



EJUSE

ESCOLA JUDICIAL
DO ESTADO DE SERGIPE

REVISTA DA EJUSE

Revista da EJUSE Nº 20, 2014

©REVISTA DA EJUSE
ISSN 2318-8642

Conselho Editorial e Científico

Direção Editorial: Juiz José Anselmo de Oliveira
Membros: Desembargador Cezário Siqueira Neto
Juiz João Hora Neto
Juiz Francisco Alves Júnior
Juíza Rosa Geane Nascimento Santos
Daniela Patrícia dos Santos Andrade
José Ronaldson Sousa

Coordenação Técnica e Editorial: Daniela Patrícia dos Santos Andrade

Revisão: Ronaldson Sousa e Mateus Correia

Editoração Eletrônica: Mateus Correia

Capa: Juan Carlos Reinaldo Ferreira

Tiragem: 500 exemplares

Impressão: Gráfica e Editora Liceu Ltda.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
Escola Judicial do Estado de Sergipe
Centro Administrativo Desembargador Antonio Goes
Rua Pacatuba, nº 55, 7º andar - Centro
CEP 49010-080- Aracaju – Sergipe
Tel. (79) 3214-0115. Fax: 3214-0125
[http: www.tjse.jus.br/ejuse](http://www.tjse.jus.br/ejuse)
e-mail: ejuseexterno@tjse.jus.br

R454 Revista da Ejuse.
Aracaju: EJUSE/TJ, nº 20, 2014.

Semestral

1. Direito - Periódico. I. Título.

CDU:
34(813.7)(05)



COMPOSIÇÃO

Diretor

Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho

Presidente do Conselho Administrativo e Pedagógico

Desembargador Edson Ulisses de Melo

Coordenadora Administrativa

Luciana Rocha Melo Muniz

Coordenadora de Cursos Externos

Daniela Patrícia dos Santos Andrade

Coordenadora de Cursos para Magistrados

Lorena Figueiredo de Oliveira Freire

Coordenadora de Cursos para Servidores

Cristiana Prado Oliveira Dantas

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
DOCTRINA	13
A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEU REFLEXO NAS INFRAÇÕES E SANÇÕES DA LEI 8.429/92, E AINDA NO RESPECTIVO PROCESSO JUDICIAL Sulamita Góes de Araújo Carvalho.....	15
O JUIZ E A GOVERNANÇA DO PODER JUDICIÁRIO: DO MODELO BUROCRÁTICO AO DEMOCRÁTICO Luciano Athayde Chaves.....	25
A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A DEMOCRACIA Leonardo Souza Santana Almeida.....	55
O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, A BIOÉTICA E A JURISPRUDÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS Edinaldo César Santos Junior.....	75
O GÊNERO COMO CRITÉRIO DE DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUIZADO PARA A PREVENÇÃO E COMBATE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER Patrícia Cunha Paz Barreto de Carvalho.....	89
O ACESSO À JUSTIÇA, A TEORIA DA MEDIAÇÃO E A RESOLUÇÃO 125/2010 DO CNJ Gilton Batista Brito.....	103
PROJETO LEGISLATIVO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A CRISE DA JURISDIÇÃO Joel Dias Figueira Júnior.....	123
ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DE FETOS ANENCÉFALOS DIANTE DO JULGAMENTO DA ADPF Nº 54 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Mariana Smith Dantas Sobral Oliveira.....	149
REPERCUSSÃO DA LEI MARIA DA PENHA NOS CONTRATOS DE TRABALHO Maria Fernanda Souza Carvalho.....	165

EFICÁCIA HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A VINCULAÇÃO DESSES AOS PARTICULARES: TEORIAS PERTINENTES E APLICAÇÃO JUDICIAL DA “LEI DO SOPESAMENTO” COMO SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE INTERESSES CONSTITUCIONAIS Thyago Gutierrez Rodrigues Santos.....	199
DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE Nelson Felix do Nascimento.....	237
A TUTELA JURISDICIONAL FACE ÀS MANIFESTAÇÕES POPULARES Enéas de Oliveira Dantas Junior.....	251
IYÁ OBÁ BIYI (MÃE ANINHA): CENTELHA INSPIRADORA AO EFETIVO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA Maristela Tomás dos Santos.....	281
DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO E A FASE CONTENCIOSA DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO Fabrício Emmanuel Lima Santos.....	311
CYBERCRIMES: A FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA TERRITORAL NOS DELITOS CIBERNÉTICOS Alessandra Cristina de Mendonça Siqueira.....	325
A FUNÇÃO SOCIAL E A INOPONIBILIDADE DA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS NOS CONTRATOS PÚBLICOS Luiz Gustavo de Oliveira Ramos.....	343
VULNERABILIDADE NA ÓTICA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH): APORTE NECESSÁRIO PARA A HUMANIZAÇÃO DO HOMEM NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA Eduardo Teles de Oliveira.....	363
O DANO MORAL PLEITEADO PELO ENTE PÚBLICO Carlos Adolfo Costa Prado Neto.....	385

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que dou concretude ao lançamento da *Revista da Ejuse* nº 20. Sinto-me lisonjeado de fazer parte do lançamento da referida edição, tão simbólica para o cenário jurídico sergipano. Se há mais de uma década (2001), a criação da Revista estava cercada de dúvidas quanto ao seu sucesso, assim como ocorre com qualquer nova empreitada, hoje, o lançamento do exemplar nº 20, vem a consolidar a importância deste veículo de comunicação nos anais jurídicos sergipanos.

Quando da sua criação, o Estado carecia de meios para a produção técnica e científica de natureza jurídica por parte dos magistrados e demais operadores de Direito. Diante de tal fato, era comum a “migração” de conhecimento jurídico para além das fronteiras estaduais, afinal de contas, conhecimento não poderia ser contido, de modo que se buscava meio diverso para a expressão intelectual muitas vezes reprimida por impossibilidade material que a viabilizasse. Nesse cenário, o periódico criado pela Escola Judicial edificou-se como símbolo de liberdade científica, permitindo a expressão intelectual dos estudiosos e transformando-se no instrumento ideal de codificação do conhecimento jurídico em território sergipano.

Com o passar dos anos, a Revista fortaleceu-se não apenas no âmbito estadual, como também ganhou notoriedade nacional e internacionalmente, contando, para tanto, com artigos cada vez mais profundos e esmerados. Permitiu-se, assim, o fomento à discussão teórica de matérias conturbadas, ajudando na construção de uma consciência crítica entre os operadores de direito.

Igualmente, é necessário relembrar a importância da Revista para o desenvolvimento da Escola Judicial do Estado de Sergipe, uma vez que além de colocá-la numa posição privilegiada no cenário jurídico nacional,

impulsionou o debate intelectual entre os magistrados sergipanos, ajudando no desenvolvimento de juizes cada vez mais preparados para o exercício da atividade jurisdicional.

Ora, é exatamente por tudo quanto o dito, que me sinto regozijado pelo lançamento da nova publicação do periódico. Na posição de Diretor da Ejuse, sinto-me feliz pelo sucesso no desenvolvimento e lançamento da nova edição da Revista, entretanto, é como operador de direito que me sinto exultado pelo resultado que conquistamos. O êxito do periódico não é apenas uma vitória da Escola Judicial de Sergipe, mas uma conquista para toda comunidade jurídica sergipana.

Por fim, sinto-me no dever de agradecer a todos os colaboradores, sejam os autores dos artigos que se esforçam cada vez mais para trazer um material de qualidade ou os servidores que se empenham na seleção e no compêndio do material coletado, afinal a *Revista da Ejuse* nada mais é do que um produto coletivo.

Des. Osório de Araújo Ramos Filho

Diretor da Escola Judicial do Estado de Sergipe

DOCTRINA

A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEU REFLEXO NAS INFRAÇÕES E SANÇÕES DA LEI 8.429/92, E AINDA NO RESPECTIVO PROCESSO JUDICIAL

Sulamita Góes de Araújo Carvalho*

RESUMO: O presente artigo cuida da individualização da responsabilidade por atos de improbidade administrativa dentro das espécies de responsabilização conhecidas, civil, penal e administrativa, possibilitando a inteligência a respeito da existência de outros tipos distintos de responsabilidade, com fundamento e autonomia constitucional, bem como seu reflexo na legislação específica e no próprio processo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa. Autonomia. Sanções. Processo judicial.

INTRODUÇÃO

O Direito contempla a responsabilização por certos atos impondíveis uma sanção, cujo estudo, em nosso ordenamento jurídico, consagra a existência de três espécies, a saber, a responsabilidade civil, a penal e a administrativa. Há muito, a doutrina e jurisprudência se solidificaram no sentido de distribuir toda e qualquer responsabilidade dentre esses três sistemas que, em tese, englobariam todos os assuntos. Hodiernamente, no entanto, há uma nova visão, um novo enfoque com respaldo na Constituição Federal que não pode ser olvidado em virtude de se tratar de uma análise científica de outras espécies de responsabilidade que não podem ser encaixadas naquelas três.

Dentro desse aspecto, a responsabilidade em virtude de atos considerados ímprobos tem sua origem na própria Constituição Federal e pode ser entendida como pertinente a um sistema autônomo, distinto

* Graduada pela Universidade Católica do Salvador. Ex-conciliadora dos Juizados Especiais Federais. Ex-advogada. Juíza Substituta do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Ensaio confeccionado durante o I Curso de Improbidade Administrativa promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

das três esferas de responsabilidade tanto conhecidas e estagnadas pela doutrina do Direito Público.

Relevante é identificar tal autonomia, cujos reflexos se estendem não somente para a análise das infrações e sanções decorrentes dos atos de improbidade administrativa, abstratamente consideradas, mas também para a aplicação prática, processualmente falando.

1 – FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS AO RECONHECIMENTO DA AUTONOMIA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A doutrina e jurisprudência vêm tendo dificuldades em enquadrar a responsabilidade decorrente de atos considerados ímprobos dentro dos três grandes sistemas existentes, a responsabilidade civil, penal e administrativa.

A responsabilidade civil, em linhas gerais, está focada no âmbito das relações privadas, tendo por característica a existência de um ato, com dolo ou culpa, um nexo de causalidade e o dano.

A responsabilidade criminal, inerente ao Direito Penal, tem o caráter sancionador em razão da ofensa a bem jurídico tutelado, cujos atos são tipificados e antijurídicos, permitindo a aferição do grau de culpabilidade e a sanção que pode importar até mesmo na perda da liberdade do indivíduo.

Já a responsabilidade administrativa envolve a presença de situações jurídico-administrativa entre o cidadão e o Estado, seja pela sujeição do particular aos comandos administrativos, seja referente àqueles que têm vínculo direto com a administração e se subordinam a regimes especiais.

Analisando os três tipos de responsabilidade, numa acepção moderna, portanto, pode-se entender por sistema de responsabilidade a forma pela qual o Direito, para a proteção de um bem jurídico tutelado, com o respaldo do devido processo legal, reage ao ilícito perpetrado associando-o a uma determinada sanção.

No texto da Constituição Federal é possível encontrar exemplos dos sistemas de responsabilidade, sendo certo que ela procura tratar das responsabilidades de maneira direta, específica, e em demarcados casos, como os relativos aos agentes públicos e políticos, confere um tratamento normativo ao bem jurídico tutelado distante daquelas três esferas, donde

se pode concluir pela existência de um quarto sistema de responsabilidade, o da responsabilidade por improbidade administrativa.

Se investigarmos a fundo a existência de sistemas de responsabilidade extraídos da Constituição Federal, tomando-se por base a resposta que a Lei Maior confere a determinados atos, seremos capazes de encontrar outros além dos três já consagrados. Considerando os agentes públicos como exemplo, podemos encontrar tais sistemas a partir da averiguação de ilícitos funcionais, observando como o direito reage a esses ilícitos nas suas diversas dimensões.

Volvendo à análise dos atos tidos por ímprobos, não há como enquadrá-los nos sistemas de responsabilidade civil, penal ou administrativo. Além de a própria Constituição Federal focar o assunto de maneira diversa, destacada das demais responsabilidades, é possível identificar traços dos três sistemas quando se trata de atos por improbidade administrativa.

Não se pode simplesmente alocar tais atos no âmbito da responsabilidade civil porquanto esta se refere primordialmente às relações privadas, entre particulares, com a presença de elementos volitivos, culposos ou dolosos, dano e nexos causal.

Quanto a envolver os atos de improbidade administrativa na seara da responsabilidade penal também há enorme dificuldade, dada a infinita quantidade de possíveis atitudes capazes de configurar atos ímprobos, diferentemente da necessidade da estrita tipicidade penal.

De igual sorte, não se pode dizer simplesmente que a improbidade administrativa encontra-se inserta no âmbito da responsabilidade administrativa, haja vista que para a qualificação de infrações e sanções administrativas, a própria Administração Pública pode ser considerada como sujeito. Ademais, as infrações e sanções estabelecidas são averiguadas administrativamente, sem necessidade de intervenção judicial.

Imperioso é, portanto, identificar o sistema de responsabilidade para que se possa investigar o regime jurídico a ser utilizado.

Considera-se que a responsabilidade por atos de improbidade administrativa tem matriz constitucional. É ela quem se refere expressamente, ao menos em duas oportunidades, sobre a improbidade administrativa.

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal, ao dispor que “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos,

a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”, deixa clara a coexistência da responsabilidade administrativa e penal. É este artigo o vértice, o norte que o legislador utilizou para a confecção da Lei 8429/92, de cuja leitura se extrai os elementos da responsabilidade por atos de improbidade das demais.

Mas não é só. Há outros fundamentos que revelam o reconhecimento da autonomia dos atos por improbidade administrativa. Nosso país tem por alicerce a República – como ressoa do artigo 1º da Constituição Federal – que, numa tradução literal, é a “coisa pública”, sendo ínsito a este conceito o dever de todos os componentes da nação agirem em nome da sociedade, de forma transparente, prestando contas e com responsabilidade. Ora, agir no exercício de função pública não é o mesmo que agir de forma particular e por interesse pessoal, mas em nome da sociedade.

