da Legística, que, em apertada síntese, é a ciência da legislação. A Legística estuda a legislação desde o impulso para legislar até a sua aplicação e objetiva a qualidade da lei *lato sensu*. Ela é uma disciplina relativamente nova e interdisciplinar, envolvendo aspectos do Direito, da Política, da Linguística, entre outros.

Assim, diversos doutrinadores da Legística propõem métodos para a racionalização da produção normativa. Entretanto, por mais que se reconheça o enorme mérito da Legística na melhoria da legislação, considera-se que ela ainda não supre todas as indagações acerca da qualidade das normas jurídicas. Ora, ainda que a norma seja clara, precisa, compreensível, coerente, completa, livre de contradições, entre outras características apontadas pelos doutrinadores, ela ainda carece do mais importante, que é o seu caráter axiológico,

em conformidade com o povo soberano e com a sociedade como um todo.

Com efeito, as ciências já não mais garantem o acerto. Exatamente por isso, no Pós-positivismo, retorna-se aos conceitos filosóficos, em busca de valores e princípios universais, visando a reflexão sobre a eticidade universal, focada nos parâmetros jusfilosóficos atinentes à materialização da Justiça. Assim sendo, analisar-se-á a qualidade das normas decorrentes das decisões judiciais em Mandados de Injunção na doutrina de Emmanuel Lévinas, que sustenta ser o amor do homem pelo outro, na concepção *ágape*, o meio da revelação de uma ética de coexistência pacífica, em que o Rosto do outro é visto como ponto de partida de toda e qualquer reflexão.

Na perspectiva levinasiana, o Direito se plenifica enquanto instrumento de promoção de pacificação social e não apenas um conjunto de regras, sendo que a completude do justo agir se realiza na imediatidade da relação ética.

5 IMBRICAÇÃO ÉTICA E ALTERIDADE NO ATO DE JULGAR

Para Emmanuel Lévinas, assim como para muitos estudiosos, não só é possível a existência de uma ética que seja universal, como desejável para uma reta compreensão da Justiça. A presença do terceiro, na relação entre o Eu e o outro, conduz a reflexão do processo do existir social à consideração dos aspectos da ética, do exercício virtuoso da política e, conseqüentemente, do abordar a Justiça, enquanto necessária para que seja evitado o cometimento de injustiças para com o outro. Neste sentido, a política

segundo a proposição levinasiana, é a instância de uma necessária e benéfica interrupção da ética, a instância de uma medida comum segundo uma “entrada” (do terceiro) que Levinas afirma ser “permanente”. Querir ou tentar fazer disto uma tradução da ética em “valores” que conformariam uma “ação” seria reabsorver a ética num conjunto lógico, lógico-político, de relações. Seria reintegrá-la na “aliança” sacro-santa e, no fim de contas, esquecer que toda política, mesmo a mais universal e mais democrática, deixada a si mesma, traz uma tirania, segundo uma fórmula notável de *Totalité et infini*. Em outros termos, todo pensamento de uma relação de tipo transitivo entre a ética e a política, entre a filosofia, as ontologias do ser social ou

político e a história, arrisca-se ao desastre ou se expõe, no mínimo, ao perigo de uma possível catástrofe (BENSUSSAN, 2009, p. 50-51, grifos nossos).

A Justiça deve ser pensada não apenas a Justiça Formal, ou seja, aquela resultante do regramento dos poderes do Estado competentes para tal, leis emanadas do Poder Executivo, decisões judiciais do Poder Judiciário, Decretos, Portarias, Circulares, enfim, o exercício da Administração Pública dos poderes retromencionados, mas, também, como a Justiça enquanto conceito, enquanto dimensão do agir ético, que preexiste às configurações estruturais desenvolvidas pela sociedade para estabelecer uma regulamentação e ordenação da dinâmica dos cidadãos. Assim, poder-se-ia ressaltar que esse pensamento segundo da Justiça surge “com o advento do próximo de meu próximo, colocava-se a questão da relação entre *ética e política* na intriga humana. [...] Trata-se da intrínseca relação entre a humildade – considerada a maior das virtudes na ética do rosto – e a justiça enquanto esta última deve preservar os outros dos maus.” (RIBEIRO JÚNIOR, 2008, p. 99)

Veja-se neste diapasão que a temática da Justiça perpassa a questão da humildade, enquanto atitude ética do rosto. Percebe-se uma relação intrínseca entre o agir com Justiça e o estar em estado de humildade, segundo o pensamento levinasiano, que não se confunde com uma subserviência, uma passividade que resultaria de uma anulação da própria identidade, mas que representa uma abertura no processo relacional. Essa abertura se imbrica com a materialização do atuar justo na medida em que o Eu humilde se apresenta com acentos de passividade na relação com outro e o terceiro. Essa passividade proporciona a ele uma potencialização da percepção da realidade alheia à sua própria existência em construção.

Isso quer dizer que, por meio do exercício humilde no relacionar-se, pode-se um indivíduo sensibilizar-se mais com as realidades, sejam elas políticas, econômicas, sociais em geral, que se colocam à sua face e, conseqüentemente, atente para as particularidades que podem não ser componente integrante da construção da identidade do Eu que analisa e interage com o diferente. Dessa forma, “a relação face-a-face, a substituição, a responsabilidade infinita não são apenas um modo de compreender o outro modo

de ser do sujeito, mas também a gênese da sociedade e da política.” (MELO, 2003, p. 255).

Essa abertura humilde muito tem a contribuir para a produção legislativa quando atenta às realidades que, pela própria constituição do Eu que elabora um determinado projeto de lei, por vezes não são dedutíveis de sua própria existência. Portanto, faz-se necessário um olhar de abertura para a exterioridade que se torna interioridade no processo de contemplação do rosto-do-outro. Essa busca pelo resgate da sensibilidade pelo diálogo, presente no olhar que quem atua como representante do povo e no funcionamento do Estado, representa o apelo por uma compreensão de efetividade da Justiça que se afaste de uma visão que a intervenha apenas como consequência de um ato burocrático/formalista do Poder Judiciário com a prolação de uma Sentença ou Acórdão quase que de forma automática e estatística, a título de exemplificação.

Transformar juízes no *homem estatística*, sermos vistos apenas pelos números que consignam a nossa produtividade implica tirar a carne que dá sentido à aritmética e mascarar o único caminho que pode levar a uma mudança efetiva no modo como o Judiciário se coloca. Transformar juízes no *homem estatística* significa substituir o diálogo pelo medo e imprimir a estereotipia em que o desprezo pelo detalhe levará ao emudecimento e à artificialidade, compondo um quadro que só interessa a uma armação programada para satisfazer em massa a opinião pública (LOPES, 2011, p. 279).

Tem-se a necessidade de se cambiar uma mentalidade que se pautou pelo formalismo encerrado em si, como a visão dos “juízes-máquina”, numa concepção de indivíduo encerrada apenas pelo que diz a “letra da lei”, certamente objetificante e redutora. O que se propõe é tornar o olhar do homem sobre a sociedade pautado pela visão personalista que compreende a dignidade humana como resultado de um sistema de organização social que, antes de ser fim em si mesmo, está a serviço do homem, tendo a sua razão de existir focada na promoção do mesmo. Assim,

os que preconizam um tipo personalista de sociedade vêem a marca da dignidade

humana, antes e acima de tudo, no poder de colocar esses mesmos bens da natureza a serviço da conquista comum de bens intrinsecamente humanos, morais e espirituais, e da liberdade de autonomia do homem (MATA MACHADO, 1953, p. 197).

O fazer da Justiça uma realidade concreta não resulta da elaboração de uma decisão que, atendendo aos requisitos formais exigidos por lei, considera-se finalizada como valor que se encerra na própria redação que se apresenta a assinatura do magistrado³. O valor da efetivação da Justiça se apresenta sugerido em dois momentos no decorrer do desenvolvimento da decisão judicial que, longe de ser um aspecto dispensável, não podem ser considerados como resultados, de *per si*, da justiça pleiteada pelos que apelam ao Poder Judiciário.

Uma Sentença que aspira ser justa começa a se delinear com a análise dos fatos e suporte probatório processual. “O juiz anda por estas ruas nos caminhos abertos nos processos. Eles são seu caderno de anotações.” (LOPES, 2011, p. 274). Eis que o processo, longe de ser apenas um amontoado de documentos perfilhado por razões e argumentos tecidos pelos advogados, representa a realidade, ou algum aspecto dela, de uma pessoa que é refletida em laudas. Por essa razão, requer um olhar do magistrado que ultrapasse a concretude do papel, de forma a poder visualizar os acontecimentos ocorridos na vida do requerente, e que, também, passe a exercer um policiamento reflexivo de si, para que não deixe os aspectos negativos do cotidiano, como os problemas pessoais, do excesso de trabalho, da falta de estrutura para o exercício da judicatura etc., entorpecer o olhar que decidirá os problemas reais de inúmeras vidas⁴.

A disponibilização do juiz para o outro, a sua responsabilidade para o outro que deve conhecer, como rosto e como identidade única e importante, encontra ressonância na ética segundo Levinas que coloca a todos como testemunhas da humanidade para a qual nos apresentamos sempre no que realizamos nas relações e nas ações [...] A disponibilidade não se dá no absoluto ou na perfeição. Dá-se corriqueira e cotidianamente. Este é o infinito. Assim com

³ Para maior aprofundamento, Cf. SANTOS, 2008, p. 66-78.

⁴ Sobre a temática abordada, Cf. HAYEK, 1985, p. 109-141.

qualquer ser humano (LOPES, 2012a, p. 14-15).

Não é fácil desconectar-se desses problemas no exercício das atividades do dia-a-dia, mas é necessário um esforço por tentar minorar a sua influência como distrações que desviam o foco das realidades da vida presentes nas laudas de processo que solicitam uma resposta responsável.

A tensão, a pressão e a repetição podem transformar juízes em pessoas amortecidas para a experiência humana do outro. Podem nos transformar em autômatos sensíveis apenas o peso dos dias e de sua redundância. E mesmo que não seja o sol e o calor. Serão as sucessivas aberturas da porta das salas de audiência. Será o automatismo dos despachos. Será a insuficiência de servidores. Será o computador que não funciona bem. Será a inviabilidade da execução. Será uma audiência após a outra, após a outra, após a outra. Será o que não podemos resolver. Tudo isto pode nos tornar cegos para os fatores que demandam entendimento e para o poder que está em ser independente para dizer exatamente como é. Pode nos amortecer o sentido para os riscos do outro. Pode quebrar o equilíbrio dos dias e das expectativas que se voltam para o nosso ofício (LOPES, 2011, p. 269).

Na medida em que há essa análise prévia do processo instruído, passa-se o juiz à fase de elaboração da sua decisão que, em resultando do seu convencimento pelo conteúdo probatório e pela argumentação dos defensores dos requerentes, será tanto quanto justa se se pautar pela observação criteriosa e sensível do processo enquanto pleito de um indivíduo e não apenas como mais um caso dentre muitos outros que todos os dias são levados ao olhar do magistrado.

Mais uma vez a cena paradoxal do direito isola o juiz em si mesmo e o conecta à visibilidade forçada da publicidade obrigatória, cuja repercussão varia de acordo com interesses que vão desde a peculiaridade do caso à forma como o setor de comunicação do tribunal deseja noticiá-lo. O juiz não forma a convicção para si. Forma-a em si, mas para o outro (LOPES, 2011, p. 267).

Neste ponto, ressalta-se que, por mais que ao julgar o magistrado deixe transparecer suas pré-concepções sobre o assunto, e isso é muito natural,

já que não há como dissociar uma formação sociocultural do agir ao decidir demandas que, mesmo que inconscientemente, irão apresentar alguns acentos de concepções íntimas do juiz.

O que se pode destacar, nesse ponto, é que o magistrado, na observância da lei, como deve ser sua conduta, deve se atentar para as realidades plurais, muitas das quais ele mesmo porventura desconheça. Essas realidades podem conduzir o seu olhar para um despertar da noção estável de moralidade comum, como se ela fosse um colosso que conferisse rotina e solidez às decisões proferidas.

Apesar de não ser possível formar os juízes para a ética no absoluto, como se fosse ela uma fórmula matemática, de não ser possível a difusão do conteúdo permanente do jeito de avisar dos pais, há de se abrir a perspectiva formativa para um cenário dialogal e de narratividade que permita a difusão do exemplo, a contemplação dele em sua versão oral como um elemento da cultura humana em geral e da cultura jurídica (de um país, de uma instituição) em especial (LOPES, 2012a, p. 4).

Tem-se que mesmo o que se concepção como comum, não poucas vezes, representa um arcabouço de visões de um segmento específico da sociedade, às vezes, não compartilhado em seus valores por outros grupos e pessoas. Dessa forma, o exercício de ampliar o olhar sob o caso em análise permitirá a elaboração de uma decisão que contemple realidades novas e que, ao mesmo tempo, seja um contínuo aprendizado do terceiro que julga e que deve conduzir sua atuação como fruto da configuração de um processo no qual o autoconhecimento e a possibilidade de abertura possibilitaram o policiamento de si e da tentação de ceder a uma visão cômoda à ética do juiz, mas que, por vezes, não se apresenta como a mais adequada para ao litígio analisado.

O aprendizado resultante da vida se deposita na estrutura do Eu existente como memória, fruto da consciência dos erros e acertos diante das situações vividas. A evolução do indivíduo está em, de fato, aprender com os fatos da vida, visando um aprimoramento pessoal que repercute na identidade do outro que dialoga. Assim,

são estes erros e acertos nos lugares onde esbarramos nossas solidões que fazem a memória. Nas salas de audiência, nas secretarias das varas, nos corredores dos

prédios da Justiça, na escritura de despachos e de decisões também temos esses encontros, também tocamos pessoas e somos tocados por elas. E é assim que formulamos o que somos. Dia a dia. Face a face. No transcurso das horas em caleidoscópio (LOPES, 2012, p. 8-9).

Essa abertura ao outro, por meio do exercício da escuta, e a uma visão distinta possibilita a este terceiro, no exercício de uma humildade absolutamente humana, viver a riqueza da diversidade social e dela poder aprender mais sobre a nobre decisão do decidir que, muito mais do que um cumprimento legalista, subsuntivo e burocrático, representa o exercício da escuta do outro que clama por ser ouvido, reconhecido em suas misérias e injustiças.

Nós nos encontramos com as pessoas nos autos ou na parte deles que se verte nas audiências, nas secretarias, nos despachos. Somos testemunhas de suas vidas na continuidade numerada da atuação. Ouvimos o que tem a dizer por escrito ou quando os interrogamos. Pesquisamos sua vida pelas provas. A ordem jurídica dá-nos o poder de decidir quem tem razão e de fazer um relato que justifique a nossa compreensão das coisas. O relato não se destina ao nosso gosto pessoal. Ele é o mais forte elo de contato do Poder Judiciário com a democracia na medida em que, tornado público, ele permite controle e crítica. Constitui parâmetro que se soma às fontes para o conhecimento do direito (LOPES, 2011, p. 277-278).

Essa escuta gera o bem, a vida e a reconstrução moral daquele que teve algum direito ou liberdade usurpados ou inobservados por outrem. Referenda-se o posicionamento de Villela que, se baseando em Hart, conclui que esse

nota que sociologicamente é uma ingenuidade supor-se que “haja uma única moralidade social homogênea”, de que o juiz seria um porta-voz quando baixa a sentença. Nossa sociedade – gostemos ou não – é moralmente uma sociedade plural, conclui Hart, que desvela ainda a ficção que se esconde sob o apelo ao chamado *ordinary reasonable man*, o nosso conhecido *homem comum*. Atrás dessa entidade mítica, o que há, não raro, é a própria figura do juiz. O

hipotético julgamento do homem comum, muito frequentemente, é uma simples sombra projetada, que lançam as próprias percepções morais do juiz ou as daqueles de sua classe social mesma. [...] Em apoio a heterogeneidade do julgamento social, Hart invoca pesquisa de opinião, segundo a qual o desvio de enquadramento nunca foi inferior a 75%, isto é, não mais de uma em quatro pessoas estimaram um mesmo fato com idêntico rigor jurídico (VILLELA, 1982, p. 24).

Aqui se pode relacionar o processo com o indivíduo, na medida em que se considera aquele como personificação deste que se coloca diante do magistrado com suas queixas e solicitações. “O direito tecnocrático e sem vida nada tem a ver com a experiência cotidiana do trato dos processos, onde tudo, literalmente tudo, pode acontecer. E acontece. E demanda respostas de quem deve estar preparado para dá-las.” (LOPES, 2012a, p. 4-5). Dessa forma, “a entrada do terceiro juiz que está separado dos arranjos sociais introduz a possibilidade de justiça no mesmo momento em que se torna necessário para o eu ter essa justiça.” (HUTCHENS, 2007, p. 140). O juiz não pode reduzir, sob essa óptica, o processo ao mero número que o identifica face aos outros, isso seria uma nadição da singularidade à totalidade que homogeneiza a sociedade⁵, tratando de reduzir ao anonimato uma realidade que clama ser reconhecida e escutada. “A totalidade incorpora a multiplicidade dos seres que a paz implica. Só os seres capazes de guerra podem ascender à paz. A guerra tal como a paz supõe seres estruturados diferentemente de simples partes de uma totalidade.” (LÉVINAS, 2008, p. 218).

Para se concretizar a presença e efetivação da Justiça na existência concreta dos querelantes, passa-se a um segundo momento em que aquela decisão prolatada aguarda sua execução, ou seja, a materialização do decidido, sob pena de se configurar como letra-morta, sem aplicabilidade para os anseios de quem espera a sua realização.

A execução de uma Sentença figura, nesse raciocínio, como o corolário de todo um processo decisório que considerou a singularidade do rosto desde a análise probatória e argumentativa. Essa atenção para com o outro, que representa o laborioso exercício do magistrado humilde, diligente e sábio. O exercício da humildade garante ao magistrado uma percepção dos fatos que não se

⁵ Para maior aprofundamento, Cf. CHALIER, 1993, p. 76.

deixa levar pelas vaidades a que podem sucumbir diante do “prestígio” e “poder” socialmente conferidos a função do “dizer o que é justo”. Esse afastamento dessas vaidades representa uma potencialização da sensibilidade para uma visão mais humana no exercício cotidiano das suas funções.

a refletir se estavam preparados para o exercício de julgar “nesta terra de Doutor”, se estavam conscientes da importância de não se transformarem em personagens estéreis na fórmula vazia do “Seu Doutor”, da importância de não se deixarem vender, não apenas no sentido literal da integridade ética e da incorruptibilidade, mas também de não se deixarem levar pelo medo, pelo descaso, pela preguiça, pelo desleixo (LOPES, 2012a, p. 6).

Uma “maturidade” decorrente do ser humilde possibilita a vivência da hospitalidade concreta na fraternidade. Essa vivência atinge não apenas as estruturas do Poder Judiciário, mas a dos outros Poderes e a sociedade como um todo. Representa, por conseguinte, toda uma “recuperação das instituições, da teoria, da política, da fenomenologia, exige um olhar crítico para que a vigilância, própria do cuidado pelo outro, não seja traída pelo conceito da justiça formal. O conteúdo adequado e autêntico da justiça só pode vir da primazia concedida à fraternidade sobre a ‘comunidade de gênero’.” (RIBEIRO JÚNIOR, 2008, p. 99).

Apresenta-se, no excerto acima disposto, a responsabilidade levinasiana para com o outro, para com a alteridade no exercício da fraternidade. Neste sentido,

a tomada na fraternidade” é o indício de uma perturbação do pensamento: talvez a política não é toda circunscrita pela filosofia política, seus conceitos e suas problematizações. Se é de alguma maneira pensável que uma resposta a uma singularidade falante difunda-se antes mesmo que a questão à qual ela responde possa ser posta, é que a resposta ética precede a filosofia que vem pensá-la, e que ela autoriza que suas interrogações possam chegar depois dela e mesmo que ela predetermine em todo rigor a instância do político (BENSUSSAN, 2009, p. 73).

Essa responsabilidade que, junto à substituição, representa uma verdadeira liberdade e autonomia do sujeito que, vivendo em sociedade,

não se faz senhor ou escravo dela, mas a vive como um degrau de singularidade que se apresenta à interação e ao crescimento individual e coletivo resultante da abordagem do diferente. Crescimento este que se arvora ao tecido social, com abundantes frutos emanados da ética surgida da intersubjetividade comunicativa, e que se estendem até as instituições que regulamentam e organizam esta comunidade de cidadãos que é o Estado. “Um homem que atingiu a maturidade é um personalista que concelebra a sua existência com homens semelhantes a ele pela responsabilidade, liberdade e razão.” (HÄRING, 1974, p. 32). Ressalte-se que o “estado, as instituições e as leis, como forma de ordem econômica, sem a responsabilidade ética individual não chegam a realizar o seu papel.” (MELO, 2003, p. 257).

Sem trégua nem repouso, eu estou exposto, em minha responsabilidade insistente, em meu tormento de ter de entender e ter de responder, ao apelo e ao grito, ao sofrimento, e infortúnio importunos e, por consequência, à obrigação insuportável de ter que sofrer a prova cada vez minha. Nesta ética da resposta infinita de responsabilidade põe-se em jogo e em movimento uma insubmissão continuada a quaisquer possibilidades de racionalmente predeterminadas. Uma política dócil e submissa ao real poderia talvez aí encontrar motivo de uma reabertura, interrogando-se sobre sua demasiado pronta subordinação à distinção do fato e do valor, a qual, peremptória, a conduz algumas vezes a tomar os fatos pelos valores e aquilo que existe por uma norma. Assim, a ideia de uma inspiração ética da política poderia fornecer um critério empírico, permitindo julgar uma ação ou uma lei. Estas poderiam ser chamadas “boas” se elas não se substituem ao acontecimento ético que as precede e se elas não obstruem o antes-da-lei, não reconhecendo nem sob elas nem além delas mesmas, dito de outra forma, se elas autorizam sempre e conduzem continuamente à possibilidade de sua interrupção. [...] Importa fazer uma abertura indefinida de interrupções que, a cada vez, quebram os encadeamentos, no sentido estrito, da dialética, os ajuntamentos massivos da política onde se articulam, totalizando-se pessoa e sociedade. Essas interrupções, no fundo, são *os interstícios do político* tais como se deixam ver nas pluralidades, a contestação, a diversidade, os conflitos, enfim, naquilo que, sobre um plano institucional, corresponde mais ou

menos à democracia, à sua dramaturgia, à sua fragilidade (BENSUSSAN, 2009, p. 78, grifos nossos).

Assim, diante da aparente paradoxal missão do Estado, em resguardar os direitos de cada um e de todos, resta o exercício de coragem de viver a dimensão do aprendizado, como erros e acertos, de se governar, de se fazer política que possa saciar com respostas na integridade aos muitos que a esperam. O ato de espera do cidadão representa esse chamado à responsabilidade por quem tem o dever de responder, dever esse ético e na funcionalidade da competência atribuída. Tem-se que

a humildade, vivida como amor e responsabilidade, orienta e ordena a relação primeva de justiça entre o eu e o outro. Esta virtude aquém do Ser, por sua vez, motiva e agiliza a instituição da relação com todos-os-outros a fim de resguardá-los da injustiça do mesmo. Diante desta constatação, a filosofia da alteridade justifica o sentido da política a partir da justiça. [...] o Estado justo deve promover e garantir os deveres e os direitos de todos, deixando, no entanto, transparecer sua tarefa radicada na eticidade que nasce do amor como responsabilidade [...] que advém da relação com o rosto. [...] A política, cuja meta é instituir a justiça por intermédio da universalidade da lei, não pode deixar de garantir o sentido pré-original da fraternidade do um-para-o-outro ou da substituição sobre a qual se constrói a igualdade do Direito (RIBEIRO JÚNIOR, 2008, p. 99).

A humildade que, como semente que germina na sociedade, proporciona uma abertura dialogal que se encaminha para o amadurecimento das práticas políticas, principalmente quando se atrela ao ser humilde a sadia cobrança de si no ato de responder as misérias sociais. A soberba do Eu individualista o cega quanto à necessidade de contínuo aprimoramento moral. A lógica da não necessidade de evolução comportamental é oriunda de uma visão estreita e que não se faz sensível a realidades que não sejam afetas ao si-mesmo. A humildade destrona essa autossuficiência “pronta e acabada” do Eu e o possibilita a seguir com os outros no exercício de construção política fruto de uma cidadania consciente do muito que ainda se há por fazer para que seja o Estado lugar de hospitalidade para com todos.

O magistrado, assim, não deve sentenciar por meio de silogismos dedutivos/subsunção direta da lei ao caso apresentado, mas é conveniente que observe e desenvolva uma prática coerente que analise caso a caso como que únicos e peculiares, de forma que haja a possibilidade de que todas as partes possam usufruir de iguais oportunidades de se manifestarem enquanto rostidade, emitindo seus valores e opiniões, em uma harmoniosa dialética. Só assim ter-se-á uma sentença observante à Justiça, enquanto concretização da igualdade na desigualdade, em cumprimento da lei.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise histórica dos paradigmas de Estado, viu-se que no Estado Democrático de Direito, deve sempre prevalecer a vontade do povo soberano, muito embora esse povo soberano seja oriundo de uma sociedade extremamente complexa, em que coexistem interesses diversos. Viu-se também que a consequência lógica dessa sociedade pluralista é o Estado de natureza plural na qual não existe uma fonte única de autoridade, de modo que o constitucionalismo moderno se preocupe fortemente com os limites dos poderes do Estado, dividindo-o em três: Legislativo, Executivo e Judiciário, por meio de um sistema de freios e contrapesos, que visa, em última *ratio*, à harmonização, à colaboração e controle entre eles, de modo que a separação não seja concebida como absoluta e intangível.

Desse modo, na busca do atendimento ao interesse público, que é fim da atuação dos três Poderes, verifica-se que devem ser observados todos os interesses intervenientes, isto é, o interesse público primário e o interesse público secundário, sendo o interesse público primário o ligado diretamente ao órgão atuante, e o interesse público secundário o ligado aos outros órgãos não atuantes *in casu*.

Constata-se que, neste contexto, surge o Pós-Positivismo, que propõe uma aproximação entre o Direito e a ética, trazendo como resultado o reconhecimento da normatividade dos princípios e, conseqüentemente, uma nova Hermenêutica Constitucional, que demanda seja realizada uma releitura da interpretação dos institutos jurídicos de todas as áreas do Direito. Verifica-se que os princípios constitucionais são de grande relevância na avaliação da legitimidade não só das normas jurídicas mas também dos atos da administração *lato sensu*. Verifica-se também que a ordem

jurídica fundada em princípios é segura, uma vez que a eles compete o alcance da plena realização da Justiça material no caso concreto.

Assim, percebe-se que um ato que fere um princípio é antijurídico, e conclui-se que a tendência da atuação estatal *lato sensu* (dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) é a de se cada vez mais observar a juridicidade em vez de simplesmente se preocupar com a legalidade formal.

Destaca-se que o Mandado de Injunção, previsto no art. 5.º, LXXI, da CR/88, foi sendo reinterpretado pela jurisprudência do STF, que, progressivamente, foi conferindo maior concretude às suas decisões.

Viu-se que a favor da conferência de maior concretude ao Mandado de Injunção está o direito de ação, previsto no inciso XXXV do art. 5.º da CR/88, uma vez que o Judiciário, ao se limitar a confirmar a omissão inconstitucional e a comunicar tal fato ao órgão omissor, não garantiria a plena efetividade do acesso à Justiça, tendo em vista que o Direito não estaria sendo dito, ou, em outras palavras, o conflito não restaria solucionado.

Conclui-se que as decisões judiciais dos MI 708/DF, MI 670/ES, e MI 712/PA, em que o STF adotou a corrente doutrinária concretista geral, não só observaram o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, como também solucionaram o conflito que foi submetido ao Judiciário, qual seja, a omissão inconstitucional de legislação regulamentadora do exercício do direito de greve dos servidores públicos, uma vez que foi determinada a aplicação, no que coubesse, das Leis n. 7.701/88 e n. 7.783/89, que dispõem, respectivamente, sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e sobre o exercício do direito de greve, ambas relativas ao regime celetista, enquanto persistisse a omissão, até que sobrevenha norma integrativa editada pelo Legislativo, suprimindo a lacunosidade legal.

Conclui-se, também, que a determinação de que a decisão judicial permaneça até que sobrevenha norma integrativa editada pelo Legislativo, ainda que possa gerar certa insegurança, por ferir a regra da coisa julgada, é a tese que mais respeita a separação dos Poderes e o princípio democrático, que são de observância mais relevante no contexto do Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Realça-se a existência de mecanismos hábeis a aumentar ainda mais a legitimidade das decisões do Judiciário, que já vem sendo utilizados pelo STF,

como, por exemplo, as audiências públicas, na medida em que a participação dos interessados nas decisões permite maior aproximação entre as decisões judiciais e a vontade do povo soberano.

Lembra-se que para a análise da qualidade das normas jurídicas, a Legística, que é uma disciplina relativamente nova e interdisciplinar, contribui enormemente para a melhoria da legislação. Entretanto, considera-se que ela é insuficiente, uma vez que a norma, mesmo sendo clara, precisa, compreensível, coerente, completa e livre de contradições, ainda carece do seu caráter axiológico, em conformidade com o povo soberano, e sua vontade que legitima toda a produção normativa que regulamenta a existência e o funcionamento do Estado, que garante o pleno desenvolvimento social.

Desse modo, no contexto do Pós-Positivismo, retorna-se aos conceitos filosóficos, em busca de valores e princípios universais, por meio da análise da doutrina de Emmanuel Lévinas, que sustenta ser o amor do homem pelo outro, na concepção *ágape*, o meio da revelação de uma ética de coexistência pacífica, segundo a qual o Rosto do outro é visto como ponto de partida de toda e qualquer reflexão. Assim, o agir virtuoso do magistrado, bem como o dos demais servidores públicos e agentes políticos, deve ter como referência a própria realidade social que os cercam, de forma que a realização da plena função atribuída a cada Poder estatal deve ser pautada pela ética. Isto, na medida em que se objetiva o administrar, o decidir e o legislar de forma a exercer a criatividade pautada na responsabilidade, observante da segurança jurídica, para com a alteridade, aplicando a lei de forma a maximizar sua eficaz atuação no meio social.

A interpretação da normatividade positiva feita, por exemplo, por meio da ampliação dos efeitos da decisão do Mandado de Injunção, gera, por consequência, uma intensificação da eficiência do papel do Estado, afastando a concepção de burocracia pública enrijecida e inoperante, bem como a clássica e pulverizada imagem de morosidade da resposta judicial às lides que são encaminhadas para serem decididas pelo juiz de direito. Notadamente, nos casos em que há omissão legislativa, o agir do magistrado deve ser pautado pelo exercício de uma postura proativa, também responsável, de forma a exercer plenamente a atividade criadora de normatividade.

A garantia última da observância de um comportamento ético, pautado pela flexibilização

responsável dos parâmetros de funcionamento e desenvolvimento das atividades dos órgãos dos Poderes estatais, conduz a uma plena consciência de que o alcance de uma atuação, guiada pela ética virtuosa no agir para com os interesses sociais, gera a efetivação plena, na concepção fenomenológica de comportamento para com a alteridade cidadã, da Justiça.

REFERÊNCIAS

- ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- ALBUQUERQUE, Marcela. O Supremo Tribunal Federal e a omissão inconstitucional: a tarefa realizadora da constituição e o mandado de injunção. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Fórum Administrativo, ano 5, v. 60, p. 6.827-6.832, fev. 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BENSUSSAN, Gérard. *Ética e experiência a política em Levinas*. Passo Fundo: IFIBE, 2009.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *Mandado de injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: Ed. UnB, 1994.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. v. I. 11. ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: Ed. UnB, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes políticos: o direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 351-367.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- CHALIER, Catherine. *Lévinas: l'utopie de l'humain*. Parigi: Albin Michel, 1993.
- CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. *Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação*, n. 3, Oeiras, INA, p. 15-36, 1992.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Os writs na constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção: guia teórico e prático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.
- DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei – a elaboração legislativa. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-144, jan.-jun. 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GARCIA, Juvêncio Gomes. *Função criadora do juiz*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- HÄRING, Bernhard. *Moral personalista*. São Paulo: Paulinas, 1974.

- HAYEK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Tradução de Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985.
- HUTCHENS, Benjamim C. *Compreender Lévinas*. Tradução de Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2007.
- LÉVINAS, Emmanuel. *De Deus que vem à ideia*. Petrópolis: Vozes, 2008.
- LOPES, Mônica Sette. *Crash: entre encontros e desencontros*. Disponível em: <http://www.amatra3.com.br/uploaded_files/crash.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2012.
- _____. O juiz como agente de sua independência: entre o diálogo e o medo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 103, p. 257-284, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/103257284.pdf>> 2011. Acesso em: 11 jun. 2012.
- _____. *Os juízes no espelho: ver e ser visto*. No prelo, 2012a.
- MADER, Luzius. *Legislação e jurisprudência. Cadernos da Escola Legislativa*, v. 9, n. 14, p. 193-206, jan.-dez. 2007.
- MATA MACHADO, Edgar de Godoi. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: Vera Cruz, 1953.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e "habeas data"*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELO, Hygina Bruzzi de. *A cultura do simulacro: filosofia e modernidade em J. Baudrillard*. São Paulo: Loyola, 1988.
- MELO, Nélio Vieira de. *A ética da alteridade em Emmanuel Lévinas*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Fundamentos para uma teoria da decisão judicial*. Disponível em: <www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf>. Acesso em: 1 maio 2011.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-4-DEZEMBRO-2005-DIOGO.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2011.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PIOVESAN, Flávia Cristina. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- PIVATTO, Pergentino Stefano. A nova proposta ética de Emmanuel Lévinas. In: *Cadernos da FAFIMC*, Viamão, n. 13, 1995.
- PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.
- QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- REIS, Palhares Moreira. Servidores, greve e remuneração. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Fórum Administrativo, ano 1, v. 10, p. 1.324–1.325, dez. 2001.

RIBEIRO JÚNIOR, Nilo. *Sabedoria da paz: ética e teo-lógica em Emmanuel Lévinas*. São Paulo: Loyola, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Teoria da legislação: formação e conhecimento da lei na idade tecnológica*. Porto Alegre: SAFE, 2004.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz*. Porto Alegre: SAFE, 1987.

VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade: por uma ordem social não violenta*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1982. (Série monografias, 3).

_____. *Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana*. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Doutrina, Edição Comemorativa, 20 anos. Brasília, DF, 2009.

ÉTICA E DIREITO: como construir uma sociedade sem corrupção

José Luiz Quadros de Magalhães¹

1 INTRODUÇÃO

O filósofo esloveno Slavoj Žižek (2009) em sua obra “Sobre la violencia: seis reflexiones marginales” desenvolve três conceitos de violência que são importantes para se entender os equívocos das políticas de encarceramento e aumento das penas e controle sobre as pessoas. Žižek nos fala de três formas de violência:

a) uma violência subjetiva que representa a decisão, vontade, de praticar um ato violento. A violência subjetiva representa a quebra de uma situação de (aparente) não violência por um ato violento. A normalidade seria a não violência, a paz e o respeito às normas (normalidade) que é interrompida por um ato de vontade violento;

b) a violência objetiva, diferente da violência subjetiva, é permanente. A violência objetiva são as estruturas sociais e econômicas, as permanentes relações que se reproduzem em uma sociedade hierarquizada, excludente, desigual, opressiva e repressiva;

c) a violência simbólica é também permanente. Esta violência se reproduz na linguagem, na gramática, na arquitetura, no urbanismo, na arte, na moda, e outras formas de representação. Para se entender melhor, pode-se exemplificar a violência simbólica presente na gramática: em diversos idiomas, os sobrenomes se referem exclusivamente ao pai ou ainda, o plural, no idioma português, por exemplo, sempre vai para o masculino. Assim, se estiverem em uma sala quarenta mulheres e um homem, dir-se-á: “eles estão na sala”. O plural para uma mulher passeando com um cachorro será: “eles estão passeando”. A violência simbólica, assim como a violência estrutural, objetiva, atuam permanentemente.

Assim, de nada adianta se construir políticas públicas de combate à violência subjetiva sem se

mudar as estruturas socioeconômicas opressivas e desiguais (violentas) ou todo o universo de significações e representações que reproduzem a desigualdade, a opressão e a exclusão do “outro” diferente, subalternizado, inferiorizado.

Um exemplo interessante: a escola moderna é um importante aparelho ideológico (ALTHUSSER, 1985), reproduzindo a mão de obra necessária para ocupar os postos de trabalho que permitirão o funcionamento do sistema socioeconômico assim como reproduzindo os valores e justificativas necessárias para que as pessoas se adaptem e não questionem seriamente o seu lugar no sistema social (e no sistema de produção e reprodução). A escola, portanto, tem a fundamental função de uniformizar valores e comportamentos. O recado da escola moderna é: adapte-se; conforme-se; este é o seu lugar no sistema.

Simbolicamente, a escola moderna diz diariamente isso aos seus alunos, por meio do uniforme. Sem o uniforme, a meia, a calça, a camisa e os sapatos da mesma cor, o aluno não pode assistir a aula. Durante muito tempo, e ainda hoje em algumas escolas, uniformizam-se os cabelos, o andar, o sentar, e, ainda, o pensar, o desejar e o gostar. A criança, desde cedo, deve se vestir da mesma forma, comportar-se da mesma maneira, pronunciar palavras mágicas sem as quais as portas não se abrem.

Chega-se ao problema: a criança, mesmo que não seja dito por meio da palavra (o que também ocorre), simbolicamente percebe, diariamente, todo o tempo, que não há lugar para quem não se normaliza, não se uniformiza. O recado muito claro da escola moderna é: o uniformizado é o bom; não há lugar para o diferente (não uniformizado); para o que se comporta diferente, veste-se diferente, ou de alguma forma não se enquadra no padrão. É claro que esta criança, processando o recado permanente (repetido de várias formas) irá compreender que o padrão é bom e o diferente do padrão é ruim.

¹ Doutor e Mestre em Direito. Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, da PUC-Minas e da UFMG.

No seu universo de significados em processo de construção, o diferente deve ser excluído, afastado, punido, uma vez que o que foge ao padrão não pode assistir a aula, não pode sequer permanecer na escola. Logo, quando esta criança percebe alguém ou algo em alguém que, para ela, é diferente do padrão (o cabelo; uma roupa; a cor; a forma do corpo; da fala; do olhar) esta criança irá de alguma forma reagir à ameaça do diferente, excluindo e punindo o diferente “ruim”.

Em outras palavras, a escola moderna ensina diariamente a criança a praticar o “bullying”. Veja-se, então, a ineficiência das políticas de combate à violência, à discriminação, à corrupção que padecem, todas, deste mal. No exemplo descrito acima, a escola, o Estado, os governos, criam políticas públicas pontuais de combate ao “bullying” (a tortura mental e agressão física decorrente da discriminação do “diferente”) ao mesmo tempo que mantém uma estrutura simbólica que ensina a discriminação (o “bullying”).

Voltam-se aos conceitos de violência: toda política de combate à violência, às drogas, à corrupção, serão sempre ineficazes se não se transformarem as estruturas sociais e econômicas que permanentemente criam as condições para que esta violência subjetiva se reproduza, assim como o sistema simbólico que continua, da mesma forma reproduzindo a violência. Para acabar com a violência subjetiva só há uma maneira: acabar com a violência simbólica e objetiva. Para acabar com o “bullying” na escola só mudando as estruturas uniformizadoras e excludentes presentes diariamente na escola; para acabar com a corrupção só transformando o sistema social e econômico e de valores (condições objetivas e simbólicas) que reproduzem as condições para que esta (a corrupção) se torne parte da estrutura social e econômica vigente.

Neste artigo, pretende-se trazer algumas reflexões (preocupações) sobre a relação entre ética, cotidiano e corrupção, o que se fará a partir das premissas teóricas acima desenvolvidas. De nada adiantarão as constantes políticas pontuais de combate à corrupção na vida do país se estas políticas atacarem apenas os efeitos de forma repressiva e (ainda pior) com o Direito Penal, o aumento do controle e da punição. Os resultados serão enganosos, sempre, se não se responder a algumas perguntas: por que a corrupção? Quais são os elementos estruturais e simbólicos na sociedade que reproduzem as condições para a corrupção?

2 O DIREITO PENAL NÃO RESOLVE

Nesta perspectiva, pode-se trazer as reflexões para o Brasil, 2012, segundo semestre, às vésperas das eleições municipais.

O pano-de-fundo do julgamento é construído pela insistente campanha dos principais meios de informação (a grande imprensa) que aposta na punição dos excluídos, dos não enquadrados, dos não uniformizados e normalizados. As cidades, a exemplo da Paris do Barão Haussmann (1853-1867), não são para todos. A higienização urbana (a exclusão dos pobres) continua sendo a mais nova política urbana do século XXI. O Direito Penal é a grande aposta. A ideia também não é nova.

Se se voltar ao século XIX, reencontram-se com este morto-vivo que perambula pelo século XXI. A brutal concentração de riquezas causada pela aposta em uma economia naturalizada que recompensará o mais ousado e eficaz competidor no mercado gera a exclusão; a exploração radical do trabalho; a desigualdade, e com esta, a crescente insatisfação, que se traduz em rebeliões difusas de um lado (o que se pode chamar de uma criminalidade “comum”) e rebeliões políticas de outro lado (que são também criminalizadas pelo Estado ocupado pelos grandes proprietários). Em meio a tamanha insatisfação causada pela desregulamentação econômica que agrava a concentração de riqueza e deixa livre os grandes proprietários para o abuso do poder econômico (qualquer semelhança com a atual crise não é mera coincidência), a resposta do Estado será (é como se se estivesse no século XIX) mais Direito Penal; mais encarceramento; mais controle social; mais polícia; mais manicômios e presídios. Toda uma justificativa ideológica é construída para explicar a situação: os problemas econômicos não são sistêmicos, mas atribuídos a condutas de alguns indivíduos e na mesma construção ideológica a criminalidade tampouco é sistêmica, e não se reconhece nenhuma conexão desta com o sistema econômico, social e cultural do liberalismo.

No senso comum, constrói-se a ideia de que, se existe crime, é por causa dos indivíduos que escolhem o caminho do mal ou são doentes mentais. O poder do Estado, nas mãos dos proprietários, define o que é crime, normalidade e pecado, o que, é claro, são as condutas dos pobres excedentes do sistema econômico. Este retrato do século XIX restaurado com cores falsas no fim do século XX é colocado em grandes imagens globalizadas no século XXI. Este é o pano-de-fundo para o

“espetáculo” transmitido diariamente para todo o país. Onze juízes, vaidosos, com poses e gestos, com capas pretas até o tornozelo, sentindo-se a consciência moral do país, julgam e condenam sem provas, mas segundo “indícios fortes” (alegação transmitida e gravada pela TV para todos ouvirem). Não, não se está no século XVI. O mais interessante é a coincidência do julgamento com as eleições municipais.

O julgamento dos políticos envolvidos na acusação coincide, quase, com o dia do pleito eleitoral municipal de 2012. Coincidências à parte, lembrem-se que os fatos que envolvem o julgamento foram utilizados para uma tentativa de “golpe de estado” contra o Presidente eleito democraticamente e no poder em 2005 (no novo formato de golpe utilizado em Honduras e Paraguai - o golpe parlamentar travestido de falsa legalidade).

Não, o Direito Penal não resolverá a corrupção. A corrupção está na estrutura e nas representações simbólicas de um sistema social, econômico e político intrinsecamente corrupto. A corrupção está no futebol de toda semana; na fila furada; na propina diária; nas pequenas vantagens. A corrupção está na sala de aula; no assinar a presença sem estar presente na aula; na mentira na imprensa; na mentira e no encobrimento; na notícia distorcida; nas coincidências... No jogo do roto e do esfarrapado só um é mostrado como tal. Assim como se viram apoiadores da ditadura acusando democratas de autoritários, assistem-se corruptos “históricos” pronunciando discursos históricos de moralidade.

Efetivamente, o Direito Penal não resolverá a corrupção. Lei de “ficha limpa”; o espetáculo televisivo da Ação Penal 470 (realizado por uma imprensa que se tornou autista); isto não resolverá a corrupção. Felizmente, alguma coisa está fora da ordem (como diria Caetano Veloso). Por algum momento “eles” (na verdade, o “nós” no poder) perderam o controle do monopólio da desinformação diária. A imprensa alternativa mostra o que a grande imprensa (que defende a liberdade dos donos dos meios de comunicação, e não a liberdade de imprensa) não mostra, mas propositalmente esconde. O “autismo” em que se lança a imprensa pode ser um sinal de esperança para a conquista da liberdade de expressão. O “julgamento do século” como insistiu a grande imprensa não mobilizou ninguém e ainda nos expôs ao pior, à ameaça e comprometimento do Estado constitucional e democrático por uma prática que

lembra um “tribunal de exceção” (condenação por indícios). Aliás, o que se vê revelado nas telas é o que acontece diariamente com os pobres.

3 QUEM DIZ O QUE É ÉTICO?

Uma pergunta necessária: quem diz o que é direito, o que é justo, o que é legal, o que é normal, o que é crime? O que é crime em uma sociedade pode não ser crime em outra sociedade. O que é crime em um momento histórico pode não ser crime em outro momento. Crime é um conceito histórico, como são conceitos históricos “justiça”; “direito”; “normalidade” e “anormalidade”.

Quem diz o que é normal? Ora, a resposta é fácil de ser encontrada: quem tem poder para dizer. E quem tem poder para dizer? Ainda hoje, tem poder para dizer quem detém o controle do poder econômico, do poder do Estado, quem controla os aparelhos ideológicos e repressivos do Estado moderno. Será que existe alguma conexão, em alguns países, o fato do crime de usura não ser mais crime com o fato dos recursos para financiamento da campanha eleitoral virem, em grande medida, dos Bancos? Será que se pode relacionar o fato dos parlamentares de algum país descriminalizarem a usura, com o fato das campanhas eleitorais serem financiadas por banqueiros? Esta afirmação não se relaciona com nenhum fato específico. Convém, entretanto, pesquisar sobre o tema. Isto é somente uma hipótese para reflexão.

Uma reforma estrutural no sistema político; a adoção do financiamento público de campanha; a proibição de reeleição; a introdução de mecanismos de democracia participativa, deliberativa e consensual; estas e outras medidas poderiam ajudar no combate à corrupção? Poder-se-ia dizer que seria um passo importante, mas ainda não se chegaria ao núcleo do problema. Trata-se do início de uma reforma estrutural do sistema político, mas que ainda necessita de transformações nas estruturas sociais, culturais e econômicas que geram a corrupção. Lembre-se do conceito inicialmente trabalhado. Impossível resolver a violência subjetiva sem eliminar a violência objetiva e simbólica. O mesmo vale para a corrupção: impossível resolver a corrupção subjetiva sem a eliminação da corrupção objetiva (estrutural) e simbólica, permanentemente presentes em uma sociedade fundada sobre valores egoístas, materialistas e competitivos. Impossível eliminar a corrupção quando esta é incorporada

como valor social e legalizada em diversos aspectos.