Assim é que na Constituição Federal o tratamento normativo da responsabilidade, tendo por ápice a República, encontra-se hoje bem delineado, articulado em diversas dimensões normativas, sendo possível identificar fundamento para, a partir da verificação de ilícitos funcionais, observando como o direito reage a esses ilícitos nas suas diversas dimensões, se constatar a existência de um conjunto diversificado de sistemas de responsabilidades a que nossa sociedade está sujeita.

E é analisando tais assertivas, numa interpretação sistemática dos comandos constitucionais, seus princípios e garantias, que se pode aferir ser a responsabilidade por improbidade administrativa integrante de um sistema autônomo, desatrelado dos outros três grandes sistemas. É daí que se pode, inclusive, conceituar os atos tidos por ímprobos, sem descurar dos princípios não escritos inerentes ao próprio corpo social.

Agir com probidade é agir com caráter, lealdade, atendendo a preceitos éticos e morais, mormente no trato com a coisa pública em que se exige a tão criteriosa maneira de se proceder. Assim, improbidade administrativa pode ser entendida como o agir violador da honestidade e lealdade para com a coisa pública, na condição de agente público ou de parceiro privado, que conta com tratamento autônomo em nosso sistema jurídico, o qual identifica as ações que têm natureza ímproba e estabelece sanções para quem as pratica, sem prejuízo de estarem inseridas também no âmbito das responsabilidades civil, penal e administrativa.

2 – O REFLEXO DA AUTONOMIA NA COMPREENSÃO DOS TIPOS INFRACIONAIS (ARTS. 9, 10 e 11 DA LEI 8.429/92) E A POSSIBILIDADE DE SUSTENTAR A CONSTITUCIONALIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO CULPA (EM SENTIDO ESTRITO) PREVISTO NO ART. 10 DA LEI 8.429/92

A Lei 8.429/92 é uma construção legislativa complexa, mas capaz de permitir o enquadramento de ações tidas por ímprobas em seus três artigos principais, que cominam nas sanções aplicáveis àqueles que em desacordo com a lei e princípios agem.

Há, em suma, três espécies de atos de improbidade administrativa tipificados na Lei 8429/1992: aqueles que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam lesão ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

A configuração legislativa contou com duas técnicas para a elaboração dos atos tidos por ímprobos, ora empregando conceitos indeterminados, deixando a cargo do julgador a subsunção do fato à norma e sua respectiva integração, ora especificando precisamente o que entende por ato de improbidade.

A interpretação da redação da lei permite inferir que há autonomia funcional entre os textos contidos no *caput* e nos incisos dos três artigos mencionados; ao mesmo tempo em que eles se completam, podem ser usados individualmente e isoladamente. Emerge da leitura dos artigos que eles contêm tipos exemplificativos.

Em suma, no *caput* dos artigos encontramos tipos abertos, que não esgotam todas as condutas que podem ser consideradas ímprobas, vindo a exemplificá-las nos incisos, o que pode ser compreendido pela utilização da expressão “notadamente”, presente em todos os três artigos.

Os tipos delineados nos incisos, por seu turno, remetem ao *caput*, na medida em que, para haver sanção, é necessário que haja a especificação da conduta que se considera por vedada no ordenamento jurídico.

Em remate, embora independentes, há uma visível conexão entre os artigos, na medida em que todo ato de improbidade se traduz em uma afronta aos princípios da administração, antes mesmo de ser visto como lesão ao erário ou enriquecimento ilícito, porém, não menos verdade é o fato de que o reconhecimento do enriquecimento ilícito não importa necessariamente na produção de dano ao erário.

São os artigos 9º, 10 e 11, portanto, que discriminam e de certo modo tipificam as condutas que são tidas por ímprobas. É-lhes comum o elemento volitivo que exsurge nos tipos, porém, enquanto os artigos 9º e 11 admitem apenas a conduta dolosa, o caput do art. 10 da Lei nº 8.429/92 que diz haver ato de improbidade administrativa em qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa que cause lesão ao erário.

Por seu conteúdo sancionatório, torna-se necessário averiguar o elemento subjetivo da conduta para que seja possível a punição. Assim é por força da necessidade de o agente em missão pública zelar pelo patrimônio, agir com cuidado, sem negligenciar, malversar a coisa pública sob sua responsabilidade.

Mas há críticas a esse posicionamento, no sentido de que a Lei nº 8.429/92 extrapolou os limites contidos na Constituição Federal, agindo de maneira desproporcional e sem razoabilidade com a inclusão da culpa em uma das modalidades de ato de improbidade administrativa, bem como que esta inclusão denotaria uma certa discrepância quanto ao fato de punir pessoas que agem com negligência, imperícia ou imprudência como sinônimos de desvio de caráter e corrupção.

Por outro lado, se analisarmos a fundo a própria Constituição Federal, é de se depreender não ser concebível que a pessoa a lidar com a coisa pública, considerada em sentido amplo, seja despreparada a ponto de atuar com negligência, desleixo, desídia. Como já afirmado alhures, a República é o fundamento maior para a inserção do tema relativo à improbidade administrativa no corpo da Constituição Federal. A proteção da coisa pública, de todos, permite a aferição de que não somente o atuar com o desejo, com a vontade, com o dolo pode ser considerado ato ímprobo, mas também a forma descuidada de lidar com o que é de todos permite a sua inclusão como tal.

É de se concluir, portanto, que o artigo 10 da Lei 8429/92 não fere a Constituição Federal. Pelo contrário, comunga com seus princípios, protegendo o bem jurídico de maneira a reparar e prevenir, com suas sanções, que aqueles que de alguma forma têm contato com a coisa pública possam cometer atos que afrontem os princípios da administração pública, causem dano ao erário ou se enriqueçam ilicitamente, ainda que no elemento subjetivo da conduta conste apenas a culpa.

3 – A CONSEQUÊNCIA PRÁTICA DA AUTONOMIA DA RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA DOSIMETRIA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS AO SE CONSIDERAR A POSSIBILIDADE DE O AGENTE PÚBLICO IGUALMENTE RESPONDER EM OUTRAS INSTÂNCIAS (POR EXEMPLO, EM PROCESSOS CRIME E/OU ADMINISTRATIVO)

Ainda tratando da autonomia da responsabilidade por improbidade administrativa, a aplicação das sanções previstas nos artigos respectivos não devem ficar adstritas ou atreladas a outras espécies de responsabilização de seus atos, como na esfera criminal ou administrativa.

A sanção que se extrai da Lei da Improbidade Administrativa tem caráter punitivo e reparador, devendo ser aplicada fundamentadamente, diante dos elementos colhidos nos autos. Ainda que o ato tenha reflexos em outros sistemas de responsabilidade, a responsabilização específica pela Lei de Improbidade Administrativa não se curva àqueles, ela é autônoma e independente.

É dever do magistrado, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, individualizar a sanção de acordo com o ato, indicando fundamentadamente as razões pelas quais aplicou uma ou outra sanção dentre as dispostas no artigo 12 da Lei 8429/92, já que não há a necessidade de se aplicar todas elas ao mesmo caso, ou na ordem em que aparecem.

Entrementes, não há a possibilidade de outras instâncias de responsabilidade aplicarem as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Ela é judicial apenas.

Neste contexto, deve o magistrado primar pelo equilíbrio no julgar, com a razoabilidade e proporcionalidade, motivadamente.

4 – A NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS DOS “NOTIFICAÇÃO” E DE “CITAÇÃO” DIANTE DA ANÁLISE PARTICULAR DA AUTONOMIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 17, §§ 7º e 9º, DA LEI 8.429/92 E SEU REFLEXO PRÁTICO A RESPEITO DA ORDEM DE CITAÇÃO UMA VEZ CONSTITUÍDA A RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL COM A NOTIFICAÇÃO

O art. 17 da Lei n. 8.429/1992 trata da fase judicial relativa aos atos considerados ímprobos. O rito, embora denominado ordinário, é repleto de particularidades que permitem denotá-lo como especial, o que lhe dá a devida autonomia em relação ao rito estabelecido para as ações ordinárias que seguem o Código de Processo Civil.

Após a deflagração da ação com a petição inicial pelos legitimados, que deve ser instruída com documentos ou justificações que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade administrativa ou com a justificativa da impossibilidade de apresentação das provas naquele momento, o magistrado deve instar o Réu para se manifestar, notificando-o.

Com a manifestação do réu, o magistrado poderá rejeitar a petição inicial “se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita”, como se lê do § 8º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992.

Recebida a petição inicial, determina o § 9º do art. 17 da mencionada Lei a citação do Réu para que ofereça a defesa que entender pertinente.

A Lei acabou por pecar na definição dos institutos da notificação e citação. No caso, a *notificação* e a *citação* de que tratam, respectivamente, os §§ 7º e 9º da Lei 8429/92 merecem ser entendidas como *citação* e *intimação*.

É lugar comum a definição de que a citação é o ato pelo qual se dá conhecimento a alguém da existência de uma lide envolvendo a sua pessoa, já a notificação deve ser entendida como o ato pelo qual se determina o conhecimento acerca da existência de um ato.

No caso da Lei de Improbidade Administrativa, a divergência da terminologia e o uso inadequado das expressões tem reflexo no próprio modelo constitucional destinado ao processo civil, bem como se depara com os princípios da economia processual e eficiência, considerando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

A notificação tem servido, na verdade, como verdadeira citação, dando conhecimento à parte da existência da lide e permitindo que, de plano, sobre ela se manifeste. Por seu turno, a expressão citação contida na Lei serve como verdadeira intimação para a prática dos demais atos processuais, ainda que se dê o nome de contestação ao segundo deles.

É mister salientar que a ausência de defesa prévia não é considerada para efeitos de nulidade, a menos que se demonstre o prejuízo porventura

dela oriundo.

A razão de ser da distinção a respeito da natureza jurídica dos atos de citação também implica na aferição do momento em que ocorre a revelia. A ausência de contestação mesmo tendo havido defesa preliminar não pode ser considerada para efeitos de revelia, já que houve o conhecimento da parte a respeito da ação contra ela intentada, bem como, de certo modo, já se manifestou sobre os fatos narrados.

Por derradeiro, a presunção de veracidade dos fatos alegados na exordial deve ser tomada com cautela em havendo a inação do Réu na apresentação de contestação após ter sido notificado. Ora, ainda que se considere a revelia pela falta de apresentação de defesa propriamente dita, não se pode olvidar acerca da indisponibilidade do bem em questão, bem como a defesa prévia pode e deve ser utilizada pelo magistrado para averiguar o que deve ou não ser presumido verdadeiro.

CONCLUSÃO

O estudo da improbidade administrativa é recheado de nuances que merecem atenção não só dos aplicadores do Direito, mas daqueles que têm contato com a coisa pública. A responsabilização por improbidade administrativa se revela autônoma, com raízes na Constituição Federal e possui reflexos em diversos setores, dada a sua extrema importância em razão do bem jurídico protegido.

AUTONOMY OF LIABILITY FOR CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE MISCONDUCT, YOUR REFLEX IN VIOLATIONS AND PENALTIES OF LAW 8.429/92, AND STILL IN THEIR JUDICIAL PROCESS

ABSTRACT: This article deals individualization of responsibility for acts of administrative misconduct within species known accountability, civil, criminal and administrative, enabling intellection about the existence of other distinct types of responsibility, autonomy and constitutional grounds, as well as its reflection in specific legislation and the judicial process itself.

KEYWORDS: Administrative misconduct. Autonomy. Sanctions. Lawsuit.

BIBLIOGRAFIA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29ª ed., rev. e at., São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- BUENO, Cassio Scarpinella, artigo: Juízo de Admissibilidade da Petição Inicial, Sentença e Julgamento parcial na Ação de Improbidade Administrativa. Sítio: www.enfam.jus.br
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

O JUIZ E A GOVERNANÇA DO PODER JUDICIÁRIO: DO MODELO BUROCRÁTICO AO DEMOCRÁTICO

Luciano Athayde Chaves*

“Não há dúvida de que há ‘má vontade para a democratização deste ramo do Estado’ [Poder Judiciário] (José Eduardo Faria *et alii*). Pode-se afirmar que os sucessivos *stablishments* latino-americanos têm procurado valer-se politicamente dos poderes judiciários ou, pelo menos, de neutralizá-los, para que não perturbem o seu exercício de poder”.

Eugenio Raúl Zaffaroni

RESUMO: O presente texto tem como objetivo discutir a gestão judiciária a partir da ideia de governança, dentro de um contexto de necessária transição do modelo conservador para um modelo democrático de gestão judiciária. Nesse propósito, busca destacar os bloqueios para a efetivação da governança e ressalta as boas iniciativas nessa direção.

PALAVRAS-CHAVE: Juiz . Poder Judiciário. Governança. Democracia.

1. INTRODUÇÃO: CONFIANÇA NO PODER JUDICIÁRIO E EXPECTATIVA DE SUA EFICIÊNCIA

Apesar da crescente presença do Poder Judiciário nos debates públicos atuais, ainda é reduzida a quantidade de reflexões acerca de suas características históricas e de seu funcionamento.

Essa “opacidade” na análise da questão judiciária não é um dado novo, contudo. Eugenio Raul Zaffaroni, em obra já clássica sobre o Poder Judiciário, chama nossa atenção para a frequente pobreza de análise,

* Juiz do Trabalho da 21ª. Região (RN). Titular da 2ª Vara do Trabalho de Natal/RN. Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestre em Ciências Sociais (UFRN, 1998). Foi Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça (2012) e Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2009-2011).

quando se pretender refletir sobre as funções e a dinâmica dos seus órgãos, inclusive assentando a necessidade de um *olhar pluridisciplinar* para a validade de qualquer investigação (cf. ZAFFARONI, E. R. *Poder Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 21-2).

A partir dessa ótica, **uma incursão sobre o universo judiciário deve considerar a complexidade de seus fenômenos**, as suas relações de poder, as interações sócio-políticas de seus atores, os padrões ideológicos aplicados em sua dinâmica funcional e seus rituais, além de outras possíveis dimensões.¹

Por essa razão, o problema da administração dos órgãos que integram o sistema de justiça² **não pode ser estudado apenas por um viés, seja ele o da administração pública**, ou apenas por critérios corporativo-funcionais.

Assentada essa primeira preocupação de ordem metodológica, sublinho que a sociedade vem, progressivamente, aproximando sua atenção ao Poder Judiciário, tendo em vista o maior protagonismo que vem este a exercer no denominado *Estado Constitucional* (Zagrebelsky), na concretização de direitos fundamentais e no próprio exercício do *judicial review* ou controle dos atos do Poder Público.³

No entanto, trata-se de uma aproximação que mostra, pelo menos, duas frentes, potencialmente “tensiogências”: **confiança**, na medida em que a sociedade deposita no sistema de Justiça a esperança de uma resposta às suas pretensões, atribuindo-lhe, como prefere Garapon, o atributo de *guardião das promessas* (democráticas e sociais); **expectativa de eficiência**, vertente consubstanciada na demanda por uma resposta razoavelmente rápida e eficaz, e não somente no que se refere à declaração de direitos, mas também – e quiçá principalmente – na entrega material do resultado de seus direitos subjetivos assegurados nas decisões judiciais.

Da tensão entre essas duas dimensões, dessas duas projeções da sociedade sobre o Poder Judiciário, é possível diagnosticar uma quadro de *crise*, assim resumido por Werneck Vianna:

O que se designa, então, como crise do Poder Judiciário nada mais é do que a sua súbita adaptação à feição contemporânea da sociedade brasileira, sem estar equipado material, conceitual e doutrinariamente para dar conta da carga de novos

problemas que a sociedade passou a lhe apresentar (1997, p. 12).

No que se refere à administração do aparelho judicial – aspecto prestigiado neste ensaio –, aquela expectativa encontra escudo, do ponto de vista normativo, em expresso comando constitucional pela eficiência na gestão dos recursos públicos (art. 37, CF) e, por certo, na prestação de seus serviços.

Na atividade dos atores do Poder Judiciário, isso significa também qualidade na prestação das tutelas jurisdicionais, a *tempo e modo*.

Assim, **a garantia institucional do *autogoverno*, atribuída ao Poder Judiciário pelo arts. 96 a 99 da Constituição Federal⁴, constitui-se ao mesmo tempo um dever** de exercer sua autonomia administrativo-financeira em prol daquelas expectativas, em ordem a assegurar, no exercício da jurisdição, a própria independência de seus membros.

É dizer: **o *autogoverno* ou *Governo dos Juízes*⁵** não é uma barreira de isolamento dos órgãos judiciários que integram o sistema de justiça, mas uma oportunidade de integração autônoma dos magistrados ao Estado e à sociedade, sem claudicar ou se deixar corromper em razão de necessidades de subsistência, de estrutura e de auto-organização.

Nesse contexto, o problema da *governança judiciária* se apresenta, externamente, na forma de uma demanda social pela melhoria de seus serviços, em especial após a Emenda Constitucional n. 45/2004 elevar a duração razoável do processo à dimensão de direito fundamental (art. 5º, LXXVIII, CF).

Internamente, os aspectos diretores da *governança* afetam os atores da prestação jurisdicional (magistrados e servidores), e dizem respeito a todos os fluxos que envolvem a administração dos órgãos do Poder Judiciário, em todos os seus graus.

É nessa quadra que se inserem temas como: a) a repartição das atribuições administrativas de *autogoverno*; b) a (des)concentração e (des)centralização administrativa; c) os critérios de aplicação dos recursos orçamentários, financeiros, materiais e humanos; d) questões inerentes ao exercício do poder disciplinar e da denominada disciplina judiciária; dentre outros.

Nessa linha, mostra-se preocupante a forma como algumas abordagens vêm sendo apresentadas no que se refere à administração judiciária,

a partir da premissa da **desqualificação dos magistrados** para o enfrentamento desses desafios, forte na (pré)conceito de que os atos de gestão não se inserem dentro de suas expertises, o que recomendaria a adoção de outro modelo, **que confine os magistrados tão-somente à consecução das atividades finalísticas de suas “naturais” atribuições, quais sejam, os atos tipicamente jurisdicionais**, atribuindo-se (ou, numa mercê, *delegando-se*) a gestores/administradores profissionais a tarefa de pensar, planejar, coordenar, supervisionar e executar os atos inerentes aos recursos materiais e de pessoas necessários ao suporte daquela atividade-fim do Poder Judiciário: a prestação da jurisdição.⁶

Como se vê, cuida-se de um argumento de tipologia *ad hominem*, de fortes cores desqualificantes, o que não chega a surpreender, na medida em que, como já anotou Zaffaroni, **tem sido muito comum a análise dos temas que perpassam o Judiciário a partir de simplificações metodológicas e imputações de defeitos aos juízes**, iniciativas, em suas palavras, que nada mais fazem “do que impedir o debate sério sobre a seleção dos juízes, a direção e a distribuição orgânica de funções do Poder Judiciário” (1995, p. 21).

Por outro lado, qualquer debate sobre as atribuições não-jurisdicionais dos magistrados deve, a meu ver, considerar que - em que pese as transformações sociais, institucionais e políticas promovidas na ordem constitucional, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, passando pela Emenda n. 45/2004 -, **o modelo orgânico interno dos tribunais permaneceu praticamente inalterado**, em homenagem ao tipo **conservador ou burocrático**, de **pouca ou baixíssima participação coletiva** nos atos de gestão interna dos tribunais, como frisou Andrei Koerner:

Nesse processo, também não foi questionado o modelo burocrático de organização judiciária, em que os juízes são subordinados aos órgãos de cúpula do Judiciário, cujos critérios na tomada de decisão a respeito de suas carreiras nem sempre são explicitados. Neste modelo não é garantida a independência interna dos juízes, que se voltam às suas carreiras individuais e mantêm uma atitude de isolamento tanto em relação aos seus colegas do Judiciário e associações com fins não-corporativos

como no tocante aos administradores públicos e às lideranças políticas ou das organizações sociais ('O debate sobre a reforma judiciária.' *Novos Estudos*. CEBRAP, N.º 54, julho 1999, pp. 11-26).

Logo, qualquer conclusão sobre o modelo de governança mais ajustado aos atuais valores constitucionais precisa, antes de tudo, **considerar quais os esforços e as experiências de efetiva governança têm sido assegurados ao conjunto da magistratura**, e, portanto, quais as limitações e problemas dessas experiências.

O presente texto pretende refletir, *de forma crítica*, sobre o problema da administração judiciária e desafios, considerando alguns aspectos condutores: a) o papel dos atores do Poder Judiciário no panorama do seu autogoverno; b) as características do Poder Judiciário; c) as formas de governança (conservadora e participativa); d) os pontos de bloqueio e os de melhoria para uma governança mais participativa; e) os resultados plausíveis de outros meios de governança.

2. GESTÃO E GOVERNANÇA: ESTABELECENDO ALGUMAS DEFINIÇÕES ESTIPULATIVAS

Como questão metodológica no enfrentamento dos temas relacionados com a administração judiciária, tenho como fundamental assentar em que condições e significados emprego os termos *gestão e governança*.

Isso porque são termos plurissignificantes ou plurívocos, cujas definições lexicográficas ou históricas não se mostram suficientes para apreender a complexidade do significante, dentro do contexto em que os utilizamos (para a semiótica, a dimensão *pragmática*).

No *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, tempos a definição lexicográfica de *gestão*: "ação de gerir; gerência; administração; gestão de negócios, diz-se quando uma pessoa administra os negócios de outra, por eles se responsabilizando solidariamente, mas sem autorização legal". Já o termo *governança* aparece como algo relativo a governo.

Percebe-se, assim, que estamos a **investigar também as possíveis definições estipulativas⁷ para os termos *gestão e governança***, nomeadamente no cenário da administração da Justiça.

O termo *governança* é relativamente recente no espaço público, e tem sido introduzido no glossário da Administração Pública por

influxo de organismos internacionais, com o fito de amplificar a ideia de administração pública.

Nesse esforço de estipulação de uma definição que açambarque a complexidade atual das funções atinentes ao poder e à soberania do Estado, a governança tem sido compreendida como a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país, visando o desenvolvimento e a capacidade dos governos de planejar, formular e programar políticas e cumprir funções.⁸

A origem do termo, como sublinham Luiz Akutsu e Tomás de Aquino Guimarães, está relacionada, seja no espaço corporativo ou no público, ao contexto de controle e eficiência do sistema, constituindo-se em “ferramenta analítica para compreensão dos fatores que organizam a interação dos atores, a dinâmica dos processos e as regras do jogo” (*Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro*, Revista Direito GV, v. 8, n. 1, São Paulo, Jan/Jun 2012).

Desse modo, a *governança* encerra uma ideia mais ampla que a gestão ou administração *stricto sensu*. Enquanto este último significante – a *gestão* – se assenta num contexto operacional e tático (rotinas administrativas, resposta imediata a problemas e contingências), o primeiro – a *governança* – projeta um significado de planejamento de ações, busca de objetivos de mais largo prazo e com maior alcance, transcendendo um ciclo mais curto de titularização do comando da organização ou de órgão da administração pública.

É nesse sentido que se pode tomar, por exemplo, a Resolução n. 70 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre “dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário” como exemplo da dinâmica de *governança*, na medida em que pensa a administração em mais largo prazo, com a adoção de políticas institucionais e públicas⁹ que transcendem os mandatos bienais dos dirigentes dos tribunais, fomentando a concretização de objetivos que demandam maior tempo de execução e avaliação de resultados.¹⁰

Tenho tomado essa complexidade do termo, portanto, para ampliar o contexto de *gestão judiciária* ou *administração judiciária* (que adoto, aqui, como equivalentes), **em ordem a promover uma visão de mais continente.**

E, nessa ótica, incluo no seu estudo e dinâmica não apenas as personagens tradicionais do palco judiciário, mas outros atores sociais

que se integram ao problema do sistema de justiça, seja para nele influir diretamente, seja para dele esperar respostas sociais compatíveis com as expectativas criadas pela ordem constitucional (*acesso à justiça, duração razoável do processo, efetividade das tutelas jurisdicional, moralidade na gestão de pessoas e de recursos públicos, ética pública, função pedagógica e pacificadora da jurisdição*, dentre outras).

Nesse contexto de *governança* do Poder Judiciário, por exemplo, estou de acordo com o Prof. Joaquim Falcão, que compreende, em seu âmbito de protagonização, dentre outros atores: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, os Tribunais Superiores, a Procuradoria-Geral da República, a Ordem dos Advogados do Brasil, os representantes dos tribunais da União e estaduais, as associações de magistrados, o Ministério da Justiça e sua Secretaria da Reforma do Judiciário e o Congresso Nacional (cf. *A governança do Judiciário*. Correio Braziliense, Brasília, 16.12.2010, p. 29).¹¹

Logo, quando se fala em *governança*, cuida-se não somente de um olhar interno, de mera gestão da máquina judiciária, mas da própria **projeção da garantia institucional de autogoverno do Poder Judiciário**, que implica estabelecer também olhares e relações externas aos domínios dos tribunais, até porque muitos avanços internos dependem de articulação institucional com os outros Poderes, tendo em vista os traços de harmonia e interação fixados na organização política prevista na Constituição Federal.

Como acentuam Akutsu e Guimarães, os Pactos Republicanos firmados em favor dos avanços no Poder Judiciário (2004 e 2009) indicam que os problemas do sistema de justiça não podem apenas ser enfrentados pelas dinâmicas de gestão tradicionais, mas por uma *governança* que concretize a construção de consensos republicanos, o que demanda uma postura também de articulação político-institucional do Judiciário.

Disso resulta que não pode mais se constituir objeto de estranhamento a presença de um diálogo entre os representantes do Poder Judiciário e os demais Poderes da República, em ordem a obter – *pela ação política que se projeta da governança judiciária* – as condições necessárias para, por exemplo, a aprovação de reformas institucionais e processuais que assegurem mais eficácia às atividades da Justiça, bem como em ações que promovam a internalização de direitos e deveres, a ressocialização de condenados, a higidez dos direitos fundamentais, a redução da

litigiosidade, e outros matizes normativos e valorativos que ainda demandam concretização em nossa ordem jurídica e social.

Também no plano aparentemente interno, o **Judiciário precisa estabelecer diálogos com o Parlamento e com o Poder Executivo**, como sucede em temas como: remuneração dos magistrados e servidores, lei anual orçamentária, criação de novos tribunais, criação de cargos, dentre outros.

A ideia de *governança* também se relaciona com outro aspecto importante no Estado contemporâneo: o *accountability*, que pode ser singelamente compreendido como o dever de prestar contas, interna e externamente.¹²

A consecução dessa obrigação de governança implica a adoção de estratégias de interação com a sociedade civil e com os demais atores do sistema de justiça, esclarecendo as políticas judiciárias de otimização do uso dos recursos públicos, bem como fornecendo indicadores confiáveis para a avaliação, ainda que quantitativa, das atividades dos magistrados de todo o país.

Essa postura de abertura é emblemático exemplo da moderna *governança*: **a transparência é a pedra de toque da legitimação do Poder Judiciário**.

E, a partir dessa imagem menos opaca e mais translúcida, o Judiciário deve não somente dar exemplo, mas ser exemplo para todos os demais Poderes. Cuida-se de postura de eticidade que o legitima a concretizar, por exemplo, os princípios fundantes da Administração Pública, amalgamados no art. 37 da Constituição.

2. O PODER JUDICIÁRIO: DO MODELO BUROCRÁTICO AO MODELO DEMOCRÁTICO. UMA TRANSIÇÃO POSSÍVEL?

O enfrentamento do tema da *governança* também exige considerar as características do Poder Judiciário no Brasil, nomeadamente o que sucedeu antes e depois da Constituição Federal de 1988; bem como os possíveis sopros de abertura e democracia após a Emenda Constitucional n. 45/2004.