Uma pergunta: e se o Parlamento fosse integrado por pessoas corruptas que transformassem em lei práticas corruptas? Em outras palavras: e se legalizassem a corrupção como legalizaram a usura?

O conceito de ética e de corrupção deve ser uma construção conjunta, livre, dialógica, consensual em uma sociedade livre das engrenagens corruptas presentes nas estruturas sociais, econômicas e políticas modernas e fortemente impregnadas nos elementos simbólicos das representações de mundo presentes nos cotidianos. Em outras palavras: acabar com a corrupção exige compreender as estruturas objetivas e simbólicas da sociedade capitalista construída na modernidade e eliminá-las. Sem isto, ficar-se-á permanentemente repetindo políticas públicas pontuais, reapresentadas periodicamente com nova embalagem, políticas estas que não funcionaram no passado e não funcionarão no futuro.

4 ÉTICA X DIREITO

O Direito está ocupando o espaço da ética. Grande perigo. Esta é mais uma pontuação necessária para se entender a relação entre ética, Direito e corrupção. Vive-se no Brasil um fenômeno que se reproduz também em outros Estados: a expansão do Direito e a construção ideológica da crença no Direito (especialmente o Direito Penal) para a solução de problemas recorrentes (já discutidos) de corrupção e violências. As leis se reproduzem como coelhos. Lei para punir as pessoas que dirigem após beberem álcool; lei para proibir a palmada; lei da ficha limpa para proibir candidatos “sujos” de se candidatarem; lei para proibir o tabaco; leis, leis e mais leis. O problema não é apenas o fato de que estas leis não funcionarão, é óbvio, pelo que já se discutiu anteriormente. O problema, também, não é o fato de que estas leis desviam a atenção dos reais problemas e fatos geradores da violência, exclusão e corrupção. Talvez, o maior problema seja a substituição da ética pelo Direito.

A busca por uma sociedade ética não é um desafio novo. Na modernidade, a grande pretensão de construção de uma sociedade ética, que prescindisse do Direito (Direito Penal incluído, óbvio), foi defendida por anarquistas e comunistas. A pretensão da construção de uma sociedade sem Estado, sem Direito, sem Polícia, Exército, Governos, Parlamentos, propriedade privada e

qualquer outra forma de poder, de opressão e exclusão foi defendida pelas lutas de comunistas e anarquistas, que por caminhos distintos, acreditavam na possibilidade de construção de uma sociedade de pessoas livres de qualquer forma de opressão. Esta liberdade seria conquistada após a construção pelo Estado socialista (na perspectiva comunista), de um ser humano ética, moral e intelectualmente “evoluído”.

Sem pretender discutir neste momento a “hipótese comunista” (BADIOU, 2012), ressalta-se a aposta na ética. Para viabilizar a hipótese comunista seria necessário construir seres humanos éticos. Nesta sociedade, as pessoas respeitariam o outro, seriam solidários, honestos, íntegros, não roubariam ou agrediriam, não por medo do Estado e do Direito Penal, não por medo da polícia e do sistema penitenciário (pois nada disto existiria mais), mas pelo fato de estarem convencidos de que respeitar o “outro”, ser solidário e honesto, seria a única conduta correta e logo, possível, de ser adotada.

Não é o objeto deste texto, como disse anteriormente, debater a hipótese comunista: será esta sociedade de pessoas éticas e conscientes possível? O que ressalto aqui é o fato da aposta na possibilidade, na busca e na luta de uma sociedade ética que não mais necessite do Direito.

Hoje, ocorre o contrário! Hoje, ocorre o oposto! As sociedades contemporâneas apostam no Direito como a solução de tudo, o que significa a falência da ética e da moral.

Explica-se.

O Direito, ainda necessário, e todo o seu aparato ideológico, punitivo e repressor, pode ser necessário nas sociedades que se conhece atualmente. Se no Estado moderno, o Direito serviu (e ainda serve em boa medida) para proteger a propriedade e os privilégios (direitos para alguns) de uma minoria de homens, brancos e proprietários (substituídos por proprietários diversos hoje), o Direito, mais recentemente, também passou a cumprir um outro papel: proteger e garantir direitos para aqueles que foram sistematicamente excluídos do sistema social e econômico e estruturar formas e sistemas de participação política democrática, o que resultou no reconhecimento do Direito à Diferença, e mais recentemente, o Direito à Diversidade. Bem, o Direito pode ser necessário, ainda, durante um tempo razoável (entendam o tempo razoável como quiserem).

Portanto, os Direitos Fundamentais, especialmente o Direito à Diversidade, é uma importante conquista na luta pela superação de uma modernidade padronizadora e excludente.

O problema reside no fato de fortalecer o Direito Penal como encobrimento e distração. E não só isto: o maior problema está na ampliação do Direito Penal: tudo passa a ser criminalizado. Todas as condutas não aceitas (não aceitas por quem?) são agora objeto de punição, de criminalização. Presencia-se uma invasão radical do Direito sobre o espaço que deveria permanecer com a ética (qual deve ser o espaço da ética). O resultado disto é a troca de condutas decorrentes do convencimento por condutas decorrentes do medo. Explica-se. Nos espaços éticos, as pessoas são levadas a agir de determinada maneira por estarem convencidas de que esta é a conduta moralmente sustentável e eticamente correta. No campo do Direito, as pessoas são levadas a agir não apenas (e talvez principalmente) por estarem convencidas, mas pela existência de uma sanção estatal, penal, que ameaça a paz, a liberdade e a integridade do infrator.

Assim, quanto mais Direito Penal, mais se exige do Estado a capacidade de vigiar e punir (FOUCAULT, 1987). Uma pergunta salta diante de percepção: e se o Estado não conseguir vigiar e punir o suficiente para intimidar as pessoas a agirem como o Estado (quem tem poder) deseja que estas pessoas ajam?

Veja-se, então, o resultante desta equação: o Estado, por meio do Direito, chamou tudo para si. “Posso resolver tudo por meio do Direito Penal, do controle, da polícia e do sistema penitenciário”, dizem os donos do poder. Diz ainda o “Estado”: “posso acabar com a corrupção punindo e controlando os corruptos”. Entretanto, alguém, timidamente, no fundo da sala, levanta a mão e faz a seguinte pergunta: se o Estado absorveu toda a ética, se tudo passou a depender de um Estado que tudo controla, tudo vê e a todos pune, se algum dia este Estado não conseguir mais controlar, ver e punir, o que restará, se toda a ética foi reduzida ao direito penal?

Não restará nada. Se as pessoas não mais agem por convencimento racional (ético), mas sim por coação, quando a coação anular as pessoas ou não mais funcionar, não sobrá muita coisa além do caos.

Não, o Direito Penal não solucionará a corrupção, e o triste espetáculo que se assiste no Supremo Tribunal Federal (STF) ainda

comprometerá o que o Direito ofereceu de muito bom: respeito aos Direitos Fundamentais conquistados por meio de muita luta.

5 O CANDIDATO LIMPO

Como se não bastasse tudo isto, ainda se assiste à volta de uma outra assombração: o perigoso discurso da pureza.

Acredita-se que se pode começar este tópico citando a Bíblia: “Mas, como insistissem em perguntar-lhe, [Jesus] ergueu-se e disse-lhes: aquele dentre vós que está sem pecado, seja o primeiro que lhe atire uma pedra.” (João 8, 7).

O que pode dizer Jesus nesta passagem? Aqueles que apontam o dedo acusando o outro não se veem no espelho. Pior. Aqueles que apontam o dedo em direção ao outro, acusando-o de corrupção, de impureza, de mentira, não enxergam seus erros, não querem enxergar, fingem não enxergar, e o que pode ser ainda pior: creem firmemente que não têm pecados, que são puros. Estes que creem em sua pureza são os mais perigosos, são os que apedrejam e matam.

A crença na pureza moral, na pureza racial ou qualquer outra pureza levou milhões, em diversos momentos da história, à morte e à tortura. Não há pior discurso do que o discurso da pureza. Não há pior atitude de uma pessoa do que a de se julgar puro.

Quando se assiste uma propaganda oficial da Justiça Eleitoral, de uma bela senhora, afirmando que deseja candidatos “limpos”, e as pessoas aceitam este discurso com muita tranquilidade, alguma coisa parece, mesmo, que está fora de lugar. Entra-se em uma estrada que não se deveria entrar, e estão todos indo longe demais nela.

O pesquisador francês Sémelin (2009) escreveu o livro “Purificar e destruir”. Trata-se de um importante estudo sobre massacres e genocídios. O autor estuda três passagens trágicas, três genocídios: a “Shoah” judaica na segunda guerra mundial; o conflito e “limpeza” étnica na ex-Iugoslávia; o genocídio da população Tutsi, de Ruanda. O livro se refere ainda aos genocídios armênio e cambojano.

Neste livro, o autor descreve, no decorrer de uma análise minuciosa, os passos dados em direção ao extermínio em massa. Pode-se resumi-los nos seguintes:

- a) a política não mais enquanto razão, mas como emoção. O espaço político deixa de ser um espaço racional de construção de

consensos para ser uma competição entre adversários que almejam o reconhecimento do seu melhor argumento;

b) de adversários a inimigos. A superação da racionalidade dialógica para construção de consensos, superada pela competição de argumentos, tem como etapa seguinte a transformação destes competidores em inimigos. Não se trata mais, nem de busca de consensos racionais, nem de vitória do melhor argumento de competidores que buscam um “bem comum”, mas de uma luta entre inimigos: ou está comigo ou está contra mim;

c) o inimigo, entretanto, tem a mesma estatura. Embora inimigos, respeitam-se. Qual o passo seguinte? O inimigo não será mais respeitado, mas rebaixado, inferiorizado. Alguma característica no inimigo impede, definitivamente, qualquer possibilidade de diálogo;

d) agora, os passos que se seguem visam colocar este “inimigo” político em uma esfera não humana. Assim, o inimigo será animalizado. Estes passos dados pelo nazismo foram repetidos em outros genocídios e passaram a ser integrantes de “manuais” de propaganda eleitoral. A animalização dos judeus e sua representação com ratos foi a estratégia nazista na década de trinta;

e) depois da animalização vem a coisificação. Este é o momento do discurso religioso se infiltrar na política. Com o discurso religioso vem a busca da pureza. Agora não são mais adversários políticos; não apenas inimigos humanos; não mais, nem mesmo uma relação entre o humano o animalizado. O outro é coisificado pelo discurso do bem e do mal. Fulano é do bem, o inimigo é do mal. O discurso da pureza é um passo da catástrofe;

f) passo seguinte: disseminar o medo. Este inimigo do mal, coisificado, ameaça. Ameaça a paz de todos; a família, a propriedade. Todos estão contra a parede;

g) agora é necessário o fato. Um episódio, em geral forjado (falso), desencadeia a violência. Na Alemanha, o assassinato de um diplomata alemão em Paris por um anarquista “judeu” desencadeia a barbárie. A noite dos cristais;

h) Por fim, o extermínio.

O que se acaba de relatar foram os passos em direção à violência extrema do projeto nazista.

O que se acaba de relatar pode ser encontrado em campanhas eleitorais brasileiras, hoje, sem que os passos finais sejam dados, mas com uma aproximação irresponsável e perigosa. O que se acaba de relatar decorre do discurso na crença em uma pureza que não existe, e é muito bom que jamais exista. Os que se julgam puros (se julgam além da condição humana) são sempre aqueles que apedrejam.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclusão, sempre provisória: os serem humanos são seres processuais, singulares, plurais e dinâmicos.

Uma lembrança: são seres processuais e complexos, plurais. O que significa isto? Não se pode, jamais, deixar reduzir a um nome coletivo. Lembra-se que a nomeação na terceira pessoa, nós x eles, ideia que já este autor desenvolveu em outros artigos e livros, é o passo para o genocídio, para a violência sem limites. A fórmula moderna se repete à exaustão, mudando os nomes coletivos: “nós”, os bons, x “eles”, os maus; “nós”, os espanhóis, x “eles”, os “índios”; “nós”, os fiéis, x “eles”, os infiéis; “nós”, os arianos, x “eles”, os judeus; “nós”, os tutsis, x “eles”, os hutus; e assim repetindo.

Assim como não se pode reduzir uma pessoa, ser complexo, em permanente processo de transformação, que é simultânea e historicamente uma grande variedade de identificações, a um nome coletivo, não se pode condenar ninguém a repetir, interminavelmente, um momento de sua vida. Não se é um fato, assim como não se é uma religião, uma nacionalidade, um time de futebol, uma profissão ou uma condição social. Ninguém é um “pobre” ou um “rico”. Ninguém é só um “cristão” ou um “muçulmano”; ninguém é só um “homem” ou uma “mulher”; ninguém é só um “heterossexual” ou um “gay”. Todos são muitas identificações, muitos sonhos e medos, muitos desejos e crenças ao mesmo tempo. Os serem humanos são plurais e complexos. As nomeações são simplificações que expõe a todos ao pior.

Assim, como não se são só cristãos, muçulmanos, judeus, homens, mulheres, gays, brasileiros, americanos, africanos, asiáticos, trabalhadores, desempregados, professores, alunos, vermelhos, azuis, liberais, comunistas, socialistas, conservadores, não se são, não se pode ser, de forma nenhuma, reduzidos a um momento, uma ação, ações, erros e acertos. Assim como não se

são só isto e tudo isto, não se são também, para sempre honestos ou desonestos, corruptos ou santos, bons ou maus ou tudo isto ao mesmo tempo.

Tem-se que ter sempre o direito de mudar, de aprender, de errar e acertar de novo.

Ao término, a lembrança triste e ridícula: lembram do caso do Juiz de Direito que queria que todos no condomínio em que morava o chamassem de “excelência”? Triste redução. Talvez ele fosse juiz com seus filhos e sua mulher e dormisse e acordasse de terno e gravata.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos do estado*: nota sobre aparelhos ideológicos do estado. 9. ed. Tradução de Walter André Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro.

Rio de Janeiro: Graal, 1985. (Biblioteca de Ciências Sociais).

BADIOU, Alain. *A hipótese comunista*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2012. (Coleção Estado de Sítio)

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. 20. ed. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987.

SEMELIN, Jacques. *Purificar e destruir*: usos políticos dos massacres e dos genocídios. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

ZIZEK, Slavoj. *Sobre la violencia*: seis reflexiones marginales. Tradução de Antonio José Antón Fernández . Buenos Aires: Paidós, 2009.

***ARTIGOS DO
CORPO DISCENTE***

PRECONCEITO EM UM PAÍS MULTICULTURAL: o “jeitinho” de discriminar do brasileiro

Giowana Nunes de Pinho Veloso¹

RESUMO

O presente artigo objetiva tecer considerações sobre a forma inigualável de preconceito no Brasil que não se assemelha a outras expressões conhecidas mundialmente, mas se apresenta tão discriminador quanto. A pesquisa é bibliográfica, utilizando artigos e livros, além das aulas de Direito Civil I ministradas pela Professora Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales, na Faculdade de Direito Santo Agostinho. Importante o estudo dessa temática para apuração crítica quanto ao preconceito que tem presença num país conhecido pelo multiculturalismo. Essa presença única que modela suas práticas: anedotas, provérbios, comentários casuais ou ditos populares. Consequência, portanto, de uma colonização escravista que permitia a plena prática racista – racismo como espécie de preconceito. Porém, uma vez proibida a escravidão e o racismo, foram surgindo as modernas formas de discriminar, tendo um potencial ofensivo que até interfere nos direitos e princípios resguardados pela atual Constituição. É o preconceito cordial, que não violenta fisicamente, mas agride moralmente e humanamente tanto o ofendido como o ofensor.

Palavras-chave: Preconceito cordial. Racismo. Multiculturalismo.

PREJUDICE IN A MULTICULTURAL COUNTRY: “jeitinho” of discrimination of the brazilian

ABSTRACT

This article aims to make considerations about the unique form of prejudice in Brazil which is not similar to other expressions globally known, but it shows itself as discriminative as the others. The research is bibliographic, using articles and books, besides the classes of “Direito Civil I” by Professor

Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales at Faculdade de Direito Santo Agostinho. This theme is important for critical ascertainment of prejudice which is present in a country known by its multiculturalism. This unique presence shapes its actions: jokes, sayings, casual comments or popular expressions. It is a consequence of the slave colonization which allowed a complete racist activity – racism as a kind of prejudice. However, once prohibited the slavery and racism, it became to emerge modern forms to discriminate, possessing an offensive potential which interferes on the rights and principles sheltered by the Constitution of 1988. It is the cordial prejudice, which is not physically violent, but hurts morally and humanly both insulted and offender.

Keywords: Cordial prejudice. Racism. Multiculturalism.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é privilegiado pela diversidade de tradições, dialetos, etnias e culturas. Não obstante se pensar que não há propriamente um *preconceito* que possa ofender ou humilhar alguém, pois as diferenças entre os povos brasileiros os tornam em um só: o povo brasileiro. Contudo, apesar desse rico multiculturalismo, é possível identificar traços de um país colônia, no qual o racismo era legitimado e sua prática justificava a escravidão. Mesmo sendo apenas resquícios, não diminuem a ofensividade da atual forma de *preconceito*: o cordialismo.

Como a própria palavra indica, aquele que se mostra preconceituoso acredita numa ideia anterior à verdade. Esta ideia produz um estereótipo que, por sua vez, subtrai o indivíduo à condição de objeto, pois retira sua subjetividade única e torna-a padronizada. Pode-se observar, porém, devido ao histórico escravista e marcado

¹ Acadêmica do Terceiro Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho

pela luta das minorias, a maneira do *preconceito* cordial se mostra único e, muitas vezes, aceito.

2 O VOCÁBULO

É intrigante o que está na realidade do *preconceito* no Brasil: sua manifestação singular, ao mesmo tempo que é tão discriminador quanto outros – por exemplo, o *apartheid* e a antiga segregação no Sul dos Estados Unidos –, e sua presença num país multicultural. Observa-se, porém, que, no Brasil, o *preconceito* não se assemelha normativamente ao *apartheid* ou a qualquer forma de segregação institucionalizada; ao contrário, é claramente ilícito qualquer demonstração de *preconceito* no território nacional. Todavia, não é suficiente que uma lei proíba a prática do *preconceito*, assim como qualquer lei que limite o ser humano, pois, se há uma regra para tanto, é porque pode acontecer; se não, não seria preciso haver a norma. Isto pode ser percebido nas normas que tratam, por exemplo, sobre os tributos. Se o ordenamento brasileiro não determinasse taxas, impostos e contribuições de melhoria como essenciais para a economia do país, e não os cobrasse de maneira rigorosa, dificilmente alguém pagaria algum tributo por desejo ou iniciativa próprios.

Entretanto, primeiramente, é de suma importância, para os fins deste artigo, apontar o significado da palavra *preconceito*. O *Grande Dicionário Sacconi da Língua Portuguesa* descreve tal palavra como

qualquer opinião adotada ou sentimento concebido ou manifestado de forma apresada, sem o devido exame crítico, baseada apenas numa experiência pessoal ou impostos pelo meio em que se vive, pela mídia, educação, etc.; conceito ou opinião formada antecipadamente ou precipitadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos (SACCONI, 2010, p. 1.649).

Sacconi destaca aspectos válidos e críticos sobre o *preconceito*: a participação da imprensa, da educação e do meio na formação preconceituosa, o pouco ou nenhum conhecer sobre

o que é fato diante de uma opinião como essa e a característica de um juízo feito previamente a uma análise crítica. Isso denota um outro fundamento do *preconceito*, com uma influência determinista, que é a construção sociológica do ser preconceituoso. Tal construção passa por experiências que desenvolvem o olhar preconceituoso: certos filmes ou programas televisionados que, implícita ou explicitamente, utilizam um discurso preconceituoso; a educação da família que ensina os membros a evitarem pessoas fisicamente diferentes e a imposição de outros indivíduos do meio que incitam o desgosto contra algumas etnias, origens, religiões e orientação sexual. Assim, surgem as demais espécies do *preconceito* (SILVA; SILVA, 2012): o racismo, preconceito de gênero, regional, homofobia e outras; todas representando um grupo afetado pela discriminação.

O mesmo dicionário traz um comentário válido sobre o vocábulo estudado:

Não se confunde [preconceito] com *racismo*; o preconceito não alimenta ódio, é por índole, passivo, tímido, introvertido; o racista, ao contrário, deixa extravasar seus sentimentos negativos sempre que a ocasião lhe pareça oportuna. O *preconceito*, por isso, pode ser atenuado, corrigido e até eliminado; o racismo, por sua vez arraíga-se cada vez mais, subjugando por completo o ser humano. No Brasil não há propriamente racismo, mas sim muito *preconceito* social (SACCONI, 2010, p. 1.649) (grifos do autor).

Tal posicionamento pode ser problematizado, uma vez que há como questionar a não-existência do racismo no Brasil e a pouca expressividade do *preconceito*. Assim, no primeiro caso, entende-se como racismo o tratamento das diferenças físicas de um indivíduo como sendo o refletor do seu interior. A raça² seria a exteriorização das características do “eu”. No discurso racista, certos atributos subjetivos – humor, sentimentos, habilidades e aptidões – são delimitados pela etnia. Logo, a pessoa de cor negra teria características-padrão diferentes da pessoa de cor branca ou da de cor amarela, justamente devido à cor de pele

² O mais apropriado seria “etnia”, pois, como dizem Silva e Soares (2011, p. 108) “o uso de ‘raça’ no desígnio de grupos sociais humanos, do ponto de vista das ciências naturais, apresenta um erro, pois sugere que atualmente não há somente uma raça humana, mas sim várias, teoria que há muito se prova inconsistente.”. Logo, *raça* é palavra que remete a toda a humanidade, sendo que *etnia* é um conjunto de características não somente morfológicas como culturais e sociais.

que mostraria como eles são em essência. Esse discurso prevaleceu durante muitos anos, na época do Brasil escravista. A esse respeito, tratar-se-á no próximo tópico.

Retomando a discussão proposta quanto ao significado do vocábulo *preconceito*, ainda é preciso um olhar mais apurado por parte da sociedade para o conceito desta palavra, considerando que o Operador do Direito também necessita da Sociologia e da Filosofia para garantir condições mínimas de problematizar com competência acerca da temática. Portanto, o conceito de Allport citado por Lima e Vala (2004) favorece aos estudos que aqui se iniciarão: o *preconceito* é uma atitude aversiva e hostil para com alguém que pertence a determinado grupo, apenas porque aquele faz parte deste (ALLPORT *apud* LIMA, VALA, 2004).

Há de constatar, portanto, que o *preconceito* é uma opinião que, compartilhada por várias pessoas e disseminada como uma crença, desencadeia atos de discriminação e exclusão. Isso se torna cada vez mais importante para a formação social e profissional do acadêmico de Direito. Afinal, identificar atos movidos pelo pensamento preconceituoso é essencial para entender a causa de crimes ou situações em que o direito do outro não está sendo preservado. Por exemplo, uma escola que não admite que uma criança de família negra seja devidamente matriculada está violando o direito de todo jovem à educação. Logo, além de criar situações de privação social, o *preconceito* restringe o acesso de várias pessoas aos seus direitos. E é demasiado importante o papel do acadêmico e do Operador do Direito para que as garantias individuais sejam observadas diante de um cenário de violência e discriminação.

Observa-se, assim, que o *preconceito* se origina de um esquema rígido de pensamento ou uma crença que se mostra rígida, sem considerar que talvez esteja sendo equivocada ou antecipada. O indivíduo percebe apenas aquilo que lhe remete ódio ou repulsa: o alvo do *preconceito*. E assim, surgem os estereótipos: imagens associadas a certos comportamentos ou posturas, sendo elas boas ou ruins (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JÚNIOR, 2010).

Além dessa ideia geral sobre o vocábulo, há as várias formas de *preconceito*, sendo aquelas apontadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ainda que de forma implícita: raça, origem, cor, sexo, etnia, idade, religião e procedência nacional. Desde o

Preâmbulo, o sistema jurídico-constitucional brasileiro almeja uma sociedade igualitária e respeitosa: “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (preâmbulo da Constituição Federal de 1988). Além de explicitar novamente que

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

3 UM BREVE COMENTÁRIO SOBRE HISTÓRIA

Uma das expressões mais comuns do *preconceito*, o racismo, perdurou muitos anos, e ainda é vivo em quase todos os países e regiões. O racismo – corrente do *preconceito* – pode ser qualificado como

o exercício de uma atitude preconceituosa voltada contra determinado grupo racial, por indivíduos que acreditam ser superiores à outra raça, em virtude de seus caracteres físicos, culturais, intelectuais, econômico-financeiro, entre outros. A convicção de existência de raças superiores foi a principal causa encorajadora da escravidão em todo mundo (SILVA; SILVA, 2012, p. 25).

Embasado nisso e no sentido etimológico da palavra (*Grande Dicionário Sacconi*) é possível observar o potencial ofensivo e até violento da prática racista. Afinal, vários grupos ao longo da História foram discriminados e quase levados à extinção devido à crença na superioridade de etnias, como a ariana na Alemanha e a branca nos Estados Unidos e em grande parte da África.

No Brasil, o racismo foi a justificativa para a prática escravista. Na época, muitos senhores proprietários de terras negociavam escravos negros e os mantinham realizando tarefas nas lavouras e nas casas. Todavia, países industrializados como a Inglaterra buscavam a abolição da escravatura no Brasil. Para os ingleses em pleno desenvolvimento industrial e tecnológico, novos mercados fora de seu território eram essenciais para enriquecer a Inglaterra. Logo, apoiaram os abolicionistas nacionais a libertarem os milhares de escravos vivendo no Brasil no século XVIII (SILVA; SILVA, 2012).

A primeira lei que contribuiu para abolir a escravidão foi a Lei 581, de 1850, denominada Lei Eusébio de Queirós. O objetivo era cessar a entrada de novos escravos no país, o que já significou um avanço para os abolicionistas, mas um regresso na economia, em razão da consequente supervalorização do tráfico interno, devido à oferta reduzida (SILVA; SILVA, 2012).

A lei subsequente, conhecida como Lei do Ventre Livre, do ano de 1871, assinada pela Princesa Isabel, determinava que os filhos nascidos de escravas a partir da publicação da lei seriam considerados livres. Contudo, os cuidados da criança seriam entregues ao senhor da fazenda até os oito anos de idade, sendo que poderiam trabalhar para este até os vinte e um anos, ou ao governo, se fosse paga uma indenização para o fazendeiro (SILVA; SILVA, 2012). Essa negociação pode ser questionada: mesmo sendo, em tese, libertos, os filhos de escravas eram pertencentes à fazenda até seus vinte e um anos se não fossem entregues aos cuidados do governo, o qual ainda deveria pagar uma quantia por essa pessoa-objeto para o correspondente “proprietário”. Observando por esse ponto, pela Lei do Ventre Livre, os nascidos em suposta liberdade eram, ainda, coisificados, visto que se tornavam objeto indenizatório. Logo, o fato de não ser nomeado mais escravo servia apenas como disfarce, pois não era visto ainda como ser humano.

A última lei que precede a Lei Áurea, de 1888, foi a chamada Lei dos Sexagenários, de número 3.270, publicada em 1885. Tal norma comunicava à população brasileira que os escravos que completassem os sessenta anos de idade deveriam ser libertos. Com uma ressalva, porém: estes ainda trabalhariam por três anos ou até completarem sessenta e cinco anos para que pagassem de alguma forma os seus ex-senhores (SILVA; SILVA, 2012).

Tanto a Lei do Ventre Livre como a dos Sexagenários apresentaram um contraditório: a liberdade cedida aos escravos e o ressarcimento aos fazendeiros. Pode-se perceber a pertinência da coisificação dos escravos e, ao mesmo tempo que eles se tornam livres, seus antigos donos (que, aparentemente, sofrem com a perda de seus trabalhadores), devem ser indenizados, pois sua mão de obra já não está mais em suas posses. Estariam os ex-escravos pagando pelos anos servindo seus donos? Neste ponto que se encontra o contraditório. Na verdade, o lucro dos fazendeiros era maior do que a suposta liberdade. Sendo que

ser livre é um dos direitos mais preciosamente resguardados na sociedade brasileira atual. Todavia, é possível ver hoje tantas regras que, mesmo apresentando incoerências com as demandas sociais ou com níveis de contraditório elevados, são postas e impostas ao brasileiro assim como as leis mencionadas. Diante desses sinais de injustiça é que o acadêmico do Direito deve problematizar as normas e refletir sobre a sua imposição. Essa avaliação é válida para que se observe se os preceitos do Estado Democrático de Direito estão sendo devidamente seguidos: legalidade, justiça e igualdade. Além da referência à valorização da dignidade da pessoa humana, presente no art. 1.º, inciso III, da Constituição Federal e quesito tão discutido no Brasil, especialmente quando se aborda sobre o *preconceito*, racismo e exploração de pessoas.

Dando seguimento ao momento antes da Lei Áurea ser publicada, a abolição conquistava aos poucos sua totalidade, mesmo que somente no papel; diferentemente do racismo, o qual continuava tão presente quanto no início da exploração. Não bastava ser declarado livre ao nascer ou quando estivesse idoso, provavelmente sem muita força ou saúde, a sociedade ainda discriminava racialmente os ex-escravos. Estes dificilmente se empregavam, frequentavam lugares públicos ou festas, pois os demais os identificavam, pela cor de sua pele, e os repudiavam. Muitos senhores os culpavam por ter menos escravos em sua propriedade do que antes, contribuindo para o ódio que se tornou uma expressão do *preconceito*. O rompimento com o tradicionalismo preconceituoso foi uma meta muito difícil de se cumprir. Assim, surge o “medo branco”, caracterizado pelo repúdio da elite branca em relação aos escravos negros. Estes, cada vez conquistando mais sua liberdade, seriam chamados de “classes perigosas” ou de “suspeitos preferenciais” quando se tratava de delitos (SILVA, 2014). Isso contribuiu muito para o atual pensamento preconceituoso de enxergar, muitas vezes, uma pessoa negra como perigosa ou marginal.

Surge, como uma conquista histórica para o Brasil, a Lei Áurea no dia 13 de maio de 1888, assinada pela Princesa Isabel, estabelecendo no art. 1.º que a escravidão no Brasil está extinta, a partir desta data, e, no art. 2.º, qualquer proposição ao contrário será revogada.

Apesar do avanço social que essa lei propôs, o “medo branco” e o ódio expressado preconceitualmente ainda motivaram exclusão e

violência para com os negros. É o caso de um duplo assassinato em 1904, de Antônia de Oliveira Fucks e sua filha Alcinda de Oliveira, de três anos de idade, negras, por Policarpo Cardoso de Oliveira, Pedro Cardoso de Oliveira, ambos brancos, e João Antônio Felizardo, negro. O motivo do crime, diante dos depoimentos dos envolvidos, foi devido a uma recusa de Antônia de Oliveira de pernoitar com Policarpo Cardoso, após este oferecer cinquenta e quatro mil réis em troca. Dois meses depois, Policarpo e Pedro Cardoso, irmãos, dirigiam-se à casa de Antônia para assassiná-la, encontrando com João Antônio no caminho e oferecendo-lhe dinheiro e um cavalo para ajudá-los, oferta que foi aceita. Chegando à casa da vítima, Policarpo anunciou-se utilizando outro nome, fazendo com que Antônia abrisse a porta e fosse surpreendida pelos três homens. Policarpo a segurou na sua cama e João o ajudou, apertando suas pernas. O primeiro a degolou com uma espada e, tendo a filha da vítima deitada ao lado na cama, a matou seguidamente. Depois, segundo o depoimento de João Antônio, Policarpo abusou sexualmente de Antônia. Em depoimento, Policarpo Cardoso confirma o crime e o motivo, contudo, no julgamento, este já conta uma nova versão da intriga meses antes com Antônia: em vez de ele ter oferecido o dinheiro a ela, a vítima teria dito a ele que “ele não pousava lá porque não tinha um mil-réis para dar para uma mulher branca e ia dar para uma Negra (sic) duzentos réis”, sendo que logo após, Policarpo apresentou-lhe, incomodado, os cinquenta e quatro mil réis. Qual das versões é a verdadeira não é o foco deste artigo, mas a abordagem de ser de cor negra pela segunda versão de Policarpo reflete as condições dos negros à época. O último depoimento sugere que os serviços sexuais feitos por uma mulher branca valiam mais do que uma negra, e a diferença é considerável. Percebe-se, portanto, a discriminação aparente no Brasil, dezesseis anos após a Lei Áurea. Vale ainda destacar que, durante o processo, a cor de João Antônio Felizardo foi abordada várias vezes, numa tentativa de atribuir somente a ele o homicídio. Este, por sua vez, não podia pagar um advogado e se conteve com um indicado pelo juiz, mas que não atuou como deveria no processo. Além da testemunha Pacífico Corrêa Dornelles, parente dos irmãos Cardoso, que ajudou

a incriminar João afirmando ser ele “gatuno e ladrão” (SILVA, 2014).

Apenas na metade do século XX que a discussão sobre o *preconceito* é tratada com mais rigor, principalmente após a Declaração dos Direitos Humanos instituída em 1948. Há marcos na História, fora do Brasil, mesmo não tão antigos, que registram a violência e desumanidade do *preconceito*. A exemplo disso, o regime nazista o qual utilizava do discurso preconceituoso para disseminar um ódio contra demais etnias e para perseguir e executar judeus, negros, socialistas, comunistas, homossexuais e aqueles que se contrapunham ao *führer*³.

Um dos argumentos que fizeram com que muitos alemães se juntassem ao nazismo foi a crença na superioridade da etnia ariana, sobre todas as outras. Essa ideia partiu primeiramente de um pequeno grupo, e, ao tratá-la como assunto político, foi compartilhada com cada vez mais pessoas. O ódio propagado por esse pensamento – o qual se percebe, hoje, que não era verdadeiro ou ao menos justo –, estava presente quando um dos maiores massacres humanos de toda História ocorria: o holocausto.

De acordo com o discurso nazista, aqueles que não se encontravam no perfil traçado – cristão, não-judeu, heterossexual, branco e aliado ao partido – pelo líder ariano, eram considerados tão inferiores que não eram vistos como seres humanos, não merecendo nenhum tratamento diferente de tortura, trabalho forçado e morte.

Na África do Sul, outro foco de discriminação, até o ano de 1990, ainda se constava nitidamente exclusão por causa de hostilidade do governo liderado por brancos para com a etnia negra. Neste caso, todavia, evidencia-se o racismo, que, como apontam Lima e Vala:

diferentemente do preconceito, é muito mais do que uma atitude. O racismo constitui-se num processo de hierarquização, exclusão e discriminação contra um indivíduo ou toda uma categoria social que é definida como diferente com base em alguma marca física externa (real ou imaginada), a qual é re-significada em termos de uma marca cultural interna que define padrões de comportamento (LIMA; VALA, 2004, p. 402).

³ Significa “líder”, em alemão. Conhecida mundialmente pela associação desta a Adolf Hitler. Utilizar-se-á essa conexão para mais bem situar o momento histórico retratado neste tópico.

Com o tempo, porém, as leis se modificaram para sancionar praticantes do racismo e do *preconceito*. Logo, na década de 1990, de um lado do Oceano, o *apartheid* se encerra, e do outro, um *apartheid* com “jeitinho” brasileiro cresce. Afinal, o ordenamento brasileiro já proibía a prática do *preconceito*, logo, o que houve fora o desenvolvimento de uma discriminação velada, disfarçada.

Estas características serão mais bem discutidas no próximo tópico.

Mesmo com a abolição da escravidão no Brasil assinada pela Princesa Isabel em 1888, somente em 1951, como ressaltam Silva e Silva (2012), com a Lei 1.390, conhecida como Lei Afonso Arinos, a discriminação racial foi repudiada normativamente e determinou-se sanção para os casos previstos no art. 1.º:

Art. 1.º Constitui contravenção penal, punida nos termos desta Lei, a recusa, por parte de estabelecimento comercial ou de ensino de qualquer natureza, de hospedar, servir, atender ou receber cliente, comprador ou aluno, por preconceito de raça ou de cor.

Parágrafo único. Será considerado agente da contravenção o diretor, gerente ou responsável pelo estabelecimento.

Nos próximos artigos da mesma Lei, estão prescritas as situações detalhadas de cada possibilidade do art. 1.º e suas respectivas penas. Tal Lei foi revogada pela Lei n. 7.437/85, a qual acrescentou atitudes preconceituosas por motivo de sexo ou de estado civil. Não tardou, porém, para que a Constituição Cidadã de 1988 declarasse no art. 5.º, inciso XLII, o texto “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”

Quanto à característica de ser um crime inafiançável, o crime de racismo não admite como opção de sanção o pagamento em pecúnia. O réu será privado de sua liberdade e é ilícito que se amenize ou que se substitua a pena por meio de fiança. Já o termo que adjetiva o delito como imprescritível denomina que o direito do Estado de punir o delinquente não apresenta prazo. Logo, mesmo passando-se anos após o crime, a vítima, por medo, por exemplo, que não acionou a Justiça

antes, pode exercer o seu direito subjetivo buscando a aplicação da lei.

Ainda sobre o inciso XLII do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, a escolha da reclusão do racista em vez de detenção mostra a importância de punir severamente, pois não há a opção de prisão domiciliar por determinado tempo da pena como permite a detenção, o que proporciona um conforto e maior liberdade. Logo, em se tratando de racismo, somente é positivado o seu cumprimento total dentro da prisão.

4 PRECONCEITO NO BRASIL

Hodiernamente, há o reconhecimento das falhas jurídicas no combate ao *preconceito* contra os grupos minoritários⁴. A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 impulsionou o Brasil e outros países a combaterem a miséria, a fome, as guerras e o *preconceito*. Devido a isso e a Tratados Internacionais, o Brasil normatizou como delito praticar ou, de alguma forma, externar opiniões preconceituosas. Porém, já foi apresentado que o *preconceito* no Brasil se distingue dos demais. Esse não condiz com o país que é reconhecido mundialmente por sua diversidade de culturas, etnias, costumes.

A realidade brasileira é o multiculturalismo – uma das variedades culturais mais complexas e estudadas do mundo. Pessoas como Roberto DaMatta, Sérgio Buarque de Holanda, Gilberto Freire, Arthur Ramos e Nina Rodrigues investiram em pesquisas e teorias sobre o povo brasileiro devido a esse aspecto multicultural.

Sendo um país único em diversidade, o modo que a variedade não é respeitada também será inigualável. Vale, entretanto, ater ao significado da palavra *preconceito*, o qual não muda, mesmo que sua expressão seja diferente: essa opinião pré-estabelecida à verdade não necessariamente condiz com a realidade, pois, como a palavra já mostra, o *preconceito* é uma concepção prévia ao pleno conhecimento. Não somente isto, mas também é formulada uma ideia que não está considerando a essência – a personalidade, os talentos, aptidões, temperamento, sensibilidades, paixões – daquele que é julgado – não se torna possível compreender o outro. Isto porque o *preconceito* veda o sujeito para que este não enxergue

⁴ Considera-se como minoria, nesse contexto, os povos que já sofreram (ou sofrem) alguma discriminação, massacre, ou outra forma de violência ou exclusão. Como exemplos, as mulheres, os negros e os quilombolas.

o outro além do motivo de seu pré-julgamento: a cor, os traços físicos, a maneira de se vestir, se portar, de falar ou qualquer outra característica. Logo, considerando a moral kantiana que trata o ser humano como um valor absoluto, possuindo dignidade (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2001), o único resultado é uma pessoa injustiçada e outra menos humana.

A expressão “jeitinho brasileiro” associada ao *preconceito* representa muito bem a maneira de o brasileiro discriminar o outro, principalmente o negro. É um racismo cordial, como nomeiam Turra e Venturi, citados por Lima e Vala (2004), que é caracterizado por uma prática disfarçada pela polidez e pelo humor nas anedotas, falas com tom de brincadeira e até provérbios. Esse racismo pode ser associado ao “medo branco” da época da escravidão. Ambos retratam uma aversão ao negro. Entretanto, o contexto do segundo não condenava os praticantes do racismo; era livre tal expressão de ódio. Já o primeiro foi adaptado, de modo a não transparecer – camuflar-se – diante da Lei e da sociedade.

As anedotas do *preconceito* cordial trabalham com estereótipos, enraizando-os e fortalecendo a crença neles. Contudo, essa questão passa, muitas vezes, despercebida, pois o riso e a descontração provocados são essenciais para que as piadas não demonstrem o real teor de julgamento que contém. Dessa forma, ainda que inconsciente, o estereótipo se perpetua, pois aquela piada será repetida para os amigos, a família e colegas de trabalho, a fim de provocar a mesma reação descontraída e com o mesmo efeito de enraizar aquele conceito. Porém, se o alvo do *preconceito* velado estiver ouvindo a anedota, o interlocutor ainda pode dizer: “sem ofensas”. O acontecimento pode realmente não ter a intenção de prejudicar ninguém, mas é capaz de ofender quem ouve. Além de, como foi dito, ajudar a disseminar uma ideia baseada em um conceito pré-definido, um julgamento à margem da verdade. Ainda que por brincadeira.

Alguns provérbios e frases populares que incitam conceitos já desmentidos, além de serem passadas de geração em geração, reiteram o *preconceito* disfarçado. São expressões como “lugar de mulher é na cozinha”, “o sexo frágil”, “amanhã é dia de branco”, “serviço de preto” que são tão conhecidas, usadas, e também muitas vezes acreditadas pelos que proferem essas palavras. Ainda que incitem divertimento, sarcasmo, casualidade, dependendo do contexto, há de se

atentar à origem dessas expressões. Elas surgiram em momentos em que justificavam o tratamento discriminatório. No exemplo da mulher na cozinha, por exemplo, retrata uma época em que o gênero feminino não era reconhecido nem pela lei como ser humano igual ao homem. E, mesmo a partir da inclusão no ordenamento jurídico de que homens e mulheres deverão ser tratados como iguais, antigas tradições, conservadoras, como esses provérbios, retomam *preconceitos* já hoje contestados e desmentidos, mas não esquecidos.

São os padrões reafirmados a cada geração que dificultam o desenvolvimento normal de uma sociedade. Esses significam o apego ao passado, ao conservadorismo, que muitas vezes não permite que novos conceitos e evoluções se consolidem. No caso do racismo, o pensamento conservador e o *preconceito* cordial afirmam a hierarquização social deixada pelos colonizadores, a ideia de “lugar para negro” e “lugar para branco” e a padronização de certos comportamentos “de negros” e “de brancos”. Foi disseminada entre os brasileiros a ideia de que a pessoa negra denota “bandidagem”, e o branco, “burguês”. Além da herança da época da escravidão que, uma vez proibida, o racismo prolongou o sofrimento dos ex-escravos e dos seus filhos, os quais dificilmente conseguiam um emprego bom, salário adequado e permissão para entrar em lugares públicos e privados frequentados pelos brancos. Com o “medo branco”, o olhar que a elite tinha sobre seus ex-escravos e a pouca legitimidade da elite sobre a abolição resultou o estereótipo que prevalece até hoje de que o negro é perigoso (SILVA, 2014).

Pelas pesquisas sobre o racismo no Brasil, realizadas por Turra e Venturi, citados por Lima e Vala (2004), é necessário atentar que as atitudes movidas pelo racismo, normalmente, são moralmente repudiadas pela população. Porém, o que é observado é a constante prática destas, ainda que muitos censuram quem afirma ser racista. É um círculo de hipocrisias: ser preconceituoso é repreensivo, entretanto, aquele que julga o preconceituoso também discrimina, e assim se sucede com outro que censura esta pessoa, mas que também tem uma visão estereotipada.

É possível associar o crime de racismo a não somente o art. 3.º, inciso IV da Constituição de 1988 que proíbe veemente sua prática, mas também com o descumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Fundamento este que

irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais,

exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros (FERNANDES, 2011, p. 231).

Dessa forma, o amplo uso do argumento da dignidade da pessoa humana é também discutido nos casos de crimes de racismo. Afinal, quando se discrimina alguém, ocorre um processo de desumanização de ambas as partes – mas, de maneiras diferentes. O ofendido é visto com inferioridade, classificado como ser abaixo da condição humana, segundo o racista; coisificando-o, a fim de ser objeto dos interesses – não financeiros, mas morais – do ofensor. Já este, ao tentar se exaltar no conceito de pessoa, viola a dignidade do outro, tornando ele próprio alguém menos humano, menos sensível ao próximo.

Na questão sobre gênero, o feminino é o principal alvo do *preconceito*. Apesar das conquistas ao longo da história que transformaram vários conceitos conservadores sobre a mulher – o direito de votar, trabalhar fora de casa, a própria maneira de se vestir e que lugares frequentar –, há tantos crimes contra a mulher quanto anedotas cordiais que a inferiorizam em relação aos homens. Sobre os crimes, o Instituto Avante Brasil divulgou que, em 2013, até 70% das mulheres brasileiras já sofreram alguma violência física e/ou sexual por um parceiro íntimo. No mesmo ano, 4.762 mortes de mulheres por meios violentos foram computadas. Até então, a Lei 13.104, conhecida como Lei do Femicídio, ainda não existia. Apenas em 2015, com a publicação da Lei em assunto, o homicídio contra mulheres foi destacado e é considerado crime hediondo. Deve-se explicar, antecipadamente, que a Lei 10.104, de 9 mar. 2015, é uma lei modificadora. Ela alterou o art. 121 do Código Penal para acrescentar o § 2.º-A e o inciso VI ao § 2.º do referido art. 121. Importante, porém, o motivo do crime, indicado pelo novo inciso VI do § 2.º do art. 121 do Código Penal, que é por ser, simplesmente, mulher. Essa razão de se cometer um crime é resultado de uma sociedade conservadora, que encontra razoabilidade em matar uma mulher apenas por este ser seu gênero. Assim descreve o Código Penal com as alterações impostas pela Lei do Femicídio:

Art. 121. Matar alguém:
[...]

§ 2.º Se o homicídio é cometido:

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

[...]

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

§ 2.º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

[...]

§ 7.º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

Alguns exemplos do conservadorismo ainda visto comumente na sociedade brasileira são a ideia de que mulher deve saber cozinhar, cuidar do lar, se casar, ser submissa ao marido (sendo que ambos deveriam ser companheiros; “co” significa “ao lado de”), e ter um salário inferior ao do marido e dos homens que possuem o mesmo cargo que o seu. Essa última questão pode ser representada pelos dados: em 2014, o salário das mulheres, em média, equivalia a 74,5% do salário dos homens, segundo o IBGE (2016).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se verificar que o Brasil, ainda que dispondo de um multiculturalismo tão ricamente diverso, não está isento de práticas preconceituosas – mesmo veladas e disfarçadas pelo tratamento cordial. O próprio ordenamento jurídico do país proíbe os crimes motivados pelo racismo ou outras espécies de discriminação, porém, com *preconceito* cordial, é difícil para a Justiça identificar se houve o dolo de desrespeitar o outro. Considerando também que, com as anedotas, provérbios e comentários que incitam o riso, os “pré-conceitos” por eles representados se perpetuam, pois a cordialidade é característica forte e muito presente na cultura brasileira.