É que compreender a historicidade de sua dinâmica interna muito revela sobre as condições em que certas críticas são feitas e, de outro lado, as possibilidades para se defender outro perfil de administração dos órgãos que integram a complexa e musculosa estrutura judicante no Brasil.

Para essa abordagem, adoto os modelos descritos por Koerner (1999), em texto elaborado à época do debate em torno da reforma do Poder Judiciário, em metodologia que me parece ainda guardar atualidade.

Para esse autor, os formadores de opinião sobre a questão do sistema de justiça e estrutura do Poder Judiciário poderiam ser caracterizados em várias posições, das quais, para os efeitos de nossos objetivos, destaco duas: *corporativo-conservadora e democrática*.

A posição *corporativo-conservadora* seria aquela que predomina nos atores judiciários dos estamentos mais elevados da estrutura judiciária (Tribunais Superiores e de 2º Grau), ainda que também presente na opinião de outros. Para essa posição, as dificuldades por que passa o Judiciário não demandam grandes mudanças estruturais, tampouco um órgão administrativo de controle. Mais recursos orçamentários e modernização da legislação processual produziriam avanços significativos para a melhoria geral do sistema.

Sobre esse modelo, pontuou Koerner:

A força desta posição resulta de seu caráter tradicional, pois ela se confunde com a própria formação do Judiciário independente no país. Acentuado durante o regime militar, o conservadorismo no Judiciário permaneceu intocado durante a transição democrática. Nesse processo, marcado pela continuidade dos quadros políticos e burocráticos, bem como dos modelos de administração pública, não houve o debate nem as pressões políticas que conduzissem a mudanças profundas na forma de organização do Judiciário (1999, p. 12)

É dizer: enquanto a Constituição Federal de 1988 amplificou as garantias institucionais – inclusive ao assegurar o *autogoverno* do Judiciário –, bem assim o papel do Judiciário no cenário da República, **não se viu, por outro lado, um debate sobre o funcionamento interno de seus órgãos**, razão pela qual, de modo geral, **mantiveram-se as tradicionais estruturas administrativas** e modelos de gestão, tendo como marca a grande concentração de atribuições nas figuras, por exemplo, dos presidentes dos tribunais.

Daí a oportuna observação de Koerner:

Assim, foram ampliados os poderes de controle do governo pelo Judiciário e sua independência externa, isto é, sua autonomia decisória em relação aos outros poderes do Estado, mas sem que houvesse a discussão do modelo segundo o qual seriam estabelecidas formas de controle político e social do uso de recursos públicos pelos órgãos administrativos do Judiciário (1999, p. 13).

No entanto, como já destacado anteriormente, em polifonia com esse mesmo autor, esse modelo apresenta uma tendência (até de forma paradoxal) de arrefecimento da independência interna dos Juízes, tendo em vista o **grau de verticalidade nas relações administrativas**. Nessa ambiência, segundo Koerner, reforça-se duas características que vão de encontro ao modelo de *governança*: **individualismo** e **isolacionismo**¹³.

A posição que defende um modelo mais democrático para o Poder Judiciário se apoia não somente em uma expectativa de maior aproximação de seus membros com a sociedade, mas também no influxo dos valores constitucionais em suas decisões.

No aspecto da administração, esse modelo permitiria uma maior desconcentração dos atos de gestão, bem como uma maior integração/participação dos membros da Magistratura nas deliberações internas, como sublinhou Koerner:

Tal posição é defendida por alguns juízes, profissionais do direito e pesquisadores. De um ponto de vista corporativo, ela representa vantagens para a maior parcela dos juízes, não só os de primeira instância, em início de carreira, mas os que se situam em posições intermediárias. Esses juízes estão excluídos dos órgãos dirigentes e não participam das decisões relevantes sobre a política judiciária, em razão da concentração dos poderes de direção nos membros mais antigos dos tribunais superiores. Desta forma, a posição critica o controle da cúpula judicial sobre sua carreira e atividade, bem como a falta de controle sobre as decisões

administrativas e disciplinares dos tribunais. As suas propostas ampliam a autonomia funcional dos juízes e sua participação na tomada de decisões (1999, p. 14).

A distinção entre esses modelos ultrapassa apenas os domínios da administração judiciária, na medida em que o modelo conservador tende a recrutar e manter um tipo de magistrado mais burocrático, não somente na reprodução de métodos decisórios mais aproximados do positivismo francês, **mas também na passividade diante dos esquemas de gestão, reproduzindo-os, apenas.**

Noutras palavras, o modelo burocrático pouco oferece para a construção de uma identidade institucional do Juiz, bloqueando uma das vertentes mais importantes da *governança*, que é a ideia de integração/participação.

Mais do que isso: com o incremento da demanda pelo acesso à Justiça, esse modelo tem mostrado **progressivas evidências desse quadro de insuficiência**, como procurou resumir Tâmara de Azevedo Severo Alves dias, a partir de aportes da administração científica:

O modelo burocrático, tão valorizado pelos líderes do passado, onde o gerente atuava verticalmente, com instrumentos puramente formais e normais, obedecendo à lógica hierárquica, vem demonstrando não ser mais suficiente, pois mais do que saber o que devem fazer, as pessoas querem oportunidades de utilizar seu conhecimento, talento e competências, e para sentirem-se importantes e envolvidas na construção do futuro da organização a que pertencem. Os líderes precisam descobrir que seu papel mudou de forma significativa; como consequência, o comportamento precisa também mudar. O desafio crítico em que se encontram se refere ao fato de assumirem novas responsabilidades, que devem estar envolvidas não apenas para o atendimento das metas organizacionais, como também para o desenvolvimento de pessoas e novos líderes capazes de dar continuidade ao constante processo de

adaptação das organizações no contexto em que se inserem.

Nessa linha de raciocínio, um dos aspectos mais relevantes a ser tratado é da Gestão Judiciária principalmente, no papel do juiz administrador que busca soluções eficientes e práticas na conquista da produtividade através de mecanismos inovadores, comprometimento com a otimização de recursos públicos, desburocratizando procedimentos, produzindo recursos de qualidade e gerindo pessoas comprometidas e motivadas (*O papel do juiz na gestão contemporânea*. Brasília-DF, mimeo, 2009, p. 13).

Se o Juiz não se sente integrado ao sistema de administração judiciária, salvo em raras situações, não se pode seriamente falar em governança.

Essa é uma das razões pelas quais os projetos de metas de nivelamento¹⁴, por exemplo, têm causado tanta repercussão (e muitas vezes negativas) na base da Magistratura Nacional.

É que esses projetos não conseguem ultrapassar os biombos de insatisfação quanto à gestão interna dos órgãos judiciários, nomeadamente a forma de aplicação dos recursos, o debate prévio de projetos, as assimetrias estruturais e de pessoal, as políticas de criação de novos órgãos ou decisões de remanejamento dos existentes, dentre outros aspectos.¹⁵

Ainda que, de modo geral, a distinção entre esses dois modelos ainda me pareça válida e presente, há avanços que merecem registro.

A criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi, nessa perspectiva, uma das mais destacadas inovações da Emenda Constitucional n. 45/2004, na medida em que inovou no cenário tradicional da administração judiciária, agregando novos atores, com amplificados poderes de supervisão administrativa e desenvolvimento de projetos: os conselhos administrativos¹⁶, encimado pelo Conselho Nacional de Justiça.

No que toca à Magistratura, a forma de composição do CNJ teve, a meu ver, forte influência do modelo conservador, já que não apresenta qualquer mecanismo de participação da coletividade dos Juízes na escolha de seus membros.

As indicações são feitas pelos tribunais superiores, o que, a meu

ver, tem afastado o conteúdo de envolvimento dos membros do Poder, elemento indispensável para não só legitimar a atuação do órgão como projeção do coletivo, mas também para amplificar o debate em torno de projetos e propostas, o que seguramente haveria se a indicação fosse precedida de uma escolha pelo corpo e não só pela cúpula dos órgãos judiciários.

Mesmo registrando esse ponto de melhoria, tenho que a presença de representantes de todos os níveis da Magistratura na composição do CNJ e também dos magistrados auxiliares na Presidência, na Secretaria-Geral, na Corregedoria e em outros órgãos internos do Conselho é sinal de avanço que não pode ser desprezado.

No caso da Secretaria-Geral, talvez seja um dos maiores avanços do Conselho Nacional de Justiça, na medida em que concretiza uma governança da Magistratura em desenho que chega mesmo a se distanciar do modelo conservador. Coordenando as tarefas executivas que emanam das decisões do Conselho e de sua Presidência, o Secretário-Geral espelha a virtude de uma governança que assenta a desconcentração administrativa, formando quadros e aplicando o olhar dos membros do Poder nas tarefas de gestão do Conselho.¹⁷

Também merece registro, nesse mesmo contexto, o fato de que o Departamento de monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), instituído pela Lei Federal n. 12.106/2009, para funcionar no âmbito do CNJ, também é, nos termos do seu art. 2º, coordenado por “um juiz auxiliar, nomeado pelo Presidente do Conselho Nacional de Justiça e supervisionado por um Conselheiro, designado pelo Plenário”.

Os dois outros maiores ramos do Poder Judiciário da União, a Justiça do Trabalho e a Justiça Federal, também têm seus conselhos superiores, sendo que o da Justiça Federal é, inclusive, anterior ao da Justiça do Trabalho. É que o Conselho Superior da Justiça do Trabalho foi criado pela Emenda n. 45/2004.

Em que pese, em ambos, o assento e o direito a voz terem sido assegurados às associações de classe dos magistrados, não há sequer representatividade na composição, de acordo com os níveis da judicatura, estando ausentes, por exemplo, membros do 1º Grau de jurisdição.¹⁸

Nos tribunais regionais e estaduais, em especial a partir da Res. n. 72/2009, ampliou-se a participação dos Juízes-auxiliares junto à

denominada *alta administração*¹⁹ (Presidência, Vice(s)-Presidência(s), Corregedoria, Escola Judicial, etc.).²⁰

Tenho insistido na importância dessa atuação, pois representa avanços em relação ao modelo tradicional e conservador das estruturas de gestão (cf. CHAVES, Luciano Athayde. 'O judiciário que queremos: reflexões sobre o planejamento estratégico do Poder Judiciário'. *Revista da Escola Nacional da Magistratura* (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n. 6, nov. 2012, p. 356-374.).

Mas, também aqui é preciso reconhecer que o modelo de auxílio ainda é embrionário entre nós, e carece de maior debate quanto ao alcance de seus propósitos e poderes efetivos de gestão.

Apenas coadjuvar, muitas vezes ombreando-se com os demais servidores-assessores, não me parece que seja igualmente um desenho institucional que traduza *governança dos Juízes*. É preciso avançar na concretização de modelos de gestão descentralizada, em cujas linhas sejam atribuídas aos Juízes Auxiliares determinadas funções, observando-se, sempre, que eles são membros do Poder, mesmo – e principalmente – nas indispensáveis tarefas de administração.

Creio que, nessa questão dos Juízes Auxiliares, temos muitas etapas ainda para avançar.

Também destaco, nessa linha de progressos, o papel dos diretores de foro. Tenho testemunhado que, em muitas localidades e em relação a diversos ramos do Poder Judiciário, **trata-se de um exemplo muito interessante de governança**, na medida em que proporciona integração dos juízes na administração da Justiça, como também projeta desconcentração da complexa tarefa de gerir os negócios públicos.

Além disso, essa experiência contribui decisivamente para o aperfeiçoamento do magistrado nas atividades de gestão, formando-se, assim, quadros para oferecer, a tempo e modo, à alta administração, uma das atuais carências institucionais e motivo de fortes críticas da sociedade.

Sucedem que, em muitos casos, essa tarefa de administração do foro não é sustentada por uma estrutura administrativa mínima, tampouco é assegurado ao Juiz diretor do foro autonomia para, ouvindo o coletivo dos juízes que atuam naquela localidade, definir a aplicação de recursos, humanos e materiais.

Nessa mesma linha, há exemplos de divisão da estrutura administrativa judiciária em regiões ou áreas, com o fito de proporcionar desconcentração.²¹

Mesmo na escolha dos dirigentes dos tribunais, onde pouco se avançou desde a redemocratização, há uma notícia que merece destaque.

No Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, foi aprovada emenda regimental, **assegurando uma consulta prévia a todos os magistrados para a indicação dos nomes para os cargos de direção do tribunal e da escola judicial**. Embora não tenha caráter vinculante, trata-se de uma interessante experiência de abertura político-administrativa.²²

Esses exemplos estão a revelar, em síntese, que a abertura democrática, de que é marco a Constituição Federal de 1988, não proporcionou um amplo debate acerca do modelo de administração judiciária, ainda que tenha assegurado o *autogoverno* ao Poder Judiciário.

Mesmo a Emenda n. 45/2004, apresentada como a primeira etapa da *reforma do Judiciário*, **pouco avançou na direção de sua democratização interna**.

Na leitura de Mattos e Bollmann, a democratização interna do Poder Judiciário deveria ser um corolário da própria abertura democrática que se inaugura a partir da Assembleia Constituinte que promulgou o atual Texto Fundamental. E mais: deveria tê-lo feito na exata medida em que se procurou democratizar o acesso à justiça e assegurar aos seus juízes as garantias mais amplas para o exercício da jurisdição.

Nas palavras desses autores:

Se a prática democrática é determinada pela Constituição ao Estado, ela deve influenciar não só a atividade final do Judiciário, mas também as suas relações internas. É a democratização interna que interioriza os valores necessários para sua prática externa, sob pena de haver uma incompatibilidade genética que cause ruídos à atividade jurisdicional, refletindo, por consequência, na própria sociedade. Logo, no âmbito da democratização do Poder Judiciário, dentre de suas atividades-meio, são medidas que devem ser buscadas como técnicas para fortalecimento dos valores democráticos: (1) eleição dos dirigentes do Poder Judiciário pelos Juízes; (2) ampliação da participação dos Juízes nas decisões dos conselhos (CNJ, CJF e CSJT), seja diretamente, seja indiretamente, por meio das associações; (3) garantia de participação dos juízes na gestão

orçamentária dos tribunais; e (4) aprimoramento dos mecanismos de planejamento estratégico dos tribunais (MATTOS, Fernando Cesar Baptista de & BOLLMAN, Vilian. ‘Democracia e Poder Judiciário: propostas para uma nova justiça brasileira. *Revista da Escola Nacional da Magistratura* (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n. 6, nov. 2012, p. 311).