Contudo, já não condizem mais essas ideias com a realidade do país que tanto valoriza a igualdade de direitos e a criminalização do *preconceito*. São ideias conservadoras, que

remetem ao ódio e à crença na hierarquização entre os seres humanos, que humilham grupos e se revestem de injustiça e imoralidade. Porém, por cima dessa roupagem preconceituosa, há a cordialidade, o “jeitinho brasileiro” de camuflar a antijuricidade de suas práticas. Cabe aos acadêmicos e Operador do Direito problematizarem o *preconceito* cordial, para que seja observada a Justiça na sociedade e que os direitos e garantias se tornem cada vez mais eficazes. Afinal, não há outro cenário, para o ofendido, do que a injustiça e a subversão de seus direitos; e, para o ofensor, a desumanidade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei n.º 1.390, de 3 de julho de 1951. Lei Afonso Arinos. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. *Diário Oficial [dos] Estados dos Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 10 jul. 1951.
- BRASIL. Lei n.º 3.353, de 13 de maio de 1888. Lei Áurea. Declara extinta a escravidão no Brasil. *Coleção de Leis do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 13 maio 1888.
- BRASIL. Lei 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1.º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 mar. 2015.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Psicologia aplicada ao direito*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- IBGE - Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatística. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/>>. Acesso em: 21 jan. 2016.
- JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- LIMA, Marcus Eugênio Oliveira; VALA, Jorge. As novas formas de expressão do preconceito e do racismo. *Estudos de Psicologia*, Natal, v. 9, n. 3, p. 401-411, 2004.
- SACCONI, Luiz Antonio. *Grande dicionário Sacconi da língua portuguesa: comentado, crítico e enciclopédico*. São Paulo: Nova Geração, 2010.
- SILVA; Amaury; SILVA, Artur Carlos. *Crimes de racismo*. Leme: JH Mizuno, 2012.
- SILVA, Márcio Antônio Both da. Histórias de um lugar onde “preconceitos raciais nunca houve”: os negros nas matas do Rio Grande do Sul (1889-1930). *Topoi*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 28, 2014.
- SILVA, Maria Aparecida Lima; SOARES, Rafael Lima Silva. Reflexões sobre os conceitos de raça e etnia. *Entrelaçando: Revista Eletrônica de Culturas e Educação*, Ed. Universidade Federal do Recôncavo Baiano, Amargosa (BA), a. 2, n. 4, p. 99-115, 2011.

TRIBUNAL DO JÚRI: análise entre Brasil e Estados Unidos

Igor Emanuel Pereira Silva¹

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar o fundamento no qual se baseia o instituto do Tribunal do Júri no Brasil e nos Estados Unidos, bem como suas divergências elementares. Intenta-se, da mesma forma, analisar e pormenorizar os aspectos capitais do dado instituto em ambos os países, individualmente, justificando através de consulta em fontes históricas e na doutrina o porquê dessas divergências. Faz-se mister salientar, outrossim, as disparidades no que concerne à comunicabilidade dos jurados no Tribunal do Júri dos dois países em questão, visto que é ponto primacial às finalidades do estudo.

Palavras-chave: Júri. Direito Comparado. Brasil. Estados Unidos da América.

ABSTRACT

The following work aims to show the fundamentals in which are based the Jury institute in Brazil and in the United States, as well as their elementary differences. An attempt is made, likewise, to analyze and itemize the capital aspects of the said institute in both countries, individually, justifying through reference in historical sources and in the doctrine the reason of these disagreements. It is made necessary to stress, similarly, the discrepancy regarding the communicability of the jurors in the Jury Trial in both countries at stake, whereas that is a primordial matter to the scope of the study.

Keywords: Jury. Comparative Law. Brazil. United States of America.

1 INTRODUÇÃO

A participação do povo na atuação do Estado se mostra fundamental à preservação de sua soberania. O instituto do Júri surge como uma

forma de efetivação da Justiça pela sociedade, e é visto como um dos aspectos mais democráticos presentes nas constituições de várias nações. Entretanto, devido a fatores culturais, o dado instituto se desenvolveu de variadas formas ao redor do globo.

O presente trabalho visa demonstrar, de forma objetiva, como se desenvolveram os Júris norte-americano e brasileiro, ressaltando as principais dessemelhanças e similitudes entre os dois sistemas. A fim de se estabelecer uma análise comparativa entre o modelo de Júri vigente nos Estados Unidos e no Brasil, é de suma importância examinar os aspectos históricos de cada um, bem como a ideia universal do Tribunal do Júri. Acredita-se que através da comparação é possível evidenciar fatores determinantes de cada sistema jurídico, assim como da cultura de cada país no que se refere à Justiça.

Não se aspira, todavia, fazer uma comparação detalhista e completa entre os dois modelos de Júri. Apenas se busca dar uma visão geral do instituto em análise, universal e individualmente, apontando os pontos discordantes e coincidentes entre o tribunal popular nas duas nações abordadas. Ademais, considera-se qual dos modelos mais bem retrata o ideal maior do Júri: participação popular na efetivação da Justiça.

Com esse objetivo, dividiu-se o presente Artigo de maneira didática, abordando em um primeiro momento aspectos gerais e históricos do instituto do Júri, subsequentemente pontuando as peculiaridades de cada sistema em questão, realizando, em um último momento, a análise comparativa desses sistemas, seguido das devidas considerações.

2 O TRIBUNAL DO JÚRI: ORIGEM E ASPECTOS GERAIS

A instituição do Tribunal do Júri surge como tentativa de legitimar o exercício da democracia, de modo que a participação popular no julgamento,

¹ Acadêmico do Terceiro Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

por meio da democracia participativa, assegurasse a participação da sociedade na atuação estatal.

Diante de uma série de teorias e propostas discordantes, que divergem quanto ao momento histórico da gênese do Júri, torna-se difícil assegurar uma origem exata do instituto. Isso se dá devido à manifestação popular nos julgamentos ser dessemelhante e apresentar-se de forma heterogênea durante o curso da História (BISINOTTO, 2015).

Segundo a doutrina majoritária, o Tribunal do Júri como hoje se conhece advém da Magna Carta inglesa de 1215, que garantia uma série de direitos aos cidadãos perante o Estado. No entanto, há vestígios de um tribunal composto por cidadãos desde os primórdios. De acordo com Nucci (2008a), havia na Palestina um tribunal designado a julgar crimes puníveis com a pena capital, que era constituído por padres, levitas e chefes de família de maior importância em Israel. Tal ficou conhecido como Tribunal dos Vinte e Três, e ocorria em vilas de população excedente a cento e vinte famílias, tendo atribuído aos crimes julgados nesse tribunal a pena de morte.

Ferreira (2015) destaca que “outra esteira de pensamento aponta o surgimento deste instituto nos áureos tempos de Roma com os *judices jurati*, também na Grécia antiga existia a instituição dos *diskates*, podendo mencionar ainda os *centeni comitês*”. Ainda segundo o autor, na Grécia, o sistema de julgamento era decomposto em dois conselhos, a Helieia e o Areópago. A Helieia era designada a julgar atos menos relevantes e o fazia por meio de suas próprias convicções, sendo o Areópago incumbido de julgar crimes de homicídio que eram premeditados, utilizando-se do senso comum nas decisões proferidas.

Quanto ao aspecto variável do instituto, elucida-se que,

No correr da história e nos diversos países, apresentou ele grandes variações de estrutura, como o escabinado (tribunal misto, em que o juiz togado também vota), de origem germânica ou franca, e o assessorado, de origem italiana. O júri inglês, aliás, se desdobra em grande júri, que decide sobre a formação da culpa, e pequeno júri, que profere o julgamento definitivo (GRECO FILHO, 1997, p. 412).

Aos que defendem a origem inglesa do Júri, o instituto foi concebido quando o Concílio de Latrão aboliu as Ordálias ou Juízos de Deus, que

apresentavam um julgamento notadamente teocrático, e instalaram o tribunal popular (TOURINHO FILHO, 2013). “Ordálias correspondiam ao Juízo ou julgamento de Deus, ou seja, crença de que Deus não deixaria de socorrer o inocente.” (BISINOTTO, 2015).

Com a supressão das Ordálias, o tribunal popular inglês adquiriu um formato composto de um pequeno Júri, composto por doze pessoas, e o grande Júri, constituído de vinte e três jurados. Enquanto o primeiro era incumbido de julgar o caso concreto, apresentando um veredicto, o segundo se encarregava apenas da acusação, já que era integrado por pessoas que testemunharam o crime que estavam a julgar. Relativamente a como se deu a organização do Júri inglês,

[...] nesse conjunto de medidas, acusação pública, que até então era feita por um funcionário, espécie de Ministério Público, passou a ser feita pela comunidade local quando se tratava de crimes graves (homicídios, roubos etc.), surgindo assim, o júri que, como era formado por um número grande de pessoas (23 jurados no condado), foi chamado de *grand jury* (Grande Júri). Por isso era chamado de Júri de acusação (RANGEL, 2008, p. 485).

A partir da Inglaterra, o Júri encontrou espaço na França após a Revolução Francesa, e posteriormente, teve repercussão em quase toda a Europa. Quanto ao tribunal popular na França, é salientado que,

Após a Revolução Francesa, de 1789, tendo por finalidade o combate às ideias e métodos esposados pelos magistrados do regime monárquico, estabeleceu-se o Júri na França. O objetivo era substituir um Judiciário formado, predominantemente por magistrados vinculados à monarquia, por outro, constituído pelo povo, envolto pelos novos ideais republicanos (NUCCI, 2008a, p. 42).

Voltado às ideias iluministas, a Revolução Francesa organizou aspectos referentes ao Judiciário, incluindo a adoção do Júri como fator relevante ao exercício da soberania popular. Com base nisso, o Júri se alastrou pela Europa como um ideal de democracia e liberdade a se almejar, atribuindo grande relevância à participação do povo nos julgamentos, e conferindo-lhe a ideia de “justiça popular”.

Quanto à denominação, Tourinho Filho (2013) ressalta que na Inglaterra eram chamados de “jurados” os que participavam do Júri devido ao fato de os membros convocados realizarem um juramento. “Este corpo de 12 cidadãos era denominado Júri (jurados) porque prestava juramento antes de dar seu veredicto; seus membros eram chamados jurados, pessoas que haviam prestado juramento.” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 770). O que se nota é a presença do tribunal popular em vários espaços da História; contudo, o Júri, estritamente dito, só foi concebido, como concorda a maioria da doutrina, na Inglaterra, com o advento da Magna Carta de 1215. Esse é o Júri do qual sofre influência o Brasil, e que se disseminou pelo mundo a partir de sua origem inglesa. Nesse sentido,

[...] há uma diferença de concepção entre o tribunal popular e o júri. Aquele tem origem na própria formação da sociedade, em todos os aspectos de expressão cultural e da organização social. Este tem uma origem mais definida e precisa, sendo neste particular identificada com a Inglaterra, o que gerou todas as consequências históricas que vamos analisar em seguida (REIS, 2015).

Assim sendo, o Júri, em seus aspectos gerais, formou-se de maneira específica na Inglaterra, tendo ali sua origem nos moldes conhecidos hodiernamente em diversos ordenamentos. O Júri inglês teve imensa influência na estruturação de todos os demais tribunais populares que, subsequentemente, vieram a se constituir, de maneira especial nos Estados Unidos, que se verá de modo mais atencioso posteriormente.

3 O TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO

No conceito universal de Tribunal do Júri, vigora a ideia de julgamento pelos pares, o que no Brasil não é diferente. O instituto foi inicialmente estabelecido no país em 18 de junho de 1822, limitando-se ao julgamento de crimes de imprensa (BISINOTTO, 2015).

A partir da Constituição Imperial de 1824, teve sua competência entendida à apreciação de crimes que atingiam certos bens jurídicos, em especial a vida, bem como casos de matéria cível, passando a se posicionar no âmbito do Poder Judiciário, e não como direito e garantia fundamental.

Mais adiante, na Constituição de 1937, houve uma omissão quanto à existência do tribunal popular no texto constitucional, o que causou controvérsia no campo jurídico. Nucci (2002) salienta que devido à falta de norma regulamentando o Júri, iniciaram-se as discussões acerca da manutenção ou não do instituto do tribunal popular no Brasil, possibilitando diversas interpretações quanto à temática. “A única Constituição que não trouxe previsão do tribunal popular foi a Carta outorgada em 1937, inauguradora de um período ditatorial, instaurando-se dúvida quanto a sua subsistência até o ano de 1938.” (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 834).

Isso porque, em 1938, com a promulgação do Decreto-Lei n.º 167, finalmente instituiu-se e disciplinou-se a instituição do Júri, dessa vez de forma mais minuciosa, apontando quais crimes seriam julgados pelo tribunal.

Com a Constituição democrática de 1946, o Júri teve restabelecida sua soberania, e foi disposto no rol de direitos e garantias fundamentais. Após um período controverso em que por vezes o tribunal popular era reafirmado, como na Constituição de 1967, mas que posteriormente, como na Emenda Constitucional de 1969, lhe era omitida a soberania, finalmente se confirmou o Júri como direito e garantia fundamental com a vinda da Constituição de 1988.

Em sua última versão, vem previsto constitucionalmente no art. 5.º, XXXVIII, assentando os princípios regentes do tribunal popular, quais sejam a) plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; e d) competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (TÁVORA; ALENCAR, 2012).

A plenitude de defesa consiste em uma espécie de ampla defesa potencializada, de forma que há tanto a defesa técnica quanto a autodefesa. Távora e Alencar (2012) ressaltam que, enquanto a primeira é de cunho obrigatório, sendo atribuída ao profissional competente, a última se mostra como faculdade do imputado, que também traz consigo o direito ao silêncio. Os autores também asseveram que, peculiarmente, prevalece no plenário do Júri a possibilidade de se utilizar de argumentos que não tenham natureza técnica, aproximando-se de elementos de conteúdo sentimental, social e até mesmo de política criminal. Tudo com o escopo de persuadir o corpo de jurados.

O sigilo das votações trata-se de uma mínima exceção à regra geral da publicidade, disposta no artigo 93, IX, da Constituição Federal, e visa

preservar a livre convicção dos jurados de modo a evitar constrangimentos decorrentes da publicidade da decisão (BISINOTTO, 2015). De maneira semelhante:

Assegura a Constituição o sigilo das votações para preservar, com certeza, os jurados de qualquer tipo de influência ou, depois do julgamento, de eventuais represálias pela sua opção ao responder o questionário. Por isso mesmo a jurisprudência repeliu a ideia de eliminação da sala secreta, assim entendida necessária por alguns juízes com base na norma da Carta que impõe a publicidade dos atos decisórios (art. 93, IX, da CF) (NASSIF, 2001, p. 27).

A soberania dos veredictos apregoa que a decisão proferida pelo Conselho de Sentença é suprema, no sentido de que não pode ser modificada por magistrado togado. Tal princípio se encaixa no rol das cláusulas pétreas da Constituição de 1988, não obstante prevaleça a faculdade de se recorrer da decisão, desde que os autos retornem ao Tribunal do Júri para nova apreciação.

Quanto à pretensão de cortes togadas invadirem o mérito do veredicto, de modo a substituí-lo, Nucci (2008b, p. 32) versa que “Quando – e se – houver erro judiciário, basta remeter o caso a novo julgamento pelo tribunal popular. Porém, em hipótese alguma, pode-se invalidar o veredicto, proferindo outro, quanto ao mérito.”.

O último dos princípios constitucionais regentes da atividade do Júri, localizado no art. 5.º, XXXVIII, d, da Carta Magna, é o de competência para julgar crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados. Vale ressaltar que tal estipulação não veta a ampliação da competência do Júri, somente proibindo sua restrição (MENDONÇA, 2009).

Os crimes dolosos contra a vida se encontram elencados na Parte Especial do Código Penal brasileiro, sendo eles: homicídio simples, privilegiado ou qualificado (art. 121 §§ 1.º e 2.º); induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122); infanticídio (art. 123); e aborto em suas três modalidades (arts. 124, 125, 126 e 127). Igualmente, associam-se os delitos que apresentam relação de continência ou conexão com os crimes dolosos contra a vida, podendo esses também ser levados a julgamento pelo Júri (NUCCI, 2008b).

Importante destacar que o latrocínio (artigo 157, § 3.º, segunda parte, do Código Penal) e o

sequestro com resultado morte (artigo 159, § 3.º, do Código Penal) não se encaixam no âmbito de competência do Tribunal do Júri, sendo apreciados por juiz singular. Tal classificação se justifica pelo fato de se tutelar dois bens jurídicos distintos nesses crimes, quais sejam, vida e patrimônio. A interpretação atribuída aos crimes a serem julgados pelo Tribunal do Júri é restritiva, contemplando meramente os tipos expostos no capítulo “Dos crimes contra a vida” do Código Penal, desde que na modalidade dolosa.

A configuração hodierna do Tribunal do Júri no Brasil demanda a presença de um juiz togado, que assume a presidência do Tribunal, e de vinte e cinco cidadãos, representantes do povo, que assumem a função de jurados, dentre os quais sete constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento. O Código de Processo Penal, em seu artigo 436, atribui como requisitos gerais à função de jurado: ser cidadão maior de dezoito anos e gozar de notória idoneidade na comunidade em que se vive.

O Júri ostenta caráter de obrigatoriedade aos que forem convocados, de modo que a recusa injustificada ao serviço do Tribunal Popular enseja aplicação de multa de um a dez salários mínimos, a critério do juiz, considerando-se a condição econômica do jurado. A recusa ao serviço do Júri, quando por convicção de caráter religioso, filosófico ou político, importa dever de prestação de serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos durante o período em que não se presta a obrigação determinada (art. 438 Código de Processo Penal).

Ao longo do procedimento há a possibilidade de que os jurados sejam recusados. No momento da instauração da sessão, os sete jurados que comporão o Conselho de Sentença são sorteados pelo Juiz Presidente, sendo essa a ocasião das recusas peremptórias. Tanto a defesa quanto o Ministério Público poderão rejeitar, imotivadamente, o número máximo de três jurados sorteados. Se houver justificativa, não há limites para o impedimento dos jurados, desde que o argumento seja aceito pelo Juiz Presidente. Em caso de insuficiência de membros para a formação do Conselho de Sentença, quer por recusa, quer por dispensa, serão sorteados tantos suplentes quantos necessários para compor o Conselho, adiando-se a sessão de julgamento.

O procedimento do Júri é bifásico ou escalonado, sendo composto pela etapa do *judicium accusationis* e do *judicium causae*

(MARCO, 2016). Muito embora haja quem diga que o procedimento é trifásico, como o doutrinador Nucci, a doutrina majoritária concorda com a ideia de que duas fases compõem o procedimento do Tribunal do Júri.

De forma concisa, o *judicium accusationis*, também denominado sumário da culpa, dá-se inicialmente com a apresentação da denúncia por parte do Ministério Público, ou da queixa pelo querelante, podendo ou não ser acolhida pelo juiz. É válido que se diga que, no que concerne à acusação, “A denúncia apresentada pelo MP não mais irá requerer a condenação do indiciado, mas sim a sua pronúncia. A denúncia, ainda, será o instrumento hábil para o arrolamento das testemunhas de acusação (num número máximo de oito).” (MARCO, 2016).

Depois de recebida a denúncia, abre-se a oportunidade para que o réu apresente sua defesa. Posteriormente, o Ministério Público, em um prazo de cinco dias, deve apresentar sua resposta, para que finalmente se dê início à fase de produção de provas, inquirição de testemunhas, dentre outras diligências. O que acarretará a audiência de instrução e julgamento, momento em que se realiza a oitiva de testemunhas de ambas as partes, bem como o depoimento do réu, debates orais e, finalmente, a decisão do magistrado.

Há quatro possíveis Sentenças, sendo elas: absolvição sumária, desqualificação ou desclassificação, impronúncia e pronúncia. De modo sintético, tais decisões são bem explanadas, assim:

[...] pode ser de absolvição sumária – hipótese em que o réu será absolvido, com o consequente fim do processo –, desqualificação do crime – quando o juiz, constatando tratar-se de crime diverso daquele descrito na peça-piloto não doloso contra a vida, enviará os autos ao juiz competente –, impronúncia – hipótese em que, enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova – ou pronúncia – remetendo-se o feito à fase seguinte do julgamento pelos jurados (REIS, 2016).

Com a decisão de pronúncia, inicia-se a segunda fase do procedimento do Júri, o *judicium causae*, ou juízo da causa. Dá-se a partir da preparação do processo de julgamento, que envolve a intimação das partes para aduzirem testemunhas à prestação de depoimento em plenário, e se

desenrola durante todo o procedimento de instauração da sessão do Júri, indo até a prolação da sentença condenatória ou absolutória (MARCO, 2016).

Durante essa fase, há a oitiva das testemunhas, que serão de no máximo cinco para cada parte, seguido da apresentação de provas e documentos, previamente listados aos autos, com antecedência mínima de três dias úteis, a fim de que se dê ciência à outra parte. Também é nessa etapa do procedimento que há os debates orais por parte do Ministério Público e da defesa. Subsequentemente, o corpo de jurados do Conselho de Sentença se dirige à sala secreta a fim de proceder com a votação, que será anunciada pelo Juiz Presidente que, em caso de condenação, realizará a dosimetria da pena.

Incumbe ao Conselho de Sentença se pronunciar quanto aos fatos e quanto à absolvição ou condenação do réu. Para tal fim, o magistrado que preside a sessão formulará quesitos a serem respondidos pelos jurados, alusivos, respectivamente, à materialidade do fato, à autoria ou participação, à absolvição do réu, às causas existentes de diminuição de pena alegadas pela defesa, à existência de circunstância qualificadora ou caso de aumento de pena reconhecida na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação. Também pode haver, eventualmente, quesitos concernentes a questões relevantes, tais como desclassificação do crime, divergência quanto à tipificação do crime, que o aponte como outro delito de competência do Tribunal do Júri, e ocorrência do crime em sua forma tentada (MARCO, 2016).

Os votos dos jurados são de total sigilo, conforme o mandamento constitucional presente no art. 5.º, XXXVIII, *b*, e suas decisões se darão por maioria simples dos votos. Em sala especial, cada jurado decidirá quanto aos quesitos apresentados pelo Juiz, sendo que uma resposta negativa por mais de três jurados aos quesitos da materialidade do fato e da autoria e participação implicam na automática absolvição do acusado, sendo encerrada a votação.

Em caso de resposta afirmativa por mais de três jurados aos dois primeiros quesitos, ainda terão a oportunidade expressa de condenar ou não o réu quando forem indagados quanto à sua absolvição. Em um último momento, o Presidente da sessão proferirá a Sentença, fixando os respectivos efeitos da condenação e absolvição, a depender do veredicto, de acordo com os deveres que lhe

incubem o art. 492 do Código de Processo Penal. Vale salientar que a decisão cabe recurso de apelação à instância superior, segundo as provisões do art. 593, III, do diploma processual penal.

4 O TRIBUNAL DO JÚRI NORTE-AMERICANO

Antes de se abarcar o estudo do Júri propriamente dito, em sua versão norte-americana, convém verificar os pilares da *Common Law*, uma vez que se acham intrinsecamente ligados à tradição jurídica estadunidense. Na concepção de Soares (2000, p. 31), “[a] *Common Law* constitui uma ‘família de direitos’, à qual pertence a maioria dos direitos dos Estados da Federação norte-americana, em contraste com a ‘família dos direitos romano-germânicos’, à qual se filia o Direito brasileiro.”. Ainda segundo o autor, na *Common Law*, a principal ideia é de que o direito não tem como pressuposto de existência a construção de uma edificação lógica, abstrata e sistemática, mas sim de um sistema capaz de resolver questões concretas.

Contudo, o sistema jurídico norte-americano não caracteriza uma forma pura de *Common Law*, uma vez que devido à organização federal do país, em que se concede grande autonomia aos Estados-membros, há certa variabilidade na maneira em que é feito e aplicado o Direito. Portanto, há de se falar mais em Direito de Nova York, ou Direito de Massachusetts, por exemplo, do que Direito dos EUA, como um todo harmônico entre si (SOARES, 2000).

Ainda de acordo com Soares (2000), o Direito norte-americano seria um sistema conjunto da *Common Law* e da *Civil Law*. Isso se dá primordialmente devido à concomitância dos *case laws* (com base em casos concretos anteriores) e das disposições normativas, com relação à aplicação do Direito. Todavia, utiliza-se como fonte primária do Direito, ao julgar, os casos práticos, sendo que somente na falta de caso aplicável se recorre à legislação escrita, o que é visivelmente mais característico da *Common Law*.

Já no que tange o instituto do Júri, em sua trajetória histórica nos Estados Unidos, tem-se que inicialmente fora adotado o modelo de tribunal popular então vigente na Inglaterra, em razão dos colonos do século XVIII temerem o que denominaram tirania dos britânicos. Desse modo, as decisões inglesas consideradas arbitrarias e parciais eram passíveis de reforma por um Júri

formado por cidadãos americanos. De modo especial, esse Júri se aplicava às decisões que envolviam embarque ilegal de mercadorias em embarcações não britânicas (HOROSTECKI, 2011).

No ano de 1791, os Estados Unidos adotaram expressamente em sua Declaração de Direitos (*Bill of rights*), escrita por James Madison, que “[...] em todos os processos criminais, os acusados terão direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial” (HOROSTECKI, 2011, p. 353). Outrossim, a Declaração também instituiu a preservação do julgamento pelo Júri em casos civis (GRAHAM, 2016).

A Constituição Federal Americana, em sua Sexta emenda, traz de modo especial uma abordagem ao tribunal popular em seu âmbito criminal:

Sixth Amendment: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witness in his favour, and to have the Assistance of Counsel for his defense”. (“Em todos os processos criminais, o acusado deverá ter o direito a um julgamento rápido, por um Júri imparcial do Estado e do Distrito em que o crime tenha eventualmente sido cometido, sendo o referido distrito fixado previamente por lei; e a ser informado da natureza da causa da acusação; a ser confrontado com as testemunhas que contra ele existirem; a dispor de meios coercitivos para obter testemunhos em seu favor; e a ter a assistência de um advogado para sua defesa”) (ARAÚJO; ALMEIDA, 1996, p. 208).

Já a Sétima emenda trata da possibilidade de aplicação do Júri na seara cível:

Seventh Amendment: “In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right to a trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of common law.” (“Nas Causas da *common law*, em que o valor controvertido exceder a vinte dólares, o

direito a um julgamento pelo Júri será preservado, e nenhum fato conhecido pelo Júri poderá de alguma forma, ser reexaminado por qualquer corte dos Estados Unidos, senão de acordo com as normas da *common law*”) (ARAÚJO; ALMEIDA, 1996, p. 208).

Devido à falta de regulamentação por parte das emendas que instituíram o Tribunal do Júri americano, as regras gerais se conceberam por meio de decisões jurisprudenciais. Uma delas definiu que o julgamento pelo Júri (*trial jury*) seria uma faculdade do acusado em casos em que a pena incorrida ultrapassasse seis meses de prisão, havendo a possibilidade de abdicação do tribunal popular (SÉROUSSI, 2001).

A princípio, o Júri era composto por doze membros que deveriam atingir uma decisão unânime, sendo que se isso não ocorresse, o caso seria novamente julgado e um novo Júri teria de ser formado. Contudo, posteriormente, a Suprema Corte americana admitiu a constituição de um Júri integrado por seis membros, sem a necessidade de se estatuir por unanimidade (HOROSTECKI, 2011). Ainda sobre o tema,

No que diz respeito ao quórum de votação, é de se elucidar que a regra é a de que o veredicto deve ser unânime, diretiva que prevalece, de forma absoluta, no juízo federal. Por outro lado, no que diz respeito à justiça dos Estados, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem aceitado a possibilidade de julgamentos não unânimes em alguns casos (REIS, 2013, p. 1).

O Júri americano tem como um de seus fundamentos a ideia de que a igualdade de condições às partes possibilitará chegar à verdade com mais precisão e equidade (*fairness*). Os advogados de cada uma das partes (acusação e defesa) têm amplo protagonismo durante o julgamento, havendo a crença de que as mesmas possibilidades de se apresentar provas a ambos os lados ensejam uma maior probabilidade de se alcançar a Justiça (SÉROUSSI, 2001).

No decorrer do procedimento do Júri, cabe às partes produzir as provas, convocar e preparar a testemunhas, contratar os peritos (quando se mostrar necessário) e angariar as evidências que lhes possam favorecer. Na sessão, cabe ao magistrado zelar pelo *fairness* dos procedimentos, fazendo uso de uma gama de normas costumeiras e legais regentes da relevância e admissibilidade

das provas levadas à apreciação do tribunal (*Law of evidence*) (CARLOTTO; SOARES; GRESSLER, 2016).

Uma das bases do sistema jurídico norte-americano da Justiça Criminal consiste no respeito a um princípio basilar da estrutura democrática daquele país, o *due process of law*, ou devido processo legal, que se encontra expresso na Constituição dos Estados Unidos e se propaga por todas as Constituições estaduais, evidenciando a importância desse princípio (LOPES, 1999).

Na seara criminal, o sistema americano adota dois institutos referentes ao Júri, que atuam de modo distinto, o Grande Júri (*Grand Jury*) e o Pequeno Júri (*Petit Jury*). O Grande Júri tem previsão constitucional na quinta emenda e é composto por eleitores da comunidade, tendo variações em sua formação a depender do Estado federado em que se encontra. O número de membros que participam desse Júri vai de dezesseis a vinte e três integrantes, que são sorteados e devem cumprir uma série de deveres. Suas funções englobam acusar infratores que infringiram a legislação penal (acusação denominada *indictment*), tendo em vista acharem suficientes as provas expostas pelo Promotor (*prosecutor*). Também podem, por sua vez, apresentar acusações formais sem levar em conta os argumentos do Promotor (acusação denominada *presentment*) (LOPES, 1999).

Assim sendo, tem-se que o Grande Júri pode assumir o papel de acusação ou investigação, contudo, não avalia a culpabilidade do possível criminoso. Em sua função investigativa, o Grande Júri “[...] pode ouvir testemunhas, ordenar providências investigatórias, em audiências secretas (a fim de não prejudicar a reputação do acusado, no caso de uma eventual absolvição do mesmo).” (LOPES, 1999, p. 284). Sendo um direito de caráter disponível, o acusado pode optar por um indiciamento unilateral por parte do Promotor, dispensando, assim, seu direito a uma acusação pelo Grande Júri.

Nesses termos, o Grande Júri desempenha o papel de *judicium accusationis*, preliminarmente (*before trial*) ao juízo da culpabilidade, tendo efetivada a acusação se obtiver quórum de maioria simples, o que acarreta à causa a apreciação pelo Pequeno Júri, que realiza o julgamento da culpa (REIS, 2016).

Já o Pequeno Júri (*Petit*, ou *Petty Jury*) é incumbido da responsabilidade especial de julgar se o réu é inocente ou culpado. Já na fase de

juízo (*trial*), o Pequeno Júri tem de decidir sobre a culpabilidade do réu, mediante procedimento público, indicando por vezes a pena a ser atribuída ao acusado em caso de condenação.

Sua composição sofre variações dependendo do âmbito da federação em que atua, assim como de Estado para Estado. Nos Júris federais, o Conselho é formado por doze membros e sua decisão deve ser unânime. Já nos Estados federados, a quantidade de membros varia de seis a doze jurados, tendo a possibilidade de condenação por um quórum de dois terços ou três quintos dos membros, não obstante a regra também seja a unanimidade do veredicto (REIS, 2016).

Durante o desenrolar do processo, há a possibilidade de ocorrer o *plea bargaining*, bem como a *guilty plea*. Na definição de Oliveira (1999, p. 108) o *plea bargaining*, durante um processo, “[...] é a negociação entre o infrator (podendo ser representador por seu advogado), o representante do Ministério Público e o juiz, às vezes até com a participação da própria vítima, para encontrar uma conclusão-solução em torno do objeto da acusação”.

Segundo Séroussi (2001), oitenta e cinco por cento das condenações penais nos Estados Unidos resultam do *plea bargaining*, sendo que o acordo pode ser firmado em qualquer momento do julgamento, até a decisão do Júri.

Já o *guilty plea* é a confissão por parte do réu, assumindo a posição de culpado no processo. Tal fenômeno geralmente é precedido pela *plea bargaining*, o que pode dar fim ao processo se houver interesse do Juiz e do Promotor. Contudo, em casos de grande repercussão social, o Ministério Público tem recusado a negociação via *plea bargaining*, optando pelo cumprimento integral dos ritos processuais, a fim de demonstrar à comunidade a transparência da justiça na seara penal (OLIVEIRA, 1999).

Na fase de julgamento (*trial*), que se caracteriza pela total publicidade dos atos, é que se realiza o procedimento do Júri (relembrando que alguns Estados federados admitem a desistência expressa por parte do réu ao julgamento pelo Júri). Nessa etapa predomina a oralidade, havendo a inquirição e a exibição das provas, seguido de longos debates por parte de acusação e defesa, o que geralmente ocorre numa única sessão (LOPES, 1999).

Logo após, os jurados se reúnem a portas fechadas a fim de deliberarem por horas até que se alcance um veredicto. A decisão deve ser

baseada estritamente em elementos probatórios apresentados durante a sessão de julgamento, conjuntamente com o livre convencimento de cada um.

Urge apontar que na sala de deliberação somente os jurados podem entrar para a discussão, a fim de que sem impedimentos possam chegar ao veredicto. Durante as instruções em plenário, o juiz orienta aos jurados que somente condenem o acusado se o veredicto se basear *beyond a reasonable doubt*, isto é, além de uma dúvida razoável. Com isso, a confirmação acerca da participação do réu no crime e seu grau de culpabilidade não se sustentam em manifestações exclusivas de dúvida (OLIVEIRA, 1999).

Durante os procedimentos de deliberação na sala secreta, o chamado *Foreman* (ou *Foreperson*) assume o papel de líder entre os jurados, sendo encarregado de conduzir o debate de maneira a se chegar à decisão unânime. Também tem o papel de representar o corpo de jurados no momento da proclamação da decisão, que deve ser *guilty* (culpado) ou *not guilty* (inocente), sem que haja necessidade de expor os motivos da deliberação, que é secreta (LOPES, 1999).

Como já dito anteriormente, em regra, o veredicto do Júri deve ser unânime, com exceções apenas em alguns Estados. Em caso de o tribunal popular não atingir uma decisão consensual, tem-se o chamado *hung jury*, o que enseja ao Juiz Presidente a declaração de *mistrial*, determinando outro julgamento a ser realizado (OLIVEIRA, 1999).

5 ANÁLISE COMPARATIVA: SIMILITUDES E DESSEMELHANÇAS

Ao se examinar as características e elementos dos sistemas de Júris norte-americano e brasileiro, é de suma importância frisar os pontos divergentes e convergentes desse instituto nesses países. Por um olhar comparativo, podem-se alcançar perspectivas novas acerca de dada instituição jurídica nacional e seu modo de funcionamento, uma vez que muito se pode aprender sobre o sistema brasileiro ao compará-lo com um de características distintas. No tocante à definição e função do Direito comparado, mostra-se que:

Direito comparado é expressão que resulta, claramente, da junção de dois termos: direito, que, no caso, se refere a sistema

jurídico, e comparado, que tem a ver com a comparação, na busca por semelhanças e diferenças entre objetos comuns pesquisados, sejam eles um sistema jurídico sejam eles um instituto jurídico (SIQUEIRA, 2016).

Convém, portanto, adentrar aos principais pontos de semelhança e discordância do tribunal popular nos países abordados, levando em consideração tudo que já foi exposto previamente acerca do funcionamento e configuração do Júri nessas nações.

Em princípio, é relevante salientar que as origens do instituto se mostram diversas nos dois países, sendo que enquanto o Júri brasileiro teve seu cerne no Tribunal de Roma, o Júri norte-americano baseou-se primordialmente no Tribunal da Inglaterra. Ademais, o sistema de Júri brasileiro se consagrou nos moldes romano-germânicos, de modo a seguir a *Civil Law* como família jurídica, sendo os Estados Unidos, de modo diverso, adepto da *Common Law*, não obstante serem um modelo impuro, como já mencionado nesse trabalho.

Imperioso aclarar que os delitos de competência do Tribunal do Júri no Brasil, conforme disposto na Constituição federal, são os crimes dolosos contra a vida, constantes no § 1.º do artigo 74 do Código de Processo Penal. Nos Estados Unidos, por sua vez, são levados à competência do Júri todos os crimes, exceto os de responsabilidade, tendo em vista que em casos criminais o réu deve ser condenado a mais de seis meses de prisão para que tenha direito ao julgamento pelo Júri.

O Tribunal do Júri norte-americano, consoante o prescrito na sétima emenda à Constituição, estabeleceu que fosse de sua competência casos de matéria cível, desde que excedentes ao valor de vinte dólares. Já no Brasil, somente a Constituição de 1824 estipulou ao Júri a incumbência de casos cíveis, o que não mais é admitido no ordenamento pátrio (BISINOTTO, 2015).

No que concerne aos princípios constitucionais regentes da atividade do Júri, no Brasil disciplinados no inciso XXXVIII do artigo 5.º da Lei Maior, encontram-se o da plenitude de defesa, do sigilo das votações, da soberania dos veredictos e da competência para julgar os crimes dolosos contra a vida. De modo discordante, o Júri norte-americano não prevê sigilo nas votações, nem incomunicabilidade dos jurados, já que esses têm de deliberar conjuntamente a fim de se chegar

a uma decisão unânime.

Lopes (1999) explica que são inúmeras as vantagens de não se apegar tanto ao formalismo contemporâneo, uma vez que o Júri é um meio de participação popular na administração da justiça. Ainda segundo o autor, por vezes as convicções dos jurados são pouco precisas e mal formuladas internamente, o que os leva, diante do debate com seus pares, a exprimir suas dúvidas mais profundas, além de aderir a dúvidas e convicções que outros membros da deliberação compartilham.

Mais um item que se mostra relevante abordar, tendo em conta a divergência que apresenta, é de que no Direito norte-americano o Júri é um privilégio do acusado, tendo ele a prerrogativa de abster-se dessa garantia, desde que cumpra os requisitos para ter seu julgamento levado à competência do Júri. Opostamente, no Direito brasileiro o acusado tem de se submeter, teoricamente, ao julgamento pelo Tribunal Popular, contanto que cometa um dos crimes dolosos contra a vida.

Imprescindível acentuar uma das características mais marcantes do Tribunal do Júri nos Estados Unidos, que se difere do modelo brasileiro, qual seja, a unanimidade no veredicto. Em sua maioria de Estados federados, nos Estados Unidos da América, mostra-se necessária a decisão unânime por parte dos membros do Pequeno Júri, enquanto que no Brasil o veredicto é dado por maioria de votos, feitos de modo sigiloso.

Em termos de similaridade, ambos os sistemas dão ao acusado o direito a uma defesa técnica, isto é, um advogado, não sendo possível dispor de tal direito, sob pena de lesão aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, bem como da presunção de inocência (BUNA, 2016).

Outro ponto semelhante entre os modelos em questão diz respeito à alocação explicativa proferida pelo juiz aos jurados antes de adentrarem à sala secreta. Nos Estados Unidos, conforme o princípio *Allen Charge*, o magistrado comandante da sessão chama a atenção dos jurados “[...] para a necessidade de uma decisão correta em consonância com o corolário das provas ante o livre convencimento, não esquecendo que ali se dá rumo ao destino de uma pessoa.” (OLIVEIRA, 1999, p. 110). No Brasil, a explanação de como se dará a votação dos quesitos e a formação do veredicto na sala secreta é sempre admitida, enquanto que no modelo norte-americano alguns Estados já abandonaram tal ritual.

Um tópico de suma importância no quesito de comparação entre os sistemas é o *plea bargaining*, que é uma negociação presente no ordenamento americano. Esse acordo firmado com o Ministério Público em qualquer momento do procedimento do Júri possibilita ao acusado a diminuição da pena incorrida. Por sua vez, o Brasil possibilita ao Juiz aplicar a Delação Premiada, conforme a Lei 9.807/1999, que não se confunde com o instituto americano, mas que pode ensinar tanto o perdão (art. 13) quanto a diminuição da pena incorrida ao acusado (art. 14).

Convém destacar que no ordenamento brasileiro, diferentemente do norte-americano, não há previsão para um Grande Júri e Pequeno Júri, que são institutos diversos, com funções próprias. Na legislação pátria, encontra-se um único modelo de Tribunal do Júri, que age com moldes idênticos, seguindo as mesmas finalidades.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo ora exposto, é possível visualizar pontos favoráveis e desfavoráveis do Tribunal do Júri no sistema de ambos os países em análise. O diagnóstico das divergências e similitudes do instituto no Brasil e nos Estados Unidos levanta uma série de questionamentos acerca de qual modelo seria mais eficiente ante a proposta democrática que o Júri apresenta.

Um ponto que, indubitavelmente, mostra-se pertinente ao se buscar atingir uma resposta quanto a qual o modelo mais adequado, é levar em consideração as condicionantes históricas que deram forma ao Júri. Em sua versão original, esse molde de julgamento surge como a possibilidade de um cidadão comum interagir, de forma íntima e desafiadora, no exercício das atribuições do Estado, no momento em que é posto a julgar um de seus pares.

A visão pregada pelo presente artigo é que o Júri norte-americano possibilita um alcance maior de participação popular na efetivação da Justiça, uma vez que a possibilidade de deliberação para com os demais jurados enseja um debate produtivo, em que é possível que sejam comungadas dúvidas e convicções internas. Por meio dessa discussão, os jurados, no modelo estadunidense, devem almejar o consenso. A unanimidade na decisão expõe de modo mais acurado as aspirações sociais, garantindo que o julgamento pelos pares se dê de modo mais equitativo. Assim, atinge-se finalmente o ideal maior do Júri, isto é, a participação soberana

do povo na efetivação da Justiça, de modo a evitar que um de do povo venha a ser alvo do ímpeto estatal sem que antes haja a anuência de um grupo de seus semelhantes em sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Ricardo R. O tribunal do júri nos estados unidos – sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, jul.-set. 1996, p. 200-216.

BISINOTTO, Edneia Freitas Gomes. Origem, história, principiologia e competência do tribunal do júri. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9185>. Acesso em: 4 nov. 2015.

BRASIL. Lei 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 jul. 1999.

BUNA, Themis Aleksandra Santos Bezerra. Aproximações legais e doutrinárias ao júri popular no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 685, 21 maio 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6754>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

CARLOTTO, Daniele; SOARES, Deise Mara; GRESSLER, Gustavo. Um olhar sobre o tribunal do júri norte-americano. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=860>. Acesso em: 21 mar. 2016.

FERREIRA, Paulo Rogério Alves. Tribunal do júri: breve apanhado histórico, concepção atual e expectativa de futuro. jun. 2007. Disponível em:

<http://www.escriitoronline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=7653&>. Acesso em: 16 out. 2015.

GRAHAM, Fred. Os júris americanos. E-Journal USA: anatomia de um tribunal do júri. Julho de 2009. Volume 14. 7. Disponível em: <<http://www.embaixadaamericana.org.br/HTML/ijde0709p/0709p.pdf>> Acesso em: 15 mar. 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

HOROSTECKI, Rosana Gavina Barros. O sistema de júri nos EUA. *Escola da AGU*, Brasília, Ed. AGU, n. 12, p. 351/362, set.-out. 2011.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Do sigilo e da incomunicabilidade no júri. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARCO, Vilson de. O novo rito do tribunal do júri esquematizado segundo a Lei. 11.689. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 59, nov. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4199>. Acesso em: 21 mar. 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

NASSIF, Aramis. *O júri objetivo*. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a.

_____. *Tribunal do júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b.

_____. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Edmundo. O tribunal do júri na administração da justiça criminal nos Estados Unidos. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

REIS, Fernando Antônio Calmon. Júri: pequenas observações históricas sobre um instituto ainda não compreendido. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2.667, 20 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17652>>. Acesso em: 23 out. 2015.

REIS, Wanderlei José dos. Tribunal do júri: Brasil x EUA. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3.490, 20 jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23474>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Natureza jurídica do direito comparado. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3.508, 7 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23674>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

A TUTELA DAS LIBERDADES E SUAS INTERCONEXÕES COM A EFETIVAÇÃO DO BEM-ESTAR SOCIAL E DA CIDADANIA

Matheus Medeiros Maia¹

RESUMO

O presente trabalho se propõe a estabelecer um elo entre liberdades humanas, bem-estar social e cidadania. Objetiva-se, através de método dedutivo e procedimento bibliográfico, demonstrar que o estado de bem-estar social tem influências determinantes nas liberdades dos indivíduos. Sob essa perspectiva, o ser humano que não tem acesso a direitos sociais básicos, como saúde, educação, alimento, moradia e renda tem suas liberdades reais ameaçadas, pois que restringidas suas possibilidades de escolhas na vida. Nestes casos, é restringida a liberdade do indivíduo ditar os rumos da própria vida com autenticidade. Sendo assim, a opressão socioeconômica passa a representar um relevante fator de privação de liberdades em âmbito mundial, conforme indicou Sen (2010) na Teoria do Desenvolvimento como Liberdade. Conclui-se que o bem-estar social, em maior ou menor grau, pode ser visto como um pressuposto às liberdades humanas. Portanto, o ser livre por excelência é aquele que exerce a cidadania em sua plenitude, isento de influências socioeconômicas que restrinjam suas possibilidades de escolha acerca das opções de vida a se viver.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto de estudo as interconexões entre liberdades humanas, cidadania e bem-estar social como valores filosóficos, políticos e sociais materializados juridicamente com *status* fundamental.

Para tanto, com utilização de metodologia dedutiva e procedimento bibliográfico, a pesquisa se desenvolve traçando primeiramente um breve esboço filosófico acerca da evolução por que passou o conceito abstrato de liberdade, expandindo-o para além da óptica liberal da estrita legalidade e o aproximando da subjetividade e sensibilidade humana.

A posteriori, serão apresentados os principais aspectos da Teoria do Desenvolvimento como Liberdade, elaborada por Amartya Sen (2010), bem como os respectivos pontos atinentes à liberdade, pobreza e desenvolvimento.

A perspectiva da Teoria do Desenvolvimento como Liberdade será trazida por se tratar de uma teoria contemporânea, amplamente discutida no âmbito das ciências sociais, mas nem tanto pelo Direito, cujo teórico é reconhecido internacionalmente, sobretudo por ter recebido o prêmio Nobel de Economia em 1998, e ter sido um dos elaboradores do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) utilizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) como o principal indicador de desenvolvimento humano dos países.

Após o estudo da teoria seniana, será trabalhado o conceito de cidadania como elemento de conexão entre o bem-estar social e as liberdades em sentido amplo.

Ao final, em capítulo conclusivo, serão especificados os liames entre bem-estar social e cidadania, como pressupostos ao pleno exercício das liberdades humanas.

2 PROLEGÔMENO ACERCA DAS LIBERDADES HUMANAS

Liberdade é termo plurívoco. Conforme reflexão de Montesquieu (2010, p. 166): “Não há palavra que tenha recebido significados mais diversos e impressionado os espíritos de tantas maneiras como liberdade.”

Essa heterogeneidade conceitual e teórica se justifica devido ao fato da liberdade, em sua acepção abstrata, ser atributo contingencialmente humano, indissociável de significação política.

O próprio caráter plúrimo deste vocábulo é vetor indicativo do que representa a política como fator determinante da autenticidade humana. Como bem identificou Aristóteles (2011), a política diferencia a sociabilidade complexado ser humano

¹ Acadêmico do Nono Período da graduação em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA).

em face da sociabilidade rústica, regida pela necessidade que norteia a essência de outros seres vivos.

Por assim dizer, a faculdade humana de se comunicar por meio de palavras plúrimas corrobora a premissa de que o homem é um ser político, dotado da libertadora capacidade intelectual de atribuir valores a tudo quanto o mundo lhe põe a apreciar, desde as questões físicas às metafísicas. Neste sentido, Aristóteles (2011, p. 22) refletiu que:

O homem só, entre todos os animais, tem o dom da palavra; a voz é o sinal da dor e do prazer, e é por isso que ela foi também concedida aos outros animais. Estes chegam a experimentar sensações de dor e de prazer, e a se fazer compreender uns aos outros. A palavra, porém, tem por fim fazer compreender o que é útil ou prejudicial e, em consequência, o que é justo ou injusto. O que distingue o homem de um modo específico é que ele sabe discernir o bem do mal, o justo do injusto, e assim todos os sentimentos da mesma ordem cuja comunicação constitui precisamente a família do Estado.

Assim surgiu a expressão aristotélica que o homem é um animal político, na medida em que, diferentemente de outros seres, vale-se das palavras para atribuir valor a tudo que lhe é perceptível, o belo e o feio, o bem e o mal, o justo e o injusto, o certo e o errado, o prazer e a dor, dentre tantos outros valores mundanos.

Esse atributo político, muito bem identificado por Aristóteles (2011), é que faz do humano um ser livre *a priori*, movido que é pela imprevisibilidade existencial de que trata o princípio da contingência.

O princípio da contingência consubstancia a faculdade do ser humano, a partir de um processo intelectual de autodeliberação sobre a própria vida, fazer escolhas frente às possibilidades plurais e antagônicas, de acordo com os graus de valoração que são atribuídos às coisas e fenômenos mundanos. A gestão dessas escolhas é fazer política, é que faz do humano um ser diferente de outras espécies, porquanto a partir dos seus critérios de valoração, atribui autenticidade à sua vida.

Arrimando este entendimento, ensinam os filósofos brasileiros Barros Filho e Meucci (2014, p. 164-165) que:

[...] vivemos como vivemos porque somos senhores de nossas deliberações. Livres, portanto. Fundamentalmente livres. Liberdade de que, paradoxalmente, não podemos abrir mão. Estamos condenados à liberdade de definir a própria vida. Não se trata de um diletantismo. De uma prerrogativa da qual podemos nos servir quando nos apetercer. Não se trata tampouco de um direito. Deliberar livremente sobre a própria vida é nosso maior ônus. Responsabilidade que pesará sobre os nossos ombros enquanto houver vida a viver. Responsabilidade de que, sem paradoxo nenhum, não podemos abrir mão.

Essa liberdade é que também tornou necessária a regulamentação institucional da vida humana pelo Direito.

Conforme a doutrina clássica de Rousseau (2011) a regulamentação das liberdades humanas se fez indispensável para evitar arbitrariedades provenientes da força bruta e, conseqüentemente, atingir o bem comum da sociedade. Ainda segundo o mesmo pensador, a liberdade política natural não poderia ser irrestrita, ao passo que potencialmente engendraria no despotismo dos mais fortes sobre os mais fracos.

Esse raciocínio fez com que Rousseau (2011, p. 34) tenha diferenciado a liberdade natural da liberdade civil nos seguintes termos: “O que o homem perde pelo contrato social é sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo o que lhe diz respeito e pode alcançar. O que ele ganha, é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui.”.

Com efeito, a própria Constituição da República Federativa do Brasil tutela as liberdades e garantias individuais dos cidadãos, restringindo-as, entretanto, aos imperativos da lei, conforme dicção do art. 5.º, II, *verbis*:

Art. 5.º 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:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em **virtude de lei**;

Hodiernamente, as liberdades humanas em espécie² abrangem desde a autonomia privada negocial do ser humano, até sua liberdade de ir e vir, expressar-se, pensar, professar sua fé, associar-se e exercer a livre iniciativa. Todas essas liberdades em espécie derivam de um mesmo vetor, ou melhor, de uma moldura comum referente à liberdade em sentido amplo, dotada de um conceito abstrato *a priori*.

Não constitui objeto do presente trabalho o estudo das liberdades em espécie, mas sim seu conteúdo amplo como valor elevado ao patamar jurídico de direito e garantia fundamental, cujo núcleo abarca todas as espécies de manifestação das liberdades humanas *stricto sensu*.

Posto isso, pertinente trazer a lume importante dispositivo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (DUDHC), que tem positivado em seu artigo 4.º um conceito amplo, *in verbis*

A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Trata-se de conceito amplo e com alto grau de abstração, que embora não especifique, abrange as liberdades em sentido estrito e limita as atitudes positivas dos sujeitos de direito às liberdades igualmente asseguradas pela lei aos seus pares.

Notoriamente, esse conceito recebeu influências iluministas das doutrinas político-filosóficas de Montesquieu (2010) e Rousseau (2011), que vislumbram nas leis o legítimo fruto da vontade geral, que materializa a igualdade entre as pessoas e resguarda de modo isonômico, ainda que meramente formal, as liberdades dos cidadãos. Neste sentido, Montesquieu (2010, p. 74) afirma que

É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer. Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve

querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer. Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder.

Apesar dos méritos destas conceituações em submeter as liberalidades humanas aos limítrofes parâmetros do bem comum consubstanciados na lei, algumas doutrinas contemporâneas vêm aperfeiçoando o conceito amplo das liberdades, dando maior ênfase à isonomia material, às influências dos fatores socioeconômicos nas esferas das liberdades individuais e ao poder de autodeterminação do indivíduo, o que valoriza aspectos da sensibilidade dos sujeitos de direito tal como a possibilidade substancial do indivíduo realizar-se subjetivamente.

Nada obstante haver certo receio na tradição epistemológica do Direito no que se refere à utilização de conceitos afetos à sensibilidade humana, a essência cultural do Direito prejudica que sejam feitas análises tão somente racionais e objetivas. Esta é a lição de Bittar e Almeida (2011, p. 436), para quem

A preocupação hodierna com o direito, portanto, valoriza a dimensão da sensibilidade como princípio, e deve propor-se a refletir sobre as práticas que o definem em seu agir socialmente relevantes, agora na base de uma cultura de despreensão da tradição masculina-viril, enraizada social e culturalmente, arquetipicamente determinando a forma como funcionam as instituições, as relações, e as formas de construção social.

Atento a essa dimensão, propõe o constitucionalista Silva (2014, p. 235) que a liberdade “consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.”.

Sedimentando essa tendência conceitual, Carvalho (2012) também entende que, em se tratando da liberdade como direito fundamental, não há que se falar apenas em sua vertente negativa, noutros termos, na mera observância do princípio da estrita legalidade, mas também e, sobretudo, sua vertente positiva, no que se refere

² Utiliza-se neste trabalho a denominação liberdades em sentido amplo para designar conceito genérico e abstrato do termo, e liberdades em espécie ou em sentido estrito para designar as liberdades específicas, tais como liberdade de expressão e locomoção, englobadas no conceito de liberdades em sentido amplo.

à remoção dos impedimentos tanto econômicos e sociais quanto políticos que tenham o condão de “obstruir a autorrealização da personalidade humana.” (CARVALHO, 2012, p. 676).

De se notar que na passagem histórica do iluminismo moderno para o pensamento contemporâneo houve um importante giro conceitual do termo liberdades, que passou de uma visão racional legalista para alcançar um ideal de satisfação pessoal do indivíduo com as opções e escolhas de vida que dispõe e que lhe são facultadas escolher.

Trata-se agora da liberdade do indivíduo deliberar sobre os rumos da própria vida, ou seja, que a sua realização subjetiva seja uma autêntica construção do próprio ser, da própria vivência experimentada, e não de forças alheias opressoras. Aqui, a liberdade não é vista apenas sob o ângulo da garantia individual dos sujeitos de direito não terem as respectivas esferas de proteção fundamentais invadidas por outrem ou pelo Estado soberano, tampouco o mero agir nos limites do *status quo* estabelecido pela lei, mas também e principalmente, as facultades à disposição do indivíduo para que busque “a vida que vale a pena ser vivida.” (BARROS FILHO; MEUCCI, 2014).

3 A IDEIA DE LIBERDADE, COMBATE À POBREZA E DESENVOLVIMENTO NO PENSAMENTO DE AMARTYA SEN

Corroborando o giro conceitual das liberdades, no campo da filosofia econômica, foi elaborada por Sen (2010) a Teoria do Desenvolvimento como Liberdade. Nesta obra, Sen (2010, p. 120) utiliza o conceito elementar de capacidades básicas, definidas pelo autor como as “liberdades substantivas para levar o tipo de vida que ela [a pessoa] tem razão para valorizar.”

Sob a óptica seniana, o ser humano livre é aquele que desfruta plenamente das suas capacidades básicas. Ocorre que, conforme a teoria em comento, o principal obstáculo ao exercício das capacidades básicas e, portanto, fator prejudicial ao exercício das liberdades humanas é a pobreza. Neste sentido, Sen (2010, p. 17) contextualiza sua teoria afirmando que

A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até a maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza

econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso à água tratada ou saneamento básico. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais.

Sendo a liberdade entendida como o poder do ser humano buscar ser o que ele quer e valoriza para si, o principal obstáculo ao gozo das liberdades plenas seria a pobreza, fator prejudicial ao pleno desfrute das capacidades humanas pelos indivíduos.

Nesta linha de raciocínio, quem não exerce suas capacidades, também não exercerá com excelência sua liberdade em sentido amplo, qual seja a de ter condições materiais de ditar os rumos da própria vida, de gerir suas escolhas de vida conforme critérios autênticos de valoração.

Surge então a ideia de pobreza no pensamento seniano, entendida como a privação das capacidades básicas do indivíduo. O grau de pobreza é diretamente proporcional ao exercício das capacidades básicas e, portanto, das liberdades substantivas do indivíduo.

Nestas circunstâncias, quando o sujeito é pobre, as possibilidades de escolha em sua vida passam a ser restringidas por fatores socioeconômicos que estão além das suas capacidades básicas. A liberdade de buscar sua autorrealização subjetiva, sua felicidade pessoal, é dirimida, porquanto as suas escolhas autênticas passam a ser substituídas pelas escolhas pautadas nas necessidades de não passar fome, de não perder a moradia, de não ter os fornecimentos de serviços públicos básicos como água e energia elétrica cortados, dentre várias outras.

Não obstante haver críticas quanto à aplicabilidade concreta da Teoria do Desenvolvimento como Liberdade, os seus efeitos práticos são de notável relevância. Considerando as premissas elaboradas por Sen (2010), sobretudo a de que a liberdade do indivíduo é plena na medida em que tem condições de exercer suas capacidades básicas, de fato, a pobreza passa a ser vista como um dos maiores, se não o maior, fator de restrição das liberdades humanas. Afinal, o próprio Relatório

do Desenvolvimento Humano de 2014 (RDH-2014), divulgado pelo Programa para o Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD), identificou que, nos países em desenvolvimento, quase 1,5 bilhão de pessoas vive na pobreza multidimensional, ou seja, com privações de direitos fundamentais sociais como saúde, educação e proteção social *latu sensu*.

Sen (2010) também critica o fato de a pobreza ser comumente entendida como mera privação de rendas. No Brasil, por exemplo, o requisito legal caracterizador da situação de extrema pobreza é a renda familiar *per capita* mensal de até R\$77,00. Ou seja, os núcleos familiares que percebem renda mensal superior a R\$77,00 por integrante, não são considerados pelo Estado brasileiro como em situação de extrema pobreza³.

Sob a perspectiva seniana, este critério é falacioso. Sen (2010, p. 120) defende que a pobreza não deve ser entendida como mera privação de rendas, mas sim, como privação das capacidades básicas, *verbis*

[...] ao analisar a justiça social, há bons motivos para julgar a vantagem individual em função das capacidades que uma pessoa possui, ou seja, das liberdades substantivas para levar o tipo de vida que ela tem razão para valorizar. Nessa perspectiva, a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza.

Sendo assim, a pobreza deve ser compreendida como privação das capacidades básicas. Noutras palavras, uma pessoa é pobre quando não usufrui das condições e liberdades substantivas necessárias para buscar ser o que valoriza para si.

Todavia, apesar da pobreza não se restringir à baixa ou inadequada renda, Sen (2010) reconhece que ela exerce grande influência na privação das capacidades das pessoas, uma vez que a ausência de renda é uma predisposição ao estado de pobreza.

Três argumentos são basilares na perspectiva seniana, que considera a pobreza uma privação de capacidades e, portanto, de liberdades substantivas.

Neste sentido, Sen (2010, p. 120) identifica que

- 1) A pobreza pode sensatamente ser identificada em termos de privação de capacidades; a abordagem concentra-se em privações que são intrinsecamente importantes (em contraste com a renda baixa, que é importante apenas instrumentalmente).
- 2) Existem outras influências sobre a privação de capacidades – e, portanto, sobre a pobreza real – além do baixo nível de renda (a renda não é o único instrumento de geração de capacidades).
- 3) A relação instrumental entre baixa renda e baixa capacidade é variável entre comunidades e até mesmo entre famílias e indivíduos (o impacto da renda sobre as capacidades é contingente e condicional).

O primeiro e segundo argumentos estabelecem que a pobreza não se resume à privação de rendas, em que pese se tratar de um importante instrumento para o exercício das capacidades básicas. As privações de capacidades referentes à pobreza dizem respeito ao não acesso a direitos fundamentais sociais, por exemplo, educação, saúde e moradia de qualidade. As pessoas que não usufruem de uma gama mínima desses direitos, em regra, não conseguem gerir as próprias escolhas para que se realizem subjetivamente, na medida em que suas capacidades básicas são mitigadas. O que Sen (2010, p. 123) insistentemente chama a atenção é que a privação de rendas, principal indicativo utilizado pelos países para aferir a pobreza das pessoas, não exaure o conceito de pobreza que é muito mais amplo.

O que a perspectiva da capacidade faz na análise da pobreza é melhorar o entendimento da natureza e das causas da pobreza e privação desviando a atenção principal dos meios (e de um meio específico que geralmente recebe atenção exclusiva, ou seja, a renda) para os fins que as pessoas têm razão para buscar e, correspondentemente, para as liberdades de poder alcançar esses fins (SEN, 2010, p. 112).

O terceiro argumento apresentado por Sen (2010) é de extrema relevância. Em sua obra,

³ Estabelece o artigo 2.º, parágrafo único, do Decreto n.º 7.492/2011, que instituiu o Plano Brasil Sem Miséria, *verbis*: “Para efeito deste Decreto considera-se em extrema pobreza aquela população com renda familiar *per capita* mensal de até R\$77,00 (setenta e sete reais)”.

exemplifica que, num grupo de pessoas, ainda que todos percebam a mesma renda, o potencial para conversão dessa renda em capacidades é variável. Bastaria imaginar um jovem saudável e um idoso enfermo que auferem mesma renda. Enquanto o jovem está no auge do seu vigor físico, o idoso está debilitado e necessita de medicamentos e/ou próteses para ter uma vida digna. As despesas do idoso enfermo são potencialmente maiores que as despesas do jovem saudável. Logo, apesar de auferirem a mesma renda, o jovem saudável tem mais potencialidade para converter sua renda em capacidades e, portanto, em liberdade substantiva, do que o idoso enfermo. Sen (2010, p. 121) ainda explica, a respeito deste exemplo, que “a pobreza real (no que se refere à privação de capacidades) pode ser, em um sentido significativo, mais intensa do que pode parecer no espaço da renda.”

Depreende-se da Teoria do Desenvolvimento como Liberdade que a pobreza real é a decorrente das restrições das capacidades básicas, que ensejam conseqüentemente privações das liberdades substantivas dos indivíduos. A pobreza é fator de restrição das condições humanas de buscar ser o que quer e valoriza para si, e, portanto, das próprias liberdades substantivas.

Daí a premissa seniana de que a expansão das liberdades é fim e meio para o desenvolvimento (SEN, 2010). É fim por consistir objetivo fundamental dos Estados⁴.

Noutro giro, o enfrentamento da pobreza é importante instrumento para o desenvolvimento dos Estados. Portanto, quando o Estado busca o desenvolvimento enfrentando a pobreza, por consequência amplia as capacidades básicas dos cidadãos.

Sendo assim, quanto mais capacidades e, portanto, mais liberdades de escolha os indivíduos têm, mais o Estado se desenvolve. As pessoas passam a ter aptidão para atribuir autenticidade às próprias vidas, através de escolhas feitas com base na contingência e não na necessidade. Por essas razões, a ampliação das liberdades das pessoas passa a funcionar como catalizador do desenvolvimento estatal.

4 A EFETIVAÇÃO DAS LIBERDADES E DO BEM-ESTAR SOCIAL ATRAVÉS DO PLENO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Atribuir conceitos é tarefa hercúlea, que inquieta os pensadores na medida em que se veem expostos ao risco de deixar de lado aspectos relevantes dos verbetes, que em muitos casos possuem semânticas amplas e multidisciplinares.

Com o termo **cidadania** a situação não é diferente. Sua significação envolve relevantes questões afetas à Sociologia, à Antropologia, à Política e ao Direito.

Conforme ensinamento do antropólogo DaMatta (1997, p. 65), o conceito de cidadania envolve dois pontos principais, quais sejam, a ideia fundamental de indivíduo e as regras universais, entendidas como “um sistema de leis que vale para todos em todo e qualquer espaço social.”

Por muito tempo na história constitucional brasileira, a ideia jurídica de cidadania foi deveras restrita, resumindo-se a critérios objetivos relacionados aos direitos políticos como nacionalidade e capacidade eleitoral ativa e passiva.

Quebrando este paradigma constitucional, o poder constituinte de 1988 elevou a cidadania ao patamar jurídico de fundamento da República Federativa do Brasil⁵, o que indubitavelmente expandiu o substrato teórico-conceitual do termo para além dos direitos políticos. Atento a este cenário, Carvalho (2002, p. 9), identifica que

Tornou-se costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos. Cidadãos incompletos seriam os que possuíssem apenas alguns dos direitos. Os que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam “não-cidadãos”.

Segundo essa perspectiva conceitual, o cidadão pleno é aquele em favor do qual o Estado põe à disposição todos os direitos fundamentais geracionais. Lado outro, o cidadão que não desfruta de alguns dos direitos fundamentais geracionais seria um “cidadão incompleto”.

⁴ Inclusive, a própria CRFB elevou, em seu artigo 3.º, II, ao patamar de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

⁵ Conforme dicção do artigo 1.º, II da CRFB, “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: [...] II - a cidadania”.

Esclarece-se que essa perspectiva apresentada enfoca no aspecto da cidadania relacionado aos direitos dos indivíduos frente ao Estado. Portanto, o “cidadão incompleto” de que trata, é aquele que não tem satisfeito algum direito fundamental a que faz jus por sua só condição humana.

O acerto deste conceito, que vislumbra na cidadania o pleno gozo e exercício dos direitos fundamentais individuais, políticos, sociais, econômicos e culturais, está em enxergar nos direitos fundamentais uma relação de complementariedade recíproca, direcionados de forma uníssona à finalidade de materializar a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, o ser humano que não desfruta de uma das espécies de direitos fundamentais teria prejudicada a plenitude do seu *status* de cidadão pleno. Isso porque, mais uma vez trazendo ensinamentos de Carvalho (2002, p. 8)

O exercício de certos direitos, como a liberdade de pensamento e o voto, não gera automaticamente o gozo de outros, como a segurança e o emprego. O exercício do voto não garante a existência de governos atentos aos problemas básicos da população. Dito de outra maneira: liberdade e a participação não levam automaticamente, ou rapidamente, à resolução de problemas sociais. Isto quer dizer que a cidadania inclui várias dimensões e que algumas podem estar presentes sem as outras. Uma cidadania plena, que combine liberdade, participação e igualdade para todos, é um ideal desenvolvido no Ocidente e talvez inatingível. Mas ele tem servido de parâmetro para o julgamento da qualidade da cidadania em cada país e em cada momento histórico.

De fato, o Estado que respeita os direitos e garantias individuais e políticas, mas que tem grande parcela da população marginalizada e sem acesso a direitos sociais básicos, não pode avocar para si os méritos democráticos de uma nação formada por cidadãos livres. Isso porque, conforme ensina Sarlet (2003, p. 422):

[...] os segmentos excluídos da população, vítimas das mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral – resultantes da opressão socioeconômica – acabam não aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos, não podendo, portanto, nem mesmo ser

considerados como verdadeiros “sujeitos de direito”, já que excluídos, em maior ou menor grau, do âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Seguindo este raciocínio, vislumbrando na cidadania plena a materialização da dignidade dos indivíduos, entende Silva (2014, p. 106) que

A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5.º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí, o termo conexas-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1.º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático.

Vê-se que o conceito contemporâneo de cidadania guarda tenaz relação com a ideia do bem-estar social como importante pressuposto às liberdades individuais, bem como o contrário: as liberdades individuais como fator determinante do bem-estar social.

A dedução desta premissa é relevante na medida em que a tradição jurídica tende a vislumbrar os direitos fundamentais individuais e sociais em planos separados, até mesmo por serem alocados pela doutrina, por critérios objetivos, finalísticos e históricos em gerações distintas.

Conforme prelecionam Mendes e Branco (2014, p. 137), enquanto os direitos fundamentais de primeira geração pretendiam “[...] sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder”, e “[...] traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo” os direitos fundamentais de segunda geração “[...] não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas [...], por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante ação corretiva dos Poderes Públicos.”.

Logo, pelo fato de os direitos fundamentais de segunda geração terem surgido como respostas antônimas aos princípios do liberalismo político-econômico desenfreado, que abalizou o surgimento dos direitos fundamentais de primeira geração, é

incomum que referidos direitos, por estarem “alocados” em gerações distintas, sejam vislumbrados como reciprocamente complementares.

Justamente por isso, Fernandes (2014, p. 135), sustenta que “a tese das gerações (dimensões) de direitos fundamentais não se mostra adequada ao momento contemporâneo, pois não lograria explicar por si mesma a complexidade de formação histórica e social dos direitos.”

Feitas essas considerações, a plenitude das liberdades humanas é indissociável do estado de bem-estar social dos indivíduos, que por seu turno, materializa-se no exercício da cidadania por excelência, consubstanciada cumulativamente no pleno exercício dos direitos fundamentais de natureza individual, política, social, econômica e cultural.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, na linha do que propõem os autores referenciados, conclui que a liberdade em sentido amplo deve ser entendida como a possibilidade substancial do indivíduo ditar os rumos da própria vida, fazendo as escolhas necessárias com base em critérios de valoração experimentados pelo próprio ser, desgarrado de influências opressoras que prejudiquem a busca pela realização subjetiva.

Neste sentido, a pobreza foi identificada como um relevante fator prejudicial da liberdade, na medida em que restringe as possibilidades de escolhas pelos indivíduos, que passam a escolher impositivamente por necessidade, havendo, nestes casos, redução da contingência nas experiências do viver.

Portanto, nos casos em que a pobreza for de tal dimensão que as escolhas de vida se pautem predominantemente em necessidades de sobrevivência, estar-se-á diante de indivíduos privados das suas liberdades elementares.

Em que pese os números oficiais da Organização das Nações Unidas (ONU) indicarem que quase 1,5 bilhões de pessoas vive em extrema pobreza no globo terrestre, ainda há restrições ao vislumbre da pobreza como um fator que priva os indivíduos das suas liberdades de buscarem viver o que valorizam.

Isso porque se trata de uma privação de liberdades velada, encoberta pelo véu dos Estados Democráticos de Direito, “respeitadores” dos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

O exercício da liberdade, de acordo com a conceituação aqui defendida, é viável quando os indivíduos têm acesso a um mínimo de bem-estar social, ou seja, quando o Estado enfrenta a pobreza e trata as pessoas como verdadeiros e plenos cidadãos.

Portanto, a premissa conclusiva deste trabalho é a de que o bem-estar social mínimo é pressuposto ao exercício, pelos indivíduos, das suas liberdades em sentido *lato*. Sendo assim, a cidadania plena é o elemento de conexão entre as *interfaces* destes valores tão importantes para a pessoa e indispensáveis à caracterização de uma vida digna, livre e de realizações subjetivas, fruto autêntico das opções escolhidas pelo próprio ser.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- BARROS FILHO, Clóvis de; MEUCCI, Arthur. *A vida que vale a pena ser vivida*. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto n.º 7.492, de 2 de junho de 2011. Institui o Plano Brasil Sem Miséria. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 jun. 2011.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 19. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. In: *Textos básicos sobre Derechos Humanos*. Madrid: Ed. Universidad Complutense, 1973. Tradução de Marcus Cláudio Acqua Viva. *Apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves et. al. Liberdades públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Relatório do Desenvolvimento Humano 2014. Disponível em: <hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2014_pt_web.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social*. Tradução de Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crise e desafios da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 415-466.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

O CASO “GLORIA TREVI”: colisão entre direitos da personalidade

Werley Pereira de Oliveira¹
Gabriel Pereira Novais²

RESUMO

Este artigo, com apreciação engrenada aos direitos da personalidade, objetiva, em uma pesquisa doutrinária, compreender o instituto da privacidade; bem como, em caso concreto, analisar a situação de colisão deste direito fundamental com o também direito da personalidade, honra e imagem. Para atender ao segundo objetivo, trabalha-se com o caso “Gloria Trevi”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro. Embora o direito à privacidade e o direito à intimidade tenham tutela particulares, chega-se às considerações finais entendendo a privacidade como a vida particular da pessoa natural, compreendendo uma de suas manifestações do direito da personalidade à intimidade. Em casos concretos, quando houver Direitos da Personalidade objetado, caberá ao judiciário harmonizá-los.

Palavras-chave: Privacidade. Direitos da personalidade. Colisão entre direitos.

ABSTRACT

This article, with appreciation geared to the rights of personality, intends, in a doctrinal research, understand the privacy institute; and, in this case to analyze the collision situation of this fundamental right with the also right of honor, personality and image. Seeking to meet the second objective, we work with the “Gloria Trevi” case, judged by the Brazilian Federal Supreme Court (STF). Although the right to privacy and the right to intimacy have particular guardianship, comes out to the final remarks understanding privacy as the private life of natural person, including one of its manifestations of personality rights to intimacy. In concrete cases, there are rights of disputed personality, fitting the judiciary harmonize them.

Keywords: Privacy. Personality rights. Collision of rights.

1 INTRODUÇÃO

Em uma análise voltada aos direitos da personalidade, este artigo objetiva compreender o instituto da privacidade a partir de estudos doutrinários e, em caso concreto, analisar a situação de colisão deste direito fundamental com o também direito da personalidade, honra e imagem. Trabalha-se com o caso “Gloria Trevi”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro para atendimento do segundo objetivo.

O que se entende por privacidade como Direito da Personalidade? Qual a extensão da proteção do Direito à Privacidade e à Honra/Imagem? Qual é a proteção constitucional e civil desses direitos? O que se entende por colisão entre Direitos Fundamentais? Como se resolvem casos práticos nos quais se observa a colisão de Direitos Fundamentais?

Os esforços para responder tais questões possibilitaram a estruturação deste artigo, além desta introdução, em quatro seções. A primeira volta-se à extensão do instituto da privacidade e a segunda apresenta um caso concreto de colisão entre os Direitos da Privacidade e da Honra/Imagem. A seguir, na terceira seção, verifica-se como se dá a resolução de conflitos entre Direitos da Personalidade pelo Poder Judiciário. E por fim, chegam-se às considerações finais deste estudo.

2 NOÇÕES CONCEITUAIS

A privacidade, isto é, a vida pessoal do ser humano, transcorre nos aspectos interiores – vida amorosa, sexual, religiosa, familiar – até um aspecto externo. Ela é o refúgio reservado da sociedade.

¹ Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Graduando do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

² Graduando do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

Como Direito da Personalidade, incide no direito de a pessoa viver a própria vida sem ser submetida à publicidade que não provocou. Consiste no direito de proteção das particularidades de uma pessoa, impedindo que a atividade de terceiro venha a conhecer, descobrir ou divulgar estas particularidades. O repúdio à violação da privacidade de uma pessoa, apesar da sua ressonância como mandamento a regra, não é algo fácil de qualificar concretamente. Por este motivo, acaba amenizando o caráter absoluto que aparentemente possui a norma. Diversos ordenamentos seguiram seus próprios caminhos ao tratar de privacidade, visto que entram em terreno no qual as particularidades de cada coletividade são determinantes (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Para esses doutrinadores, no Direito à Privacidade, como Direito da Personalidade, estão contidos o Direito à Intimidade e ao Segredo, compondo diferentes aspectos de um mesmo bem jurídico personalíssimo. Já para Gagliano e Pamplona Filho (2013), em uma classificação pormenorizada, o Direito à Privacidade encontra-se no rol da Integridade Psíquica da pessoa e o Direito à Intimidade seria um desdobramento da privacidade. Assim, a privacidade

manifesta-se, principalmente, por meio do direito à intimidade, não obstante a proteção legal da honra e da imagem lhe seja correlata. O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Em outras palavras, é o direito de estar só (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 192).

Sem fazer distinção entre privacidade e intimidade, Gonçalves (2011) lembra que o direito de proteção à privacidade ou intimidade é garantido no Código Civil brasileiro de 2002 (CCB/02) e no art. 5.º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Mais precisamente, no art. 21 do CCB/02, o qual, segundo Gonçalves (2011, p. 164), “protege todos os aspectos da intimidade da pessoa”.

Dispõe assim a Constituição Federal de 1988:

Art. 5.º 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:

[...]

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

[...]

Por seu lado, assim se encontra descrito no Código Civil de 2002:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

A principal forma de manifestação do instituto privacidade é por meio da intimidade, quando cada pessoa tem o direito de ser respeitada, sendo que sua vida não precisa estar ao conhecimento das demais. Neste entendimento, a vida privada da pessoa natural é protegida de possíveis atentados.

No domínio da privacidade, conceito evidenciado nos Direitos da Personalidade no âmbito do Direito Civil, é o mesmo conceito consagrado nos Direitos Fundamentais que pertencem ao Direito Constitucional. Oportuno destacar as observações de Gagliano e Pamplona Filho (2013) nesse aspecto. Segundo eles os Direitos evidenciados enquanto Direitos da Personalidade, examinados em relação ao Estado, e não em face a outros indivíduos, serão observados enquanto Liberdades Públicas, fixadas pelo Direito Constitucional, as quais necessitam de posituação para a efetiva proteção.

Os mesmos direitos encarados sob a perspectiva civilista, os denominados Direitos da Personalidade, inatos à condição humana, transcendem o homem e independem de posituação, restando ao Estado apenas a proteção a esses Direitos.

Nesse sentido Carvalho (2011, p. 651) leciona que “os direitos de ordem moral, tais como a honra, a privacidade, a intimidade e a imagem são direitos fundamentais que se inserem no contexto dos direitos de personalidade”, portanto, “entendida essa como o caráter que individualiza a pessoa e que a distingue das outras”.

Na seara constitucionalista, os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada estão conectados. “O conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade.” (MORAES, 2002, p. 135); ao passo que a privacidade, isto é, vida particular, volta-se, inclusive aos objetivos da pessoa humana em suas relações comerciais, de trabalho, de estudo entre outros relacionamentos não familiares e de amizade, de foro íntimo. Assim, constata-se que a vida das pessoas perpassa em dois aspectos, sendo um voltado para o interior (intimidade) e o outro para o exterior (vida privada).

Embora quase sempre considerados como sinônimos, o Direito à Intimidade e o Direito à Privacidade são tutelas constitucionais que visam proteger as pessoas de duas violações privadas, a saber: 1) ao segredo da vida privada, e 2) à liberdade da vida privada.

Silva (2014) ressalta que, nos termos da CRFB/88, é possível a distinção expressa retrocitada, quando o inciso X do art. 5.º separa intimidade de outras manifestações da privacidade (vida privada, honra, imagem, inviolabilidade do domicílio, bem como os sigilos bancário e fiscal).

A seguir, será apresentado o caso concreto de “Gloria Trevi”, julgado pelo STF do Brasil, para analisar o conflito entre os Direitos da Personalidade, Privacidade em confronto com a Honra/Imagem.

3 O CASO “GLORIA TREVI”: COLISÃO ENTRE DIREITOS DA PERSONALIDADE

A partir do estudo de Lourenço (2011), sintetiza-se o caso concreto em análise.

Gloria de Los Angeles Treviño Ruiz, mais conhecida como Gloria Trevi, é cantora mexicana. Em 1997, apontada como autora de abuso sexual em menores de idade, teve decretada sua prisão pelas leis do México, quando fugiu deste país. Ela foi, em 2000, presa no Brasil, sendo mantida sob custódia na prisão da Polícia Federal em Brasília, para aguardar o processo de extradição.

No decorrer desse tempo, Gloria Trevi engravidou. A paternidade do nascituro foi questionada, momento em que ela alegou ter sido vítima de contínuos estupros praticados entre policiais federais e ex-detentos, perfazendo, no mínimo, um total de 60 pessoas. Na tentativa de conhecer quem seria o pai do filho dela, os acusados decidiram fornecer material biológico para

realização do exame de DNA. Para tal finalidade, chegou-se à decisão judicial segunda a qual da cantora fosse coletado sangue da placenta durante o parto; e, igualmente, coletado sangue de seu recém-nascido, para análise e, conseqüentemente, definição da paternidade de seu filho.

Todavia, Gloria Trevi negou-se a submeter ao referido exame, reclamando perante o STF para evitar a execução daquela decisão. Ela alegou estar em risco seu direito à vida privada e intimidade. Por sua vez, os acusados, indicados como estupradores e expostos por meio de reportagens, antagonizaram o direito à honra e à imagem.

Neste contexto há, de um lado, uma pessoa procurando defender o seu direito à intimidade e à vida privada e, de outro, pessoas lutando para preservarem o direito à honra e à imagem.

Destarte, o caso “Gloria Trevi” apresenta uma situação de ocorrência de colisão entre Direitos da Personalidade. A pluralidade de direitos fundamentais consagrados na CRFB/88, sendo muitos deles positivados também no CCB/02, é que possibilita que esses direitos conflitem entre si.

Para Alexy (2008, p. 160), “o exercício ou a realização do direito fundamental de um dado titular de direito produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outro titular.”. Fala-se, assim, da ocorrência de colisão entre os próprios direitos fundamentais, de modo que a conjectura de fato de um direito intercepta o pressuposto de fato de outro direito.

Ainda conforme Alexy (2008), diante de um conflito entre direitos fundamentais, deve-se realizar um sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo do balanceamento consiste em definir qual dos direitos envolvidos, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto.

Na operacionalização do sopesamento, o princípio da ponderação, deve ser levado em conta pela intensidade e pela importância da intervenção em um direito fundamental, ora analisado como direito da personalidade. Através desse critério, ele procura explicar o nível de importância das consequências jurídicas de ambos os direitos em colisão.

Assim, segundo a lei de ponderação, há de se efetuar os três planos, assim pedagogizados: a) definir a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos direitos; b) definir a importância dos direitos fundamentais, justificadores da intervenção, (a importância da satisfação do direito oposto); e por fim, c) realizar

a ponderação em sentido específico, isto é, se a importância de satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.

A ponderação na visão de Dworkin (2002), por sua vez, possui um significado diferente diante da teoria de Alexy. Ponderar é um processo de reflexão em que o conflito será resolvido por meio de uma análise cuidadosa e pormenorizada a partir da leitura que a coletividade faz da sua história jurídica. Não há neste entendimento exclusividade do intérprete. Ele denomina de “integridade” uma concepção do direito que se destaca por tentar agir assim. Por consequência, um direito que apresente integridade é capaz de sinalizar e nortear a aplicação dos princípios em face de cada caso concreto que sempre deve ser tratado como evento único e que não se repete. Afirma, ele, que em cada caso se podem observar os argumentos trazidos por todos os envolvidos, assim como as discussões anteriores sobre aqueles direitos pautados. Posto assim, será capaz de compreender que é uma ilusão o que se mostra aparentemente como um conflito entre direitos.

Nessa perspectiva, diferente de Alexy, para Dworkin, não há uma contradição ou colisão entre direitos que será resolvida a partir do estabelecimento de prioridades ou preferências, mas uma concorrência entre eles para determinado caso.

4 HARMONIZAÇÃO NA COLISÃO ENTRE CONFLITOS

Antes de apresentar a decisão do STF perante o caso “Gloria Trevi”, vale discorrer brevemente acerca da resolução de colisão entre Direitos da Personalidade.

O Ministro Celso de Mello (AI 595.395/SP. Segunda Turma. Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília, 20 de junho de 2007) escreve que:

No processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.

Percebe-se que a resolução de conflito entre Direitos da Personalidade é comum no Poder Judiciário. Cabe, primeiramente, a ele se pronunciar sobre qualquer caso, pautado no

princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. A colisão sempre se dá em um caso concreto, o que não possibilita a previsão exaustiva, em abstrato, do legislador, a todos os casos de conflito que possam aparecer. Por isso, para minimizar o sacrifício dos direitos colididos, a jurisprudência desenvolve um necessário e casuístico balanceamento dos bens jurídicos envolvidos.

No caso “Gloria Trevi”, o STF ponderou pela realização do exame de DNA para esclarecimento da verdade quanto à participação dos acusados no suposto estupro. A efetivação do referido exame não afetaria a intimidade ou a vida privada de “Gloria Trevi” ou de seu filho. Abaixo, transcreve-se, de Lourenço (2011), a fundamentação e o entendimento da decisão do STF.

O Pretório Excelso, vencido o ministro Marco Aurélio, deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada de Glória Trevi, determinando ao juízo de primeira instância adotar as providências necessárias para tanto.

Ponderou o Supremo Tribunal que a realização de tal exame não feriria qualquer direito à intimidade ou vida privada da mesma, posto não haver qualquer procedimento invasivo na coleta da placenta (que é descartada após o parto) e que a coleta de cabelo ou sangue da criança não lhe traria qualquer prejuízo, sendo certo que tal procedimento é feito, inclusive, para outros exames (como o “teste do pezinho”). Ademais, restaria violado o direito à personalidade do recém-nascido, privado de saber quem é seu pai...

O voto vencedor, proferido pelo Ministro Néri da Silveira, relator da Reclamação, abordou o cerne da controvérsia, nos seguintes termos:

“Em realidade, assim, de um lado, a extraditanda, ora reclamante, com base no art. 5.º, inciso X, da Constituição, alega como o faz na inicial seu direito fundamental à intimidade, à vida privada, em não concordando com qualquer exame de ‘material genético dela e de seu filho’ (fls. 3), e, de outra parte, os Policiais Federais (fls. 186), atingidos, consoante alegam, em sua honra, pelas acusações da reclamante, juntamente com o Delegado Federal que preside o Inquérito Policial em que se apuram os fatos ligados à origem da gravidez da requerente, e o Ministério Público Federal, invocando, por igual, o direito à honra e à imagem, ut

art. 52, x, da Constituição, sustentam a imprescindibilidade da prova do DNA do filho da reclamante, recém-nascido, o que se pode obter por meio da placenta retirada da reclamante.

“Põem-se, aqui, portanto, em confronto alegações de direitos fundamentais à intimidade, de um lado, e à honra e imagem de outro lado, previstos no art. 5.º, inciso X, da Lei Magna da República.

“Edilson Pereira de Farias, in *Colisão de Direitos*, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2. ed., p. 130, referindo-se à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, anota: ‘Os direitos em epígrafe possuem duplo caráter: além de constituírem direitos fundamentais (com sua especial proteção pelo ordenamento jurídico) são ao mesmo tempo direitos da personalidade, isto é, essenciais à pessoa, inerentes à mesma e em princípio extra patrimoniais. Na verdade, os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem foram paulatinamente sendo perfilados, primeiramente, como direitos subjetivos da personalidade, com eficácia prevalente no âmbito inter privato para só mais tarde alcançar a estatura constitucional.’. Não há, em linha de princípio, precedência de um desses direitos sobre os demais, constantes do inciso X, do art. 5.º, da Constituição, não cabendo, assim, considerar um deles superior a outro; decerto, todos estão vinculados ao princípio da igualdade da pessoa humana, reconhecido como um dos fundamentos da própria ordem constitucional (Constituição Federal, art. 1.º II).

“Observa, de outra parte, Gilmar Ferreira Mendes, in *Colisão de Direitos Individuais (Anotações a propósito da obra de Edilson Pereira de Farias)*, *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 18, p. 390:

‘A Corte Constitucional alemã reconheceu, expressamente, que, tendo em vista a unidade da Constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente à restrição legal expressa. Ressalte-se, porém, que tal como apontado no presente trabalho, o Tribunal não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior

hierarquia ou significado. Até porque, como observado, dificilmente logra-se estabelecer uma hierarquia precisa entre direitos individuais e outros valores constitucionalmente contemplados. Ao revés, no juízo de ponderação, indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática (*Praktische Konhordanz*), de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade’ (LOURENÇO, 2011).

Ressalta-se que a precedência de direitos sobre os demais não significa considerar um deles superior a outro, pois todos estão vinculados ao princípio da igualdade da pessoa humana e da liberdade, reconhecidos como um dos fundamentos da própria ordem constitucional. O que reafirma a lógica de Dworkin (2002), quando defende que na aplicação de princípios, não se utiliza o mesmo marco de aplicação das regras, as quais necessariamente são excludentes. Ao aplicar princípios no caso concreto, caberá ao intérprete dimensionar o peso ou importância deles naquela circunstância específica.

Sendo extensão da personalidade, Mendes (2013), doutrina o princípio da dignidade humana como obsecrado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade da privacidade, bem como fixando a liberdade de expressão e ao mesmo tempo o resguardo a Honra e ou Imagem de todos os envolvidos.

Nos conflitos entre os direitos postos no caso concreto o intérprete se atentará para o valor mais importante a ser preservado naquela ocasião avaliada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chega-se à consideração principal que a vida privada é entendida como a vida particular da pessoa natural, compreendendo, por assim dizer, uma de suas manifestações do Direito da Personalidade à Intimidade. Direito este consagrado especificamente pelo inciso X do art. 5.º da CRFB/88 e também no art. 21 do CCB/02.

Apesar da importância dos Direitos da Personalidade, não há a possibilidade de considerar a proteção absoluta sobre cada um deles. A liberdade consagrada em um terá o limite

necessariamente imposto pela liberdade prevista pelo outro.

Pelo caráter principiológico desses Direitos/Liberdades, é possível ao intérprete sopesar a importância e aplicabilidade no caso concreto.

Dessa forma, quando houver Direitos da Personalidade objetadas, caberá ao Judiciário harmonizá-los com um sopesamento entre os interesses conflitantes. Na análise de casos concretos de contraposição de Direitos Fundamentais, na apreciação pelo STF, é possível constatar que a resolução nos casos de colisão destes direitos, com preferência à liberdade e à igualdade da pessoa humana em todos os aspectos, dá-se pela proporcionalidade e a razoabilidade da ponderação e harmonia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 595.395/SP. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 20 jun. 2007. Publicado em 3 ago. 2007. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 3 ago. 2007, p. 134.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito*

constitucional. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DWORKIN, Ronald Myles. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Curso de direito civil: parte geral*, v.1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. v. I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOURENÇO, Valéria Jabur Maluf Mavuchian. Colisão de direitos fundamentais: análise de alguns casos concretos sob a ótica do STF. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10840>. Acesso em: 23 set. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

***ELO COM
OUTRAS IES***

O PROTESTO EXTRAJUDICIAL DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA COMO INSTRUMENTO ALTERNATIVO DE COBRANÇA DOS CRÉDITOS PÚBLICOS

Carina Diniz Moura¹
 Antônio Luiz Nunes Salgado²

RESUMO

O presente artigo tem como objeto a análise sobre a viabilidade do protesto extrajudicial de certidão de dívida ativa como instrumento alternativo de cobrança dos créditos públicos de baixo valor. Utilizando-se do método dedutivo e sistemático, buscou-se trazer à discussão os diferentes posicionamentos acerca do tema, reunindo, ainda, dados estatísticos e resultados até então apurados com a adoção do novo mecanismo de cobrança. Ao longo do estudo procurou-se traçar um paralelo entre o desafio da Administração Pública na arrecadação de que necessita para atingir os seus fins e o direito do cidadão-contribuinte de não sofrer uma cobrança além dos limites da razão e da legalidade. Por meio das pesquisas avaliadas, constatou-se uma maior eficácia no resgate dos créditos públicos pela via extrajudicial, traduzindo-se em expectativa otimista, especialmente do ponto de vista econômico, na medida em que, com uma arrecadação mais efetiva, poderá o Estado propiciar maior atenção aos interesses da coletividade.

Palavras-chave: Protesto extrajudicial de CDA. Instrumento alternativo de cobrança. Administração Pública. Crédito público.

THE SYSTEM OF MAKING PUBLIC THE DEBT CERTIFICATES WITH THE STATE AS AN ALTERNATIVE TOOL FOR THE COLLECTION OF LOW VALUE UNPAID TAXES

ABSTRACT

This paper aims to analyse the viability of the system of making public the debt certificates with

the State as an alternative tool for the collection of low value unpaid taxes. Using the deductive and systematic method, the paper focus on the discussion of different positions on the subject, gathering statistics data and results obtained with the adoption of the new taxes collection mechanism. Throughout the study it was compared the challenge of the State in collecting the taxes it needs to achieve its purposes and the right of the citizen-taxpayer not to suffer a charge beyond the bounds of reason and legality. Through the studies evaluated, it was noted the greater efficiency in the recovery of unpaid taxes by the system of making public the debt certificates, resulting in optimistic expectations, especially from the economic point of view, to the extent that, with a more effective collection of taxes, the state will promote greater attention to interests of the community.

Keywords: Making public the debt certificates. Alternative tool. Public administration. Public credit.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a (in)viabilidade do protesto cartorário de Certidão de Dívida Ativa (CDA) como meio alternativo de cobrança dos créditos públicos de baixo valor, precipuamente os decorrentes de obrigação tributária.

Sob o argumento de se buscar meios mais eficazes e menos onerosos do que o processo judicial, o Estado tem se mostrado cada vez mais atraído pelo protesto extrajudicial de CDA's em detrimento das execuções fiscais, no que diz respeito aos créditos de baixo valor.

¹ Acadêmica de Direito.