Portanto, mesmo na experiência após a Emenda n. 45/2004, pode-se concluir que os avanços em temas relacionados à gestão judiciária não se mostram suficientes para assegurar a ideia de que houve uma transição do modelo conservador para um modelo democrático, isto é, **de maior participação do coletivo dos magistrados.**

Nesse contexto, **a ideia de governança é, portanto, ainda um objetivo a ser alcançado.**

3. OS MAGISTRADOS E A ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA: PROTAGONISTAS DA GOVERNANÇA DO SISTEMA DE JUSTIÇA OU ATORES DE SUA DISFUNCIONALIDADE

É papel do Juiz a administração das *coisas* da Justiça? É correto esperar dele o exercício dessas funções ou é disfuncional essa atividade?

Essas indagações me parecem constituir o *leitmotiv* daqueles que sustentam que um dos problemas da ineficiência do Poder Judiciário é a entrega da gestão de suas estruturas e seus recursos a magistrados, que não teriam a capacidade técnica para cumprir esse papel, **ainda que se compreenda que a Constituição Federal assegurou a autonomia institucional** (administrativa, orçamentária e financeira) aos tribunais.

Pesquisando sobre o atual perfil institucional do Poder Judiciário, destacou Maria Tereza Sadek que é possível afirmar a existência de uma relação direta (ou seja, do tipo causa-efeito) entre a qualidade ou eficiência da gestão e a redução de bloqueios processuais, isto é, cujo resultado, se positivo, seria o “*incremento significativo de desempenho*”.

E reconhece a prof.^a Sadek que a administração eficiente do sistema de justiça somente entrou muito recentemente na agenda do Poder Judiciário:

A rigor, nem os cursos de Direito, nem as escolas de Magistratura costumavam reservar espaços em

sua grade de disciplinas para questões relacionadas à gestão administrativa e financeira. Apesar dessa deficiência, exigia-se do juiz ‘algo’ muito além de sua formação como bacharel, ou seja, que ele também fosse um administrador. Esta expectativa até poderia ser razoável quando a complexidade era menor e o número de processos acentuadamente inferior. Certamente deixou de ser com a progressiva complexidade e com a extraordinária multiplicação na demanda pelos serviços do Poder Judiciário (SADEK, Maria Tereza. ‘Poder Judiciário: uma nova construção institucional’. *Revista da Escola Nacional da Magistratura* (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n. 6, nov. 2012, p. 404).

Ainda que sua abordagem não chegue a concluir pela inconveniência da protagonização do Juiz nos atos de gestão e, portanto, de governança, **sua crítica é apropriadamente bem destinada a um problema de formação.**

No entanto, como vimos, **o modelo conservador não integra ou pressupõe essa integração necessária do Juiz na administração da Justiça.** É pouco diagnosticar que ele é o gestor de sua unidade judiciária, quando sabemos que o nível de autonomia, tradicionalmente, é muito baixo.

Logo, em linha de princípio, **sustento que esse problema de formação é corolário do próprio modelo** vigente, que **do Juiz, em geral, pouco se exige**, fomenta, conserva ou estimula no que se refere à *governança*.

Mais direta, no entanto, é a crítica que faz o Poder Executivo ao papel do Juiz na administração dos órgãos judiciários.

Com destaque para a frase “Juiz não deve gerir”, a revista eletrônica *Consultor Jurídico* divulgou matéria sobre a manifestação do Secretário da Reforma do Judiciário (órgão vinculado ao Ministério da Justiça), Flávio Croce Caetano, em evento realizado no Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, segundo a qual “*o problema do Judiciário está na gestão dos tribunais*”:

Segundo Caetano, é preciso criar duas novas carreiras no Judiciário: uma para a gestão do tribunal e outra para administrador jurídico. “O

juiz tem uma excelente formação jurídica e deve se empenhar nessa função, e não em administrar”, defende. O primeiro cargo, segundo ele, seria responsável pela administração do tribunal, e o segundo para acompanhar o juiz e ser seu braço direito em questões administrativas do gabinete (Disponível em <www.conjur.com.br>. Acesso em 21.09.2013)

A proposta do Secretário da Reforma, no mesmo evento, foi recebida com convergência pelo presidente daquele tribunal, que afirmou, de acordo com a mesma fonte: “Nós precisamos de um gestor. O juiz deve julgar e não ser um gestor”, mesma opinião compartilhada pelo presidente da Ordem dos Advogados, seccional São Paulo, também presente ao evento.

Parece-me, no entanto, que reconhecer que há problemas no desenho e na dinâmica funcional da administração judiciária **não implica desqualificar os atores centrais da instituição, os membros do Poder, os Juízes**, como protagonistas de uma *governança* para os tribunais.

A percepção da baixa qualidade e/ou eficiência da administração judiciária é resultado, certamente, de um processo multifatorial. Mas, não se pode afastar um argumento que me parece muito razoável: **a centralização da gestão resulta que a Magistratura, a rigor, e de forma coletiva, jamais foi convidada a participar desse processo.**

Talvez por isso, não se cogita de uma maior preparação dos graduados em Direito, ou mesmo candidatos à Magistratura, nos temas relacionados com a gestão, administração ou governança. Ademais, **por que se exigir essa preparação se é rarefeita a tarefa de gerir a máquina judiciária?**

O que é mais interessante, no enfrentamento desse tema, é que, em muitos países (Espanha, Portugal, França e Argentina, por exemplo), é ponto central da agenda institucional de suas Magistraturas uma maior autonomia administrativa do Judiciário, que ostenta a fundamental independência funcional, mas é dependente do Poder Executivo para todo o mais no que se refere à administração (contratação de servidores, equipamentos, estrutura física e sua manutenção).

É dizer, aquilo que **temos, o autogoverno, é algo que o Judiciário de outros países almejem.** E por quê?

Como acentua Zaffaroni, o *autogoverno* é atividade que está

impregnada da própria ideia de independência da Magistratura (1995, p. 35). Por essa razão, **não me parece uma escolha possível aos Juízes**. Pelo contrário, **ter o controle de seu espaço e de suas estruturas é elemento fundamental para assentar sua independência**.

Por isso, **não deve impressionar que o Judiciário seja praticamente o único alvo dessas críticas**. Vários outros órgãos públicos (parlamentos e universidades, por exemplo) são autogovernados, **sem qualquer crítica quanto à capacidade ou incapacidade de seus gestores**.

Não se pode pensar em *autogoverno* do Judiciário, como projeção de sua independência, se os juízes, interna ou externamente, estão a depender das decisões políticas de gestores (servidores-diretores) ou membros do Poder Executivo. A autonomia administrativa, como faceta do autogoverno, não permite esse nível de delegação.

Entre nós, de outro lado, a Resolução n. 70/2009 do CNJ, em sua virtude, **concita os juízes a incorporarem a gestão judiciária no seu rol de expertises**, porque é da boa gestão que pode fluir uma melhor justiça.

Nessa pisada, tenho que as propostas de retirada dos magistrados da cena da gestão, privando-lhes da *governança*, podem implicar, na raiz, **queda no nível de sua independência** e, por outro lado, concretizar uma ideologia: deixando-se o juiz dependente quanto à gestão das coisas da Justiça, fragiliza-se sua autonomia, em risco, portanto, à própria democracia, que somente se fortalece com juízes independentes, em todos os matizes.

O autogoverno do Poder Judiciário está, como vimos, assegurado na Constituição Federal. Porém, isso não quer dizer que tenhamos, nos nossos órgãos judiciários, um cenário de *governança*, com desconcentração administrativa, participação, democracia interna, qualificação, dentre outros elementos indispensáveis para uma eficiente prestação de serviços.

Longe disso. A falta de democracia interna, mercê do resistente modelo de gestor burocrático, próprio do modelo conservador, tem bloqueado uma mudança que todos esperamos nessa área da administração.

É por isso que os atuais estudos de ética na Magistratura não se descuidam desse aspecto da formação do juiz, voltado à sua qualificação técnica para assumir, em todo o seu potencial, tarefas de gestão.

No magistério do Desembargador José Renato Nalini (*Ética para um Judiciário transformador*. São Paulo: RT, 2011, p. 39), a despeito das qualidades do magistrado contemporâneo, *“cumprirá melhor as suas*

obrigações se aperfeiçoar os trâmites, fluxos e praxes judiciais, adotar sistemas ótimos para gerenciar os processos, administrar bem as pessoas e criar um ambiente colaborativo. Liderar é compreender que o juiz não é apenas um técnico elaborador de peças jurídicas. É um profissional polivalente”.

Nessa perspectiva, insere-se no rol de *expertises* do magistrado, a serem desenvolvidos nos cursos de formação inicial ou continuada, **os saberes atinentes à administração judiciária**, em ordem a ampliar o conjunto de competências indispensáveis para o exercício regular de suas atividades.

Por isso, o argumento *ad hominem* (ou *falácia*) não pode amplificar as propostas de retirada dos magistrados de suas funções de gestão, na medida em que ainda é muito recente a percepção de que precisamos avançar mais na formação e recrutamento de profissionais mais preparados para esses desafios.

E mais: não se pode negar que **a governança dos Juízes decorre diretamente da Norma Fundamental**. Por isso, cabe aos magistrados a liderança da gestão, com a imprescindível colaboração dos auxiliares de gestão, integrantes dos estratos de assessoramento superior, e dos demais servidores:

O juiz estará sempre à frente de uma equipe de profissionais, compondo um micro sistema responsável por uma fatia da prestação jurisdicional de toda a instituição. Daí por que ele estará incumbido da função de administrar essa equipe, atividade-meio à sua função principal de prestar jurisdição, diretamente responsável pelo seu sucesso. O juiz que souber administrar sua equipe oferecerá à sociedade uma prestação jurisdicional mais ágil e eficiente. O próprio Presidente de Tribunal, quando um bom administrador²³, encontrará soluções criativas, ousadas e inovadoras capazes de conjugar eficiência com custo reduzido. Nesse contexto, considerando a importância desse atributo ao magistrado moderno, é imprópria a discussão acerca do perfil desse novo modelo (ALVES, 2009, p. 12).

No entanto, de nada adianta essa preparação se não houver igualmente avanços na desconcentração administrativa e na ampliação da participação

de maior número de magistrados nessas atividades.

E esse processo de desconcentração é fundamental, em ordem a – progressivamente – ter-se a **formação de quadros**.

Um gestor local se prepara para ser um diretor de um grande foro. Por sua vez, este prepara-se para exercer outros cargos na sequência de sua carreira, de modo que, mais adiante, na posição de presidente do tribunal, por exemplo, não teria, em tese, dificuldades para entender de temas como orçamento público, gestão de pessoas, etc.

O modelo atual, ao contrário, implica na recorrente frase pronunciada por líderes institucionais: “*administrar é complicado; não nos preparamos para isso*”; “*a burocracia pública é por nós desconhecida*”, dentre outras.

Visando o enfretamento desse quadro, faz o Desembargador Cesar Ruiz Abreu uma interessante proposta, que se relaciona com a criação do *Conselho de Gestão, Modernização, de Políticas Públicas e Institucionais* no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Considerando que integra esse Conselho a chamada Alta Administração (Presidente, Vice-Presidente, Corregedor e Vice-Corregedor), sob a fiscalização e controle do Tribunal Pleno, propõe que a execução das decisões do Conselho não seja delegada aos servidores do tribunal, como costuma acontecer, mas a membros do próprio Poder, com as seguintes características:

Seria o auxiliar uma espécie de executivo, com a função de dar cabo a duas tarefas fundamentais: a) ajudar o presidente e a cúpula diretiva do tribunal na tomada de decisões, trazendo à discussão a opinião da máquina administrativa; e b) supervisionar o cumprimento dessas diretrizes políticas encetadas pelo Tribunal Pleno.

Diretamente ligado ao presidente, e por este escolhido pessoalmente, com ele despacharia as matérias não delegadas e de maior significação administrativa ou política. Esse modelo evitaria: *primeiro*, a impropriedade da subdelegação de atribuições à pessoa não qualificada como membro de Poder; e, *segundo*, reservaria ao presidente maior tempo à adequada e eficiente representação da instituição e ao exame mais apropriado das opções políticas fundamentais, para pensar e refletir sobre

os grandes temas que angustiam o Judiciário, seus agentes e a quem servem, a sociedade (ABREU, 2012, p. 351-2).

E arremata:

A escolha de um desembargador para o exercício de função de controle administrativo da execução das decisões políticas do Presidente do Tribunal e de sua cúpula diretiva parece constituir uma garantia de eficiência e um passo decisivo em prol da comunidade administrativa e do Governo Judiciário, a partir do Tribunal Pleno (ABREU, 2012, p. 352).

O que me parece importante nessa proposta é a percepção da necessidade/opportunidade de maior participação do *corpo da Magistratura* na sua governança.

Preocupa-me, sobremaneira, que atualmente seja elevado o nível de delegação de poderes de gestão a não-membros do Poder. Por isso, essa proposta inova, **ao considerar a presidência de um tribunal ou mesmo um conselho de administração o centro gravitacional da governança**, orbitando em torno do seu eixo diversos níveis e matizes de atores – Magistrados – na consecução de suas políticas.

Na execução de suas tarefas, certamente esse *corpo* contará com o apoio indispensável dos servidores, alguns especializados em áreas de progressiva importância (como, por exemplo, tecnologias da informação). Essa atividade coadjuvante, no entanto, não pode se constituir no centro gravitacional, como hoje, na prática, sucede em decorrência da alta concentração de tarefas na alta administração dos tribunais, aspecto gerador da disfuncionalidade que tenho presente: o *governo dos juízes* nem sempre é dos juízes.

Por isso, **tenho insistido no risco da propagação da ideologia que desqualifica a Magistratura**: no limite, trata-se de uma ideia que, **ao tempo em que ignora toda a historicidade de baixa participação democrática do *corpo* da Magistratura nas coisas do Judiciário**, também acaba por **fragilizar a independência funcional desse Poder**.

E essa fragilização do *autogoverno*, na percepção do *corpo*, resulta

na perda de autonomia e independência individual. O juiz que se vê de tudo dependente e não protagoniza internamente, é mais susceptível à cooptação, seja por questões funcionais (progressões na carreira, remoções, retribuições e vantagens), seja mesmo, como projeção das primeiras, em sua própria higidez de consciência ao distribuir jurisdição.

Por fim, enfrento outra crítica ao papel do juiz como protagonista da gestão judiciária, qual seja, a de que essa função lhe retiraria de sua atividade-fim, que é a de prestar jurisdição.

Tenho como frágil a crítica, na medida em que a própria Constituição Federal não tomou essas funções como incompatíveis. Além disso, creio que é possível, no nível da maioria dos órgãos jurisdicionais, combinar harmonicamente as duas tarefas, na medida da desejável razoabilidade.

Assim, não vejo inconveniência ou prejuízo à jurisdição que o juiz busque se integrar nos planos de *governança* de sua instituição, interagindo no plano geral e no seu local de atuação. O mesmo se aplica aos integrantes dos tribunais, que também assumem a tarefa habitual, por exemplo, de gerir seus gabinetes, seções, turmas e/ou câmaras.

Por certo que em determinadas tarefas (presidentes de tribunais, corregedores, diretores de grandes foros, Juízes Auxiliares, dentre outras), a dedicação deve ser integral. No entanto, nessas hipóteses, o afastamento temporário dos magistrados para a consecução dessas atividades de *governança* é mais compensado com os ganhos institucionais que seu trabalho pode oferecer. É dizer: os resultados da *governança* são diretamente experimentados pela atividade-fim, pois a elevação da qualidade institucional, o incremento de novos recursos (humanos e materiais) e a implementação de novos fluxos de trabalho e de tecnologias (inclusive da informação) trazem benefícios diretos para a prestação jurisdicional.

Assim, a dedicação do magistrado nessas tarefas – total ou parcialmente – é medida impregnada de progressos para o Poder Judiciário.

Nesse contexto, é muito reducionista a leitura de que nossos problemas no sistema de Justiça estão relacionados com as funções de gestão exercidos pela Magistratura.

Os espaços de avanços neste tema são tantos, que somente após uma nova institucionalização do Poder Judiciário, na qual a *vontade de Constituição* (Konrad Hesse) se traduza num ativismo dos magistrados na direção da governança, poderiam as críticas à administração da Justiça serem levadas a sério.

Na quadra atual, as hostis investidas à gestão do Judiciário devem ser tomadas como a tradução de uma ideologia política tendente apenas ao enfraquecimento da Magistratura brasileira.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A redemocratização política, cujo marco jurídico é representado pela Constituição Federal de 1988, reforçou as garantias do Poder Judiciário, dentre as quais a garantia do *autogoverno*.

Trata-se de um desenho de organização política de grande importância, almejada por vários outros sistemas de justiça comparados.

Nada obstante, mantiveram-se, em grande medida, os traços tradicionais de gestão típicos do **modelo conservador**, marcado por forte concentração das funções administrativas, desenho que pouco foi alterado após a Emenda n. 45/2004.

Nesse perfil, a ideia de *governança*, que sugere participação e formulação de políticas estratégicas e mais duradouras, sofre grandes bloqueios e limitações, e não permite que a Magistratura, enquanto *corpo*, exerça suas funções no âmbito da administração judiciária na extensão compatível com os desafios da atual demanda social por eficiência e transparência.

Alia-se a esse bloqueio o curso de uma **ideologia de desqualificação técnica dos Juízes** para o exercício de suas funções de gestão, circunstância que ostenta grande potencial de fragilização do Poder Judiciário, e, no limite, **arranha sua independência**.

Em que pese a presença de alguns avanços importantes, **ainda estamos distante da concretização do modelo democrático**, que considere que o *autogoverno*, na perspectiva da *governança* do Poder Judiciário, não se alcança sem mecanismos como **desconcentração administrativa, participação do corpo da Magistratura nas coisas da Justiça e diálogo institucional**.

Por isso, creio que o problema não é considerar a presença do Juiz nos ato de gestão uma disfuncionalidade, mas sim proporcionar as condições funcionais e institucionais para que a *governança* seja efetivamente exercida pelos Juízes.

Somente a partir da presença de um contexto desse porte é que poderemos, criticamente, avaliar os caminhos a trilhar, no sentido da

eficiência da administração da Justiça e, ao final, da própria qualidade do sistema de Justiça que temos.

Nessa ótica, **jurisdição e administração devem estar em simbiose na agenda e na *ethos* (Weber) dos Juízes**, já que ambas as funções derivam diretamente da Constituição Federal. Por isso, desse destino os Magistrados não podem se esquivar, como lembra a inesquecível admoestação de Mário Moacyr Porto: “*a Magistratura – como toda atividade artística – não é uma profissão que se escolhe, mas uma predestinação que se aceita*” (cf. *Estética do direito*).

THE JUDGE AND THE GOVERNANCE OF THE JUDICIARY: FROM THE BUREAUCRATIC MODEL TO THE DEMOCRATIC ONE

ABSTRACT: This paper aims to discuss the judicial management from the idea of governance, within a context of a necessary transition from conservative model for a democratic model of judicial management. In this way, seeks to highlight the blocks for effective governance and highlights the good initiatives in this direction.

KEYWORDS: Judge. Judiciary. Governance. Democracy.

Notas

¹ É o que procura fazer, por exemplo, Boaventura de Sousa Santos em suas abordagens sobre o funcionamento do sistema de justiça, inclusive o brasileiro (cf., por todos, *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007).

² Tomo a expressão “sistema de justiça” de modo mais restrito para os efeitos deste texto, em ordem a significar o conjunto de todos os órgãos, administrativo e jurisdicionais, que integram o Poder Judiciário. Há um conceito mais amplo, que agrega, por exemplo, o sistema penitenciário e de ressocialização, a advocacia pública e privada, o Ministério Público e a Defensoria Pública, por exemplo.

³ Sobre o tema, consultar: VIANNA, L. W *et alii* (*Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997); SANTOS, B. S (2007); ZAFFARONI, E. R (1995); GARAPON, Antoine (*O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: 1999); FÁRIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros: 2002.

⁴ Já no atual regime constitucional, o Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes, tem reiterado a força normativa desse preceito do *autogoverno* do Poder Judiciário, como estampam os seguintes arestos: “AUTONOMIA DO ESTADO-MEMBRO. A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO COMO EXPRESSÃO DE UMA ORDEM NORMATIVA AUTÔNOMA. O PODER DE CONFORMAÇÃO DO CONSTITUINTE ESTADUAL NÃO SE REVESTE DE CARÁTER ABSOLUTO. LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE. **POSTULADO**

DO AUTOGOVERNO DA MAGISTRATURA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. IMPOSSIBILIDADE DE A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA ESTADUAL, MEDIANTE EMENDA À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO, PROIBIR A REALIZAÇÃO DE PROVA ORAL, DE CARÁTER ELIMINATÓRIO OU CLASSIFICATÓRIO, NOS CONCURSOS PÚBLICOS EM GERAL, NOTADAMENTE NOS DE INGRESSO NA MAGISTRATURA E NO MINISTÉRIO PÚBLICO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA (ADI 1080 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 29.06.1994); (grifei) “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSELHO ESTADUAL DE JUSTIÇA INTEGRADO POR MEMBROS DA MAGISTRATURA ESTADUAL, AUTORIDADES PERTENCENTES AOS OUTROS PODERES, ADVOGADOS E REPRESENTANTES DE CARTÓRIOS DE NOTAS DE REGISTRO E DE SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA. A criação, pela Constituição do Estado, de Conselho Estadual de Justiça com essa composição e destinado à fiscalização e ao acompanhamento do desempenho dos órgãos do Poder Judiciário é inconstitucional, por ofensa ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal), de que são corolários o **autogoverno dos Tribunais** e a sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária (arts. 96, 99 e parágrafos, e 168 da Carta Magna). Ação direta que se julga precedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 176 e 177 da parte permanente da Constituição do Estado do Pará, bem como a do artigo 9º e seu parágrafo único do Ato das Disposições Transitórias dessa mesma Constituição (STE, ADI n. 137, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 14.08.1997). (grifei)

⁵ A expressão “Governo dos Juizes” é plurissignificante e tem uma densa construção histórica. No contexto europeu continental, a expressão foi originalmente relacionada com o problema da autonomia da Magistratura quanto à orientação ideológica que sustentava os interesses do Estado. Lembra, no entanto, Dalmo Dallari que “a expressão ‘governo dos juizes’ não é considerada um despropósito nos Estados Unidos da América, onde o papel político dos juizes está implícito na organização constitucional dos Poderes e onde, mais do que isso, a influência política do Judiciário é tão grande que é possível falar-se numa ‘revolução constitucional’ promovida pelos juizes. A simples leitura da Constituição, que foi elaborada no momento da criação do Estado norte-americano, em 1787, deixa evidente que se pretendeu dar ao Judiciário a condição de Poder do Estado, equivalente aos demais. Foi assegurada plena autonomia ao Poder Judiciário, com a possibilidade de atuação mais ampla, o que foi e tem sido intensamente aproveitado pelos juizes” (O poder dos juizes. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 91) (grifei). Como se vê, a ideia de Governo dos Juizes une, de forma indissociável, tanto a autonomia (*inclusive administrativa*) de atuação como a independência jurisdicional, a ponto de, a partir da experiência americana do *judicial review*, reconhecer-se a possibilidade de controle judicial dos atos dos demais Poderes. Afora isso, o diálogo com esse texto do Dallari nos permite também refletir sobre nossas influências, é dizer, as influências na formação de nosso modelo de Poder Judiciário, aspecto pouco explorado em nossa tradição do estudo das coisas da Justiça e do próprio Direito. Para maior aprofundamento sobre as características de duas tradições referenciais para nós (*Civil Law e Common Law*), sugiro a leitura de GARAPON, Antoine & PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008).

⁶ Cf., sobre o tema, pronunciamento do Secretário da Reforma do Judiciário, na qual defende a proposta de criação de uma carreira específica no âmbito dos tribunais, responsável pela administração do tribunal (Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em 10.09.2013). Aprofundaremos o diálogo com essa posição mais adiante neste ensaio.

⁷ Sobre a relação entre linguagem e direito; definições lexicográficas e estipulativas, cf. WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

⁸ Cf. <www.significados.com.br>. Acesso em 10.9.2013.

⁹ Sobre a ideia de políticas públicas no âmbito do Poder Judiciário, cf. FREITAS, Vladimir Passos

de. 'Judiciário também deve ter as suas políticas públicas'. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 22.09.2013.

¹⁰ Da Resolução n. 70/2009, do CNJ, destaco o Rol dos valores inseridos no art. 1º, inciso III: "a) credibilidade; b) acessibilidade; c) celeridade; d) ética; e) imparcialidade; f) modernidade; g) probidade; h) responsabilidade Social e Ambiental; i) transparência".

¹¹ A Resolução n. 70/2009 do CNJ reforça essa pluriparticipação na governança quando estabelece, no seu art. 2º, inciso III, § 4º o seguinte: "Os tribunais garantirão a participação efetiva de serventuários e de magistrados de primeiro e segundo graus, indicados pelas respectivas entidades de classe, na elaboração e na execução de suas propostas orçamentárias e planejamentos estratégicos". Mais adiante, no art. 6º-A, ao tratar do Encontro Nacional do Poder Judiciário, a mesma Resolução assegura a participação de tribunais, corregedorias e associações de Magistrados, inclusive nas reuniões de preparação (inciso III, §§ 1º e 2º).

¹² É dentro dessa proposta de prestação de contas que se inserem diversas iniciativas do Conselho Nacional de Justiça e de seu Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), instituído pela Lei n. 11.364/2006, tendo como maior emblema desse esforço o Relatório Justiça em Números, divulgado anualmente. Note-se que o inciso II, do art. 5º da referida Lei dispõe que constitui objetivo do DPJ "desenvolver pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira".

¹³ Ainda que, nesse contexto, não se possa minimizar a grande importância do movimento associativo de Magistrados, que tem funcionado, muitas vezes, como uma força de resistência na arena de tensão provocada pelo modelo conservador, uma vez que este não considera a desconcentração da tomada de decisões e a maior participação como vetores dirigentes da administração.

¹⁴ Conselho Nacional de Justiça, Resolução n. 70/2009, art. 2º, § 1º, inciso II.

¹⁵ É de lembrar que a fixação de metas de nivelamento não decorre de uma decisão direta e vertical do Conselho Nacional de Justiça. Nos encontros preparatórios, de que trata a referida Resolução n. 70/2009, são coletadas propostas de metas dos representantes dos tribunais, ainda que algumas propostas também sejam feitas pelos membros do CNJ (o que sucedeu, por exemplo, com a Meta 18 para 2013, sobre o julgamento das ações de improbidade administrativa, tema sugerido diretamente pelo CNJ, a partir do seminário sobre o assunto, realizado entre 31 de maio e 1º de junho de 2012, em Brasília/DF, sob a coordenação do Cons. Gilberto Martins). Sucede que a forma de escolha desses representantes dos tribunais não está bem clara. Em alguns casos, sequer são Magistrados, e sim servidores que atuam nos órgãos de gestão de metas e/ou de planejamento estratégico dos tribunais. Por outro lado, também não se pode mensurar a qualidade do debate prévio em instâncias locais. Tudo isso facilita uma percepção, nem sempre exata, de que as metas de nivelamento são verticais. Essa percepção é, a partir desse quadro, habitualmente e simbolicamente apropriada ao nível local (dos tribunais e sua corregedorias), de forma a se lhe exigir cumprimento em vista da hierarquia administrativa, o que agudiza o estranhamento da base da Magistratura com os propósitos do planejamento estratégico do Poder Judiciário e das próprias metas como seu elemento integrador, embora não único.