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes), em 2000. Pós-graduado em Gestão Contábil e Controladoria Empresarial pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes), em 2010. Professor do Núcleo de Prática Jurídica e do Centro de Pesquisa, ambos do Curso de Direito das Faculdades Integradas do Norte de Minas (Funorte). Presidente do Conselho de Ética da 11.ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil em Montes Claros/MG.

Assim, avistando no protesto uma forma mais célere e eficiente de resgatar seus créditos decorrentes de obrigação tributária, a Administração Pública passou a utilizar-se deste instrumento, apresentando suas CDA's ao Tabelionato de Protesto de Títulos.

Contudo, quanto à possibilidade e conveniência de a Administração Pública adotar o protesto como um de seus mecanismos de cobrança, muitos são os posicionamentos divergentes, precipuamente em razão dos princípios que regem a atuação estatal. Vários são os argumentos a favor e contra a adoção do protesto de CDA's em substituição ao ajuizamento de execuções fiscais de baixo valor.

De um lado estão aqueles que afirmam ser esse mecanismo totalmente válido e eficaz, precipuamente em razão do custo-benefício da cobrança, cumprindo, assim, com os princípios da eficiência, economicidade e celeridade na satisfação do interesse público. Em oposição, apresentam-se aqueles que defendem ser esta uma forma arbitrária do Estado para forçar o devedor a cumprir com a obrigação jurídico-tributária.

O protesto cartorário de Certidão de Dívida Ativa está cada vez mais presente na atividade financeira do Estado. Todavia, cabe avaliar se este ato realmente consiste em uma sanção legítima ou se, na verdade, não passa de uma sanção política, indiscutivelmente vedada no ordenamento jurídico nacional, uma vez que as sanções políticas podem representar profundos impactos na sociedade e na economia (BORGES; SIMINI; VEZZANI, 2014).

Assim sendo, o presente artigo tem como foco o exame dos aspectos positivos e negativos que envolvem o protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa por meio da análise de sua consonância com ordenamento jurídico como um todo, em especial a verificação da afronta ou não de direitos e garantias assegurados aos contribuintes.

A título de referência tomou-se por base dados relevantes acerca da adoção e dos resultados até então obtidos pelo Estado de Minas Gerais na adoção do novo procedimento, cuja autorização se deu por meio da Lei n.º 19.971, de 27 de dezembro de 2011 – que introduziu a denominada “cobrança amigável” – bem como pelo Decreto Estadual n.º 45.989, de 13 de junho de 2012, que dispõe sobre a utilização de meios alternativos de cobrança dos créditos, inclusive o protesto cartorário de CDA's.

Para o alcance do objetivo proposto, optou-se pelo método dedutivo e sistemático, visando

reunir informações e discussões de modo a proporcionar uma melhor compreensão sobre o tema. Os métodos de procedimento foram os históricos, comparativos, monográficos e estatísticos, adotando-se como critério de inclusão materiais científicos que apresentem especificidade com a problemática do estudo.

Por fim, buscou-se traçar um paralelo entre o desafio da Administração Pública na arrecadação de que necessita para atingir os seus fins e o direito do cidadão-contribuinte de não sofrer uma cobrança além dos limites da razão e da legalidade/constitucionalidade.

2 ARRECADAÇÃO DE RECEITAS: ATIVIDADE ESSENCIAL PARA A MANUTENÇÃO DO ESTADO

A busca de recursos financeiros para a manutenção do Estado é uma constante na história. Como instituição indispensável à existência de uma sociedade organizada, o Estado depende de recursos tanto para sua manutenção quanto para a realização de seus objetivos/deveres (PAULSEN, 2014, p. 15).

Visando alcançar seus fins sociais, a Administração Pública desenvolve atividade para obter recursos financeiros e aplicá-los. Tal atividade, porém, não constitui atividade econômica, mas sim financeira, na medida em que o Estado pratica atos para a obtenção, gestão e aplicação das receitas de que necessita para as suas finalidades. E a tributação é o principal instrumento de obtenção de receitas, representando-se como parte fundamental dessa atividade desenvolvida pelo Estado (MACHADO, 2009, p. 26).

Pode-se afirmar que, dentre os poderes concedidos ao Estado, o poder de tributar é o mais operado pelos entes políticos, na medida em que a tributação aparece como a maior fonte de arrecadação de receitas – necessárias para a realização de seus fins – e, ao mesmo tempo, surge como mecanismo de determinação de comportamentos/conduitas aos cidadãos-contribuintes – percebido pelo seu caráter extrafiscal.

Assim, segundo Machado (2009, p. 29) “no exercício de sua soberania, o Estado exige que os indivíduos lhe forneçam recursos de que necessita. Institui o tributo. O poder de tributar nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta.”.

Dessa forma, ao realizar a situação definida em lei como necessária e suficiente à ocorrência do fato gerador (artigo 114, do Código Tributário Nacional-CTN) de determinado tributo, surge para o particular a chamada obrigação tributária, ou seja, a obrigação de realizar o pagamento do tributo devido. Logo, o pagamento realizado pelo contribuinte traduz em receita para o Estado, que deverá ser aplicada para os seus fins. Nesse sentido, segundo Paulsen (2014, p. 20):

Contribuir para as despesas públicas constitui obrigação de tal modo necessária no âmbito de um Estado de Direito Democrático, em que as receitas tributárias são a fonte primordial de custeio das atividades públicas, que se revela na Constituição enquanto dever fundamental de todos os integrantes da sociedade. Somos, efetivamente, responsáveis diretos por viabilizar a existência e o funcionamento das instituições públicas em consonância com os desígnios constitucionais.

No entanto, caso o particular não cumpra, espontaneamente, com a determinação legal (obrigação tributária) e não realize o pagamento devido, é aberto ao Estado um prazo para constituir seu crédito tributário e, então, iniciar o processo de cobrança em face do devedor, quer administrativa, em primeiro momento, quer judicial, caso aquela seja infrutífera.

Constitui-se o crédito tributário por meio do denominado lançamento, assim entendido o procedimento administrativo que identifica a ocorrência do fato gerador da obrigação, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo e aplica a penalidade cabível, se for o caso (art. 142 do CTN).

A constituição definitiva do crédito tributário somada à ausência de pagamento pelo contribuinte autoriza a inscrição do débito na dívida ativa do ente tributante (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios). A inscrição em dívida ativa se constitui no ato de controle administrativo de legalidade e trata-se de requisito indispensável para o ajuizamento de uma ação de execução fiscal. Para Mazza (2015, p. 583/584):

Em termos práticos, inscrever o débito em dívida ativa **significa inserir o nome do contribuinte na lista dos inadimplentes frente ao Fisco**, transformando o sujeito passivo da obrigação tributária em uma

pessoa oficialmente em débito não negociado. Com isso, o patrimônio do inscrito passa a sujeitar-se a diversas limitações em razão da dívida (grifos originais)

Conforme o artigo 201 do Código Tributário Nacional (CTN), considera-se dívida ativa tributária “a proveniente de crédito tributário dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.”.

A inscrição da dívida, conforme o artigo 202 do CTN, dá-se com a autenticação, pela autoridade competente, do denominado “termo de inscrição da dívida ativa”. O mesmo dispositivo legal apresenta os requisitos da inscrição na dívida ativa, *verbis*:

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

Ato contínuo, o referido termo será lavrado em livro próprio, extraído-se a respectiva certidão de dívida ativa que, de acordo com o artigo 784, IX, do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, constitui título executivo extrajudicial.

Por fim, de posse da CDA, a Fazenda Pública está autorizada a ajuizar uma ação de execução fiscal em face do devedor, seguindo o rito previsto na Lei Federal n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980 – a Lei de Execução Fiscal (LEF), aplicando-se, subsidiariamente, o CPC. A execução fiscal também é meio próprio para a cobrança de créditos não tributários.

O processo de execução fiscal se distingue dos demais procedimentos executivos justamente por ter rito ditado por lei especial que lhe assegura regras próprias, garantindo ao credor (Fisco) certos privilégios.

Conforme a LEF, a dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez, somente podendo ser ilidida por prova inequívoca a cargo do executado. O despacho do juiz deferindo a inicial determina a citação do devedor e, não sendo paga a dívida ou garantida a execução, está autorizada a constrição patrimonial do executado por meio de penhora ou arresto. Nessa linha, assevera Mazza (2015, p. 618) que:

No momento em que é proposta a execução **pesa contra o devedor uma dupla presunção de veracidade em favor do Fisco**. Isso porque dois atos administrativos distintos abonam o entendimento, que ainda pode ser revertido, no sentido de que a dívida é legítima e o valor, devido. [...] É por tal razão que a LEF estabelece rigorosa exigência para que o devedor consiga suspender o curso da execução por meio da oposição de embargos: a garantia do juízo (grifos originais).

Assim como na execução comum, ao executado é imposto o dever de colaborar com o processo de execução fiscal, seja indicando bens passíveis de penhora ou informando sua localização e seus respectivos valores, sob pena de se considerar ato atentatório à dignidade da Justiça.

Ressalta-se que a alienação ou oneração de bens ou rendas após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa já se considera fraudulenta, não havendo necessidade de se ter uma execução fiscal em curso para que o devedor sofra as penalidades inerentes à fraude à execução.

O que se verifica com tudo isso é a significativa desproporção de garantias entre o sujeito ativo (credor/Fisco) e o sujeito passivo (devedor/contribuinte) de um executivo fiscal. Enquanto a Fazenda Pública tem ao seu favor presunções de veracidade e privilégios processuais, ao executado resta o dever de colaborar com o processo, eximindo-se de qualquer ato capaz de obstar a satisfação da pretensão executória – o

recebimento do crédito.

Ainda, a execução fiscal não está sujeita ao concurso de credores, isto é, o feito executivo prosseguirá independentemente da existência de um juízo universal.

Ocorre que, mesmo com todas as garantias e privilégios, inclusive processuais, facultados ao Fisco, o processo de execução fiscal sofre as adversidades comuns a qualquer processo judicial, como a morosidade e os custos/despesas expressivos com sua tramitação.

De acordo com a 9.^a edição do Relatório Justiça em Números, apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o total de processos em tramitação no Poder Judiciário no ano de 2012 atingiu a marca de 92,2 milhões, sendo que, destes, 28,2 milhões (31%) foram casos novos e 64 milhões (69%) estavam pendentes de anos anteriores. O gasto do Judiciário, nesse mesmo ano, foi de aproximadamente R\$57,2 bilhões. O aumento na quantidade de novos casos no ano de 2011 gerou o crescimento da carga de trabalho por magistrado (1,8%), tendo tramitado no ano seguinte cerca de 5.618 processos por magistrado (BRASIL-CNJ, 2013).

Do estudo realizado pelo CNJ concluiu-se que, dos 92,2 milhões de processos em trâmite no Judiciário no ano de 2012, um terço foi constituído de execuções fiscais – dentre casos pendentes e novos. Concluiu-se, ainda, que se fossem retirados todos os processos de execução fiscal do Poder Judiciário, a taxa de congestionamento mensurada em 69,9% cairia para 60,9%. O indicador de processos baixados também sofreria melhora, ultrapassando os 100%, que representa o patamar mínimo recomendável para se evitar o acúmulo de processos. Assim, com a retirada das execuções fiscais, a tramitação processual no ano estudado seria reduzida de 92,2 milhões para 63 milhões de processos (BRASIL-CNJ, 2013). Confira-se o quadro sobre o impacto da execução fiscal nos indicadores de desempenho:

Impacto da Execução Fiscal nos indicadores de desempenho

Indicadores de desempenho		Ano 2009	Ano 2010	Ano 2011	Ano 2012
Execução Fiscal	Taxa de Congestionamento	86,6%	91,4%	89,6%	89,2%
	Baixados por caso novo	105,3%	74,6%	77,8%	85,1%
Demais Processos	Taxa de Congestionamento	61,5%	62,0%	61,8%	60,9%
	Baixados por caso novo	102,4%	104,8%	103,1%	100,6%
Total	Taxa de Congestionamento	69,7%	71,4%	70,9%	69,9%
	Baixados por caso novo	102,8%	100,8%	99,4%	98,5%

Fonte: Relatório Justiça em Números 2013

No ano de 2014, os números só aumentaram. Ao analisar o impacto que o processo de execução causa no Judiciário, o Relatório Justiça em Números 2015 (ano-base 2014) demonstrou que os processos de execução de título extrajudicial fiscal são os maiores responsáveis pela morosidade dos processos de execução, representando cerca de 79% do total de casos pendentes de execução e taxa de congestionamento de 91%. Conforme a estatística apresentada, de cada cem processos de execução de título extrajudicial fiscal que tramitaram no ano de 2014, apenas nove foram baixados. Ao desconsiderar esses processos, tem-se que a taxa de congestionamento da Justiça Estadual cairia de 74,2% para 65,5% (BRASIL-CNJ, 2015).

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), por meio do Acordo de Cooperação Técnica n.º 26/2008 realizado com o CNJ, divulgou, em 31 de março de 2011, o Comunicado do Ipea n.º 83 – *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*. Conforme a referida pesquisa, “a probabilidade do executivo fiscal obter êxito ou fracassar é quase idêntica.”. O tempo médio total de tramitação de uma ação de execução fiscal na Justiça Federal é de oito anos, dois meses e nove dias, sendo que o custo médio total provável do processo de execução fiscal médio (PEFM)³ é de R\$4.685,39 (IPEA, 2015a).

O Ipea constatou, também, que a probabilidade de recuperação integral do crédito é de 25,8%, sendo os mecanismos de defesa – exceção de pré-executividade e embargos à execução – pouco utilizados pelos executados, que preferem efetuar o pagamento ou aguardar a prescrição do crédito. Em nota técnica, o Ipea afirmou que, ao considerar o custo total da ação de execução fiscal e a probabilidade de êxito na recuperação do crédito, o ponto a partir do qual é economicamente justificável para a União ajuizar uma ação de execução fiscal é de R\$21.735,45, eis que, nas ações de valor inferior a este, torna-se improvável a recuperação de valor igual ou superior ao custo do processamento judicial (IPEA, 2015b).

Como se vê, parcela considerável dos processos que tramitam no Judiciário são executivos fiscais que, por sua vez, mostram-se dispendiosos e morosos, ultrapassando, por não raras vezes, o valor do crédito cobrado. Nesse contexto, o Estado-credor iniciou a busca por meios alternativos de cobrança de seus créditos de baixo valor.

3 O PROTESTO COMO INSTRUMENTO PROBATÓRIO DE INADIMPLÊNCIA E ALTERNATIVO DE COBRANÇA

A atividade notarial acompanha a humanidade desde os tempos mais remotos, sendo o documento escrito o corolário de uma evolução na manifestação de vontade dos contratantes. Esses registravam suas pretensões por meio de símbolos e, em momento posterior, de palavras, que quando empenhadas publicamente alcançavam proteção jurídica (SILVA, 2009).

Desde as mais antigas civilizações existiram regimes que tinham por objetivo desempenhar funções que hoje pertencem ao notariado.

Na civilização egípcia, existia um profissional denominado *escriba*, considerado o antecessor dos notários, que desfrutava de grande importância social, principalmente em razão do uso da linguagem. Os documentos redigidos pelos *escribas* eram dotados de fé perante a comunidade. Assim, o *escriba* era considerado um funcionário público, na medida em que era indispensável para a organização estatal, bem como lhe era confiada a atividade paraestatal, na proporção que auxiliava a população em suas diferentes necessidades de constatação dos fatos da vida privada (AVM Instituto, 2011, folhas 11/12).

No Direito Romano, várias pessoas exerciam funções semelhantes às dos notários, destacando-se o *tabelion*, considerado o verdadeiro antecessor do notariado do tipo latino da atualidade. O *tabelion* se utilizava das tábuas enceradas para nelas escrever ou desenhar. Conforme o tamanho e a necessidade do envio de uma tábua de um local a outro, realizavam a escrita ou as notas em pequenas tábuas, que recebiam o nome de *tabellas*, o que deu origem ao nome. O *tabellion* tinha conhecimento de Direito e se propunha a redigir documentos relacionados com a esfera privada, desempenhando, também, a atividade de assessoramento jurídico (AVM Instituto, 2011, folhas 14).

O Direito Notarial brasileiro, por sua vez, teve sua origem e influência na legislação portuguesa. Assim, como no tempo do Brasil Colônia, Portugal estava sob a égide das Ordenações Filipinas, suas regras acabaram por servir de fonte para o Direito brasileiro até o início do século XX, inclusive no

³ O PEFM é um tipo ideal, representativo da média do conjunto de processos de execução fiscal com baixa definitiva na Justiça Federal de primeiro grau, no ano de 2009 (Cf. Ipea. Nota Técnica. *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*. Brasília, 2011).

tocante à função notarial. Segundo Machado e Amaral (2008):

Nas expedições que resultaram no descobrimento da América e do Brasil, no século XV, em consequência, gerava expansão comercial, marítima e colonial de Portugal, havia a presença do tabelião, que tinha papel importante no registro dos fatos e nas formalidades que oficializavam a posse das terras descobertas. [...] O navegador português Pero Vaz de Caminha relatou toda a descoberta do Brasil e a posse da terra, traduzindo-os em um único documento oficial dos atos, e foi o primeiro tabelião a pisar em solo brasileiro. [...] As ordenações que vigoravam em Portugal tornaram-se as principais fontes jurídicas do Brasil, onde as Ordenações Filipinas foram aplicadas até o início do século XX. Eram as ordenações que regiam a forma e o modo que deveriam ser lavrados os testamentos e escrituras, bem como cabia ao poder Real a nomeação dos tabeliões [...].

O que se percebe disso tudo é que, independentemente da civilização, a função notarial e de registro sempre foi a de assegurar validade, eficácia e segurança aos negócios realizados pelos particulares. Nesse sentido, nas palavras de Silva (2009):

[...] a atividade notarial foi criada espontaneamente pela sociedade por força das necessidades comuns dos seus integrantes e do Estado: este com o escopo de dotar de autenticidade, de eficácia e de publicidade documentos para os quais tais atributos são exigidos por lei, e, aqueles, visando à obtenção de segurança nas relações sociais.

Como profissional imparcial, o notário tem por principal função formalizar juridicamente a vontade das partes, intervindo nos atos e negócios a que essas pretendem dar forma legal ou autenticidade. Não interfere na vontade dos particulares, apenas capta o que foi por eles exteriorizado em sua presença, garantindo, desse modo, a observância dos requisitos legais e, conseqüentemente, a validade e eficácia do ato ou do negócio jurídico concretizado (LOUREIRO, 2014, p. 620).

Além de garantir aos atos e negócios particulares a solenidade exigida pela lei, a função

notarial também se faz presente no momento em que um dos contratantes descumpra a prestação convencionada, gerando uma ruptura de confiança entre as partes. Nesse instante torna-se necessário um mecanismo capaz de comprovar a inadimplência ocorrida e, ao mesmo tempo, conservar o direito do credor. Tal mecanismo encontra-se presente na atividade do denominado Tabelião de Protestos.

O protesto de títulos é uma atividade muito antiga do Direito Cambial, com origem no século XIV, cuja principal finalidade é a prova do descumprimento de uma obrigação originada em um título, como o cheque, a letra de câmbio, a duplicata, a nota promissória, etc. (LIMA; MIRANDA, 2010).

De acordo com Abrão *apud* Amábile (2006):

[...] no século XVI, a caracterização do descumprimento da obrigação traduzida pela relação do comércio, era realizada perante testemunhas, sob a forma de “contestatio”, só mais tarde é que foi ganhar forma através da letra de câmbio, que simbolizava unicamente a falta do aceite.

O primeiro Tabelionato de Protesto do Brasil foi criado por meio da Lei sem número, no Estado da Bahia, em 15 de outubro de 1827, quando ainda estava em vigor o Alvará Português de 19 de outubro de 1789, que regulamentava o termo de denúncia dos protestos, conforme os usos do comércio da praça. Com o advento do Código Comercial de 1850, passaram ter normas expressas e bem definidas sobre esse instituto (MORAES, 2010, p. 5). Especificamente sobre Letras de Câmbio, surgiu o Decreto n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908, também conhecido como Lei Saraiva, ainda vigente.

Pode-se afirmar, contudo, que o melhor texto já publicado disciplinando a matéria do protesto notarial foi a Lei n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997, que, no seu artigo 1.º, o define como sendo “o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.”.

O protesto mostra-se como um procedimento bastante eficaz para a satisfação creditória, principalmente em razão de sua celeridade, conforme Lei n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997: “protocolizado o título ou documento de dívida” apresentados pelo credor, “o tabelião de protesto

providenciará a imediata intimação do devedor” (art. 14), concedendo-lhe o prazo de 3 (três) dias úteis para comparecer ao cartório a fim de cumprir com a obrigação constante do título/documento de dívida ou apresentar justificativa para sua recusa (art. 12); esgotado o prazo sem que tenha havido o pagamento, desistência ou sustação, o tabelião lavrará e registrará em livro próprio o protesto (art. 20), o que desencadeará uma série de efeitos como, por exemplo, a interrupção o prazo prescricional do título e a inscrição do devedor nos cadastros de inadimplentes.

A figura do protesto cartorário se faz presente como sendo, ao mesmo tempo, um instrumento comprobatório de inadimplência e uma forma de coerção para que o devedor cumpra com a obrigação sem que seja necessário o ajuizamento de uma ação de cobrança (CAVALCANTE, 2013).

Acerca da evolução e da posição do protesto cartorário no mercado econômico Lima e Miranda (2010) destacam que:

Historicamente, o Protesto tem sido um importante fator na prevenção de litígios, uma vez que assegura a eficácia e a segurança dos negócios jurídicos e, ainda, levando-se em conta que uma parte considerável dos títulos são pagos em cartório em considerável benefício para os credores. Deve-se ressaltar que o Protesto do título ou do documento de dívida se prova a inadimplência e o descumprimento da obrigação. [...] Sendo o Protesto um ato formal pelo qual se salvaguardam os direitos cambiários, é, ele, o regulador da pontualidade dos negócios: serve de prova contra o insolvente, impede maiores prejuízos aos comerciantes e age como uma referência idônea sobre todo o mercado econômico.

Nessa linha, pode-se afirmar que o protesto tem como função principal a comprovação do descumprimento de obrigações constantes de títulos e documentos de dívida e como função secundária – não menos importante – o combate à inadimplência mediante a coerção moral do devedor, contribuindo, dessa maneira, para o progresso do mercado de crédito e o consequente desenvolvimento econômico (LOUREIRO, 2014, p. 788).

Por essa razão cresce a cada dia o número de credores que se utilizam dos serviços de tabelionato de protesto, a destacar as instituições financeiras que, valendo-se cotidianamente desse

mecanismo, têm obtido relevante grau de recuperação de seus créditos (CAVALCANTE, 2013).

A celeridade e a eficácia que o protesto cartorário tem apresentado vêm contribuindo significativamente para o fenômeno da desjudicialização, na medida em que evita o ajuizamento de inúmeras ações, desobstruindo o Judiciário do acúmulo de processos.

Assim, ao avistar no protesto extrajudicial um mecanismo mais eficiente do que a via judicial, o Estado passou a dele se utilizar no processo de resgate de seus créditos de baixo valor decorrentes de obrigação tributária, apresentando, para tanto, suas CDA's ao Tabelionato de Protesto de Títulos.

Ocorre que, até o ano de 2012, a Lei de Protesto não fazia menção, de forma expressa, da CDA como sendo um título protestável, motivo pelo qual os opositores dessa forma de cobrança alegavam a completa ilegalidade e abuso de poder do ente público. Inclusive, entendia o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pela ausência de interesse jurídico por parte da Fazenda Pública em realizar o protesto de CDA's, tendo em vista tratar-se de título executivo, sendo possível o imediato ajuizamento de execução fiscal (CAVALCANTE, 2013).

Por sua vez, o CNJ se mostrou favorável ao protesto, recomendando, em sessão plenária, aos Tribunais de Justiça adotarem, administrativamente, uma conduta de incentivo à prática do protesto. Veja-se a ementa da sessão:

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PROTESTO EXTRAJUDICIAL. CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. LEGALIDADE DO ATO EXPEDIDO. Inexiste qualquer dispositivo legal ou regra que vede ou desautorize o protesto dos créditos inscritos em dívida ativa em momento prévio à propositura da ação judicial de execução, desde que observados os requisitos previstos na legislação correlata. Reconhecimento da legalidade do ato normativo expedido pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (Conselho Nacional de Justiça, Pedido de Providência 0004537-54.2009.2.00.0000, Rel. Conselheira Morgana de Almeida Richa).

Em momento posterior, a alegação de ausência de previsão legal restou-se frustrada com o advento da Lei n.º 12.767, de 27 de dezembro de 2012, que acrescentou ao artigo 1.º da Lei de Protesto o parágrafo único com a seguinte redação:

Art. 1.º [...]

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

A CDA passou, então, a possuir *status* de título protestável.

Por conseguinte, considerando a nova previsão legal, o STJ modificou sua posição reconhecendo a possibilidade de se levar as CDA's ao protesto de títulos.

Assim asseverou o Ministro Herman Benjamin no julgamento do Recurso Especial n.º 1.126.515 – PR (2009/0042064-8):

Processual civil e administrativo. Protesto de CDA. Lei 9.492/1997. Interpretação contextual com a dinâmica moderna das relações sociais e o “impacto republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo”. Superação da jurisprudência do STJ. Após muito refletir sobre o tema controvertido, posiciono-me favoravelmente ao protesto da CDA [...]. Com efeito, o art. 19 da Lei 9.492/1997 disciplina o pagamento dos títulos ou documentos de dívida levados a protesto. Assim, embora a disciplina do Código de Processo Civil (art. 586, VIII, do CPC) e da Lei 6.830/1980 atribua exequibilidade à CDA, qualificando-a como título executivo extrajudicial apto a viabilizar o imediato ajuizamento da Execução Fiscal (a inadimplência é presumida *iuris tantum*) – ou seja, sob esse restrito enfoque efetivamente não haveria necessidade do protesto – a Administração Pública, no âmbito federal, estadual e municipal, vem reiterando sua intenção de adotar o protesto como meio alternativo para buscar, extrajudicialmente, a satisfação de sua pretensão creditória (principalmente quanto a valores para os quais, paradoxalmente, o próprio Poder Judiciário fecha as portas, haja vista a tendência – não acolhida no STJ, mas habitualmente adotada nos Tribunais locais – de extinguir

Execuções Fiscais de “baixo valor”, por suposta falta de interesse processual). Sob essa ótica, não vejo como legítima qualquer manifestação do Poder Judiciário tendente a suprimir, sob viés que se mostra político, a adoção do protesto da CDA. De fato, a verificação quanto à utilidade ou necessidade do protesto da CDA, como política pública para a recuperação extrajudicial de crédito, cabe com exclusividade à Administração Pública. [...] Ao dizer que é desnecessário o protesto da CDA, sob o fundamento de que a lei prevê a utilização da Execução Fiscal, o Poder Judiciário rompe não somente com o princípio da autonomia dos poderes (art. 2.º da CF/1988), como também com o princípio da imparcialidade, dado que, reitero, a ele institucionalmente não compete qualificar as políticas públicas como necessárias ou desnecessárias.

Em vista disso, o protesto cartorário de CDA's se mostra cada vez mais presente na atividade financeira do Estado. Sob o fundamento da eficiência administrativa, economicidade e responsabilidade na gestão fiscal, a Administração Pública tem se utilizado, constantemente, da via extrajudicial a fim de assegurar uma maior arrecadação de seus créditos. Atuação essa que tem provocado bastante inquietação entre os seus opositores.

4 A DESJUDICIALIZAÇÃO DA DÍVIDA ATIVA COMO MEDIDA DE POLÍTICA PÚBLICA

O fenômeno da desjudicialização iniciou-se em Portugal e Espanha, apresentando-se, atualmente, como uma realidade no Brasil em face da onerosa e demorada máquina judicial na resolução de conflitos, tendo em vista a atuação dos notários representar um mecanismo mais rápido e eficaz, conferindo segurança nas relações jurídicas (RODRIGUES, 2014).

Contudo, não é unânime a admissão desse novo mecanismo. Para os seus opositores, o protesto cartorário constitui verdadeiro abuso de direito por parte da Fazenda Pública, caracterizando-se como uma forma arbitrária utilizada pelo Estado para forçar o devedor a cumprir com a obrigação jurídico-tributária, na medida em que torna público o seu *status* de inadimplente, configurando-se constrangimento totalmente desnecessário. Dentre os opositores,

destaca-se Machado (2002), muito certamente influenciado pela redação do art. 1.º da Lei 9.492, de 1997, que ainda não tinha o acréscimo do parágrafo único, afirmando que:

[...] o Estado administração quer sempre arrecadar mais e mais, sem a mínima preocupação com os limites que o Direito estabelece, e busca sempre fórmulas para compelir o contribuinte ao pagamento de tributos, sejam devidos ou não, sendo notável a capacidade criativa de seus agentes, que amesquinham o Direito em detrimento do cidadão, esquecidos de que autoridade são apenas alguns e só durante algum tempo, enquanto cidadãos somos todos nós durante toda a vida.

[...] a idéia de protestar Certidões de Dívida Ativa da Fazenda Nacional é realmente mais uma dessas “idéias brilhantes” postas a serviço do arbítrio. É um notável exemplo do uso artificioso ou distorcido de instrumentos jurídicos para a violação do Direito.

Afirmam, ainda, os opositores (e, agora, com referência a texto escrito após a Lei 12.767, de 2012 ter acrescentado o parágrafo único ao art. 1.º da Lei 9.402, de 1997, e deixado claro a possibilidade de protesto da CDA) que, considerando que a CDA tem presunção relativa de certeza e liquidez, servindo-se como prova pré-constituída de que o contribuinte está em atraso com suas obrigações tributárias, a utilização do protesto configura-se em verdadeiro pleonismo, ou seja, esse mecanismo estaria inserindo o contribuinte em situação de inadimplência por duas vezes, situação vista como inaceitável pelo ordenamento jurídico vigente (BORGES; SIMINI; VEZZANI, 2014).

Por sua vez, repelindo as alegações de abuso de direito por parte do Fisco e de constrangimento desnecessário ao contribuinte, estão aqueles que defendem ser o protesto cartorário um instrumento de obediência aos princípios que regem a Administração Pública, se mostrando plenamente válido e eficaz, especialmente em razão do custo-benefício da cobrança. Além disso, para “os contribuintes realmente lesados em seu direito (não o de protelar, porque a isso não têm direito) poderão sempre obstar o protesto pelos meios processuais adequados”, conforme sustenta Bueno (2013, p. 107).

É um dever do Administrador Público buscar

o melhor resultado em favor do Tesouro, procurando os recursos que mais bem atendam aos seus interesses. Não se pode dar ao Poder Público menos possibilidades do que se confere aos particulares. Se o credor particular pode se utilizar do protesto para satisfação de suas pretensões, não é nada coerente subtrair esta via ao Estado, sobretudo em face do princípio da supremacia do interesse público (MORAES, 2010, p. 69).

Mais uma visão benéfica que é ressaltada pelos defensores do protesto extrajudicial de CDA está na contribuição para o desafogamento do Judiciário, na medida em que se deixa de ajuizar execuções fiscais que, na maioria das vezes, não tem sucesso no cumprimento de seu mister e, apenas concorrem para a ineficiência da máquina judiciária. Reduzindo a burocracia para o resgate dos créditos e aumentando a eficácia da arrecadação financeira dos entes federativos, estes, poderão, finalmente, implementar políticas públicas favoráveis a toda a coletividade (SILVA, 2009).

Tomando por referência o Estado de Minas Gerais, tem-se que os procedimentos para a cobrança extrajudicial iniciou-se em 2011, com a publicação da Lei Estadual n.º 19.971, de 2011 – que introduziu a denominada “cobrança amigável” – bem como do Decreto Estadual n.º 45.989, de 2012, que dispõe sobre a utilização de meios alternativos de cobrança dos créditos.

A aposta do Estado mineiro na denominada desjudicialização como política pública foi impulsionada após um estudo realizado pela Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais (AGE/MG) em conjunto com a Fundação João Pinheiro – cujos resultados foram divulgados no artigo intitulado “Pagando para receber? Subsídios para uma política de cobrança da dívida ativa no setor público: resultados de pesquisa sobre o custo médio de cobrança de uma execução fiscal em Minas Gerais”, publicado na Revista Jurídica da AGE/MG – pelo qual se procurou verificar o custo-benefício de um executivo fiscal frente à necessidade de se resgatar mais e gastar menos (MORAIS et al, 2008).

Tendo como base o ano de 2006, o estudo analisou o custo médio de um executivo fiscal para o Poder Judiciário Estadual e para a AGE/MG, bem como verificou o tempo médio de duração da tramitação do processo de execução fiscal. Os resultados foram os seguintes:

Gastos do Judiciário em 2006	R\$1.726.806.596,80
Gastos da AGE em 2006	R\$101.081.611,86
Total de processos em trâmite no Judiciário, em 31/08/2007, incluindo executivos fiscais	3.646.147
Total de processos ativos na AGE, em julho de 2007, salvo executivos fiscais	114.682
Total de executivos fiscais ativos em MG, em julho de 2007	149.436

Fonte: MORAIS *et al*, 2008.

Considerando os dados verificados, concluiu-se que o custo médio anual de um processo de execução fiscal para o Judiciário corresponde a aproximadamente R\$473,60 e, para a AGE/MG, corresponde a aproximadamente R\$382,71. Somando-se os custos chegou-se ao custo anual aproximado de R\$853,31 (MORAIS *et al*, 2008, p. 90).

Quanto ao tempo médio do executivo fiscal, concluiu-se que se aproxima dos 126 meses, ou seja, dez anos e meio. Assim, ao considerar o conjunto de informações custo/tempo médio anual, constatou-se que um processo judicial de execução fiscal, possuía, à época, o custo médio de R\$8.959,76 (MORAIS *et al*, 2008, p. 90).

A partir dos resultados obtidos a AGE/MG passou, então, a apostar cada vez mais nos meios alternativos de cobrança, desencadeando no constante encaminhamento das suas CDA's para os tabelionatos de protestos, mecanismo que vem contribuindo significativamente no resgate dos créditos do Estado.

De acordo com o informativo n.º 8 da APEMINAS – Associação dos Procuradores do Estado de Minas Gerais, estudos recentes realizados pela AGE/MG comprovaram que um “volume imenso” de execuções fiscais em trâmite no Poder Judiciário (52,18%) se destina à cobrança de créditos de baixos valores, sendo resgatados somente 1,12% do estoque da dívida ativa. Ainda, segundo dados da AGE/MG, de janeiro até outubro do ano de 2014, foram encaminhados para protesto mais de 25 mil CDA's, obtendo recuperação de 13,26% dos títulos encaminhados, o que significa que o Estado de Minas Gerais deixou de gastar mais de trinta e sete milhões de reais em virtude do não ajuizamento de mais de 25 mil novas execuções fiscais (RESPUBLICA, 2015).

Salientando a eficiência da adoção do protesto extrajudicial em Minas Gerais e sua contribuição para o resgate da dívida ativa, o

procurador do Estado, Gustavo Enoque (2015) destacou que:

Hoje, a “desjudicialização da dívida ativa de menor do Estado de Minas Gerais” é política pública consolidada e motivo de orgulho para a advocacia pública. O Procurador do Estado deixou de atuar no “varejinho” e, conseqüentemente, tem mais tempo para formular melhores teses na defesa do Estado nos grandes processos. Paralelamente a isso, embora o Estado de Minas Gerais seja o segundo da Federação em termos de eficiência quanto ao resgate da sua dívida ativa, com a adoção do protesto extrajudicial, saltou-se de quase 2% para quase 30% no percentual de êxito na arrecadação, sem contar a economia obtida para os cofres públicos decorrente do não ajuizamento de centenas de milhares de novas ações de execução fiscal.

A jurisprudência mineira também reconhece a legalidade/constitucionalidade do protesto extrajudicial de CDA, seguindo o entendimento já consolidado do STJ no sentido de que não compete ao Poder Judiciário definir a melhor maneira para o Estado resgatar os seus créditos. A Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Hilda Teixeira da Costa, no julgamento do agravo de instrumento n.º 1.0024.14.084608-0/001, concluiu, no seu voto no inteiro teor, que “não há que se falar em falta de interesse do ente público em levar a CDA em protesto, em virtude de procedimento específico para tanto quer seja, execução fiscal, embasando tal afirmação na inconstitucionalidade e ilegalidade do § único do art. 1º da Lei nº 9.492/97 [...]”. Eis a íntegra do Acórdão:

Agravo de instrumento. Medida cautelar inominada. Protesto de CDA. Possibilidade. Entendimento STJ. Sustação dos efeitos do protesto. Caução idônea. Requisitos neces-

sários presentes. Recurso provido. O STJ já pacificou entendimento acerca da possibilidade do protesto de CDA, razão pela qual não há que se falar em irregularidade no procedimento do credor. Para concessão liminar de sustação de protesto é necessário o preenchimento cumulativo da presença de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e caso determine o magistrado, deve o impetrante prestar caução idônea. Presentes tais requisitos não há que se falar em reforma da r. Decisão. (TJMG. Agravo de instrumento n.º 1.0024.14.084608-0/001. Segunda Câmara Cível. Relatora Desembargadora Hilda Teixeira da Costa).

A discussão sobre a constitucionalidade do protesto extrajudicial de CDA chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5.135/DF, proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), em junho de 2014, cujo objeto é o parágrafo único do artigo 1.º, da Lei de Protestos (Lei n.º 9.492/1997). Em síntese, a CNI alega a ausência de justificativa ética e jurídica para o manejo do protesto pelo Fisco, traduzindo-se em uma sanção política, sendo meio indireto de cobrança que contraria o devido processo legal, além de afrontar a livre iniciativa, a liberdade profissional e inviabilizar a concessão de créditos para a atividade empresarial.

Em seu parecer, o Procurador-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ADI e pela improcedência do pedido. Asseverou que o protesto de CDA's constitui medida necessária à recuperação do crédito público, cumprindo com os princípios da eficiência e da economicidade na atuação da Administração Pública, bem como contribuindo para evitar que se amplie o congestionamento do Judiciário. Os autos da ADI encontram-se conclusos para o Relator, Ministro Roberto Barroso.

Como visto, o fenômeno da desjudicialização está conquistando cada vez mais adeptos. Os resultados das pesquisas revelam maior arrecadação em menor espaço de tempo e em baixos custos, aumentando a esperança de retornos mais expressivos para a coletividade, especialmente com relação aos direitos básicos como a saúde, a educação e a segurança.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se observa, há uma significativa tendência favorável à adoção, definitiva, do protesto

extrajudicial como meio alternativo de cobrança dos débitos inscritos em dívida ativa. Estatísticas revelam que a substituição dos executivos fiscais pela cobrança extrajudicial tem se mostrado cada vez mais eficiente no resgate dos créditos públicos, colaborando, expressivamente, para o funcionamento da máquina judiciária.

Embora os opositores desse mecanismo de cobrança sustentem abuso de direito por parte da Fazenda Pública, pode-se perceber que os fundamentos para a não adoção do protesto de CDA's mostram-se um tanto quanto frágeis frente às estatísticas/resultados estudados e os próprios princípios que regem a atuação estatal.

A chamada “desjudicialização” é hoje política pública que precisa ser tratada com prioridade. Como visto pelos estudos realizados pelo Ipea, os processos de execução de título extrajudicial fiscal são os maiores responsáveis pela morosidade dos processos de execução em trâmite no Judiciário, sendo que, na maioria dos casos, os mecanismos de defesa dos devedores fiscais não são por eles utilizados, vez que optam pelo pagamento do crédito ou aguardam a sua prescrição.

Além disso, em se tratando de crédito de baixo valor, verifica-se que não raras vezes o custo do processo ultrapassa o valor executado, razão pela qual o próprio Judiciário vem extinguindo *ex officio* tais execuções com fundamento na falta de interesse processual.

Quanto ao constrangimento causado ao contribuinte em virtude do protesto notarial, sabe-se que a publicidade oferecida pelo processo judicial de execução fiscal é idêntica ou até maior, além da existência dos cadastros de devedores da dívida ativa das Fazendas Públicas que divulgam ainda mais a inadimplência, a exemplo do Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Estaduais (CADIN). Ademais, para aquele cidadão-contribuinte que sofrer o protesto e se sentir lesado terão assegurados todos os meios processuais possíveis para impugná-lo.

Os princípios que norteiam as atividades estatais, como o da responsabilidade na gestão fiscal, da eficiência e da economicidade exigem maior arrecadação com o menor gasto possível para os cofres públicos. Como abordado durante o presente estudo, o Estado depende de recursos para sua manutenção e para a satisfação de seus fins, encontrando na tributação a principal fonte arrecadadora de receita. Ainda, como destacou o STJ, a análise acerca da utilidade e necessidade do protesto como política pública para a

recuperação do crédito cabe exclusivamente à Administração Pública, responsável por gerir e aplicar as receitas auferidas.

Ao longo do presente trabalho observou-se uma significativa diferença entre a eficácia do resgate dos créditos públicos via protesto e via execução fiscal. As pesquisas realizadas demonstraram os efeitos que a adoção do protesto extrajudicial de CDA's pode refletir para a sociedade em geral.

Sem desconsiderar a posição do cidadão-contribuinte frente às forças do Estado, constata-se que a utilização do protesto extrajudicial de CDA's como instrumento alternativo de cobrança dos créditos públicos de menor valor tem trazido resultados bastante positivos do ponto de vista econômico para o Poder Público o que, a médio e longo prazos, poderá traduzir em melhorias expressivas na prestação dos serviços públicos básicos para a população, como saúde, educação, segurança, transporte, etc..

Desse modo, a partir da análise realizada percebe-se uma expectativa otimista para a utilização desse meio alternativo de cobrança pela Administração Pública, na medida em que, com uma arrecadação mais eficiente e uma aplicação efetiva e responsável, o administrador poderá, enfim, assegurar uma maior atenção ao interesse coletivo.

REFERÊNCIAS

AMÁBILE, Taís Abreu. Protesto de títulos de crédito. 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Tais%20Abreu%20Amabile.pdf>>. Acesso em: 19 set 2015.

AVM INSTITUTO. História do direito notarial e registral. 2011. Disponível em: <http://lms.ead1.com.br/webfolio/Mod1270/mod_historia_do_direito_notarial_v2.pdf>. Acesso em: 19 set 2015.

BORGES, Alexandre Walmott; SIMINI, Danilo Garnica; VEZZANI, Camila Saran. O protesto extrajudicial de certidões de dívida ativa e a vedação de sanções políticas em matéria tributária: uma análise à luz da jurisprudência do superior tribunal de justiça. 2014. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/18138/14916>> Acesso em: 26 ago 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2013: ano-base 2012/ Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf>. Acesso em: 27 ago 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2015.zip>. Acesso em: 25 set 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência n.º 0004537-54.2009.2.00.0000. Relatora Conselheira Morgana de Almeida Richa. *Diário da Justiça*, 6 abr. 2010, sessão 102.

_____. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 out. 1966 e retificado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 out. 1966.

_____. Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 set. 1980.

_____. Lei n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 set. 1997.

_____. Lei n.º 12.767, de 27 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; altera as Leis nos 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 11.508, de 20 de julho de 2007, 11.484, de 31 de maio de 2007, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.492, de 10 de setembro de 1997, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.024, de 27 de agosto de 2009, e 10.833, de 29 de

dezembro de 2003; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 dez. 2012.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1126515/PR (2009/0042064-8). Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Brasília, *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Diário da Justiça, Brasília, DF, 3 dez. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n.º 5.135/DF. Relator Ministro Roberto Barroso. Decisão Monocrática, *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Diário da Justiça, Brasília, DF, 8 set. 2014.

BUENO, Sérgio Luís José. *Tabelionato de protesto*. São Paulo: Saraiva, 2013. 3.ª tiragem em 2014. (Coleção Cartórios).

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A lei n.º 12.767/2012 prevê expressamente a possibilidade de protesto das certidões de dívida ativa (CDA). 2013. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br>>. Acesso em: 19 set 2015.

ENOQUE, Gustavo. Desjudicialização: solução para eficiência administrativa. 2015. Disponível em: <<http://apeminas.org.br/desjudicializacao-solucao-para-eficiencia-administrativa/>>. Acesso em: 17 out 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Comunicado do Ipea n.º 83 – Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf>. Acesso em: 27 ago 2015a.

_____. Nota Técnica. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf>.

Acesso em: 27 ago 2015b.

LIMA, Marcelo Cordeiro de; MIRANDA, Maria Bernadete. Protesto de títulos extrajudiciais. 2010. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav42/alunos/Mar20102.pdf>>. Acesso em: 19 set 2015.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MACHADO, Ana Amélia Marquezi; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Evolução histórica do direito notarial. 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1619/1543>>. Acesso em: 19 set 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Protesto de certidão de dívida ativa. 2002. Disponível em: <<http://www.idtl.com.br/artigos/148.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAS GERAIS. Decreto 45.989, de 13 de junho de 2012. Dispõe sobre o não ajuizamento de execução fiscal e a instituição de novas formas de cobrança dos créditos do estado e de suas autarquias e fundações. *Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais*, Diário do Executivo, 14 jun. 2012, pág. 2, coluna 1, e republicado no *Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais*, Diário do Executivo, 15 jun. 2012, pág. 2, coluna 1.

_____. Lei n.º 19.971, de 27 de dezembro de 2011. Altera as Leis n.º 15.424, de 30 de dezembro de 2004, e n.º 6.763, de 26 de dezembro de 1975, autoriza o não ajuizamento de execução fiscal, institui formas alternativas de cobrança e dá outras providências. *Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais*, Diário do Executivo, 28 dez. 2011, pág. 1, coluna 2.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de instrumento n.º

1.0024.14.084608-0/001. Segunda Câmara Cível. Relatora Desembargadora Hilda Teixeira da Costa. *Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais*, Diário da Justiça, 3 dez. 2014.

MORAES, Macabu Emanuel. *Protesto notarial: títulos de crédito e documentos de dívida*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAIS, Reinaldo Carvalho de et al. Pagando para receber? Subsídios para uma política de cobrança da dívida ativa no setor público: resultados de pesquisa sobre o custo médio de cobrança de uma execução fiscal em Minas Gerais. In: *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, Imprensa Oficial de Minas Gerais, v. 5, n. 1, 2, 2008. Disponível em: <<http://www.age.mg.gov.br/images/stories/downloads/revistajuridica/revistajuridica2008/revistajuridica2008.pdf>>. Acesso em: 17 out 2015.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário: completo*. 6. ed. rev. atual. e ampl.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RESPUBLICA. Eficiência que gera economia. AGE/MG adota os protestos extrajudiciais em seus atos e obtém resultados altamente positivos. *Republica. Informativo da Associação dos Procuradores do Estado de Minas Gerais – APEMINAS*, Belo Horizonte, ano 8, n. 23, jan.-fev.-mar 2015.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães. *Tratado de registros públicos e direito notarial*. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Aurélio Passos. O protesto da certidão de dívida como corolário do princípio da eficiência. In: *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, Imprensa Oficial de Minas Gerais, v. 6, n. 1, 2, 2009. Disponível em: <<http://www.advocaciageral.mg.gov.br/images/stories/downloads/revistajuridica/revistajuridica2008/revistajuridica2009.pdf>>. Acesso em: 19 set 2015.