¹⁶ Como o Conselho da Justiça Federal preexiste à Emenda n. 45/2004, a novidade ficou por conta do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (cf. art. 111, § 2º, inciso II, CF).

¹⁷ No ano de 2013, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho também passou a contar com um Secretário-Geral integrante da carreira da Magistratura do Trabalho. Também no Tribunal Superior Eleitoral, a Secretaria-Geral atualmente é titularizada por um Magistrado.

¹⁸ No caso do CSJT, o Projeto de Lei n. 4591/2012, oriundo do Tribunal Superior do Trabalho e que dispõe sobre a sua estrutura e competências, pode alterar um pouco esse quadro. É que o substitutivo, aprovado na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, passou a prever, na composição do Conselho, "um Juiz do Trabalho, vitalício e titular de Vara do Trabalho,

eleito pelo Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho”. Caso aprovado, revela o texto um avanço, ao incluir representante do Primeiro Grau, ainda que reproduza o modelo conservador na indicação, e também seja em tese baixa a sua capacidade de influência em um colegiado administrativo de 12 membros.

¹⁹ Adoto essa expressão “alta administração” apenas para destacar que, em muitos casos, no âmbito de determinado tribunal, cuida-se do último nível administrativo, a quem compete dar a última palavra.

²⁰ A Resolução n. 72/2009 foi alterada, em 2012, pela Resolução n. 149, que acresceu outra hipótese de convocação de Juiz Auxiliar, ao dispor que: “[...] a Presidência do Tribunal também poderá convocar um juiz auxiliar para atuar exclusivamente na gestão e supervisão dos procedimentos relacionados aos precatórios e requisições de pequeno valor”. Cuida-se de um avanço significativo, uma vez que o CNJ adotou essa possibilidade após o julgamento de casos de corrupção em setores de gestão de precatórios. A presença do Juiz na direção desse setor, auxiliando diretamente o Presidente, foi considerada como fundamental para a melhoria, a transparência e a segurança do sistema de execução indireta contra a Fazenda, aspecto que considerado de profunda conexão com a ideia de autogoverno e governança do Poder Judiciário.

²¹ Sobre o exemplo da Justiça de Santa Catarina, cf. ABREU, Cesar Augusto Minoso Ruiz. ‘Judiciário do novo tempo’. *Revista da Escola Nacional da Magistratura* (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n. 6, nov. 2012, p. 334-55).

²² Trata-se da Resolução Administrativa n. 18/2013, que apresenta o seguinte teor: “Art. 1º O processo de consulta previsto nos parágrafos 1º e 12 do artigo 16 do Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região reger-se-á na forma dos artigos que seguem. Art. 2º O processo de consulta será conduzido por uma Comissão, formada por três integrantes, sendo dois Desembargadores indicados pelo Pleno do Tribunal e um Juiz indicado pela Associação dos Magistrados do Trabalho da 4ª Região - AMATRA IV. Parágrafo único. A Comissão de Consulta será presidida pelo Desembargador mais antigo na carreira. Art. 3º O Pleno formará a Comissão de Consulta até a primeira sexta-feira útil do mês de setembro e indicará os nomes dos Desembargadores elegíveis que comporão a nominata da consulta, nos termos do art. 102 da Lei Complementar nº 35/1979. § 1º A AMATRA IV indicará, até a primeira quinta-feira do mês de setembro, o seu respectivo representante. § 2º A comissão indicará, no prazo de dois dias, o servidor que atuará como seu secretário. Art. 4º A nominata para eleição da Direção da Escola Judicial será composta de todos os Desembargadores do Tribunal, observado o art. 227-C do Regimento Interno do Tribunal, admitida a recusa. Art. 5º Será disponibilizado na rede interna do Tribunal, com acesso restrito aos magistrados, espaço específico para cada Desembargador constante da nominata da consulta realizar apresentação única. Art. 6º A consulta será realizada na última segunda, terça e quarta-feira do mês de setembro, por voto secreto em meio eletrônico, na rede interna do Tribunal. § 1º No espaço para votação, estarão indicados os nomes constantes das nominatas, sendo que cada juiz consultado votará em dois nomes, na forma prevista no § 1º do artigo 16 do Regimento Interno, e dois nomes para a Escola Judicial, na forma do artigo 227-C, do Regimento Interno. § 2º Após concluído o voto, o magistrado receberá um comprovante eletrônico do ato, sem indicação do conteúdo da sua escolha. Art. 7º A apuração dos votos será concluída até às 10h do dia subsequente ao da consulta, sendo o resultado divulgado pela Presidência do Tribunal e encaminhado ao Tribunal Pleno. Art. 8º Os casos omissos serão decididos pela Comissão de Consulta. Art. 9º A presente Resolução Administrativa entra em vigor na data de sua publicação”.

²³ Nosso grande desafio, em termos de planejamento estratégico, e, portanto, de mais longo prazo, é assegurar que as boas práticas e as políticas públicas, debatidas e aprovadas democraticamente no âmbito de cada tribunal, consigam normalmente ultrapassar o biênio da gestão de um(a) presidente de tribunal. O caráter mais permanente do Poder Judiciário e de seus juízes (cf. Alexander Hamilton, *Os federalistas*) nos permite pensar em mais perenidade de ação.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Cesar Augusto Minoso Ruiz. 'Judiciário do novo tempo'. *Revista da Escola Nacional da Magistratura* (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n. 6, nov. 2012.
- AKUTSU, Luiz & GUIMARÃES, Tomás de Aquino. 'Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro', *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, São Paulo, jan./jun. 2012.
- CHAVES, Luciano Athayde. 'O judiciário que queremos: reflexões sobre o planejamento estratégico do Poder Judiciário'. *Revista da Escola Nacional da Magistratura* (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n. 6, nov. 2012.
- DALLARI, Dalmo. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DIAS, Tâmara de Azevedo Severo Alves. *O papel do juiz na gestão contemporânea*. Brasília-DF, mimeo, 2009.
- FALCÃO, Joaquim. 'A governança do judiciário'. *Correio Braziliense*, Brasília, 16.12.2010.
- FREITAS, Vladimir Passos de. 'Judiciário também deve ter as suas políticas públicas'. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 22.09.2013.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: 1999.
- _____. & PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008
- KOERNER, Andrei. 'O debate sobre a reforma judiciária'. *Novos Estudos*. CEBRAP, n. 54, julho 1999.
- MATTOS, Fernando Cesar Baptista de & BOLLMAN, Vilian. 'Democracia e Poder Judiciário: propostas para uma nova justiça brasileira'. *Revista da Escola Nacional da Magistratura* (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n. 6, nov. 2012.
- NALINI, José Renato. *Ética para um judiciário transformador*. São Paulo: RT, 2011.
- PORTO, Mário Moacyr. *Estética do direito*. Disponível em www.portal.tce.pb.gov.br/2011/05/estetica-do-direito/. Acesso em 29.9.2013.
- SADEK, Maria Tereza. 'Poder Judiciário: uma nova construção institucional'. *Revista da Escola Nacional da Magistratura* (Associação

dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 7, n. 6, nov. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

VIANNA, L. W *et alii*. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

ZAFFARONI, E. R. *Poder Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A DEMOCRACIA

Leonardo Souza Santana Almeida*

RESUMO: Com o advento do constitucionalismo, que tem como características essenciais a separação dos poderes e a instituição de um rol de direitos fundamentais, exsurge a necessidade de se outorgar a um órgão da soberania estatal a missão de zelar pela supremacia da Constituição. Na cultura jurídica ocidental, prevaleceu a tese de que este órgão deveria ser o Tribunal Constitucional, distinto dos Poderes Executivo e Legislativo. No exercício da jurisdição constitucional, este órgão depara-se com a dificuldade contramajoritária, porquanto os juízes constitucionais não são eleitos pelo voto popular. A redefinição do princípio da separação dos poderes é fundamental para a compreensão do papel da jurisdição constitucional. Além disso, há a necessidade de uma nova compreensão do princípio democrático, aliando o seu aspecto formal com o substancial.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional. Separação dos Poderes. Democracia.

1. INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional, como mecanismo assecuratório da supremacia da Constituição, sofre de inegável déficit democrático, deparando-se com a denominada “dificuldade contramajoritária”, em razão de não serem os juízes constitucionais eleitos pelo voto popular, ao contrário dos integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo.

Este artigo pretende destacar a relação entre a jurisdição constitucional, o princípio da separação dos poderes e a democracia, identificando, ao final, as tentativas de se conferir racionalidade à jurisdição constitucional, nas perspectivas teóricas do substancialismo e do procedimentalismo.

* Juiz de Direito no Estado de Sergipe, Professor Assistente do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail: lssalmeida@yahoo.com.br.

Para a compreensão do princípio da separação dos poderes, teorizado primariamente por Montesquieu, analisaremos o advento do constitucionalismo, que alterou profundamente a atribuição das funções de cada um dos poderes estatais. O Poder Judiciário passou a assumir um caráter político, não no sentido de política partidária, mas como órgão responsável pela definição de questões fundamentais para a sociedade.

No segundo capítulo, analisaremos o princípio democrático, que não pode mais ser compreendido apenas como o respeito às regras do jogo, passando a ser dotado de um inegável caráter substancial, que assume especial relevo diante da consagração de um rol de direitos fundamentais. Incumbe-lhe, portanto, o respeito aos direitos da minoria. Destaca-se, ainda, a adoção de estratégias para se conferir legitimidade democrática ao órgão incumbido do exercício da jurisdição constitucional.

2. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A FUNÇÃO TÍPICA DO PODER JUDICIÁRIO, ANTES E DEPOIS DO ADVENTO DO CONSTITUCIONALISMO

A análise do princípio da separação dos poderes é fundamental para que possamos circunscrever o papel do Poder Judiciário no concerto entre os poderes estatais, tanto na concepção tradicional quanto na contemporânea, observando nesta última a influência do advento do constitucionalismo e, seguindo-se a ele, a instituição da jurisdição constitucional¹.

O princípio da separação dos poderes, sistematizado por Montesquieu² em sua obra *O Espírito das Leis* (2000), com base no modelo inglês, propõe a divisão das funções estatais em três níveis: a) no plano funcional: a legiferação, a jurisdição e a execução; b) no plano institucional: o Parlamento, o Governo e os tribunais; c) a nível sociocultural: o povo (eleições dos membros da câmara baixa), a nobreza e o clero (nomeados pela Coroa para a câmara alta) e a Casa Real (CANOTILHO, 2000, p. 541).

Assim são definidas por Montesquieu (2000, p. 167-168) as funções estatais, oportunidade em que também destaca a necessidade de separação de tais funções:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se

que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

A separação dos poderes mereceu consagração nas Constituições modernas como instrumento, ao lado das liberdades individuais, de contenção do poder estatal. Nesse sentido, o artigo 16, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, proclama que: “Toda sociedade, em que não for assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”³. Trata-se, portanto, de elemento essencial do constitucionalismo, como afirma Nicola Matteucci:

De acordo com tal definição [contida no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão], ainda hoje é habitual, na ciência jurídica como política, identificar o Constitucionalismo com a separação dos poderes, com o sistema de freios e contrapesos e com a balança dos diversos órgãos. (...) O Constitucionalismo coincide, deste modo, para muitos com a separação dos poderes. A tentação de aceitar esta identificação é muito forte, se não for por outros motivos, ao menos pelo prestígio das pessoas que a corroboraram: baste citar os nomes de Locke, Montesquieu e Kant. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2007, p. 248).

A técnica da separação dos poderes envolve a repartição horizontal do poder estatal, sendo certo, contudo, que este é uno e indivisível. A

repartição das funções estatais funciona, assim, como instrumento para evitar a concentração de todo o poder em uma única instituição ou em uma única pessoa, fundamentada nas ideias centrais de que o poder detém o poder e de que o detentor do poder tende a abusar do mesmo. Pode-se acrescentar também o ganho em eficiência com a instituição de órgãos especializados para desempenhar tarefas específicas.

Revela-se oportuna a nomenclatura utilizada pela Constituição da República Portuguesa de 1976 que, em seu artigo 110, 1, prescreve: “São órgãos de soberania o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais”, para a seguir determinar, no artigo 111, I, que: “Os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição”. O constituinte português, certamente inspirado na constatação de ser o poder uno e indivisível, preferiu substituir a tradicional expressão “poderes” por “órgãos de soberania”. Como a nossa Constituição utiliza o termo “poderes”, assim procederemos neste artigo.

Na sociedade contemporânea, o Poder Judiciário, considerado por Montesquieu um “poder nulo”, diversamente dos demais poderes políticos, apresenta-se com uma nítida alteração na conformação das suas funções. Não se nega, ainda hoje, que a sua função precípua seja o exercício da jurisdição. Contudo, o que se entende por jurisdição passou por profundas mudanças, em especial com o advento do constitucionalismo.

Entendemos importante, nesse momento da análise, a exposição dos conceitos clássicos de jurisdição apresentados pelos juristas italianos Giuseppe Chiovenda e Carnelutti.

Chiovenda, cuja principal contribuição para o Direito Processual Civil consistiu em destacar a sua autonomia frente ao direito material, atribuía como função da jurisdição a atuação da vontade concreta da lei, deixando clara, assim, a separação entre as funções legislativa e jurisdicional. Apenas a primeira gozava de potencial criativo, sendo a jurisdição subordinada à lei. A função do juiz era meramente declaratória. Luis Guilherme Marinoni (2006, p. 34), enfatizando a relação entre a teoria de Chiovenda e a separação dos poderes, afirma:

Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía

ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Recorde-se que, na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o Legislativo criava as normas gerais e o Judiciário as aplicava. Enquanto o Legislativo constituía o poder político por excelência, o Judiciário, visto com desconfiança, se resumia a um corpo de profissionais que nada podia criar.