A EFICÁCIA DO CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA NA COMARCA DE MONTES CLAROS/MINAS GERAIS: uma nova visão do Judiciário

Danilo Marques Evangelista¹
Eduardo Vinícius Pereira Barbosa²
Heloise Lisboa Fonseca³

RESUMO

Com o advento da Resolução n.º 125 do Conselho Nacional de Justiça, e da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), a conciliação e mediação passaram a ser a primeira alternativa e a mais estimulada para a solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, tendo em vista o grande potencial que possuem para a pacificação social e redução da litigiosidade. Nesse sentido, o presente trabalho busca, sobretudo, analisar a visão que as partes e advogados têm do Poder Judiciário após a implantação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) na Comarca de Montes Claros, principalmente por meio do levantamento dos benefícios oportunizados pela conciliação ou mediação de conflitos.

Palavras-chave: Conciliação. Mediação. Solução de conflitos. Cidadania. Poder Judiciário. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

With the advent of Resolution n.º. 125 of the National Council of Justice and Law 13.105/2015 (Code of Civil Procedure), conciliation and mediation became the first alternative and more stimulated to solve conflicts within the judiciary, owing to the great potential they have for social peace and to reduce litigation. In this sense, this paper seeks, above all, to analyze the view that parties and lawyers have about the judiciary after the implementation of Judicial Center for Conflict Resolution and Citizenship (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC) in the District of Montes Claros, mainly through the

lifting of benefits performed by conciliation or mediation of conflicts.

Keywords: Conciliation. Mediation. Conflict resolution. Citizenship. Judiciary. New Code of Civil Procedure.

1 INTRODUÇÃO

A Resolução n.º 125, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituiu políticas públicas de tratamento adequado dos conflitos jurídicos por meio da autocomposição, tendo em vista a curta duração da controvérsia, restauração ou manutenção da paz social, baixo custo ao Estado e obtenção de solução satisfatória às partes.

Inicialmente, cumpre salientar que a Resolução n.º 125 estabelece a criação, pelos Tribunais, dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), além de regulamentar a atuação dos mediadores e conciliadores, criando, inclusive, Código de Ética desses profissionais, já que, agora, são enquadrados como auxiliares da Justiça.

Em consonância com o disposto, a Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil - CPC) prima pela solução negociada, que não é apenas uma forma econômica de resolver o litígio, mas o momento em que os interessados podem construir uma decisão que regula a sua relação jurídica.

O CPC/2015 disciplina questões ligadas aos métodos alternativos de resolução de conflitos em diversos dispositivos, em especial nos artigos 165 a 175, com especial enfoque para a realização de audiência de tentativa de autocomposição antes do oferecimento da defesa pelo réu.

¹ Acadêmico do 7.º Período do Curso de Direito da Unimontes.

² Acadêmico do 9.º Período do Curso de Direito da Unimontes.

³ Acadêmica do 9.º Período do Curso de Direito da Unimontes.

Ressalta-se que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) instalou o CEJUSC na Comarca de Montes Claros em 10 de fevereiro de 2015, integrado pelos setores de cidadania, processual e pré-processual. O CEJUSC, em Montes Claros, funciona no prédio do Fórum Gonçalves Chaves e é composto por um Juiz Coordenador, servidores, conciliadores e mediadores. Os processos encaminhados à tentativa conciliação ou mediação são selecionados por servidores que conhecem os meios alternativos de solução de controvérsias e identificam, no caso concreto, as vantagens do procedimento ao conflito.

Assim, este trabalho se dá por meio da análise do formulário de avaliação do usuário, que é fornecido pelo TJMG e aplicado às partes ao fim de cada sessão de mediação ou de conciliação.

O estudo das técnicas de mediação e conciliação se enquadra na metodologia qualitativa e se utiliza do método de abordagem dedutivo, do método de procedimento monográfico e técnica de pesquisa do tipo revisão de literatura, uma vez que tem como base doutrinas jurídicas especializadas, artigos e outras produções científicas pertinentes à compreensão do tema analisado.

2 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO: ASPECTOS TEÓRICOS

A mediação e a conciliação são mecanismos de solução alternativa de conflitos, em que terceiro alheio aos interesses controvertidos auxilia as partes para possível resolução autocompositiva. Importante salientar que esse terceiro não decide ou arbitra o conflito, mas presta auxílio na resolução, podendo ser considerado uma espécie de “catalisador da solução”.

Os métodos alternativos de conflitos encontram fundamentos nos princípios da imparcialidade, confidencialidade, oralidade, informalidade, autonomia da vontade e decisão informada (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Os procedimentos de mediação e conciliação visam maior participação dos interessados, desta forma intensificam a cooperação popular na resolução de conflitos. A divulgação dos métodos alternativos para solucionar conflitos representa uma ascensão da população ao exercício do poder de controlar os resultados de controvérsias, apresentando caráter democrático (WATANABE, 2015).

A conciliação surge como o caminho diverso para uma maior celeridade na conclusão e no fim dos conflitos. É o mecanismo utilizado para a negociação entre indivíduos, em que não há complexidade nas relações discutidas. Busca-se evitar a interferência do Estado em questões mais simplórias e, para isto, leva os interessados a uma solução consensual. Na conciliação, verifica-se a presença de terceiro, o conciliador, alheio aos assuntos, exercendo a função de “guia” para a resolução da demanda. O conciliador é figura ativa neste procedimento, haja vista que formula questões, hipóteses e até propõe soluções ao conflito (BACELLAR, 2012).

Por seu turno, a mediação é um procedimento de maior complexidade e lida com indivíduos que possuem maior número de vínculos. Como se sabe, é também meio alternativo para findar as controvérsias. Entretanto, apresenta um grau maior de participação dos interessados na persecução da solução, que são orientados por terceiro, o mediador, e, por iniciativa e debate próprio, alcançam a resolução pacífica disputa (BACELLAR, 2012).

Em suma, a conciliação e a mediação oferecem maior agilidade no desenrolar da relação conflituosa. Um acordo composto com participação direta dos interessados e, na maioria dos casos, alcançado com celeridade, resulta em maiores benefícios e satisfação daqueles que buscam a assistência jurídica, seja esta antes ou durante o desenrolar processual.

2.1 Breves Aspectos Históricos dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos

Os denominados meios de solução alternativa de conflitos nada mais são do que comportamentos humanos que surgiram como as primeiras formas para solucionar litígios (COULANGES, 2009).

Nos primórdios da convivência humana, a primeira figura para resolução de conflitos era a autotutela, cuja força bruta era o instrumento que resolveria o conflito entre dois indivíduos, imperando a lei do mais forte. Conforme as civilizações se desenvolviam, a autotutela ou vingança privada não se mostrava mais adequada cedendo lugar aos métodos de solução de conflitos através de terceiros. E por fim, com o crescimento dos Estados, nasceu a jurisdição, em que a entidade estatal concentra em si os poderes para solucionar impasses (BACELLAR, 2012).

No Brasil, a figura da conciliação surgiu na Constituição do Império de 1824, que estabelecia a obrigatoriedade da via conciliatória antes do início de qualquer procedimento judicial. Todavia, ainda que obrigatória, a tentativa de conciliação era prática pouco utilizada e desestimulada. Com a Proclamação da República e o Decreto n.º 359/1890, o movimento conciliatório sofreu grande golpe, pois a conciliação prévia deixou de ser obrigatória. Sob os argumentos de que tal medida era onerosa e inútil na composição de conflitos, aqueles que desejassem compor o poderiam fazer sem a necessidade da obrigatoriedade (BACELLAR 2012).

A Constituição de 1891 desestruturou o sistema existente que apoiava a conciliação, embora não explicitasse rejeição à autocomposição, possibilitando que cada Estado criasse a própria lei processual, o que resultou em códigos estaduais que seguiam o estabelecido na Constituição de 1824. Importante ressaltar que, embora existente a figura dos Juízes de Paz responsáveis pela conciliação, era ressaltada a competência dos juízes togados. Com o Golpe Militar, a figura dos Juízes de Paz, como auxiliares da justiça, no procedimento de conciliação, foi desprestigiada. Por consequência, suas funções foram reduzidas à habilitação e celebração de casamento (BACELLAR, 2012).

Com a redemocratização, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/1988), tratou da solução alternativa de conflitos:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Assim, os mecanismos de solução pacífica de conflitos ganharam força novamente, sendo reestruturados e restabelecidos pela CRFB/1988.

2.2 Distinções e Semelhanças dos Institutos: Conceitos de Ordem Prática

Inicialmente, a distinção entre mediação e conciliação é tímida e, se observadas de maneira mais rigorosa e analítica, seria quase que inexistente. As diferenças encontram relação com os seguintes determinantes: a natureza da relação, atuação do terceiro auxiliar, finalidade e foco do procedimento.

Na conciliação, o conciliador aplica a técnica adotando uma postura interventiva, haja vista que apresenta soluções para o litígio, isto é, por meio da análise dos fatos o profissional sugere formas de resolução. Observa-se que a conciliação é indicada para casos em que não havia vínculo anterior entre as partes, busca relações menos complexas, com menos vínculos. O conciliador visa à transação entre as partes e, conseqüentemente, o fim do processo com a resolução do mérito (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Já na mediação, o mediador é um facilitador que busca restabelecer a comunicação entre as partes e guiá-las para a resolução da demanda. Busca-se na mediação a atuação conjunta das partes, auxiliadas pelo mediador, para construção de um acordo. É técnica indicada para os conflitos entre indivíduos que possuíam vínculos, em que há complexidade nas relações envolvidas. Dentre as principais vantagens da mediação, destaca-se a valorização da cidadania, o reforço à cultura da paz e do diálogo, prevenção à violência e rapidez nos tratamentos dos conflitos (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Embora possuam diferenças, a mediação e a conciliação devem ser entendidas como mecanismos construtivos, visando possibilitar a integração das partes para construção das condições que guiaram a solução e fim do conflito. É uma prática importante e que desperta o interesse das mais diversas áreas acadêmicas, em destaque para o âmbito legal, pois expõe possibilidades de carreira e atuação, ao passo que representa atividade de importante função pública, cidadã e social.

3 DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Basicamente, o Estado é responsável pela tutela jurisdicional que visa à eliminação dos conflitos trazidos pelas partes, em que pode

declarar, condenar ou aplicar um direito conforme necessidade e adequação ao caso concreto. A cultura processual no Brasil baseia-se quase que integralmente na litigiosidade e, não raras vezes, as partes não saem satisfeitas com a decisão do órgão julgador, ensejando maior demora na solução do litígio e acumulando processos indefinidamente na máquina judiciária (TOALDO, 2011).

Todavia, sabe-se que a jurisdição “é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 149).

Assim, a efetividade da pacificação social ao jurisdicionado dentro do Ordenamento Jurídico depende do emprego de critérios justos e éticos de exercício da jurisdição. Faz-se necessária a participação popular no enfrentamento da lide, reforçando, o caráter democrático e cidadão do novo prisma da jurisdição.

Nessa perspectiva,

É do senso comum que uma das finalidades do Poder Judiciário é a pacificação social, portanto, incumbe-lhe utilizar mecanismos e técnicas que aproximem o cidadão da verdadeira Justiça. E, muitas vezes, a verdadeira justiça só será alcançada se aquela demanda for solucionada mediante conciliação, porque nessa forma de resolução de conflito há efetiva e real possibilidade de se resolver todas as “lides” que porventura possam existir. A busca da paz é a razão de existência do Poder Judiciário. E, não menos certo que o Judiciário não deve ser o lugar somente onde as causas começam, mas também onde elas terminam, em outras palavras: que o processo seja de resultados (SENA, 2007, p. 99-100, *passim*).

Em outro tom, diz a doutrina:

O princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5.º da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciais, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais,

como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação (WATANABE, 2015).

Os meios consensuais de resolução de conflitos de interesses foram institucionalizados pela Resolução n.º 125 e pelo CPC/2015, de forma permanente, norteados a atuação de todos os órgãos que integram o Poder Judiciário e viabilizando o acesso à Justiça e a cidadania aos usuários.

3.1 Da Resolução n.º 125, do Conselho Nacional de Justiça

Pode-se afirmar que a política pública de solução negociada de conflitos por meio de técnicas autocompositivas surgiu no Brasil a partir da Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, editada pelo CNJ.

Didier Júnior (2015, p. 274) enumera suas principais regulamentações:

Esta Resolução, por exemplo: a) institui a Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses (art. 1.º); b) define o papel do Conselho Nacional de Justiça com o organizador desta política pública no âmbito do Poder Judiciário (art. 4.º); c) impõe a criação, pelos tribunais, dos centros de solução de conflitos e cidadania (art. 7.º); d) regulamenta a atuação do mediador e do conciliador (art. 12), inclusive criando o seu Código de Ética (anexo da Resolução); e) imputa aos tribunais o dever de criar, manter e dar publicidade ao banco de estatísticas de seus centros de solução de conflitos e cidadania (art. 13); f) define o currículo mínimo para o curso de capacitação dos mediadores e conciliadores.

Na mesma esteira, o “Guia de Conciliação e Mediação” preconiza:

Pode-se afirmar que o Conselho Nacional de Justiça tem envidado esforços para mudar a forma com que o Poder Judiciário se apresenta. Não apenas de forma mais ágil e como solucionador de conflitos, mas principalmente como um centro de soluções efetivas do ponto de vista do jurisdicionado. Em suma, busca-se mudar o “rosto” do Poder Judiciário (BRASIL, 2012).

Nota-se que a partir da edição da Resolução, o CNJ estabeleceu as necessidades de que os juízes e tribunais brasileiros sejam solucionadores de conflitos, indo muito mais além da “cultura da sentença”. Devem-se orientar pela busca de eficiência e satisfação do jurisdicionado em tempo hábil, haja vista que, na contemporaneidade, o operador do direito passa a ser visto como um pacificador social (BRASIL, 2015a).

Verifica-se pela Resolução que o CNJ comprometeu-se a auxiliar os Tribunais na organização dos serviços necessários à concretização das políticas públicas negociais, organizando programas com objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação

Outro ponto forte da Resolução é a capacitação constante em conciliação e mediação dos profissionais que atuarão na área, por meio de encontros e fóruns de discussões acerca do tema, com a participação de juízes, servidores, conciliadores e mediadores, nos quais há o compartilhamento de técnicas e experiências, promovendo assim a uniformização dos procedimentos, consoante determina o artigo 9.º, § 2.º, da Resolução.

Tem-se, também, a capacitação externa, que ocorre com realização de eventos voltados às instituições que atuam em parceria com o Poder Judiciário, a exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público, Defensorias Públicas, Câmaras Privadas de Arbitragem e Instituições de Ensino.

3.2 Da Conciliação e Mediação à Luz do Novo Código de Processo Civil

O CPC/2015 disciplinou a mediação, conciliação e a arbitragem em várias passagens, fortalecendo a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos. Demonstra um marco de novos horizontes para a cultura jurídica do Brasil.

O artigo 3.º do referido diploma deixa expresso o dever de juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimularem a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos, inclusive no curso do processo judicial.

Como novidade, introduziu os mediadores e conciliações como auxiliares da Justiça (art. 149), sujeitando-os aos motivos de suspeição e impedimento (art. 148, II).

Na seção V, do Capítulo III, o CPC/2015 trata da instalação dos CEJUSC's, dos seus princípios informadores, do cadastro e capacitação dos mediadores e conciliadores, formas de remuneração, hipóteses de impossibilidade temporária do exercício da função, dentre outras regulamentações.

Logo, para viabilizar a eficácia dos institutos de conciliação e mediação, os Tribunais têm implantado o CEJUSC e oferecido cursos de capacitação aos profissionais do Direito e de áreas afins, por meio do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), pois, somente em casos excepcionais, esta audiência se realizará na sede do juízo.

Ressalta-se que dentre as tratativas mais importantes do CPC/2015 a respeito do tema, tem-se a criação da audiência de mediação ou conciliação como ato inicial do procedimento comum ordinário.

A audiência é de conciliação ou mediação, pois vai depender do tipo de técnica que será aplicada – e o tipo de técnica depende do tipo de conflito. De acordo com o §§ 2.º e 3.º do art. 165 do CPC, será de conciliação “nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes”; será de mediação, “nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes.” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 623).

Conforme o artigo 334 do CPC/2015, o réu será citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação e, somente com o encerramento do ato e não tendo havido acordo, terá início o prazo para apresentação da resposta.

Além disso, esta audiência somente poderá ser dispensada pelo juiz se ambas as partes manifestarem, de forma expressa, o desinteresse na composição amigável ou se o caso não admitir autocomposição, vedando, inclusive, a dispensa por apenas uma das partes (art. 334, § 4.º).

Não se pode confundir “não admitir autocomposição”, situação que autoriza a dispensa da audiência, com ser “indisponível o direito litigioso”. Em muitos casos, o direito litigioso é indisponível, mas é possível haver autocomposição. Em ação de alimentos, é possível haver reconhecimento da procedência do pedido pelo réu e acordo quanto ao valor e forma de pagamento; em processos coletivos, em que o direito litigioso também é indisponível, é possível celebrar compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, §5º, Lei nº. 7.347/1985) (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 625)

Por fim, mesmo demandas já em andamento podem ser encaminhadas para os Centros com o objetivo de apoiar os Juízos, Juizados e Varas nas suas conciliações e mediações.

4 DO CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA - CEJUS

As Centrais de Conciliação, como é o CEJUSC, através da realização de sessões de conciliação ou mediação, representam um passo na busca para maior interação entre o Poder Judiciário e a população em geral. A participação ativa na solução da lide está apresentando à sociedade uma nova visão do Judiciário, dinamizando as relações jurídicas.

A criação das Centrais passou a ocorrer de diversas maneiras, respeitando a realidade local de cada unidade da Federação. Muitos Tribunais consolidaram o CEJUSC exclusivamente com recursos próprios e, muito embora não terem conseguido implantar esses centros em todo o País, colheram resultados proveitosos sinalizadores de redução do número de demandas distribuídas e contribuíram para uma mudança de percepção do usuário jurisdicionado, no sentido de que a justiça pode ser mais rápida e simples (BRASIL, 2012).

Destaca-se a importância do papel das entidades, como Faculdades de Direito, Faculdades de Psicologia, Prefeituras e Organização Não-Governamentais (ONG's), que contribuem para o bom funcionamento dos CEJUSC, inclusive algumas tendo uma participação importante para inauguração de alguns Centros, que se deu com recursos dos próprios parceiros. Depreende-se aqui a função social da proximidade do Judiciário para com a sociedade, difundindo de forma mais acessível à cultura do diálogo e do consenso com finalidade de fomentar uma solução alternativa dos

conflitos (BRASIL, 2012).

De acordo com o artigo 10 da Resolução n.º 125 do CNJ, o CEJUSC deve necessariamente abranger os setores de solução de conflitos pré-processual, processual e setor de cidadania, devendo ser composto de uma estrutura funcional mínima de um Juiz Coordenador e, eventualmente, de um adjunto, devidamente capacitados, que deverão administrar e fiscalizar o serviço de conciliadores e mediadores, assim como servidores de dedicação exclusiva, todos devidamente capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos e pelo menos um deles treinado e capacitado para triagem e encaminhamento de casos.

As sessões de conciliação no CEJUSC, portanto, são realizadas com o objetivo de tentar chegar a um acordo consensual entre as partes, antes do ajuizamento de uma ação ou mesmo durante um processo judicial e, por força da Resolução n.º 125 do CNJ, pode-se discutir, por exemplo, questões cíveis que versarem sobre direitos disponíveis – inclusive em matéria de família –, previdenciárias, e de competência dos Juizados Especiais Cíveis.

Não obstante, deve ocorrer a capacitação específica e constante de juízes e dos serventuários da justiça que atuam no CEJUSC, os quais orientam a correta aplicação dos métodos de solução de conflitos. Ademais, não resta dúvida que para atuar no CEJUSC o servidor deve ter perfil sociável, comunicativo e educado.

4.1 A Relevância do CEJUS no Tribunal de Justiça de Minas Gerais

O processo como uma ferramenta jurisdicional para solucionar litígios tem dado espaço aos métodos autocompositivos. A iniciativa do legislador de tornar obrigatória essa prática comprova o interesse público em difundir a cultura do diálogo em situações de conflitos de interesse, em que o acordo judicial, além de ser mais célere, é a própria “sentença” construída pelas partes durante as sessões de conciliação ou mediação no CEJUSC.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), ao instalar o CEJUSC, demonstra à comunidade maior interesse na resolução alternativa de conflitos e, conseqüentemente, maior celeridade na prestação dos serviços judiciais, adquirindo, dessa forma, maior confiança e credibilidade para com os advogados e as partes que se utilizam dos serviços disponibilizados.

Ademais, a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo e que a participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente a percepção de justiça.

4.2 A Eficácia do CEJUSC na Comarca de Montes Claros: análise de dados

O CEJUSC da Comarca de Montes Claros recebe, no setor processual, ações Cíveis e das Varas de Fazenda Pública, que retornam sempre à Vara de origem, obtido ou não acordo, para extinção, por meio da homologação judicial, ou prosseguimento do feito. No setor pré-processual, o interessado comparece ao CEJUSC com os dados da parte contrária para elaboração pelo servidor de uma carta-convite informando a hora e local da sessão de conciliação ou mediação. Comparecendo os interessados e obtido acordo, este é homologado pelo Juiz Coordenador e vale como título executivo judicial. Não havendo, a parte é orientada a procurar a Justiça Comum ou o Juizado Especial, a depender do caso concreto. Quanto ao setor de cidadania, são prestadas informações e orientações jurídicas (BRASIL, 2012).

Em pesquisa no CEJUSC da Comarca de Montes Claros, foram analisados 164 formulários de avaliação do usuário, com perguntas elaboradas pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no período compreendido entre 15 de julho e 31 de outubro de 2015.

As partes que compareceram às sessões de conciliação/mediação foram questionadas acerca de sua visão do Poder Judiciário, após participar da sessão.

Nesse sentido, avaliou-se que 71 participantes responderam que a visão permanece a mesma e 93 avaliaram que mudou para melhor. Nenhum dos entrevistados respondeu que a visão que tinha do Judiciário mudou para pior.

Em outro questionamento, agora a respeito dos benefícios que os métodos de resolução de conflitos podem trazer, 42 pessoas responderam que não obtiveram benefícios diretos com as sessões de conciliação e mediação. Entretanto, ao serem indagados sobre a nova visão do Poder

Judiciário, avaliaram a questão de forma positiva, independentemente de ter ocorrido autocomposição, o que demonstra a satisfação dos usuários com relação à iniciativa do Tribunal.

Por outro lado, 122 participantes responderam que obtiveram benefícios diretos com as sessões de mediação e conciliação, e que, a partir do CEJUSC, têm uma visão melhor do Poder Judiciário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho, com o objetivo de demonstrar mudanças de paradigma quanto ao Judiciário, especialmente na Comarca de Montes Claros, aponta benefícios alcançados pelas partes após a participação nas sessões de mediação e conciliação.

Na atual conjuntura jurídica do Brasil, estimula-se a solução por autocomposição, que orienta políticas públicas de resolução de conflitos não só do Judiciário como também do Legislativo e do Executivo. A criação do CEJUSC representa um marco na trajetória evolutiva do Acesso à Justiça e vale-se, primordialmente, do diálogo entre as partes em conflito.

A iniciativa do Poder Judiciário fomenta uma resolução lógica do conflito, pois a autocomposição tem o condão de harmonizar os interesses opostos e possibilita chegar a um acordo de vontades, ainda que não se tenha iniciado um processo judicial. A finalidade das técnicas de mediação e conciliação não é o desafogar o Judiciário ou uma aceleração dos processos, mas a construção de uma decisão jurídica pelas partes.

Constata-se pela análise estatística do formulário de avaliação do usuário que a implementação do CEJUSC e a realização das sessões refletiram positivamente na opinião dos usuários sobre o Judiciário.

Destarte, os números mostram que para as partes, a possibilidade de conjuntamente entrarem em acordo e por fim a uma demanda é oportunidade aceita prontamente, pois permite que se estabeleçam as condições e resultados satisfatórios e igualitários para ambos os lados. Depreende-se dos dados um impacto promissor causado pelas atividades desenvolvidas no CEJUSC, em Montes Claros. É uma iniciativa nova e em crescimento, mas que já apresenta influência direta no contentamento dos usuários.

REFERÊNCIAS

- BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito, 53).
- BECKER, Carmem. *Vade mecum acadêmico de direito*. Niterói: Impetrus, 2013.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Guia de conciliação e mediação judicial: orientação para instalação de CEJUSC*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015b.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 125, de 29 novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 8 ago. 2015a.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. I. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- SENA, Adriana Goulart de. Formas de resolução de conflitos e acesso à Justiça. In: *Revista Tribunal Regional do Trabalho 3.ª Região*, Belo Horizonte, v. 46, n.º 76, , p. 93-114, 2007.
- SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.). *Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas*. Santa Cruz do Sul (RS): Edunisc, 2012.
- TOALDO, Adriane Medianeira. A cultura do litígio x a cultura da mediação. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/erro.html?link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10859&revista_caderno=21>. Acesso em: 19 jan. 2016.
- TRENTIN, Fernanda. Métodos alternativos de resolução de conflito: um enfoque pluralista do direito. In: *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11252&revista_caderno=24>. Acesso em: 13 ago. 2015.
- WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO

Pedro Fernandes Martins Cardoso¹
 Maria Fernanda Soares Fonseca²

RESUMO

Hodiernamente, o encargo probatório estático não concretiza os princípios basilares de um processo justo, não atenta à condição concreta das partes litigantes, o que enseja o surgimento da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que flexibiliza a rigidez da teoria disciplinada pelo art. 333 do CPC de 1973, mitigando-a em determinados casos, atentando e efetivando os modernos princípios inerentes a um processo justo e equânime. O presente trabalho busca analisar a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório, em quatro ópticas, seu surgimento, adequação, aplicação e previsão legal, buscando não só expor o aspecto teórico, mas auxiliar na aplicação prática do referido instituto.

Palavras-chave: Ônus da Prova. Processo Civil. Distribuição Estática e Dinâmica.

THEORY OF DYNAMIC DISTRIBUTION OF CHARGE PROBATION

ABSTRACT

In our times, the static evidentiary burden not finish the basic principles of due process, not attentive to the concrete condition of the disputing parties, which entails the emergence of the theory of dynamic distribution of the burden of proof, which eases the stiffness of disciplined theory by art. 333 of the 1973 CPC, mitigating it in some cases, paying attention and making effective the modern principles inherent in a fair and equitable process. This study seeks to analyze the Theory of Distribution Dynamics of Evidentiary Burden in four optics, its appearance, suitability, application and legal provision, seeking not only expose the theoretical aspect, but assist in the practical

implementation of this institute.

Keywords: Burden of Proof. Civil lawsuit. Static and Dynamic distribution.

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015), contém em seu bojo a Teoria da Distribuição Dinâmica do encargo probatório, oriunda da insuficiência da Teoria da Distribuição Estática, prevista no Código de Processo Civil instituído pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, desde sua promulgação, e que teve vigor até março de 2016.

Com isso em mente, o presente trabalho tem como objetivo analisar a Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus probatório, em quatro óticas, seu (1) surgimento, (2) adequação, (3) aplicação e (4) previsão legal, buscando não só expor o aspecto teórico, mas auxiliar na aplicação prática do referido instituto.

Neste prisma, o presente trabalho foi dividido, em quatro seções. Na seção I, houve a conceituação de prova e ônus da prova, e a descrição acerca da Teoria Estática do ônus da prova, demonstrando o surgimento da Dinâmica. Na seção II, adentrou-se na teoria da Distribuição Dinâmica, analisando sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro e o que vem a ser “prova diabólica”. Na III seção, buscou-se demonstrar a aplicação da Teoria Dinâmica, descrevendo suas condicionantes, colacionando e comentando precedentes oriundos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), analisando o momento de aplicação e os recursos cabíveis. Por fim, na seção IV, como o Novo Código de Processo Civil (NCPC) dispôs sobre o tema.

¹ Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas do Norte de Minas (Funorte) da cidade de Montes Claros/MG.

² Mestranda em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros-MG. Docente dos cursos de Direito e Serviço Social das Faculdades Integradas do Norte de Minas (Funorte) da cidade de Montes Claros/MG. Advogada.

Por oportuno, importante mencionar que o presente artigo se pautou na pesquisa bibliográfica, analisando a lei, doutrina e jurisprudência, como de costume nos esboços jurídicos. Além disso, não tem-se a pretensão de se esgotar o tema, mas de contribuir com seu aprendizado.

2 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA E O SURGIMENTO DA DINÂMICA

Prova é um meio, não um fim em si mesmo, retórico, argumentação e fundamentação racional, persuasivo, busca convencer o órgão julgador. Consoante lição doutrinária,

Mais especificamente, pode-se compreendê-lo como meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais” (MARINONI; MITIDIERO, 2011, p. 334).

Em termos simples, prova é o meio pelo qual se convence o órgão julgador da verdade do que se alega no processo. Porém, como se depreende do conceito descrito, este meio não é livre, deve ser exercido consoante os parâmetros fixados pelo direito e dos critérios racionais.

Ligado umbilicalmente à prova está o ônus da prova, que nada mais é a incumbência às partes pela lei, de comprovar os fatos do seu interesse, na busca de uma decisão favorável. Nesse sentido, Dinamarco (2004, p. 71) conceitua ônus da prova como “[...] encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo.”.

Cumprido ressaltar aqui, que o ônus da prova não é um dever jurídico ou uma obrigação a ser cumprida sob pena de ilicitude ou de sanção, como era entendido tempos atrás. A compreensão do exato significado do ônus da prova se faz por meio de duas ópticas, do Juiz (óptica objetiva) e das Partes (óptica subjetiva).

Com efeito, ao fim do processo, mesmo cumprido todo o procedimento, o magistrado pode não estar convicto de sua decisão (dúvida). E como o ordenamento jurídico veda a sentença *non liquet*

(problema sem solução), o ônus da prova se transforma numa regra de julgamento, onde o juiz pode analisar a atividade probatória das partes – quem não se desincumbiu de seu ônus, e proferir um julgamento – em seu desfavor.

Por outro lado, o ônus da prova assume uma regra de conduta para as partes, um interesse próprio de comprovar as alegações por elas tecidas. Assim, a parte, ao desincumbir de seu encargo probatório, atuará em seu próprio interesse que é o de ver suas alegações prosperar. A *contrário sensu*, a parte que não cumpre seu encargo tem o risco de ver suas pretensões negadas.

Nesse sentido, cabe colacionar trechos do voto proferido pelo Ministro Relator Mauro Campbell Marques, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 840.690/DF, que concretiza as facetas do ônus da prova, vejamos:

O chamado “ônus da prova” é instituto de direito processual que busca, acima de tudo, viabilizar a consecução da vedação ao *non liquet*, uma vez que, por meio do art. 333, inc. I, do CPC³, garante-se ao juiz o modo de julgar quando qualquer dos litigantes não se desincumbir da carga probatória definida legalmente, apesar de permanecer dúvidas razoáveis sobre a dinâmica dos fatos. – Faceta objetiva do ônus da prova

Por tudo isso, se o autor não demonstra (ou não se interessa em demonstrar), de plano ou durante o processo, os fatos constitutivos de seu direito, *mesmo tendo-lhe sido oportunizados momentos para tanto*, compete ao magistrado encerrar o processo com resolução do mérito, pela improcedência do pedido [...]. –Faceta subjetiva do ônus da prova.

2.1 Da Teoria da Distribuição Estática

Assim se acha descrito no Código de Processo Civil de 2015:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
[...]

³ Dispositivo contido no Código de Processo Civil (CPC) de 1973. No CPC de 2015, o teor do art. 333, inciso I, tem correspondência no art. 373, inciso I.

Insculpida no art. 373 do atual Código de Processo Civil, está a teoria da Distribuição Estática do ônus da prova, segunda a qual a lei, valendo-se da posição das partes (autor/réu), preestabelece o ônus probatório. Assim, o autor deve demonstrar o fato constitutivo de seu direito e o réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Exemplificando, se o autor adentra em juízo buscando o cumprimento de determinada obrigação, cabe a ele comprovar a existência desta obrigação (fato constitutivo de seu direito) – por exemplo: o contrato assinado pelas partes. Cabe ao réu demonstrar os fatos que impedem (por exemplo: não houve o vencimento do contrato), modifica (por exemplo: há parcelas parcialmente adimplidas) ou extinguem o direito do autor (por exemplo: o réu adimpliu toda a obrigação).

Portanto, primeiramente cabe ao Autor comprovar os fatos que “dão vida” ao seu direito, os fatos que dão concretude às suas pretensões, suporte a seus pedidos. Já o réu, segundo a regra geral, só necessita desincumbir-se de seu encargo probatório quando o autor já comprovou os fatos constitutivos de seu direito.

Com efeito, após o autor constituir seu direito, ao réu cabe o ônus consistente nos fatos *impeditivos, modificativos e extintivos* do direito do autor, meio de defesa indireta.

A seguir, o conceito de cada um:

São fatos impeditivos aqueles que obstaculizam a pretensão deduzida pelo autor, como, por exemplo, a *exceptio on adimpleti contractus* ou a *exceptio non rite adimpleti contractus*, o comportamento contraditório (*vinire contra factum proprium*) [...]. Esclarecimentos: *exceptio on adimpleti contractus* ou *exceptio non rite adimpleti contractus*, significa a exceção do contrato não cumprido (art. 476 e 477 do CC), ocorre, em síntese, quando o credor não cumpre sua parte na obrigação, mas exige que o devedor cumpra a sua. [...] São fatos modificativos do direito do autor os que alteram a substância do pedido, como por exemplo, o pagamento parcial, a novação etc. [...]. São fatos extintivos da pretensão do autor a decadência, a prescrição, o pagamento (NERY JÚNIOR; NERY, 2015, p. 996).

A regra estática de distribuição do ônus da prova remonta ao Imperador Justiniano, que, na oportunidade de seu “Corpus Juris Civilis” (ou

Código Justiniano), afirmou “o encargo da prova fica com aquele que afirma e não com o que nega.”. Buscou o Imperador evitar falsas acusações, exigindo provas de eventuais afirmações (FERREIRA; SOARES; SILVA, 2015, f. 95).

Ante a essa premissa, evoluiu a Teoria Estática, para impor ao réu a prova dos fatos negativos (impeditivos, modificativos e extintivos), porém só após do autor constituir seu direito. Percebe-se a situação de conforto do réu, que só necessita agir por contraprova (prova que contraria uma anterior).

2.2 Do Surgimento da Teoria da Distribuição Dinâmica

Como foi demonstrado, o Brasil adotou a Teoria da Distribuição Estática, que tem como critério a posição das partes no processo (autor e réu) e não a verdadeira situação das partes em concreto, preestabelecendo o encargo probatório.

Imagine a seguinte hipótese: em uma ação de alimentos, a mãe e o filho (autores) exigem pensão alimentícia, no montante de R\$2.000,00, tendo em vista a “necessidade” (ausência de bens e meios suficientes) dos autores e a “possibilidade” (sem desfalque do necessário ao seu sustento) do pai (réu). Para tanto, a mãe junta demonstrativo da referida “necessidade”, mas não junta demonstrativo de renda do pai (réu), algo extremamente importante para se auferir a mencionada “possibilidade”, por não ter acesso a tais documentos.

Pela teoria estática, o réu só necessita agir após o autor constituir seu direito. Se o autor afirma que necessita de R\$2.000,00 de pensão alimentícia e que o réu tem capacidade de fornecer este valor, ele deve comprovar, “o encargo da prova fica com aquele que afirma e não com o que nega”, como já disse o Código Justiniano.

Não obstante, percebe-se, claramente, que o réu tem melhores condições de comprovar sua renda, até porque é ele quem a auferir. Em contrapartida, ao autor, em alguns casos, é impossível ou muito difícil produzir esta prova.

Em casos similares, a Teoria da Distribuição Estática se mostrou insuficiente, por ser rígida e não admitir modulações, não abrangendo as diversas peculiaridades oriundas do caso concreto.

A sociedade e o direito material encontram-se em intensa transformação (cf. comentário ao art. 1.º), razão pela qual a regra geral

disposta no art. 373 [do CPC de 2015] (distribuição estática do ônus de provar) não pode ser aplicada de modo inflexível, a qualquer hipótese (MEDINA, 2015, p. 629).

Com efeito, existem situações nas quais uma parte, onerada com a produção da prova, não tem condições concretas de produzi-la, e a outra, a princípio desonerada, possui melhores condições de provar, como no caso visto anteriormente. Nesses casos, a Teoria Estática se mostra insuficiente.

Dessa forma, surge a teoria da Distribuição Dinâmica do encargo probatório, tendo sido Jorge W. Peyrano, jurista argentino, quem a desenvolveu, a partir de um caso de erro médico em que a vítima do erro não tinha condições de desincumbir de seu ônus probatório, pois o réu era quem detinha todos os documentos essenciais para a solução do litígio (prontuário e demais documentos).

Neste caso, julgado pelo próprio Jorge W. Peyrano, lançou-se mão da Teoria Dinâmica para solucionar a controvérsia, atribuindo o ônus da prova que era da vítima, para o médico, pois ele tinha melhores condições de produzi-la (PEIXOTO; MACEDO, 2014, p. 151-153).

Em suma, a teoria da Distribuição Dinâmica permite ao Juiz, no caso concreto, analisando a verdadeira situação das partes no processo, mediante uma decisão fundamentada, distribuir o encargo probatório para quem tem melhores condições de produzir a prova.

3 ADEQUAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A noção do Devido Processo Legal como um derivado do Princípio da Legalidade, em que o Estado e as partes devem observar as formas e prescrições legais, é incompleta. Com efeito, a moderna visão do Devido Processo Legal é assimilada a ideia do Processo Justo.

Faz-se modernamente uma assimilação da ideia de devido processo legal à de *processo justo*. [...] A par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material. Entrevê-se, nessa perspectiva, também um aspecto substancial na garantia do devido processo legal (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 85)

A ideia do Devido Processo Legal deve ser

refletida como uma conjugação e harmonização de todos os princípios processuais constitucionais, efetivando um provimento jurisdicional compatível com a constituição e a noção de “justiça”, esta, medida pelos padrões objetivos do direito.

Com efeito, não se busca efetivar uma justiça subjetiva e moral, mas a objetiva, que se traduz na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, assegurando-se um tratamento isonômico às pessoas e conjugando, na ideia do Devido Processo Legal, outros princípios processuais.

Diante dessas ideias, o *processo justo*, em que se transformou o antigo *devido processo legal*, é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o pleno acesso à Justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade. Nesta ordem de ideias, o processo, para ser *justo*, nos moldes constitucionais do Estado Democrático de Direito, terá de consagrar, no plano procedimental: [...] a) o direito de acesso à Justiça; b) o direito de defesa; c) o contraditório e a paridade de armas (processuais) entre as partes; d) a independência e a imparcialidade do juiz; e) a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios; f) a garantia de uma duração razoável, que proporcione uma tempestiva tutela jurisdicional. [...] A justiça que se busca alcançar no processo não é, naturalmente, aquela que a moral visualiza no plano subjetivo. É, isto sim, a que objetivamente corresponde à prática efetiva das garantias fundamentais previstas na ordem jurídica constitucional, e que, de maneira concreta se manifesta como o dever estatal de “assegurar tratamento isonômico às pessoas, na esfera das suas atividades privadas e públicas”. Proporcionar *justiça*, em juízo, consiste, nada mais nada menos, que (i) distribuir igualmente “as limitações da liberdade”, para que todos tenham protegida a própria *liberdade*; e (ii) fazer com que, sem privilégios e discriminações, seja dispensado tratamento *igual* a todos perante a lei [...] (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 88).

É neste prisma, observando o princípio da Isonomia, Paridade de Armas e Acesso à Justiça, conjugando com a noção do Devido Processo Legal, que a teoria da Distribuição Dinâmica tem lugar no Direito brasileiro.

Com efeito, existem situações peculiares e concretas em que uma parte detém uma maior capacidade de produzir a prova necessária para solucionar a controvérsia, enquanto, quase sempre, a outra tem diante de si uma prova de difícil ou impossível produção (prova diabólica).

Apesar da adoção da distribuição estática do ônus da prova tanto no direito processual brasileiro, quanto em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, há muito se tem percebido sua deficiência para solucionar situações concretas de direito substancial, em especial, quando se está diante da conhecida prova diabólica (STJ. REsp. 1364707/PE, Rel. Ministra Nancy Andrighi).

Portanto, ora a Teoria da Distribuição Dinâmica irá estabelecer no caso concreto a Isonomia, por meio da Paridade de Armas, igualando as partes em litígio; ora o Acesso à Justiça, pois impor a uma parte um ônus probatório difícil ou impossível, quando a outra parte tem melhores condições, é o mesmo que lhe negar justiça.

De outro lado, o ônus da prova pode ser atribuído de maneira dinâmica, a partir do caso concreto pelo juiz da causa, a fim de atender à paridade de armas entre os litigantes e às especificidades do direito material afirmado em juízo [...]. Providência dessa corte visa superar a *probatio diabolica*, possibilitando um efetivo acesso à justiça (MARINONI; MITIDIERO, 2011, p. 337).

Outro prisma em que a Teoria Dinâmica tem lugar no ordenamento jurídico brasileiro, é na moderna concepção do Princípio da Cooperação, fruto de uma análise constitucional do processo, quando os envolvidos (Juiz e Partes) são coadjuvantes na busca da justa prestação jurisdicional.

Neste sentido:

[...] sob influência da constitucionalização do processo, retirando o magistrado, na condução do processo, de uma posição acentuadamente assimétrica em relação às partes para torná-los mais próximos: destarte, possibilita-se o diálogo, criando uma comunidade de trabalho entre as partes e o magistrado para a obtenção de uma decisão adequada e mais condizente com uma democracia participativa (PEIXOTO; MACEDO, 2014, p. 28).

Não se trata de revogar o sistema do direito positivo, mas de complementá-lo à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido sobretudo com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 601)

Sendo assim, pode-se afirmar que a Teoria Dinâmica é adequada ao ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, preconizou a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.286.704/ SP, oportunidade em que atuou como relatora:

[...] Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.

3.1 Compreensão da Noção de “Prova Diabólica”

Quando se pensa na aplicação da teoria dinâmica, quase sempre se está diante de uma “*prova diabólica*”, expressão esta que traduz a situação em que a produção probatória seja difícil ou impossível a uma das partes.

Ocorre, por exemplo, quando uma parte, desincumbida de produzir a prova, detém os documentos necessários para solucionar a controvérsia, e a outra, incumbida de provar, não tem acesso (ou o acesso é difícil) a tais documentos.

Assim, sempre que se está diante de um ônus probatório difícil ou impossível, fala-se de uma “prova diabólica”, e quase sempre, pode-se aplicar a Teoria Dinâmica, desde que haja uma parte com melhores condições de provar.

[...] Percebe-se a ocorrência da sinédoque, eis que se emprega a *probatio diabolica* para descrever qualquer situação onde a instrução seja muito difícil ou impossível. [...] vislumbrado pelo magistrado caso em que a prova se revela de muito difícil ou impossível produção a uma das partes, enquanto para a outra há maior facilidade,

deve proceder – em cumprimento ao direito de acesso à justiça, e aos princípios da isonomia e da cooperação intersubjetiva – à adequação do procedimento, estruturando a atividade probatória a partir da dinamização da carga da prova [...] (PEIXOTO; MACEDO, 2014, p. 165).

4 APLICAÇÃO PRÁTICA DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA

Inicialmente, cumpre salientar, que a Teoria Dinâmica tem aplicação subsidiária ou excepcional, isto é, só tem lugar quando não cabe regra estática (prevista hoje no art. 373 do CPC).

Isto porque a regra estática, na qual o autor deve constituir seu direito e o réu, após o autor constituir o direito, comprovar os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito autor, além de traduzir segurança jurídica, denota “justiça” ao não admitir afirmações vazias e não fundamentadas.

Não obstante, como se viu, existem situações em que há uma desigualdade processual, estando uma parte em melhores condições de produzir a prova objeto da controvérsia.

Só então, verificada a situação concreta ora exposta é que tem lugar a Teoria da Distribuição Dinâmica, que vem não substituir a Teoria Estática, mas complementá-la, materializando os Direitos e Garantias Fundamentais (como isonomia, paridade de armas e acesso à justiça) no caso concreto.

Imperativo apontar que a aplicação da técnica processual da dinamização do ônus probatório só deve ser utilizada *in extremis*, ou seja, quando for medida necessária à prestação adequada da tutela do direito material, fora isso, sua aplicação no processo civil é ilícita (PEIXOTO; MACEDO, 2014, p. 162).

Com isso em mente, existem algumas condicionantes da aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica no caso concreto, até porque o uso desmedido da referida teoria gera ilicitude.

4.1 Das Condicionantes da Distribuição Dinâmica

A primeira condicionante é a necessidade de fundamentação ou motivação da decisão, que

advém da própria natureza subsidiária do instituto da Distribuição Dinâmica.

Com efeito, o Juiz deve demonstrar concretamente, não genericamente, a necessidade de aplicação da Distribuição Dinâmica, oportunizando às partes verificar a necessidade e adequação de tal decisão, pois modificar o ônus probatório influencia diretamente na esfera jurídica delas.

A fundamentação da decisão a propósito da dinamização do ônus da prova tem de estar expressa nos autos, indicando, a uma, a razão pela qual não incide o art. 333⁴, CPC, e, a duas, os motivos que levaram o órgão julgador a considerar que a parte a princípio desonerada da prova em maior facilidade probatória diante do caso concreto. (MARINONI; MITIDIERO, 2011, p. 338).

Outra condicionante, ligada à primeira, é a necessidade de delimitação da decisão, que não pode ser genérica. Deve o Juiz identificar a parte controversa a ser esclarecida pela parte, até porque, como se viu, a Teoria Dinâmica visa complementar a Estática; não, substituí-la.

[...] a parte que suporta o redirecionamento não fica encarregada de provar o fato constitutivo do direito do adversário; *sua missão é a de esclarecer o fato controvertido apontado pelo juiz*, o qual já deve achar-se parcial ou indiciariamente demonstrado nos autos, de modo que a diligência ordenada tanto pode confirmar a tese de um como de outro dos litigantes; mas, se o novo encarregado do ônus da prova não se desempenhar a contento da tarefa esclarecedora, sairá vitorioso aquele que foi aliviado, pelo juiz, da prova completa do fato controvertido; (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 602).

Realmente, o magistrado, na decisão que dinamiza o ônus da prova, deve especificar que a carga modificada é referente a determinado fato probando, padecendo de *error in procedendo*, por vício de fundamentação, a decisão que se limita a genericamente inverter os ônus probatórios (PEIXOTO; MACEDO, 2014, p. 164).

E, por fim, é necessário, no caso concreto, haver a presença de uma parte em melhores

⁴ Dispositivo contido no Código de Processo Civil (CPC) de 1973. No CPC de 2015, o teor do art. 333, tem correspondência no art. 373.

condições de se produzir a prova. Ou seja, uma parte que tenha capacidade de provar, não podendo a dinamização ensejar numa *prova diabolica* reversa:

Logo em seguida, deve-se aferir se a outra parte, a princípio desincumbida do encargo probatório, encontra-se em uma posição privilegiada diante das alegações de fato a provar [...] não poderá, de modo nenhum, dinamizar o ônus da prova se a atribuição do encargo de provar acarretar uma *probatio diabolica* reversa, isto é, incumbir a parte contrária, a princípio desonerada, de uma prova diabólica (MARINONI; MITIDIERO, 2011, p. 338).

4.2 Precedentes nos quais se Aplicou a Teoria da Distribuição Dinâmica

Passar-se-á a analisar alguns precedentes em que se aplicou, concretamente, a Teoria Dinâmica, a começar, um oriundo do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. DEPÓSITOS EM CONTAS CORRENTES. NATUREZA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE. ÔNUS DA PROVA QUE CABE AO TITULAR. 1. Sendo direito do exequente a penhora preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I, do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo. 2. Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (STJ. REsp 619.148/MG, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão).⁵

Esclarecendo, houve uma decisão em que indeferiu o bloqueio de saldo bancário, tendo em vista a ausência de prova de que o valor ali encontrado não era proveniente de salário. Foi interposto agravo de instrumento, por meio do qual se chegou ao STJ por via de Recurso Especial, em que se decidiu que a) o ônus de comprovar a

impenhorabilidade é de quem alega, *in casu*, do réu; b) pela teoria da distribuição dinâmica, o titular dos valores bloqueados possui maior facilidade em se comprovar sua natureza (se salarial ou não), tendo a outra parte uma “prova diabólica”, justificando assim a distribuição do ônus a “quem, poderia fazê-lo mais facilmente.”

Segundo, um caso de responsabilidade civil por erro médico, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS).

EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA. APLICABILIDADE DIANTE DO PECULIAR E ESCASSO MATERIAL PROBATÓRIO. 1. A utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para oferecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz, não se limita, no caso, apenas às questões documentais, como prontuários e exames, que se alega pertencem ao hospital, mas à prova do fato como um conjunto, ou seja, não se duvida que ao médico é muito mais fácil de comprovar que não agiu negligentemente ou com imperícia, porque aplicou a técnica adequada, do que ao leigo demonstrar que esta mesma técnica não foi convenientemente observada. 2. Quando a aplicação dos contornos tradicionais do ônus probatório na legislação processual civil não socorre a formação de um juízo de convencimento sobre a formação da culpa do médico, a teoria da carga dinâmica da prova, importada da Alemanha e da Argentina, prevê a possibilidade de atribuir ao médico a prova da sua não-culpa, isto é, não incumbe à vítima demonstrar a imperícia, a imprudência ou a negligência do profissional, mas a este, diante das peculiaridades casuísticas, a sua diligência profissional e o emprego da técnica aprovada pela literatura médica. Destarte, a aplicação de dita teoria não corresponde a uma inversão do ônus da prova, mas avaliação sobre o ônus que competia a cada uma das partes. Incumbe, pois, ao médico especialista o ônus de reconstituir o procedimento adotado, para evidenciar que não deu causa ao ocorrido. 3. No caso dos autos, não se encontra justificativa razoável

⁵ Dispositivos contidos no Código de Processo Civil (CPC) de 1973. No CPC de 2015, o teor do art. 655, inciso I, tem correspondência no art. 835, I; e o art. 333, inciso I, tem correspondência no art. 373, inciso I.

para uma fratura no braço culminar com a sua amputação, a não ser a culpa do médico que nada fez a respeito, a despeito dos sintomas indicativos da falta de melhora do autor ao longo da *via crucis* percorrida até descobrir, em Porto Alegre, que a dificuldade de circulação do sangue, devido à má colocação do gesso, conduziria à perda do membro. O resultado da omissão médica possui maior peso, constituindo-se, dentro desse quadro, em evidência suficiente para sua condenação, não se concebendo, sem explicação plausível, que uma fratura sem gravidade venha a causar a perda de um membro. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA DE VOTOS. (TJRS. Embargos Infringentes n.º 70017662487, Relator Odone Sanguiné).

Esclarecendo, no presente caso o autor sofreu uma fratura no braço esquerdo em decorrência de uma queda, levado ao hospital onde o réu (embargante no precedente transcrito) engessou seu braço. Posteriormente, em razão de sintomas, demonstrando a falta de melhora, o autor foi encaminhado a outro hospital, onde constatou a necessidade de amputar seu braço, devido à colocação apertada do gesso, que gerou uma dificuldade de circulação sanguínea. Diante deste caso, à época do dano não se encontrava em vigor o CDC, foi aplicada a Teoria da Distribuição Dinâmica, como se verifica pela ementa acima, retirada do voto do Desembargador Odone Sanguiné, atribuindo ao réu (médico) o ônus de comprovar sua “não-culpa”, pois detinha maiores condições para tanto.

Aqui, é interessante destacar uma diferenciação da Teoria da Distribuição Dinâmica da Técnica da Inversão do Ônus da Prova, feita pelo eminente desembargador citado, “a aplicação de dita teoria não corresponde a uma inversão do ônus da prova, mas avaliação sobre o ônus que competia a cada uma das partes.”. Percebe-se nessa afirmativa uma característica importante: a Teoria Dinâmica não analisa a posição das partes em juízo, mas sua situação.

Com efeito, a Teoria Dinâmica é mais ampla que a Inversão do Ônus da Prova, pois não importa se a distribuição será em favor do autor ou réu (consumidor ou fornecedor), se analisa quem, no caso concreto, está em melhores condições de provar, “avaliando o ônus que compete a cada uma das partes.”.

Um interessante exemplo, que evidencia esta diferença, é o seguinte, oriundo novamente no

Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que utilizou a Teoria Dinâmica para impedir que a Técnica de Inversão prevista no CDC (art. 6.º, inciso III) imponha uma “prova diabólica” reversa.

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. LIGAÇÕES TELEFÔNICAS DE COBRANÇA. INEXISTÊNCIA DE ABALO MORAL. ÔNUS DA PROVA. PROVA NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. Ligações telefônicas de cobrança sem prova de repercussão no meio social, não tem o condão de gerar dano moral configurador do dever de indenizar. Cabível, excepcionalmente, quando atinge direito da personalidade. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Não se pode incumbir à parte ré, em tese, a prova de fato negativo, nem mesmo em se tratando de relação de consumo, quando a sua produção é impossível. Diz-se em tese porque, pela teoria da carga dinâmica da prova, é possível que se atribua à parte o ônus de fazer a prova do fato negativo, quando, diante das especificidades da relação e da viabilidade concreta de sua produção, uma das partes detenha condições de produzi-la, o que não é o caso dos autos. APELO DESPROVIDO. (TJRS. Apelação Cível n.º 70037339751, Relator Dorval Bráulio Marques).

Como esclareceram Peixoto e Macedo (2014, p. 174)

[...] tendo em vista a utilidade pragmática dessa teoria como forma de proporcionar uma instrução – e portanto, um julgamento – mais equânime, a teoria da distribuição dinâmica do *onus probandi* vem sendo utilizada para obstar a inversão do encargo probatório pelo art. 6.º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, quando essa inversão der ensejo a uma hipótese de *pobatio diabolica*.

Por fim, este último julgado oriundo do Superior Tribunal de Justiça (STJ),

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PARA A VERIFICAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA.

RESPONSABILIDADE DA ELETROBRÁS.

1. Pode o juiz ordenar que a Eletrobrás exiba documento que se ache em seu poder, a fim de permitir-se que sejam efetuados corretamente os cálculos dos valores devidos em razão da correção monetária dos valores recolhidos a título de empréstimo compulsório. [...] 2. Não há qualquer ilegalidade na determinação judicial para que a Eletrobrás, ora recorrente, apresente os documentos mencionados. Isso porque a teoria de distribuição dinâmica do encargo probatório propicia a flexibilização do sistema, e permite ao juiz que, diante da insuficiência da regra geral prevista no art. 333 do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la. Logo, não há que se falar em contrariedade aos arts. 283, 333, I, e 396 do CPC. 3. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no AREsp 216.315/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques).⁶

Neste caso, o Ministro Mauro Campbell invocou a Teoria Dinâmica para respaldar o entendimento do Juízo que determinou à Eletrobrás exibir os documentos, necessários para solucionar a controvérsia, que se achavam em seu poder. Veja-se que uma das partes (Eletrobrás) estava em melhores condições de se produzir a prova (pois detinha os referidos documentos), enquanto a outra estava diante de uma “prova diabólica” (não detinha os documentos), configurando a necessidade de flexibilizar o ônus da prova.

4.3 Do Momento de Aplicação da Teoria e dos Recursos Cabíveis

Finalizando a parte de aplicação prática da Teoria Dinâmica, faz-se necessário analisar o momento processual da dinamização e os recursos cabíveis de tal decisão.

Primeiramente, o Juiz, ao dinamizar o ônus probante deve instaurar o contraditório, ou seja, dar oportunidade à parte se desincumbir do novo encargo probatório ou, se desejar, recorrer.

a redistribuição não pode representar surpresa para a parte, de modo que a deliberação deverá ser tomada pelo juiz, com intimação do novo encarregado do ônus da prova esclarecedora, a tempo de proporcionar-lhe oportunidade de se

desincumbir a contento do encargo; não se tolera que o juiz, de surpresa, decida aplicar a dinamização no momento de sentenciar; o processo justo é aquele que se desenvolve às claras, segundo os ditames do contraditório e ampla defesa, em constante cooperação entre as partes e o juiz e, também, entre o juiz e as partes [...]. (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 602)

Como já descrito, a Distribuição Dinâmica é um instituto subsidiário e excepcional, sendo assim, caso seja aplicado, não pode representar uma surpresa à parte onerada com a eventual produção probatória. Como descrito no trecho anterior, o processo deve se desenvolver “às claras”, obedecendo ao contraditório e à ampla defesa.

Sendo assim, o momento adequado de se dinamizar o ônus da prova seria na fase de saneamento do processo, momento em que o Juiz deverá “I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de provas admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.” (art. 357 do CPC de 2015), dando oportunidade à parte para se desincumbir do ônus probatório. Sendo posterior, deve-se reabrir à parte oportunidade de se produzir as provas.

Em termos simples, o momento ideal seria na fase de saneamento, porém, notando a necessidade de se dinamizar o ônus probatório posteriormente, nada impede que o Juiz assim o faça, desde que abra à parte nova oportunidade de produzir as provas.

Esse entendimento encontra respaldo na Jurisprudência do STJ, como se verifica, *mutatis mutandis*, pelo julgado abaixo:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO ‘OPE JUDICIS’ (ART. 6.º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. [...] Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a

⁶ Dispositivos contidos no Código de Processo Civil (CPC) de 1973. No CPC de 2015, o teor do art. 333 tem correspondência no art. 373; o art. 283 tem correspondência no art. 320; e o art. 396 tem correspondência no art. 434.

inversão ‘ope judicis’ ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). A inversão ‘ope judicis’ do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ. REsp 802.832/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino).

Nesse mesmo sentido, observa José Garcia Medina

Solução diversa, por surpreender a parte, implicaria em violação ao princípio do contraditório [...] Por isso, caso a inversão não tenha sido determinada na fase de saneamento do processo, deverá ser reaberta à parte a oportunidade de se produzir provas [...] (MEDINA, 2015, p. 632).

Por outro lado, a parte interessada, diante da decisão que determina a dinamização probatória, tem, logicamente, oportunidade de se insurgir, momento em que poderá desafiar tal decisão por meio do agravo de instrumento, pois se trata de “decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação [...]” (art. 527, II, do CPC de 1973, sem correspondência no CPC de 2015).

Nesse sentido,

Em decisões que, por economia processual e pelo direito à prestação jurisdicional célere, se faz imprescindível que, para evitar impertinentes dilações futuras, agrave-se de instrumento, possibilitando a análise imediata pelo tribunal de matéria preliminar a correção de todo o restante do processo. [...] e a mesma *ratio* deve ser compartilhada com a técnica da dinamização, porquanto tem relação de preliminariedade com a fase instrutória, sem dúvida a mais custosa de todo o processo (PEIXOTO; MACEDO, 2014, p. 203/204).

Cumprido informar que, com a previsão da Teoria Dinâmica no Novo CPC, como será visto à frente, perfeitamente cabível também o Recurso Especial, com base no art. 105, III, alínea “a”, CF/88 “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais dos Estados [...] quando a decisão recorrida: [...] a)

contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.”.

E, por fim, há quem também defenda o cabimento do Recurso Extraordinário, em virtude dos Princípios Constitucionais que circundam a Teoria Dinâmica, *verbis*:

[...] É dizer, no Recurso Extraordinário é possível discutir se houve correta concretização dos princípios e aplicação da dinamização a partir dos fatos X ou Y, tidos por existentes pela decisão recorrida (PEIXOTO; MACEDO, 2014, p. 205).

5 DA PREVISÃO DA TEORIA DINÂMICA NO NOVO CPC

O Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, contém em seu bojo a Teoria da Distribuição Dinâmica, *verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1.º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2.º A decisão prevista no § 1.º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Com efeito, no art. 373, I e II, do NCPC, tem-se a previsão da Teoria Estática como regra, ou seja, ao autor cumpre constituir seu direito e ao réu comprovar os fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor, até aqui, está igual ao art. 333, do CPC de 1973. Não obstante, no § 1.º têm-se exceções à regra anterior, passando a ser possível a fixação do ônus de maneira diversa, “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário,

poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso [...]”. Têm-se, aqui, as hipóteses de inversão do ônus da prova previstas em lei, como a inversão prevista no art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), e a possibilidade de se aplicar a Teoria da Distribuição Dinâmica.

Primeiramente, pode-se destacar a subsidiariedade da Teoria Dinâmica, que, como já se afirmou, não veio substituir a Teoria Estática, mas complementá-la, nos casos em que ela (Estatística) se mostrou insuficiente.

Assim, no caso concreto (“diante das peculiaridades da causa”) se uma das partes estiver diante de uma “prova diabólica” (impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo) ou a outra parte, maiores condições de se produzir a prova (à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário), o juiz poderá se valer da Teoria da Distribuição Dinâmica (“atribuir o ônus da prova de modo diverso”).

Tal disposição está em consonância com o disposto até aqui, pois se viu que a Teoria Dinâmica permite que, no caso concreto, analisando a verdadeira situação das partes no processo e as “peculiaridades” da causa posta em juízo, distribuir o encargo probatório para quem tem melhores condições de produzir a prova, efetivando assim a isonômica processual, paridade de armas, o acesso à Justiça e a cooperação processual, que aliás, quanto a última, tem previsão expressa no novo CPC, *verbis*:

Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Outrossim, em todos os casos práticos que se viu até aqui, nos quais se aplicou a Teoria Dinâmica, estava presente a “prova diabólica”, ou seja, uma prova de difícil ou impossível demonstração a uma das partes, traduzindo a insuficiência da Teoria Estática, como bem preconizou a Ministra Nancy Andrighi, do STJ (REsp 1364707/PE) em seu voto, neste já colacionado julgado:

Apesar da adoção da distribuição estática do ônus da prova tanto no direito processual brasileiro, quanto em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, há muito se tem percebido sua deficiência para solucionar situações concretas de direito

substancial, em especial, quando se está diante da conhecida prova diabólica.

Além disso, preocupou-se o novo CPC com a prova diabólica reversa, ao conceber no § 2.º do mesmo artigo 373 que a “decisão prevista no § 1.º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

Assim, não pode o Juiz distribuir o ônus da prova de forma que gere à outra parte, a princípio desobrigada, uma prova diabólica, ou seja, a parte onerada com o distribuição dinâmica, deve ter condições de produzir a prova. Cumpre novamente colacionar a seguinte lição:

Logo em seguida, deve-se aferir se a outra parte, a princípio desincumbida do encargo probatório, encontra-se em uma posição privilegiada diante das alegações de fato a provar[...] não poderá, de modo nenhum, dinamizar o ônus da prova se a atribuição do encargo de provar acarretar uma *probatio diabólica* reversa, isto é, incumbir a parte contrária, a princípio desonerada, de uma prova diabólica (MARINONI; MITIDIERO, 2011, p. 338).

Nesta esteira de consonância, constata-se a necessidade de fundamentação da decisão que distribuir diversamente o ônus probante, algo que nem precisava estar positivado, e a proibição da surpresa, art. 373, §1.º, “[...] poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

Remete-se o leitor à leitura do item 4.1, no qual se falou acerca das “condicionantes da Teoria Dinâmica”, afirmando a necessidade de uma decisão fundamentada concretamente, não genericamente, identificando a parte controversa a ser esclarecida.

Complementando, remete-se o leitor também ao item 4.3, quando se falou do momento de aplicação da Teoria Dinâmica, demonstrando que a decisão que distribui diversamente o ônus não pode representar surpresa à parte, devendo ela ter “oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

Por isso, que o momento adequado de se dinamizar o ônus da prova é na fase de saneamento do processo, momento em que o Juiz agirá

conforme o art. 357 do CPC de 2015⁷, dando oportunidade a parte desincumbir de seu ônus probatório. É o que se vê, a seguir:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo
[...]
III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

Em suma, o novo CPC respeitou todas as condicionantes da Teoria Dinâmica (tema do item 4.1 deste texto), inclusive a temporal (item 4.3), além de observar a subsidiariedade e segurança jurídica, notadamente ao exigir decisão fundamentada e ao proibir a “prova diabólica” reversa, estando rente com a doutrina e jurisprudência utilizada neste esboço.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisou-se a Teoria da Distribuição Dinâmica em quatro ópticas, seu surgimento (item 2), adequação (item 3), aplicação (item 4) e previsão legal (item 5).

Em síntese, o surgimento da Teoria da Distribuição Dinâmica se deu diante da insuficiência da Teoria Estática, que por ser inflexível, não abrange todas as peculiaridades oriundas do caso concreto. A adequação ao ordenamento jurídico brasileiro tem origem nos Princípios da Isonomia, Paridade de Armas, Acesso à Justiça, Devido Processo Legal e Cooperação Processual. Já quanto à sua aplicação, constou-se que deve se dar observando certas condicionantes (motivação, delimitação e condição), além da subsidiariedade, proibição da surpresa e o cabimento do agravo de instrumento da decisão que dinamizar o ônus da prova. Além disso, foi colacionado precedentes onde se aplicou concretamente a Teoria Dinâmica, demonstrando sua utilidade prática em diversas situações fáticas.

Por último, foi analisado o art. 373 do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que positivou a Teoria Dinâmica, e constatou sua consonância com o disposto no presente esboço.

Por oportuno, cumpre salientar que houve diversos momentos que seria, no mínimo, interessante alongar o diálogo e tecer considerações de maneira mais aprofundada, como por exemplo no que toca aos princípios processuais que circundam a Teoria Dinâmica, na análise de outros julgados, análise da referida teoria na seara tributária (ante as presunções que militam em favor dos créditos públicos), etc.

Não obstante, ante a via restrita do artigo científico, não foi possível alongar o diálogo como disposto acima, nem enfrentar as críticas à Teoria Dinâmica, que, embora minoritárias (o STJ, como se demonstrou, já pacificou o entendimento de que a Teoria Dinâmica é adequada ao ordenamento jurídico brasileiro, nos moldes dispostos neste trabalho), bem fundamentadas (NERY JÚNIOR; NERY, 2015, p. 997).

Com efeito, quanto às referidas críticas à Teoria Dinâmica, cumpre salientar que não se procurou fazer do presente esboço jurídico um ringue de ideias, colocando, como ocorre geralmente, uma de um lado e outra ideia contrária em lado oposto para, ao fim, prolatar uma conclusão de qual seria mais adequada. Pois, além de ser reducionista o pensamento de que artigos, monografias, etc. servem para colocar correntes contrárias em plano, para simplesmente escolher uma ao fim, este nunca foi o objetivo.

Enfim, cumpre ressaltar que, não se teve a pretensão de esgotar o tema, mas de contribuir com seu entendimento e aplicação, reservando, ao futuro, a oportunidade de manifestar-se de forma mais abrangente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

⁷ No CPC de 1973, constava: “**Art. 331.** Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1.º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2.º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. § 3.º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2.º”.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990, e retificado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2007.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 216.315/RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgamento em 23 out. 2012. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 6 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 422.778/SP. Relator Ministro Castro Filho. Terceira Turma. Julgamento em 19 jun. 2007. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 27 ago. 2007, p. 220.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 619.148/MG. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 20 maio 2010. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 1 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 802.832/MG. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Segunda Seção. Julgamento em 13 abr. 2011. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 21 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 840.690/DF. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgamento em 19 ago. 2010. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF,

Diário da Justiça Eletrônico, 28 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.286.704/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgamento em 22 out. 2013. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 28 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.364.707/PE. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgamento em 25 fev. 2014. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico, 10 mar. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRA, Mary Vânia Nogueira; SOARES, Meline Lopes; SILVA, Rafael Moreira da. Regras do corpus iuris civilis em comparação ao atual ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/fitshumanas/article/view/580/384>>. Acesso em: 15 out. 2015.

MARINONI, Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

PEIXOTO, Ravi; MACEDO, Lucas. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPodivm, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70036390433. Décima Primeira Câmara Cível. Relator Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil. Julgamento em 30 jun. 2010. *Diário Oficial [do] Estado do Rio Grande do Sul*, Diário da Justiça, 7 jul. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70037339751. Décima Quarta Câmara Cível. Relator Dorval Bráulio Marques. Julgamento em 26 ago. 2010. *Diário Oficial [do] Estado do Rio Grande do Sul*, Diário da Justiça, 16 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes

70017662487. Quinto Grupo de Câmaras Cíveis. Relator Odone Sanguiné. Julgamento em 31 ago. 2007. *Diário Oficial [do] Estado do Rio Grande do Sul*, Diário da Justiça, 8 out. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. 1. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AUTOR CONVIDADO

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY: análise das bases teórico-filosóficas e estudo de suas regras formadoras

Givanildo Nogueira Constantinov¹

RESUMO

O discurso jurídico não é um fenômeno ilimitado, tampouco simples, demandando a incidência de critérios que busquem primordialmente a correção das atividades promovidas no seu âmbito, sobretudo das decisões jurídicas enquanto práticas pacificadoras de conflitos. É neste contexto que surge a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, que propõe critérios justificadores para garantir a racionalidade do discurso jurídico, estancando eventuais malefícios causados por subjetivismos formadores de arbitrariedades.

Palavras-chave: Teoria Geral do Discurso Racional Prático. Teoria da Argumentação Jurídica. Formas de Argumentação. Justificação. Justificação Interna. Justificação Externa.

ABSTRACT

The legal discourse is not an unlimited phenomenon, either simple, requiring the incidence of criteria that primarily seek correction of activities promoted under it, especially the legal decisions as peacemakers conflict practices. It is in this context that the Theory of Legal Argumentation of Robert Alexy, who proposed justifiers criteria to ensure the rationality of legal discourse, halting any harm caused by subjectivism makers arbitrariness.

Keywords: General Theory of Rational Discourse Practical. Theory of Legal Argumentation. Forms of argumentation. Justification. Internal

justification. External justification.

1 INTRODUÇÃO

Fundadas na importante posição ocupada pela atividade jurídica na preservação do equilíbrio político e social e até mesmo impulsionadas pela traumática experiência de um sistema judicial inquisitorial, em que toda a prestação jurisdicional, invocada para resolver toda a sorte de conflitos, era dotada de decisões injustificadas ou mal justificadas, resultado de arbitrariedades, as ciências modernas (Ciências Sociais, Filosofia do Direito e outras) buscaram entender o processo discursivo jurídico e, conhecendo-o, estabelecer critérios cuja observação impusesse limites à inevitável propensão ao subjetivismo.

Foi neste cenário que, a partir de um minucioso estudo da realidade jurídica e social e das soluções que várias correntes ofereciam para a problemática, Robert Alexy procurou expor os defeitos crônicos da decisão jurídica ilimitada, passando a propor uma metodologia que, por meio da observação de critérios justificadores, fosse suficiente para mitigar os efeitos deletérios do subjetivismo e direcionar o *decisum* ao racionalismo. Procurou-se a propensão à correção.

Com isso, Alexy promoveu uma verdadeira matematização da metodologia de criação de decisões judiciais ao equacionar vários critérios justificadores de atenção obrigatória pelo intérprete, tornando, de certa forma, rígida a observância da argumentação a que o julgador deve

¹ Doutorando em Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM) e, Especialista em Direito Ambiental pela mesma Universidade. Assina a obra “*Biossegurança & patrimônio genético: tutelas de urgência, responsabilidade civil, responsabilidade social, proteção do patrimônio genético*” (2007), além de diversos artigos. É autor do capítulo denominado “Novos paradigmas do crédito ambiental” na obra “*Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade*” (2010), do capítulo “*A defesa em juízo do meio ambiente: aspectos das ações e do processo*”, na obra “*Tutela jurídica do meio ambiente e desenvolvimento*” e também do capítulo “*O crime de violação de direito autoral: reflexões sobre o acesso à justiça e estudo à luz do princípio constitucional da intervenção mínima*”, na obra “*A constitucionalização do direito: seus reflexos e o acesso à justiça*” (2015). É Magistrado de carreira no Estado do Paraná.

se prestar. Ofereceu-se, com a argumentação jurídica de Alexy, meios objetivos de majoritário cunho de inferência lógico-normativa para legitimar a decisão judicial, ante a racionalidade que agora lhe seria reinante.

A Teoria da Argumentação Jurídica, em razão da demonstrada importância de seu objetivo primordial e em virtude da essencialidade e complexidade das regras que a compõe, merece estudo atencioso e adequado para que seja possível decifrar todas as *formas de argumento* a serem empregadas na decisão, sem que existam lacunas ou imprecisões justificativas. É o que se tem em foco.

Desta forma, visando à esmerada exibição da matéria abordada, em consonância com a ordem apresentada na obra de Alexy, a exposição, não sem antes tecer breves considerações sobre a influência habermasiana, partirá da Teoria Geral do Discurso Racional Prático e de suas regras norteadoras, com especial atenção à transição do discurso prático geral para o jurídico, e, após a apresentação da visão geral sobre o discurso jurídico, discorrer-se-á sobre as regras de justificação inerentes à argumentação jurídica de Alexy.

2 A INFLUÊNCIA DA TEORIA CONSENSUAL DA VERDADE DE HABERMAS E A TEORIA GERAL DO DISCURSO RACIONAL PRÁTICO COMO ALICERCE PRINCIPAL DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A Teoria Consensual da Verdade de Habermas² é um dos pilares a partir do qual Alexy procurou desenvolver um método para potencializar a busca da correção no discurso jurídico, exprimida na construção da Teoria da Argumentação Jurídica. Nesse estágio, avaliou-se a posição da verdade no discurso de uma maneira geral e a sua incongruência teórica com a racionalidade, na medida em que, conforme sintetiza Alexy, Habermas afirmava que a condição para a verdade das afirmações é o acordo potencial de todas as outras pessoas. Deste modo, a concordância pessoal de todos seria, nas afirmações não-

-normativas, condição para a verdade e, nas afirmações normativas, condição para a correção. Surgem, de imediato, dois problemas: a concordância de todos é inatingível, eis que não são todos que podem ser partes integrantes do discurso (nesse ponto Alexy menciona os mortos) e podem existir vícios que comprometam eventual acordo entre os partícipes, como o erro ou a imposição.

Na tentativa de enfrentar tais deficiências, Habermas traz a força da fundamentação à sua teoria e define que a verdade, ou o consenso sobre a verdade, deve ser calcada no *consenso bem fundamentado*. A partir dessa definição, tem-se que a verdade não mais depende da efetivação desse consenso – tido como a concordância de todos –, mas é perseguida pela potencialidade de existência deste consenso, o que é ilustrado pela ideia de que sempre que se entrar em um discurso, sejam quais forem as condições, pode-se chegar a um consenso, provando-se ser um consenso bem fundamentado – ante, repita-se, a sua potencialidade de sê-lo. A verdade seria aquilo que é socialmente difundido e aceito.

A evolução natural desta teoria e da identificação e tentativa de solução dos seus problemas se revelou como, pode-se dizer, embrião do que buscava Alexy, porquanto Habermas perseguiu uma lógica do discurso para esclarecer todo esse contexto. E, no cerne dessa lógica, identificou o *argumento* como meio justificador de afirmações. Assim, argumento e justificação se entrelaçaram. Tal é o grau de congruência entre a Teoria Consensual da Verdade de Habermas e a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy que há quem diga que elas se mesclam. Em tempo: pode ser feita referência a esta construção de Habermas como, de certa forma, fase embrionária para a criação de Alexy porque houve a necessidade premente de se encontrar o argumento como forma de conceder validade ao discurso, o que na teoria de Alexy será atingido com a correção e consequente racionalização.

Sem se desprezar a fundamental contribuição dos ensaios de Habermas sobre o *consenso da verdade* para o estudo de Alexy, foi a Teoria Geral do Discurso Racional Prático a protagonista, como alicerce inicial, para a criação de Alexy. Segundo

² Contrastando conceitos existentes na Teoria da Correspondência da Verdade – que afirmava, conforme sintetizou Alexy, que a verdade pode ser definida como uma correspondência entre a sentença e o fato, sem, contudo, explicar suficientemente o que vem a ser o fato – e procurando superá-los, Habermas distinguiu fatos (que ocupam posição central na Teoria da Correspondência da Verdade) e objetos.

o filósofo, a teoria do discurso racional é uma teoria normativa do discurso cujas regras podem ser entendidas como *normas para a justificação de normas*, o que, como bem definiu, tem como deficiência teórica crônica a propensão à justificação infinita, eis que as regras que justificam outras regras precisariam de um terceiro grupo de regras para, por sua vez, justificá-las; e assim por diante. Para contornar essa aparência de justificação normativa do discurso contínua e ilimitada, Alexy apresenta, alertando para o fato de que é concebível que existam outros métodos, quatro caminhos: a definição das regras de discurso como regras técnicas; a demonstração de que certas regras de fato têm validade; o jogo de linguagem; e, por último, a demonstração de que a validade de certas regras é uma condição da possibilidade de comunicação linguística.

As regras que sustentam a racionalidade do discurso prático, por sua vez, são qualificadas por Alexy como regras *básicas* (ou fundamentais), regras da *racionalidade*, regras para *partilhar a carga de argumentação*, regras de *justificação* e regras de *transição*. A inexistência de tais regras fatalmente afasta a correção do discurso, comprometendo a racionalidade.

O primeiro grupo de regras (**regras básicas**) é apresentado como condição prévia para que discussões sobre a verdade e sobre a correção sejam válidas; nele estão contidas as seguintes regras:

- a) nenhum orador pode se contradizer (é o princípio da não-contradição, como expressão de regra da lógica);
- b) todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê;

Esta regra exprime um critério de forte influência de Habermas e sua pretensão de veracidade. Aqui, Alexy faz duas importantes observações: a ausência de uma regra que exija sinceridade impossibilita até mesmo a mentira, já que não há uma regra paradigmática de veracidade a ser seguida, impedindo a decepção; além disso, a fixação de uma determinação de que o falante deve apenas dizer aquilo em que ele mesmo acredita não impede que ele conjecture, apenas exige que ele, no discurso, identifique a conjectura como tal.

- c) todo orador que aplique determinado predicado a um objeto tem que estar preparado para aplicá-lo em outros objetos

semelhantes nos aspectos importantes;

Simboliza a expressão da autoconsistência a que deve estar afeto o falante e é a formulação do princípio de Hare da universalizabilidade. No Direito, este princípio é regra expressa refletida nos vetores da isonomia (como *mandamento otimizador*) e da analogia (como *método de integração*).

- d) diferentes oradores podem não usar a mesma expressão com diferentes significados.

A partir desta regra de discurso, exige-se o uso comum da linguagem, ou seja, uma identidade no uso da linguagem pelos oradores. Chamada de *discurso linguístico analítico*, essa regra tem a função de assegurar que o discurso seja claro e significativo.

O segundo grupo formado pelas **regras da razão** destina-se à justificação das afirmações realizadas pelo orador, pois a pessoa que diz algo em que crê tem que estar preparada para justificar tal afirmação, demonstrando ser ela verdadeira ou correta (é a demonstração do “porquê” de determinada asserção tomada pelo falante). Tais regras dizem respeito à justificação das sentenças normativas. Na mesma medida, as regras da razão não impedem que o orador se negue a prestar justificação sobre o que afirmou, mas obriga que ele justifique esta recusa. As regras da racionalidade são assim dispostas por Alexy:

- a) todo orador tem de dar razões para o que afirma quando lhe pedem para fazê-lo, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa em dar uma justificação;

Esta regra é definida pelo filósofo como “*regra geral da justificação*”, pois representa a síntese ontológica desse grupo de regras.

A partir da definição retroexposta, Alexy identifica três outras regras que correspondem às condições de discurso ideal estabelecidas por Habermas; são elas:

- a.1) qualquer pessoa que possa falar pode participar de um discurso (essa é a regra de admissão no discurso);
- a.2) todos podem transformar uma afirmação num problema; todos podem introduzir qualquer afirmação no discurso; todos podem expressar suas atitudes, desejos e necessidades; é importante particularmente

no discurso prático (tais regras são a expressão da liberdade na discussão);

a.3) nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos de entrada no discurso e de liberdade no discurso por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso (esta regra tem como fim proteger, da coerção, o discurso).

O terceiro grupo de regras é composto pelas regras sobre a **carga de argumentação**, que nada mais são do que a distribuição entre os partícipes da discussão das prerrogativas firmadas nos dois grupos anteriores (regras básicas e regras da razão). Na definição das regras que compõem este grupo, Alexy busca amparo nos estudos de Singer sobre o princípio da generalização (que proíbe a discriminação injustificada de um participante do discurso), no diálogo lógico de Lorenzen (calcado na obrigação de justificação individual quando se atribui determinada asserção genérica a um grupo) e, sobretudo, no princípio da inércia de Perelman (um ponto de vista previamente aceito não deve ser abandonado sem alguma razão), estruturando-as da seguinte forma:

a) quem se propõe a tratar a pessoa “A” diferentemente da pessoa “B” é obrigado a dar justificação por fazer isso;

Este mandamento discursivo é *ratio* suprema da construção do discurso prático garantindo o tratamento isonômico dos oradores, havendo uma presunção de igualdade que exige a apresentação de razões para que essa presunção seja mitigada ou afastada.

b) quem ataca uma afirmação ou norma que não é sujeito da discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso;

Exige-se que o orador que ataque uma afirmação tida como verdadeira ou válida na comunidade em que estão os oradores, ainda que ela não esteja sendo expressamente afirmada ou discutida, apresente fundadas razões para fazê-lo.

c) quem apresentou um argumento só é obrigado a apresentar outros no caso de surgirem argumentos contrários;

Inicialmente, a obrigação do orador se esgota com a justificação – as razões – da afirmação feita por ele, sendo obrigado a prestar mais justificações

apenas no caso de haver argumentos contrários à sua afirmação (contra-argumentos). Essa regra impede que a necessidade de justificação por parte do orador tenda ao infinito, mesmo sabendo-se que muito antes disso ele ficaria sem razões.

d) quem introduz uma afirmação ou faz uma manifestação sobre suas atitudes, desejos e necessidades num discurso, que não vale como um argumento em relação a uma manifestação anterior, precisa justificar a interjeição quando lhe pedirem para fazê-lo.

Esta regra permite que os oradores introduzam na discussão qualquer espécie de argumento, ainda que em nada se identifiquem com o tema central do debate; não é tarefa da teoria do discurso definir quais assuntos detêm relevância, mas problema das partes.

Para a formulação das regras – chamadas de **“regras de justificação”** em virtude do impacto fundamental que exercem sobre as afirmações (asserções do orador) e regras (normas do discurso) a serem justificadas – que integram o quarto grupo, Alexy considerou os princípios da generalizabilidade de Hare, Habermas e Baier, propondo as regras a seguir:

a) quem fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas consequências para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve ser capaz de aceitar essas consequências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas pessoas (Hare);

Alexy resume esta regra na afirmação de que todos têm de ser capazes de concordar com as consequências das regras que pressupõem ou afirmam para os demais.

b) as consequências de cada regra para satisfação dos interesses de cada um e de todos indivíduos precisam ser aceitáveis para todos (Habermas);

Aqui, o filósofo sintetiza que todos têm de ser capazes de concordar com a regra.

c) toda regra tem de ser aberta e deve poder ser universalmente ensinada;

É desdobramento do princípio de Baier, que reflete *abertura* e *sinceridade*, exigências que

norteiam o discurso. Para Alexy, esta regra significa a concretização da regra básica expressada no predicado da sinceridade no discurso (“todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê”).

Ainda sob a égide deste grupo, Alexy apresenta uma regra final que é resultado da transição daquilo que é eminentemente teórico para aquilo que é empírico, factível. Segundo Alexy, o discurso realizado apenas pelo prazer de fazê-lo é possível, mas condenável, razão pela qual, deve o discurso perseguir o propósito de resolver questões práticas, ou seja, de ser realizável. Tal definição vem assim expressa em sua teoria:

d) os limites realmente dados de possibilidade de realização devem ser levados em conta.

Por último, as **regras de transição** identificadas por Alexy são responsáveis por possibilitar certa especialização do discurso quando o discurso prático for insuficiente, seja por deficiências relativas à predicação de consequências, seja por problemas linguísticos, seja, ainda, em decorrência de questões relativas à própria discussão prática. Destarte, esse último grupo de regras permite que os participantes vençam obstáculos impostos pela limitação da generalidade do discurso prático (por mais que tal afirmação pareça paradoxal, a generalidade acaba por não comportar problemas que demandam especialidade; é dizer: nem tudo está contido no geral) e utilizem-se do discurso empírico, de análise da linguagem ou da teoria do discurso, conforme se depreende das regras a seguir expressas:

- a) é possível que cada orador, a qualquer tempo, faça uma transição para um discurso teórico (empírico);
- b) é possível que cada orador, a qualquer tempo, faça uma transição para um discurso linguístico analítico;
- c) é possível que cada orador, a qualquer tempo, faça uma transição para um discurso-teórico-discurso.

3 AS REGRAS DE TRANSIÇÃO DA TEORIA GERAL DO DISCURSO RACIONAL PRÁTICO: PORTA DE ENTRADA PARA O DISCURSO JURÍDICO

O arremate da exposição de motivos justificadores inerentes ao grupo de regras de transição é realizado por Alexy com a

demonstração de exemplo que ilustra perfeitamente a limitação do discurso prático geral. Segundo o jurisconsulto, muitas vezes existe concordância entre os falantes sobre as premissas normativas, mas completa discordância sobre os fatos, isto é, os oradores acordam sobre a validade ou correção de determinada afirmação (sentença normativa), mas discordam sobre o caso prático, o que avoca a aplicação do conhecimento empírico.

É importante observar, neste ponto, que a problemática justificadora da existência das regras de transição é a porta de entrada para a existência do discurso jurídico, principalmente quando se toma consciência do que o exemplo acima mencionado expressa no trânsito entre as teorias. Ora, fica fácil identificar a dificuldade de solução, por meio do discurso prático geral, de uma lide cuja controvérsia resida de forma precípua nos fatos, por exemplo, se houve ou não esbulho em determinada propriedade, em determinado período de tempo, pois, ainda que se saiba que a regra aplicável será a concernente à reintegração da posse, o discurso está completamente desprovido de meios hábeis à perquirição empírica. Por outro lado, o discurso jurídico, estabelecido o direito, tem meios para perseguir a solução fática.

Essa conclusão é consequência da própria forma como foi dissecada por Alexy a Teoria Geral do Discurso Racional Prático, pois a lógica da sua sistematização leva a este fim, evidenciado com a afirmação, ao debruçar-se sobre os limites do discurso prático geral, que tais limites são as razões justificativas para a necessidade de regras jurídicas, o que acaba por realizar a transição para o discurso jurídico.

Com a exposição da base teórica do discurso prático geral, é possível identificar dupla função – uma positiva e uma negativa – da Teoria Geral do Discurso Racional Prático para com a Teoria da Argumentação Jurídica: ela fornece regras basilares que devem ser observadas para a possibilidade de existência de qualquer discurso, seja sob o viés da validade, seja sob o âmbito da verdade e da correção (positiva); e ela não é suficiente para satisfazer discursos que exigem debates especiais, tornando imperiosa a construção de teorias específicas, como é o discurso jurídico, e, concomitantemente, de teorias que, por sua vez, concedam a este possibilidade de materialização e de propensão à correção.

4 A FORMATAÇÃO INICIAL DO DISCURSO JURÍDICO COMO CASO ESPECIAL DA TEORIA GERAL DO DISCURSO RACIONAL PRÁTICO

Conquanto reste evidente, diante do que já foi exposto, que algumas deficiências do discurso prático geral, na busca da verdade ou correção, demandam transição para o *caso especial*, exigindo, por sua vez, a atuação de uma teoria discursiva específica habilitada a resolver o vácuo deixado por essas deficiências, a necessidade dessa transição, isoladamente considerada, não tem o condão de legitimar a criação de um novo processo (ou método) discursivo. Em verdade, para que seja legítima – e, por que não, verdadeira – a criação de um caso especial, devem ser afirmados parâmetros que o justifiquem.

No contexto dessa necessidade de demonstração da pertinência de um discurso jurídico específico e de sua conseqüente aceitação, Alexy detectou três predicados que permitem identificar o discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral, dando contornos mais marcantes à transição do discurso prático geral para o discurso jurídico ao revelar seus traços fundamentais. Os mencionados predicados estão representados nas seguintes sentenças: a) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer; b) essas questões são discutidas com a exigência de correção; e c) as discussões jurídicas acontecem sob limites do tipo descrito.

A avaliação desses predicados demonstra, no entanto, que, *prima facie*, eles seriam insuficientes para a legitimação da criação do discurso jurídico como caso especial, pois todos eles podem ser alvos de contundentes objeções. Explica-se: no primeiro caso, poder-se-ia afirmar que não são apenas as discussões jurídicas que se preocupam com questões práticas, fragilizando sua premência como caso especial; no segundo caso, é inferência natural do estudo das regras do discurso prático geral que este também se presta à busca da correção, sobretudo nas sentenças normativas; no terceiro caso, não é difícil de se enxergar que a existência de um tipo descrito limitador, por si só, não aja em prol da existência de um caso especial, até mesmo porque poderiam ser realizados esforços para encaixá-lo no discurso prático geral, respeitando-se esses limites.

A análise isolada, como se viu, não contribui para a *tese do caso especial*, mas, alcançando-

-se a maturação analítica por meio de exame conglobado, torna-se possível compreender que a reunião dos três predicados cria o apotegma do caso especial. Dispensando-se uma carga cognitiva maior, é possível, até mesmo, identificar um movimento de autopoiese do discurso jurídico, nascido de uma gênese própria, a reunião dos predicados, que cria a condição ideal para a sua existência ao mesmo tempo que a torna indispensável, ou seja, a sua existência se funda em bases quase próprias, de tão particulares; esclarecendo melhor, não fosse a fundamentalidade das regras do discurso prático geral, seria permitido dizer que em se ultrapassando a rigidez da análise estrutural isolada dos elementos que compõem a teoria da discussão jurídica, é possível vislumbrar, a partir da observação da interação dos seus elementos, que ela produziu a si própria. De todo modo, vale ser observado que a importância desse destaque se reduz à demonstração da força da teoria do discurso jurídico, porquanto não é permitido (a não ser por conjecturas, assim identificadas) ignorar a imprescindibilidade do discurso prático geral como precursor do discurso jurídico.

Com isso, percebe-se que não é a necessidade de solução de um caso prático, de correção, de racionalidade, ou de limitação isoladamente considerados que ensejam a existência do caso especial, mas o todo formado com a sua reunião, já que o discurso jurídico é demandado a agir em situação (caso prático) em que se exige uma argumentação racionalmente justificada (correção) no âmbito do ordenamento jurídico válido (limite). A racionalidade comum ao discurso prático geral não se confunde com a aplicada no discurso jurídico (embora não sejam incompatíveis uma com a outra), porque neste caso espera-se que os expectadores (aqueles que não estão no processo, por exemplo) aceitem a decisão tomada por ser “medida de justiça” e que as partes no processo, por sua vez, a aceitem, mesmo quando for contrária aos seus interesses, porque ela está racionalmente justificada na lei, na limitação imposta pelo ordenamento jurídico; naquele caso, qualquer argumento racional, por vezes ilimitado, seria potencialmente aceito.

Conforme se vê, o ônus de justificação racional da decisão judicial exige que sejam impostas regras para que a decisão nela esteja calcada, apresentando, então, uma propensão à correção. É justamente esta propensão à correção que legitima a existência de regras especiais que

estruturam o discurso jurídico como modalidade de caso especial. Com efeito, é na construção desse procedimento para a busca da correção nas decisões judiciais – e no discurso jurídico como um todo – que Alexy criou a Teoria da Argumentação Jurídica.

5 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Ao estabelecer que os discursos jurídicos e a justificação de um caso especial de afirmações normativas (aquelas que expressam julgamentos jurídicos) se inter-relacionam, Alexy distingue dois aspectos da justificação: a *justificação interna* e a *justificação externa*. Estes dois aspectos da justificação são os dois polos centrais da Teoria da Argumentação Jurídica, apresentando-se como atos componentes de um procedimento que busca o acerto, a correção, a racionalidade e, por tudo isso, a justiça e a segurança jurídica. Isto porque, a imposição de certas medidas a serem observadas na criação de uma decisão judicial é meio limitador de arbitrariedades e, em amplo espectro, é elemento fundamental para a existência e manutenção do Estado Democrático de Direito.

É fundamental, a esta altura, que seja realizada uma breve exposição das vertentes da discussão jurídica, porquanto a identificação delas – e mais, o foco em uma delas – facilitará a compreensão do que está por vir. Pois bem. A discussão jurídica se apresenta nas formas de dogmática legal (ciência jurídica), deliberação judicial, debates em Tribunais, tratamentos jurídicos de questões legais, discussões acadêmicas, debates jurídicos midiáticos (importante vetor quando se está em pauta a atuação da imprensa hoje em dia, com a veiculação de argumentos legais em determinada notícia), etc. Nas decisões judiciais é que se concentrará a presente exposição, em razão da sua importância na manutenção de um saudável *status* político e social e também em virtude de uma maior facilidade para visualizar a aplicabilidade da teoria de Alexy.

Voltando a atenção para os dois aspectos da justificação, salutar é esclarecer que a *justificação*

interna é ponto de partida na construção da decisão judicial, constituindo-se como elemento inicial que detém o julgador para validar a decisão por meio da correção das premissas que ele utilizará (o que será obtido apenas com a justificação externa). Para ser mais preciso, cumpre afirmar que esta primeira etapa de justificação consiste em identificar quais premissas serão utilizadas na decisão judicial, valendo-se não só do silogismo que exerce papel de predominância nessa fase, mas também na identificação de tantas premissas universais quanto for possível, exaurindo-se a análise das nuances compreendidas no fato apresentando ao julgador e, por sua vez, a compatibilidade da lei positiva, quando, então, encontrar-se-á a subsunção do fato à norma. Há nesse momento um perfeito movimento entre fato e norma, em que o intérprete transita para encontrar o substrato justificador de sua decisão (ou argumento)³.

Em seguida, deve o intérprete se ater à justificação das premissas formadoras da justificação interna, o que fará com o emprego da *justificação externa*. Antes da exposição pormenorizada do que é a justificação externa, importa destacar o alerta realizado por Alexy de que as premissas utilizadas na justificação interna podem ser: a) regras da lei positiva; b) afirmações empíricas; e c) premissas que não são nem afirmações empíricas nem regras da lei positiva (argumentos laterais⁴, por exemplo). Conforme alertou o filósofo, é nessa última espécie de premissas em que reside a importância da existência de regras de argumentação jurídica para justificá-las.

A justificação externa é composta por regras e formas de argumento classificadas em seis grupos por Alexy: a) interpretação; b) argumentação dogmática; c) uso de precedentes; d) argumentação geral prática; e) argumentação empírica; f) e formas especiais de argumentos jurídicos.

As regras de *argumentação empírica* são sintetizadas por Alexy na palavra *atos* e, por óbvio, dizem respeito às conjunturas fáticas circunscritas a determinada discussão. Ao considerar a argumentação empírica, Alexy assinalou a

³ Alexy se referiu a este fenômeno afirmando que “as regras a serem apresentadas na justificação interna, que lançam uma ponte sobre a falha entre uma norma e uma descrição dos fatos, podem, se assim o quisermos, serem vista como resultado do processo caracterizado pela metáfora de andar para frente e para trás” (ALEXY, 2001).

⁴ Lembra-se que afirmações que não estão diretamente ligadas à discussão central, segundo a regra *sobre a carga de argumentação* da Teoria Geral do Discurso Racional Prático, podem perfeitamente a ela serem introduzidas, mas, merecerão, sobretudo na discussão jurídica, justificação.

importância do papel desempenhado no discurso jurídico, principalmente ao exemplificar que a apreciação dos fatos tem papel decisivo na grande maioria das demandas judiciais. Apossando-se dessa compreensão, é permitido visualizar a argumentação empírica como *regra de transição* (exercendo a mesma função no discurso prático geral e no discurso jurídico) e como meio justificador da exposição do conteúdo fático incluído na decisão judicial naquele primeiro momento (justificação interna).

As *regras de interpretação* são chamadas por Alexy de *Cânones de Interpretação* e representam um conjunto formador da hermenêutica jurídica, sendo fundamental para a justificação do discurso jurídico, principalmente quando se leva em conta que os contextos nos quais as leis positivas são criadas ou aplicadas apresentam considerável dinamismo, em decorrência da mutabilidade das conjunturas e interesses de um povo ao longo do tempo. São formas de interpretação (ou *cânones*) a semântica, a genética, a histórica, a comparada, a sistemática e a teleológica.

Na interpretação semântica (também chamada de gramatical ou literal), o que se leva em conta é rigorosamente o que está disposto no termo normativo, ou seja, o significado da lei é extraído de sua letra, é o significado léxico das palavras constantes do texto legal (ALEXANDRE, 2014, p. 242), é uma exegese.

A interpretação genética preocupa-se com a intenção do legislador inculcada na lei; com esse *cânone* busca-se decifrar a vontade do legislador no processo de criação das leis.

Ao descrever essas formas de interpretação, Alexy, após indicar algumas de suas fragilidades (frequentemente debatidas na dogmática moderna), houve por bem ressaltar que se resumiria a assinalar que “ambas estabelecem a intenção dos participantes no processo legislativo e estabelecer um uso particular da linguagem implica em estabelecer fatos.” (ALEXY, 2001, p. 231), concluindo, por conseguinte, que estas duas formas são casos especiais da argumentação empírica.

Outra particularidade essencial para o correto uso da interpretação semântica ou genética na decisão judicial, conforme cautelosamente afirmado por Alexy, consiste na “exigência de saturação”. O uso dessas duas modalidades de interpretação pode dar azo a argumentações vazias, na medida em que o prolator de determinada decisão ou orador em uma discussão pode afirmar

que “determinada coisa é”, porque a “lei quis assim” ou porque o “legislador quis assim”. Essa imprecisão na argumentação, que beira à inexistência de justificação, colide frontalmente com as regras mais fundamentais do discurso, comprometendo a correção; por isso se exige que o intérprete argumente à exaustão quando laçar mão desses cânones. Depois de realizar a exposição dos cânones e tratando do seu papel no discurso jurídico, Alexy ressalta que o uso de toda forma de interpretação requer a saturação:

A exigência de saturação assegura a racionalidade da aplicação dos cânones. Ela exclui a possibilidade do argumento pelo recurso da asserção ao efeito de que uma interpretação particular resulta do texto ou da origem histórica ou do propósito da norma. Sempre é necessário apresentar ou premissas empíricas ou normativas cuja verdade ou correção não possam em nenhum tempo ser tema de nova discussão. A regra seguinte impede o recurso a asserções vazias: saturação – isto é, uma plena afirmação de razões – é exigida em todo argumento que pertença aos cânones de interpretação (ALEXY, 2001, p. 231).

Dentro da teoria de Alexy, o *argumento histórico* considera problemas e soluções jurídicas anteriores e suas consequências, mostrando-se aptos ou não e indicáveis ou não a serem aplicadas no caso presente. Conforme definiu Alexy, a isto dá-se o nome de “aprender com a história”, exigindo-se conhecimento histórico, sociológico e econômico. Quando se aplica a interpretação histórica exclusivamente sobre a lei positiva, considera-se o momento político, social, econômico e cultural em que ela foi criada para alcançar o seu sentido.

Os *argumentos comparativos*, por sua vez, relacionam-se, segundo Alexy, com os *argumentos históricos*, indicando que eles se predis põem, inicialmente, a uma comparação entre fatores passados e presentes. A máxima utilização desta forma de interpretação se funda, no entanto, na comparação entre situações de diferentes sociedades, bem definida na síntese de que a interpretação comparada ou comparativa se dedica à comparação de normas de ordenamentos jurídicos de diferentes países.

A interpretação *sistemática* preocupa-se com o sistema normativo a que a norma está inserida, analisando a norma em conjunto com as demais que formam o ordenamento jurídico, de

modo a conferir a este harmonia e unicidade. Para Alexy, o *argumento sistemático* considera a posição da norma no texto jurídico e a sua relação lógica e teleológica com outras normas e princípios (é na relação da norma com os princípios que o filósofo foca sua análise quando da exposição de sua teoria).

Por fim, a interpretação *teleológica* procura descobrir o sentido da norma por meio da descoberta do objetivo da sua inclusão no ordenamento jurídico; procura-se entender a vontade abstrata da lei e aplicá-la no mundo dos fatos. Para Alexy, o *argumento teleológico* avoca um exame minucioso dos conceitos de fins e meios, desejo, intenção, necessidade prática e objetivo.

Vale, aqui, fazer um parêntese. O exercício da interpretação segundo os ditames propostos na teoria da argumentação jurídica abrange, sem dúvida, a temática da *ponderação*, compreendida como fórmula de resolução de conflitos entre princípios, porquanto nesta tarefa haverá considerável dispêndio de esforço interpretativo, sobretudo com o uso da teoria semântica. O problema teórico que surge do uso da ponderação está na raiz que originou toda a teoria em comento como forma de limitar o subjetivismo, uma vez que inevitavelmente tal forma de resolução de conflitos principiológicos apresenta forte carga subjetiva.

Neste diapasão, evidenciando a colisão frontal dessa faceta da ponderação com o desígnio maior da argumentação jurídica, os Professores Doutores Geroges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira fazem pertinente crítica na obra à Teoria e à Filosofia do Direito e apontam algumas inconsistências da teoria alexyana no que diz respeito à ponderação⁵:

Não deixa de ser curioso que é justamente o contexto de descoberta que torna problemática toda estrutura da ponderação na forma como desenvolve Alexy. Além do problema de ‘quem’ elege os princípios em conflito – o que por si só já aponta para um elemento discricional não tematizado pelo autor – podemos elencar também como uma questão problemática a seguinte pergunta: por que a saúde pública, que consta textualmente na Constituição, é um princípio e não uma regra? Por que a liberdade profissional, que consta

textualmente na Constituição, é um princípio e não uma regra? Ou seja, o que faz um princípio ser um princípio? Fora do contexto justificador da ponderação – ressalta-se abstrato e artificial – não há como assegurar, com uma precisão mínima, o conceito de princípio proposto pela teoria da argumentação jurídica alexyana. Afinal, o simples fato de compor o texto constitucional faz com que um enunciado jurídico goze de caráter de princípio. Ou será a determinação da *otimização* que deve ser encarada como fator determinante para que um princípio se manifeste como um princípio. Evidentemente que esta última alternativa parece ser mais coerente com a teoria de Alexy. Todavia, ainda nestes termos, temos um problema na definição de *otimização* como característica específica dos princípios: a *discricionariedade* que emana da avaliação de até que ponto um princípio deve ser efetivado (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2015, p. 41).

Prosseguindo com a incursão nas regras que compõem a justificação externa, a *argumentação dogmática* apresenta posição fundamental na justificação do discurso jurídico, principalmente quando se tem em mente a confecção atual de decisões judiciais, em que, por força constitucional, exige-se celeridade. A dogmática pode ser encarada, em seu sentido mais estreito e apropriado, como *ciência jurídica*, composta por três atividades principais: descrever a lei em vigor; sujeitá-la à uma análise conceitual e sistemática; e elaborar propostas sobre a solução própria do problema jurídico.

À parte de constituir uma ciência que norteia a atividade jurídica (onde estão contidas as decisões judiciais), as funções da dogmática representam papel de predominância na atividade do intérprete julgador; são elas: função de estabilização, de desenvolvimento, redutora de encargo, técnica, controladora e heurística. É possível identificar nas funções de estabilização, redutora de encargo e heurística os principais alicerces nos quais se funda a decisão judicial no âmbito da justificação dogmática, pois com a *estabilização* é possível a fixação de certos modos de decidir e a sua reutilização em determinado período de tempo. Com a *redução do encargo* mitiga-se o encargo

⁵ Deve ser destacado que a ponderação mencionada no excerto transcrito foi utilizada, por Alexy, para avaliar a colidência do direito à saúde pública com o direito à liberdade profissional no contexto da imposição de obrigação de que a indústria tabagista veiculasse avisos informando os malefícios de seus produtos.

do processo justificativo por meio da adoção de modelos previamente examinados e aceitos, desde que não haja nenhuma motivação especial que o afaste. E, por fim, a *heurística* faz com que o debate contínuo sobre a problemática jurídica, com a consequente descoberta de soluções e de outros problemas, promova um campo fértil e estimulante de novas descobertas, blindando, assim, as decisões jurídicas, de carência de solução, eis que a ciência jurídica estará sempre em busca de soluções que se relacionem ao maior número de casos práticos possíveis.

O próximo passo a ser seguido na explanação apresenta correlação intrínseca com a dogmática, pois a ciência jurídica usa os *precedentes* para formular suas definições e as decisões judiciais, formadoras do que se tem por precedentes, incorporam o conteúdo dogmático. O uso de precedentes como forma de justificação está calcado na necessidade de conferir confiança e segurança jurídica na tomada de resoluções judiciais, posto que seria inadmissível, mesmo que apenas na seara teórica, admitir-se decisões diferentes para casos semelhantes (lembra-se que esta é uma regra do discurso prático geral, inclusive). Portanto, os precedentes se apresentam na decisão judicial como elementos justificadores a serviço da busca da correção, tornando isonômica, em amplo sentido, a atividade jurisdicional.

Cumprido observar, neste particular, que Alexy formula duas regras básicas para a utilização do precedente: a) se um precedente pode ser citado a favor ou contra uma decisão, ele deve ser citado (corresponde ao princípio da universalidade, à igualdade formal); e b) quem desejar partir de um precedente fica com o encargo do argumento (enlace das já expostas regras da inércia e de possibilidade de abertura para novas decisões). Em “a” tem-se a obrigatoriedade do uso do precedente quando ele se encaixar positiva ou negativamente

ao caso que impulsiona a decisão judicial, o que se deve ao fato de ser uma forma de justificação que assegura a isonomia, como dito; em “b” há, pode-se dizer, um compêndio das regras mais puras do discurso prático geral, eis que resguarda o direito de início e livre desenvolvimento do discurso e obriga a justificação (fundamentação) da afirmação (precedente).

Por sua vez, Alexy apresenta como *formas especiais de argumento jurídico* a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*. Em apertada síntese, o *argumentum a contrario* significa a realização de uma interpretação inversa (*contrario sensu*), muito bem ilustrada na assertiva recorrente em Direito de que “aquilo que a lei não proíbe, é permitido”, é um argumento obtido a partir do raciocínio inverso de outro argumento. Já no *argumentum a fortiori* tem-se a presença da máxima “quem pode o mais, pode o menos”. Nele, a expressão de um predicado autoriza a aceitação “com muito mais razão” de outro. Por seu turno, a analogia é considerada um caso especial do princípio da universalizabilidade e o *argumentum ad absurdum* uma expressão jurídica do princípio da não-contradição⁶.

No plano das formas especiais, Alexy volta a afirmar a regra da saturação, isto é, a exigência da exaustão plena de razões para que o argumento seja racionalmente válido e destituído de asserções vazias

Finalizando a exposição da questão que envolve a justificação externa, observa-se que a análise da argumentação geral prática já foi realizada no início deste trabalho, devendo ser aplicadas aqui as noções que definem as regras do discurso prático geral como alicerces do discurso jurídico, seu caso especial. Cabe apenas apresentar a ressalva apontada por Alexy de que em determinadas ocasiões as regras da justificação externa (o filósofo menciona a dogmática jurídica)

⁶ Diante da propriedade e lucidez é fundamental a transcrição de breve excerto sobre as considerações de Bustamante (2015) sobre a posição do *argumentum ad absurdum* no discurso jurídico: “O *argumentum ad absurdum* pode ser entendido em dois sentidos. Como um argumento estritamente lógico, ele pode ser descrito como uma clássica *reductio ad absurdum*, de acordo com a qual uma conclusão pode ser rejeitada quando quer que o seu proponente esteja comprometido com visões contraditórias. Nesse caso, o argumento é internamente defeituoso, no sentido de que a conclusão não pode ser suportada por suas premissas. A *reductio ad absurdum* é um argumento válido que pode levar a uma demonstração indireta desse defeito. 2. Ademais, o argumento *ad absurdum* pode ser entendido também como um argumento pragmático. Um argumento pragmático é um argumento sobre a desejabilidade ou a não desejabilidade de uma dada consequência. No raciocínio jurídico, entretanto, o *argumentum ad absurdum* é um caso especial de argumento pragmático cujo traço distintivo é que ele pressupõe uma avaliação forte contra a interpretação rejeitada por tal argumento. Na argumentação jurídica, juristas tendem a entender o *argumentum ad absurdum* nesse segundo sentido, já que a clássica *reductio ad absurdum* se torna trivial e desnecessária, pois as regras elementares da lógica são suficientes para rejeitar a conclusão considerada pelo falante.”

e a aplicação da lei casual serão insuficientes como meio de justificação, avocando a necessidade de aplicação das formas de argumentação prática geral.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estudo minucioso da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, percebe-se claramente o anseio em se buscar, por meio da argumentação jurídica, a mitigação do subjetivismo empregado no processo de criação do *decisum* judicial, erigindo-se um modelo de refutação de arbitrariedades e, concomitantemente, de maximização da racionalidade.

De acordo com o jusfilósofo, há uma tendência primitiva em se submeter à decisão jurídica julgamentos de valores próprios de determinadas classes, como a dos juízes, sem que haja critérios de aferição bastantes para que se possa reconhecê-los como universais, quando, só então, começar-se-ia a conferir-lhe contornos de correção. Segundo Alexy, a sua teoria da argumentação, de um lado, oferece um modelo para conglobar as convicções comumente aceitas e os resultados de prévias discussões jurídicas e, de outro, deixa espaço aberto para a ação dos critérios de correção.

Este aspecto – o da correção – é o ponto fundamental de toda a Teoria da Argumentação, pois ele se apresenta como meio e fim e se entremeia em todas as instâncias e fases do processo criativo da discussão jurídica. Diz-se “meio e fim”, porque desde logo é possível perceber que a argumentação como pregada pela teoria, é um instrumento em busca do *fim* que resplandece na correção da decisão, no acerto da decisão segundo critérios de julgamentos universais. Mas, não é só isso: este aspecto é, também, *meio* – de si mesmo – porque em todos os critérios de justificação, em todas as fases de análise e criação da decisão judicial, deve-se, separadamente, empregar justificações fortemente carregadas de correção, ou seja, também os atos (precedente, interpretação, etc.) formadores do procedimento (argumentação) devem estar impregnados de correção para que, ao fim, atinja-se a correção da decisão.

É importante notar, neste contexto, que a correção não pode ser encarada como algo cujo preenchimento se mostra absoluto – apenas sua presença o é –, porquanto dificilmente se alcançará um nível tal que se possa dizer, universalmente,

que determinada decisão foi plenamente acertada, justamente porque existirão outros critérios de justificação que, em certa medida derrotados por aqueles predominantemente usados na decisão (resultado, por exemplo, da ponderação), deporão em contrário. Destarte, a ponderação é uma *potencialidade*, é algo que existe em potencial em toda decisão jurídica e que será efetivada, em graus variáveis, com o emprego dos critérios de argumentação jurídica.

Atendendo a este anseio, a Teoria da Argumentação parte de um regramento básico e geral do discurso (discurso prático geral) e apresenta para o discurso jurídico critérios de justificação divididos em dois grupos: a justificação interna e a justificação externa.

Como visto, a justificação interna pode ser compreendida como a reunião de premissas que servem ao caso, que a ele estão, segundo o Direito positivo, atreladas. A justificação externa, por sua vez, age como amálgama dos elementos formadores da justificação interna, aglutinando-os de forma a lhes conferir coesão, sentido e validade, sobretudo na sua instrumentalização que servirá como meio de materialização da pretensão à correção.

Assim, a metodologia apresentada na Teoria da Argumentação Jurídica traz a base fundamental de toda a discussão existente no âmbito jurídico, conferindo segurança e equilíbrio político e social, na medida em que garante decisões blindadas da arbitrariedade, característica do subjetivismo desenfreado, por meio da aplicação de regras que pressupõem, em um primeiro momento. E efetivam, em um segundo, a racionalidade do discurso, sustentado, principalmente, na igualdade e na não-contradição.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- ALEXY, Robert, *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O argumento *ad absurdum* na interpretação do direito. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496612/000967045.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

COELHO, Luiz Fernando. *Aula de introdução ao direito*. Barueri: Manole, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: reason and the*

rationalization of society. v. 1. Boston: Beacon, 1984.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

MAZOTTI, Marcelo. *As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei*. Barueri: Minha Editora, 2010.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*.

RESENHA

MICROFÍSICA DO PODER: Capítulo XII – soberania e disciplina

Hortência Dias Silva Neta¹

RESUMO

A abordagem acerca do *Poder* feita por Michel Foucault no livro *Microfísica do Poder* perpassa o caminho entre soberania e disciplina, para permitir que o leitor possa desvincular o poder da entidade estatal e vislumbrá-lo na figura do corpo social. Para tanto, o autor trava debates acerca de conceitos essenciais das diversas ciências, dentre elas a Ciência Jurídica, delimitando o campo jurídico do *Poder*; debates importantes para um acadêmico de Direito, pois permitem o desenvolvimento e amadurecimento teórico. Para alcançar seus objetivos Foucault apresenta esboços históricos e crítica a alguns clássicos da Filosofia. Estabelece o caminho necessário para construir um entendimento acerca do poder desvinculado de pré-concepções, porém construído a partir delas. Deste modo, através de um estudo bibliográfico e de um referencial teórico embasado na Ciência Política, Sociologia e Filosofia, áreas do conhecimento humano, essenciais ao estudante de Direito, foi possível delimitar o campo jurídico do *Poder* e da soberania no pensamento de Foucault.

Palavras-chave: soberania, disciplina, poder, direito, verdade.

ABSTRACT

The approach about the *power* made by Michel Foucault in *Microphysics Power* book runs through the path between sovereignty and discipline, to allow the reader to unlink the power of the state entity and glimpse it in the figure of the social body. Therefore, the author leads discussions about essential concepts of the various sciences, among them the Legal Science, delimiting the legal field of power, important debates to an academic of law because they enable the development and theoretical maturity. To achieve its goals Foucault presents historical sketches and critical few classics

of Philosophy. Establishing the way needed to build an understanding about the unbound power of preconceptions, but built from them. Thus, through a literature study and a theoretical framework grounded in Political Science, Sociology and Philosophy, areas of human knowledge, essential to the law student, it was possible to define the legal field of power and sovereignty in Foucault's thought.

Keywords: sovereignty, discipline, power, law, truth.

O presente trabalho objetiva apresentar um estudo acerca dos conceitos de soberania e disciplina sob o olhar de Michel Foucault. Optou-se por fazer um recorte na obra, apresentando considerações sobre o capítulo XII do livro "Microfísica do Poder". De início, faz-se interessante ilustrar o caráter peculiar de tal obra, uma vez que se trata de uma coletânea de artigos, cursos, entrevistas e debates em que Foucault analisa questões sobre o Poder.

Publicado no Brasil pela Edições Graal, a 22.^a edição é do ano de 2006 e conta com 295 páginas e uma tradução feita por Roberto Machado, Professor titular do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro. O capítulo em estudo teve origem em um curso ministrado pelo autor no Collège de France, em janeiro de 1976. Em tal parte, o autor começa por apresentar uma relação tríplice formada pelo poder, o direito e a verdade.

Logo nos primeiros parágrafos, o autor problematiza questões como a produção da verdade e o entendimento social do que seria correto. Nas palavras de Michel Foucault, "o poder não para de nos interrogar, de indagar, registrar e institucionalizar a busca da verdade, profissionalizá-la e a recompensa." (FOUCAULT, 2006, p. 186). Percebe-se aqui a relação com o Direito, em

¹ Acadêmica do Quinto Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

especial o Direito Penal, que cria tipos penais por meio de previsões legislativas e constrói verdades ao estabelecer punições paradedeterminadas condutas. Se “A” mata “B” é certo que “A” será punido, assim como qualquer outro que matar alguém.

O princípio geral que norteia o autor em seu percurso de estabelecer as relações entre *direito e poder* é a figura do soberano desde a Idade Média nas sociedades ocidentais, o poder real, que é nada mais do que aquele que pertence ao rei. O direito, aqui entendido como o pensamento jurídico, centrado na figura do soberano, elaborado para servir de instrumento ou justificativa para o poder real, principalmente com a reconstituição do Direito Romano e o seu *jus civile*, que em suma, era o direito que assegurava poder a poucos.

Neste texto, o autor trabalhou a personagem do rei como centro de construção do direito ocidental. A figura do poder no contexto se apresenta de duas maneiras antagônicas, por via da figura do jurista: a soberania e a limitação. Para a soberania do poder real, os juristas seriam os servidores do rei. Por outro lado, para a limitação do poder real, os juristas seriam os responsáveis por estabelecer o seu limite.

Essa Teoria do Direito presente na Idade Média teve o papel de construir a legitimidade do poder. Foucault conclui que “A teoria do direito, da Idade Média em diante, tem essencialmente o papel de fixar a legitimidade do poder; isto é, o problema maior em torno do qual se organiza toda a teoria do direito é o da soberania.” (FOUCAULT, 2006, p. 181).

Para Dallari, em seu livro *Elementos de Teoria Geral do Estado*, a soberania pode ser entendida sob múltiplas teorias; porém, tais teorias sempre têm em comum o fato de ligarem a soberania ao poder. Ainda em Dallari, encontra-se: “procedendo a uma síntese de todas as teorias formuladas, o que se verifica é que a noção de soberania está sempre ligada a uma concepção de poder, pois mesmo quando concebida como o centro unificador de uma ordem está implícita a ideia de poder de unificação.” (DALLARI, 2013, p. 86). A questão que Foucault coloca então é: se a soberania traz a ideia de unificação e construção de legitimidade do poder, como se pode compreender o poder como algo fragmentado?

Apresentado o norte de seus estudos, que culminaram nesse texto, Foucault define um projeto geral. Este projeto seria fazer o caminho inverso da análise do Direito, sobressaindo o fato da

dominação em sua brutalidade e íntimo, delimitando e dando forma a essa dominação. Para Foucault, o essencial é entender o limite dessa dominação em vez de dar ênfase aos meios utilizados para tal. O entendimento do autor por dominação não se define em dominação global, ou dominação de um sobre os demais, mas as múltiplas formas existentes e que podem ser exercidas na sociedade, não o governante (soberania) no centro e sim os súditos (corpo social) em suas diversas relações de reciprocidade que existem, funcionam e são múltiplas sujeições.

Um exemplo prático é o do chefe que constantemente humilha o empregado por estar em posição hierárquica superior. Por outro lado e com igual destaque para o estudo é o empregado que se sujeita ao assédio moral, que para o ordenamento jurídico brasileiro é crime. Essas múltiplas sujeições tem como canal permanente de transmissão o campo judiciário. Desta forma o direito não deve ser visto como meio de estabelecer legitimidade, mas sim como um procedimento de sujeição e dominação, Foucault esclarece:

O sistema do direito, o campo judiciário são canais permanentes de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfos. O direito deve ser visto como um procedimento de sujeição, que ele desencadeia, e não como uma legitimidade a ser estabelecida. Para mim, o problema é evitar a questão – central para o direito – da soberania e da obediência dos indivíduos que lhe são submetidos e fazer aparecer em seu lugar o problema da dominação e da sujeição (FOUCAULT, 2006, p. 181).

O próximo passo de Michel Foucault no capítulo *Soberania e Disciplina* trata de precauções que devem ser tomadas ao estudar o Poder. A primeira delas seria não buscar a fundamentação do direito de punir na soberania tal como ela é definida e sim buscar compreender a materialização das instituições locais e regionais de punir. Independente do direito de punir se materializar no suplício (em que o sofrimento físico do condenado era um verdadeiro espetáculo) ou encarceramento (quando a punição é um ato procedimental administrativo), captar o poder nos extremos, é cada vez menos jurídico seu exercício. E sua legitimação não se encontra na soberania e, sim, na violência.

A segunda precaução apresentada é a questão equívoca de abordar o lado interno do

poder, a formulação de perguntas que não podem ser respondidas, não perguntar porque alguns querem dominar e sim como funciona essa dominação, procurar saber como se constituem os seres do corpo social. Foucault defende aqui um afastamento da ideia de Hobbes do Leviatã: em vez de procurar as respostas na alma central, o Estado, buscar as respostas no nos múltiplos corpos que compõem a sociedade.

Entendimento trabalhado por Santos, “Foucault afirma que, desde o século XVIII, a forma mais importante de poder que circula na sociedade é produzida pela própria sociedade, e não pelo Estado.” (SANTOS, 2011, p. 264). Santos, em seguida, não deixa de fazer uma crítica a essa ideia trazida por Foucault:

Em primeiro lugar, embora Foucault tenha razão em salientar a existência de formas de poder fora do Estado e considerá-las de natureza tão política quanto a do poder estatal também vai demasiado longe na afirmação da dispersão, do acentrismo e da fragmentação delas. [...] Assim, para Foucault, dar poder significa em última análise, desarmar. Aplicando ao meu quadro analítico, isto significa pressupor que a luta pela emancipação não é mais que uma afirmação de vontade de regulação (SANTOS, 2011, p. 265).

Jürgen Habermas, em sua obra *O Discurso Filosófico da Modernidade* (2000), também critica a ideia trazida por Foucault. Segundo ele tal ponto de vista traz limitações:

Se se admite, como Foucault, apenas o modelo de processos de sujeição, de confrontações mediadas pelo corpo e de contexto de ações estratégicas mais ou menos conscientes; se se exclui uma estabilização de domínios de ação por meio de valores, normas e processos de entendimento recíproco e não se assinala para esses mecanismos de integração social nenhum equivalente conhecido proveniente das teorias do sistema ou da troca; então torna-se difícil de explicar como as lutas locais permanentes poderiam consolidar-se em poder institucionalizado (HABERMAS, 2000, p. 401).

Ademais, ambos os autores ressaltam as contribuições de Foucault para o estudo do Poder na atualidade. Santos esclarece que “não obstante estas críticas, o contributo de Foucault para a compreensão do poder nas sociedades

contemporâneas foi inestimável.” (SANTOS, 2011, p.265). Habermas (2000), por sua vez, assevera que a filosofia da consciência de Foucault fez desaparecer os problemas que teriam levado esta ao fracasso. Em suma, a segunda precaução consiste em dar foco ao corpo social e não ao ente estatal.

A terceira ressalva apresentada por Foucault trata do equívoco que ocorre quando ao estudar o Poder, acreditar que se trata de um instrumento de controle que permite a submissão daqueles que não o possuem, diminui sua abrangência e importância, e limita sua análise. Esclarece Foucault:

não tomar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros, de uma classe sobre as outras; mas ter bem presente que o poder – desde que não seja considerado de muito longe – não é algo que se possa dividir entre aqueles que possuem e o detêm exclusivamente e aqueles que não o possuem e lhe são submetidos. O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia (FOUCAULT, 2006, p. 183).

Ainda em Santos, encontra-se a análise do citado “o poder nunca é exercido numa forma pura e exclusiva, mas sim como uma formação de poderes, isto é, como uma constelação, de diferentes formas de poder combinadas de maneira específicas.” (SANTOS, 2011, p. 264-265). O indivíduo aqui é um efeito do poder, seu centro de transmissão, o poder transita no indivíduo por ele constituído, exemplificando, somente se reconhece um indivíduo como capaz de dar voz de prisão a alguém porque o poder constituiu este indivíduo como policial, ao mesmo tempo em que o poder do Estado transita nele e seus atos são reflexos dos efeitos do poder.

A quarta precaução apresentada é afastar a dedução do poder visto do centro até onde termina e, em vez disso, começar por uma análise como fenômeno, com uso das técnicas e procedimentos que atuam nos níveis mais baixos do poder. A crítica da dedução consiste no fato de ela ser sempre possível e fácil. Pode-se deduzir sobre qualquer fato e, em cima disso, construir uma tese, inclusive sobre a questão da dominação burguesa.

Foucault apresenta aqui deduções possíveis que classifica como falsas e verdadeiras ao mesmo tempo: a questão da exclusão dos loucos e da repressão da sexualidade infantil. Esses são fatos

que ocorreram e esta é a dedução verdadeira, porém os motivos apresentados pela burguesia para justificar tais fatos são as deduções falsas. O autor entende que estes acontecimentos foram produzidos unicamente para ocasionar certa utilidade política e econômica, a burguesia não se interessa pelos loucos, muito menos pela sexualidade infantil e, sim, pelo poder. Por isso, ele conclui que deve se estudar o poder a partir dos níveis mais baixos.

A quinta precaução trata das ideologias construídas pelas grandes máquinas do poder. De acordo com Foucault, em determinado momento tais máquinas foram acompanhadas de diversas ideologias: ideologia da educação, ideologia do poder monárquico, ideologia da democracia parlamentar. Esta é a precaução trazida de maneira mais sucinta: o poder para ser exercido nos mecanismos sutis precisa formar ideias, organizar e circular aparelhos de saber, porém a base dessas ideias e desses aparelhos não são ideologias, são dados, técnicas, registros, instrumentos reais de produção e acúmulo do saber.

Um acadêmico de Direito, ao estudar o poder sob a perspectiva de Foucault, irá compreender quais os seus limites jurídicos. Aqui, deve-se entender, ainda sob a perspectiva do autor, limites jurídicos não como os limites da legislação, mas sim onde o poder para de ser exercido pelas instituições do Direito e começa a ser exercido pela sociedade. Esse poder, que se concentra no corpo social, possui maior efetividade, pois vai além do limite alcançado pelo poder jurídico, sobretudo em razão das limitações impostas pelos conceitos explanados nesse trabalho. O poder exercido pelas instituições jurídicas recebe uma limitação própria do direito, enquanto que o poder exercido pelo corpo social não é limitado pelas instituições mencionadas, pois estas não podem alcançá-lo em suas múltiplas formas de manifestação.

Portanto, a contribuição mais valiosa deste estudo para o acadêmico de Direito reside na desconstrução da ingênua ideia do Direito como meio mais eficaz de controle social. Para o desapontamento de muitos, estudando o poder sob a perspectiva de Foucault, depara-se com um cenário no qual o poder a-jurídico é um meio mais efetivo de controle e limitação social do que aquele exercido pelas instituições jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As precauções metodológicas apresentadas por Foucault no texto em estudo levam ao reconhecimento de um fato histórico que o autor diz ser o “jurídico-política da soberania”. Se se pensar a soberania em seu sentido jurídico, de acordo com Dallari, caracteriza-se por “o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, vale dizer sobre a eficácia do direito.” (DALLARI, 2013, p. 86). Ela se torna um mecanismo de poder efetivo que permite formas de imposição e dominação, como a coerção social provocada pela Ciência do Direito enquanto controle social.

De acordo com Foucault, a teoria da soberania enquanto poder de unificação sempre está presente nos códigos jurídicos de maior relevância, exemplo é a Constituição da República Federativa do Brasil, que possui como fundamento, positivado em seu artigo 1.º, inciso I, a soberania, por dois motivos: o direito de soberania é um direito de disciplina e como instrumento crítico do despotismo monárquico. Foucault ainda defende que o estudo da soberania e disciplina e sua correlação com o poder foi desenvolvido com o intuito de esclarecer acerca da repressão legitimada na teoria da soberania e dos direitos soberanos do indivíduo, uma vez que a própria ideia de repressão é uma ideia jurídico-disciplinar.

Ademais, é importante ressaltar a tese do autor de poder para além daquela concepção hierárquica de opressor e oprimido, ou ainda a concepção hobbesiana do Leviatã (Estado) que possui e exerce todo o poder de forma opressora. Mas, sim compreender o poder nas relações mútuas do dia a dia, de indivíduos que são ao mesmo tempo opressores e oprimidos.

Para a Ciência do Direito, os estudos de Foucault contribuem para desconstruir o euforismo acadêmico acerca do controle social exercido com uso do Direito e de suas instituições jurídicas, pensamentos que levam ao equívoco de que o poder jurídico é o poder central e de maior peso nas relações sociais e a proposta do autor é desconstruir tal concepção e demonstrar o poder nos seus extremos, poder exercido pela sociedade e não pelas instituições de Direito.

REFERÊNCIAS

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Luís Carlos Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Coleção Trópicos).

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência: para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2011.



e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

ISSN eletrônico: 2179-8222

Área: Direito

Editor: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Endereço eletrônico

(e-mail): revistaeletronica@fasa.edu.br

Periodicidade: semestral

Idioma: Português

Forma de distribuição: eletrônica, constante na página eletrônica direito.fasa.edu.br, com acesso livre. O formato é copiável, mas pede-se a citação de autor e fonte.

1 INFORMAÇÕES INICIAIS E TÉCNICAS SOBRE A REVISTA

A Revista Eletrônica Fas@Jus é uma publicação semestral do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Tal Faculdade tem sede em Montes Claros, Minas Gerais, na Av. Donato Quintino, 90, Shopping Center, CEP 39400-546. Os telefones são (38) 3224-7905 (Coordenação), 3224-7901 (recepção) e 3224-7900 (geral).

A e-Revista Fas@Jus é uma publicação eletrônica e, em algumas oportunidades, são impressos alguns exemplares, com o fim de divulgação. É composta das seguintes seções fixas:

ENTREVISTA – destinada a divulgar assuntos relacionados ao Direito, orientação profissional e temas ligados aos órgãos nos quais atuam os operadores do Direito;

ARTIGOS DO CORPO DOCENTE – espaço destinado a publicar artigos científicos de autoria de Professores do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). Neste ponto, uma explicação. A Fas@Jus não publica artigos e resenhas envolvendo parceria de Professores e Acadêmicos porque:

- há seção exclusiva para publicação de textos dos Acadêmicos da Casa;
- é forma de incentivar aos Acadêmicos a publicarem de forma isolada;
- é forma de evitar que Professores exijam que seus Alunos façam artigos científicos e incluam os seus (dos Professores) nomes;
- parcerias, normalmente, não valem pontuação, para os Acadêmicos, em concursos públicos de provas e títulos;
- no caso específico da FADISA, somente a publicação individual pode levar o Acadêmico autor a ser dispensado de feitura e apresentação de monografia como Trabalho de Curso;

ARTIGOS DO CORPO DISCENTE – espaço destinado a publicar artigos científicos de autoria de Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). São aceitas parcerias entre Acadêmicos, embora não sendo aconselhável porque tais publicações com mais de um autor, normalmente, não resultam em pontuação em concursos públicos de provas e títulos e, no caso da FADISA, somente a publicação individual pode levar o Acadêmico autor a ser dispensado de feitura e apresentação de monografia como Trabalho de Curso;

ARTIGOS DE EGRESSOS – seção destinada aos ex-alunos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho;

ELO COM OUTRAS IES – espaço apropriado para publicação de artigos científicos de autoria de:

- Acadêmicos de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;
- Egressos de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;
- Professores de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;

AUTOR CONVIDADO – seção destinada a conter artigos científicos de autoria de pessoas que

o Editor ou os componentes do Conselho Editorial convidam a colaborar;

RESENHA – espaço destinado a publicação de resumo crítico, comparativo ou contendo emissão de juízo de valor por parte do autor sobre obras artísticas que são da área do Direito ou são a tal área inter-relacionados. São exemplos: livros, filmes, peças teatrais, músicas e outras atividades artísticas que tocam no tema dos segmentos do Direito.

2 NORMAS GERAIS E INICIAIS PARA QUAISQUER TIPOS DE MATERIAL SUBMETIDO À ANÁLISE, APRECIACÃO E PUBLICAÇÃO

I – somente serão analisados, pelo Conselho Editorial, materiais inéditos, entendendo como inédito o texto que tenha sido motivo de, em forma de resumo, eventuais apresentações orais, em eventos científicos;

II – a submissão de texto científico a ser analisado e, se aprovado, publicado, importa em ciência de que há originalidade, não há plágios, fraude ou cópias e que o material é inédito em termos de publicação, afirmações sob a responsabilidade, nas searas penais e civis, do autor;

III – a submissão dos trabalhos implica:

a) aceitação e autorização da publicação, se aprovado pelo Conselho Editorial, com cessão dos direitos autorais de colaboração autoral inédita;

b) ciência de que o material, se aprovado para publicação, poderá ser submetido a correção linguística, metodológica, de formatação e padronização;

c) ciência de que a não aprovação, por parte do Conselho Editorial, não implica em responsabilidade de informar em que partes do texto foram notadas deficiências (a reprovação do texto não se traduz por oferta de correção ou sugestões);

d) ciência de que somente em casos excepcionais o Conselho Editorial devolverá o material ao autor, para melhoramentos, adequações e adaptações, sendo a regra a reprovação do que não se encaixar nas regras ora fixadas.

3 NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS

A Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho aceita analisar artigos científicos que lhe sejam submetidos, com as seguintes condições.

PRIMEIRA. TEMA

Os artigos científicos submetidos dever conter, a princípio, exclusivamente temas de Direito. Mas, há como mesclar Direito e outros segmentos do saber (Direito e Economia, Direito e Psicologia, Odontologia Legal, Medicina Legal, por exemplos) assim como são aceitos textos envolvendo, também como exemplo, Educação Superior.

SEGUNDA. FORMATO DO DOCUMENTO

O **artigo científico** submetido:

I – deve ser enviado exclusivamente em texto digitado, redigido em Língua Portuguesa, sem envio de material impresso;

II – deve estar digitado com tipos Times New Roman (preferencialmente) ou arial;

III – exceto as citações longas, o texto deve ter tipos tamanho 12, com espaço 1,5 entre linhas;

IV – as citações curtas, de até três linhas, devem vir dentro do texto, entre aspas;

V – as citações longas devem:

a) ser digitadas em tipos de tamanho 11;

b) ser recuadas em 2,5cm (duas vezes o espaço 1,25cm do parágrafo normal);

c) ter espaço simples (espaço 1) entre linhas;

d) ter referência a autor – apenas pelo sobrenome e em letras maiúsculas – data e número da página;

VI – ter, no mínimo, dez páginas, incluindo bibliografia e notas de rodapé;

VII – estar redigido em formato word (não se admitindo arquivo em PDF ou outro formato), com as seguintes especificações:

a) a página deverá ser padronizada com margens superiores e esquerda com 3cm e margens superiores e direita com 2cm;

b) os recuos de parágrafos devem ter 1,25cm, e a separação entre parágrafos deve ser feita com utilização de espaço normal entre linhas;

VIII – o título do artigo deve ser digitado em tamanho 14 ou 16, com efeito negrito e centralizado;

IX – se houver subtítulo do artigo, deve vir todo digitado em letras minúsculas – exceto em se tratando de nomes próprios – e após o título, tendo dois pontos imediatamente após a última letra do título e antes do subtítulo;

X – o nome completo do autor do texto deve ser digitado em tamanho 12, alinhado à direita, com nota de rodapé contendo a qualificação resumida do autor (títulos e Instituições de Ensino às quais se acha ligado ou nas quais obteve os títulos);

XI – o Resumo deve:

a) ter o máximo de 200 palavras, em único parágrafo;

b) estar digitado em espaço simples (espaço 1);

c) ser redigido em Língua Portuguesa;

d) conter até cinco palavras-chave, estas escritas na última linha;

XII – o Resumo deve ser traduzido, preferencialmente em inglês, na mesma condição do Resumo, sob a forma de ABSTRACT, inclusive as cinco correspondentes *keywords*;

XIII – os destaques devem ser feitos exclusivamente com utilização de tipos itálicos, não se admitindo negrito e sublinhado;

XIV – a Bibliografia deve:

a) ser inserta ao fim do texto, exclusivamente;

b) ter o subtítulo como, apenas, REFERÊNCIAS;

c) ter espaço simples entre as linhas;

d) estar alinhada à esquerda;

e) conter:

1) nome de família do autor, em letras maiúsculas, seguido de vírgula;

2) restante do nome do autor somente com iniciais

maiúsculas, exceto partículas de ligação que ficam escritas em minúsculas (exemplos: de, da, e), seguido de ponto final;

2) título da obra somente com a primeira inicial maiúscula, exceto em se tratando de nomes próprios, com efeito itálico; seguido de dois pontos se houver subtítulo ou ponto final quando não houver subtítulo;

3) se houver, subtítulo da obra somente com iniciais minúsculas, exceto em se tratando de nomes próprios, sem efeitos;

4) nome do tradutor, se houver, seguindo de ponto final;

5) número da edição indicada apenas pelo algarismo arábico seguido de ponto final e somente em sendo da segunda edição em diante, e seguido da palavra “ed.”, em letras minúsculas seguidas de ponto final, como forma de abreviar “edição”;

6) o nome da cidade em que houve a publicação, seguido de dois pontos;

7) o ano da edição, seguindo de ponto final;

8) notas esclarecedoras como título original ou a qual coleção pertence, se houver;

XV – o material gráfico e ilustrações devem:

a) ter largura entre 8,5cm e 16cm;

b) ser numeradas sequencialmente em algarismos arábicos;

c) estar localizados(as) dentro do texto, quando tratado do assunto em que a ilustração, quadro, tabela ou outra forma de ilustração se referir;

d) ter legendas escritas em tipos Times New Roman, tamanho 8, logo abaixo da figura.

TERCEIRA. O TEXTO E OS SUBTÍTULOS

O texto deve ser apresentado em estilo “justificado” (de um lado ao outro da página) e separado por subtítulos, precedidos de algarismos arábicos.

Quando se tratar de numeração primária (exemplos: 1, 2, etc.), o subtítulo deve vir todo escrito em letras maiúsculas, com efeito negrito. Quando se tratar de numeração secundária (exemplos: 1.1; 1.2; 2.1; 2.2, etc.), o subtítulo deve ter somente as iniciais maiúsculas, exceto partículas

de ligação e palavras monossilábicas (exemplos: de, para, por, as), com efeito negrito. Subtítulo com numeração terciária (exemplos: 1.1.1; 1.1.2, etc.) deve conter apenas a primeira inicial maiúscula, e sem efeito negrito.

QUARTA. NOTAS DE RODAPÉ

Somente são admitidas notas de rodapé para identificação resumida do autor (inciso X da nota SEGUNDA) e para notas explicativas. Não são admitidas referências bibliográficas como nota de rodapé. Os tipos das notas de rodapé devem ser de números 9 ou 10.

QUINTA. ABREVIATURAS, ABREVIACÕES E SIGLAS

A primeira utilização de iniciais, abreviatura e sigla somente será admitida após o nome por extenso da sequência abreviada, e entre parênteses. A partir da primeira utilização de iniciais, abreviaturas e siglas, pode-se utilizar, opcionalmente, todo o nome ou a forma diminuída. Não se admite o uso de abreviações (exemplos: cine, fone).

Notar que não há pontos finais em iniciais ou siglas.

Exemplos de siglas: Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA) ou Faculdade de Direito Santo Agostinho (Fadisa) (nos exemplos, a palavra formada tem mais de quatro letras e, por isso, pode aparecer em caixa-alta ou somente com a primeira letra em maiúscula; se fosse composta de até quatro letras, o uso seria, exclusivamente, exclusivamente com letras maiúsculas).

Exemplos de iniciais: Fundo Monetário Internacional (FMI); Núcleo Docente Estruturante (NDE).

SEXTA. NUMERAIS

No texto, os numerais são escritos por extenso

entre um e vinte e a cada vez que a indicação for em números pronunciados com única palavra (exemplos: trinta, cem, quinhentos, mil) e em algarismos nos demais casos (exemplos: 21, 45, 135, 1.011). Deve-se notar que a partir de mil, há ponto final entre o milhar e a centena. Não se usa ponto final entre o milhar e a centena é em datas. Exemplos: 2015, 1968, 2045.

4 NORMAS ESPECÍFICAS PARA PUBLICAÇÃO DE RESENHAS

A Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho aceita analisar **resenhas** que lhe sejam submetidas. A elaboração de resenhas deve obedecer, em tudo, as normas para publicações de artigos, exceto as seguintes particularidades:

I – admite-se texto sem subtítulos ou com subtítulo sem numeração;

II – o texto deve ter, no mínimo, cinco páginas;

III – não há resumo e/ou *abstract*;

IV – as obras resenhadas devem, obrigatoriamente, envolver o Direito, não se fixando quais as modalidades intelectuais em que a arte analisada é apresentada (exemplos: filmes, livros literário, peças teatrais e outras).

V – admite-se Referência com apenas dados da obra resenhada.

5 NORMAS DA ABNT

Em quaisquer textos submetidos à análise do Conselho Editorial da Fas@Jus, a e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, devem ser observadas as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) em tudo que não ficou descrito nas regras anteriormente descritas.