Para Carnelutti, a função da jurisdição seria a justa composição da lide, sob o entendimento de que à jurisdição incumbiria criar a norma individual destinada a reger o caso concreto. Contudo, para o exercício dessa atividade constitutiva estaria pressuposta a existência da lei. A diferença entre estas duas teorias revela-se no fato de que, enquanto Chiovenda adota para a jurisdição uma função declaratória (da vontade da lei), situando a sentença fora do ordenamento jurídico, Carnelutti adota a concepção unitária do ordenamento jurídico, conferindo à sentença natureza constitutiva (de criação da norma individual que irá reger o caso concreto). A decisão judicial, para Carnelutti, é, a um só tempo, ato de aplicação da norma geral e de criação da norma individual.

As duas teorias não divergem quanto à submissão do juiz à lei e à ausência de qualquer componente volitivo na sentença judicial, consoante adverte Luis Guilherme Marinoni (2006, p. 37):

Isso quer dizer que as concepções de que o juiz atua a vontade da lei e de que o juiz edita a norma do caso concreto *beberam na mesma fonte*, pois a segunda, ao afirmar que a sentença produz a norma individual, quer dizer apenas que o juiz, depois de raciocinar, concretiza *a norma já existente, a qual, dessa forma, também é declarada*.

Para Hans Kelsen, autor da *Teoria Pura do Direito*, há um aspecto volitivo na função jurisdicional que não pode ser desconsiderado, diante da multiplicidade de interpretações possíveis para a norma jurídica e do fato de não existir qualquer critério seguro para justificar a adoção de uma delas em detrimento das outras. Há, portanto, dois elementos

distintos no processo de interpretação/aplicação do direito: um cognitivo, representado pelo conhecimento do ordenamento jurídico, e outro volitivo, concernente à adoção de uma das interpretações possíveis dentro da moldura da norma superior.

Há, no componente volitivo da interpretação/aplicação do direito, um aspecto inegavelmente discricionário do julgador, não sujeito ao crivo da racionalidade. Exige-se apenas que a sua interpretação se enquadre no rol de possibilidades da norma hierarquicamente superior. Assim afirma Hans Kelsen (1998, p. 391):

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” - desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.

Ao conceituar a decisão judicial como ato de conhecimento e de vontade, Kelsen identifica como papel do juiz a criação do direito, assumindo a decisão judicial um inegável caráter constitutivo. Segundo esta teoria, não há que se falar em uma única decisão correta, cumprindo ao Poder Judiciário a tarefa de proferir uma decisão dentre as várias possíveis inseridas na moldura do Direito, criando a norma individual ou até mesmo geral (caso das decisões judiciais com eficácia vinculante e *erga omnes*) que vai reger o caso sob sua apreciação.

Mas foi com o constitucionalismo que ocorreu a verdadeira mudança na concepção de jurisdição, em especial com o advento das constituições europeias do segundo pós-guerra, impregnadas de valores positivados sob a forma de princípios e orientadas pelo pluralismo. A ideia de supremacia da Constituição, de que decorre a necessária compatibilização de todas as normas infraconstitucionais com aquela, por se apresentar como norma suprema do ordenamento jurídico⁴, conferiu à jurisdição um novo caráter,

pois passa a ser tarefa dos juízes não apenas aplicar a norma geral para o caso concreto, através de uma operação de subsunção, mas também aferir a compatibilidade desta norma com a Constituição.

A jurisdição constitucional vem sempre atrelada ao princípio da supremacia da Constituição, diante da necessidade de se outorgar a um órgão da soberania estatal a função de zelar pela sua condição de norma suprema do ordenamento jurídico. É conhecido o debate travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca de qual órgão deveria ser incumbido da tarefa de guardião da Constituição. O primeiro sustentava que tal tarefa deveria ser confiada ao Presidente do Reich (o chefe do Poder Executivo), o segundo a um Tribunal Constitucional. Em outros países, notadamente os da tradição jurídica do *common law*, prevalece a concepção de que a Constituição deve ser protegida pelo Parlamento, seguindo a regra democrática da maioria.

Vale ressaltar, neste ponto, que a teoria e práxis constitucionais norte-americanas, desde o famoso Caso *Marbury vs Madison*, julgado pela Suprema Corte⁵, entende ser o Poder Judiciário o guardião da Constituição, incumbindo-lhe a função contramajoritária de aferir a constitucionalidade dos atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo, sem que isso configure afronta ao princípio da separação dos poderes.

Na Europa do segundo pós-guerra, seguiu-se uma tendência de fortalecimento dos Tribunais Constitucionais, que passaram a exercer um forte controle sobre as normas infraconstitucionais e os atos do Poder Executivo, com o auxílio de ferramentas como o princípio da proporcionalidade, que orienta a atividade de ponderação de princípios, e técnicas de decisão, a exemplo da interpretação conforme à Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Tal tendência se acentuou na Alemanha, país de forte tradição teórica no Direito Constitucional e de notável influência sobre os juristas brasileiros.

O caráter polissêmico e lacunoso das normas constitucionais evidencia a natureza política da jurisdição constitucional, não na acepção de política partidária, mas sim de política como exercício de atividade que se caracteriza por escolhas e que, por sua relevância, interessa a todos os membros do grupo social. Nesse sentido, enfatiza Gisele Cittadino (2009, p. 62-63), ao tratar especificamente do controle concentrado de constitucionalidade:

(...) Não há dúvidas de que a função de guardião da Constituição remete necessariamente ao caráter político que assume o Supremo Tribunal Federal no novo texto constitucional. Afinal, a função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente na função jurisdicional de tutela da Constituição, traduz uma ação política ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política. Se a própria Constituição, como vimos, não se definiu como um ordenamento valorativamente neutro, pois está comprometida com determinados valores comunitários, tampouco pode ser neutra a tarefa de garanti-la, através de procedimentos interpretativos.

No mesmo sentido, assinala Dieter Grimm (2006, p. 16):

(...) o conteúdo político da aplicação do direito é inevitável e, na mesma medida, a própria justiça se constitui em um poder político. Contudo, permanece uma diferença, pois a aplicação do direito toma decisões de antemão dentro de um âmbito normativamente restrito. Ademais, ela não persegue objetivos políticos próprios e oferece, por isso, uma garantia maior de imparcialidade.

Dieter Grimm prossegue em sua análise, para afirmar que a jurisdição constitucional configura um caso especial, por se encontrar, devido a seu objeto de regulamentação e seu critério de decisão, muito mais perto da política do que os demais órgãos do Poder Judiciário. Para o referido autor, além de diferenças como o caráter mais lacunoso e indefinido das normas constitucionais, a diferença decisiva “reside em que o objeto de regulamentação da Constituição e, assim, o objeto de controle do tribunal constitucional consiste na própria política, incluindo a legislação”, operando a legislação constitucional na “interface de legislação e aplicação do direito, direito e política” (GRIMM, 2006, p. 16).

A Constituição, instituída originariamente para disciplinar a atuação do Estado, passa a regular também a sociedade, consoante aponta Gilberto Bercovici (1999, p. 9):

(...) As Constituições do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, são políticas, não apenas estatais, na expressão de Maurizio Fioravanti. Assume conteúdo político, ou seja, englobam os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização. O campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado. A Constituição, nas palavras de Konrad Hesse, também é a “ordem jurídica fundamental da comunidade”, ou seja, ela é a Constituição do Estado e da sociedade. A política se manifesta não apenas na instauração da Constituição (o poder constituinte originário), mas também nos momentos seguintes, de efetivação da ordem constitucional por meio de uma política constitucional. (...)

Nesse contexto, o princípio da separação dos poderes não pode mais ser compreendido em sua acepção tradicional, que impede ao Poder Judiciário adentrar nas searas administrativa e legislativa. Considerando a função eminentemente política da jurisdição constitucional e a atuação das Cortes Constitucionais, pode-se fazer coro à afirmação de que “a divisão entre os três poderes está sendo superada” (VIANNA, 2010), para dar lugar a um sistema de cooperação entre os Poderes, em que a ênfase está na existência de um diálogo institucional entre os Poderes⁶ e não na separação absoluta das funções estatais.

3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Ao reconhecermos o caráter político da jurisdição constitucional, adentramos em um tema polêmico, que vem sendo estudado por constitucionalistas, filósofos do direito e cientistas políticos, qual seja, a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário ou do Tribunal Constitucional para lidar com questões que envolvem a escolha de opções igualmente razoáveis e fundadas em normas constitucionais.

Para o desenvolvimento deste tópico, é fundamental a apresentação do conceito de democracia adotado neste trabalho.

Tradicionalmente, a democracia identifica-se com o respeito às

“regras do jogo”, o que aponta para a legitimação procedimental no Estado de Direito, em que deve prevalecer a vontade da maioria. Nesse sentido, temos a teoria política de Schumpeter, segundo a qual “existe Democracia onde há vários grupos em concorrência pela conquista do poder através de uma luta que tem por objeto o voto popular” (*apud* BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2007, p. 236).

O advento do constitucionalismo e, com ele, a positivação de direitos fundamentais nas Constituições dos Estados Nacionais, ampliou o conceito de democracia, sendo possível afirmar hoje que esta não compreende apenas o respeito às “regras do jogo” ou o “governo da maioria”, mas também a proteção e a promoção dos direitos fundamentais. Trata-se da compatibilização da democracia formal com a democracia substancial, classificada por Norberto Bobbio como indicativa de “um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios para os alcançar” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2007, p. 329).

Norberto Bobbio, concluindo o verbete “democracia” do *Dicionário de Política* por ele organizado juntamente com outros autores, assim expressa o que entende por “Democracia Perfeita”: “O único ponto sobre o qual uns e outros poderiam convir é que a Democracia perfeita – que até agora não foi realizada em nenhuma parte do mundo, sendo utópica, portanto – deveria ser simultaneamente formal e substancial” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2007, p. 329).

Os direitos fundamentais, tradicionalmente considerados como limitações ao poder estatal, passam a servir, nessa perspectiva, como instrumentos destinados a viabilizar a “utópica” democracia perfeita, no sentido de Bobbio, relacionando a democracia formal ou procedimental com a democracia substancial, protegendo e garantindo, dessa forma, os direitos fundamentais de todos os integrantes da sociedade, inclusive dos grupos minoritários.

Acerca da relação intrínseca entre os direitos fundamentais e o princípio democrático, fornece-nos preciosa lição Michelangelo Bovero. Para este autor, são condições (internas) da democracia alguns direitos fundamentais, precisamente os direitos políticos, que instituem a liberdade e a igualdade democráticas. Seriam precondições (externas) da democracia outros direitos fundamentais cuja violação possa comprometer e tornar vão o exercício dos direitos políticos, sendo

classificados como tais algumas liberdades públicas de matriz liberal e alguns direitos sociais, como educação e subsistência (BOVERO, 2002, p. 37).

No mesmo sentido, propondo a substituição da democracia popular pela democracia do cidadão, assinala Peter Häberle (1997, p. 38-39):

A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca. Essa perspectiva é uma consequência da relativização do conceito de Povo – termo sujeito a entendimentos equívocos – a partir da ideia de cidadão! Liberdade fundamental (pluralismo) e não “o Povo” converte-se em ponto de referência para a Constituição democrática. Essa *capitis diminutio* da concepção monárquica exacerbada de povo situa-se sob o signo da liberdade do cidadão e do pluralismo.

A existência de norma constitucional contendo limitação expressa ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º, IV) revela o empenho do constituinte originário em proteger os direitos fundamentais, dentre outras matérias, da sanha reformadora da maioria do Parlamento⁷. Assegura-se, assim, a proteção aos direitos das minorias.

Da consagração dos direitos fundamentais como “regras preliminares à realização do jogo” (NEVES, 2006, p. 154) democrático, exsurge a legitimidade da jurisdição constitucional, que se apresenta como “elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático” (MOREIRA, 1995, p. 177).

Guy Scoffoni (1999, p. 250), referindo-se ao constitucionalismo norte-americano, afirma:

O constitucionalismo americano apresenta então uma definição da democracia que não se reduz à consagração da regra majoritária, mas faz da Constituição o primeiro instrumento de proteção dos direitos individuais. A doutrina dos direitos naturais, particularmente enraizada no

contexto americano, legitima a missão conferida ao juiz, na tradição liberal, de proteger os direitos fundamentais contra os atentados eventuais do poder majoritário⁸.

Com efeito. Não é suficiente a previsão de direitos fundamentais no texto constitucional para a proteção e promoção dos direitos das minorias. Também não basta que essas normas sejam imunes ao poder constituinte reformador. Faz-se necessária a existência da jurisdição constitucional, para que juízes e tribunais possam analisar os atos administrativos e legislativos à luz da Constituição, e invalidá-los, caso violem as suas normas, em especial no que tange aos direitos fundamentais.

A ideia de supremacia da Constituição e a existência de um ou vários órgãos incumbidos de exercer a jurisdição constitucional não é aceita sem ressalvas. Opõe-se ao exercício do controle de constitucionalidade o argumento de que os juízes constitucionais carecem de legitimidade democrática, por não terem sido, ao contrário dos membros dos Poderes Executivo e Legislativo, eleitos pelo povo, além de não serem responsáveis politicamente. Não poderiam, assim, adotar a sua própria interpretação constitucional em detrimento da interpretação adotada pelos poderes ditos políticos. Revela-se, assim, a chamada dificuldade contramajoritária (*countermajoritarian difficulty*).

Há, como afirmamos alhures, um componente inegavelmente discricionário na decisão constitucional, emergindo, portanto, estratégias de legitimação conducentes à minimização deste componente discricionário, “revestindo-o de uma fundamentação racional, que deve ser compartilhada com a comunidade” (BARROSO, 2009b, p. 56).

Revela-se merecedora de atenção a sistematização trazida por Guy Scoffoni (1999) quanto às estratégias de legitimação do Poder Judiciário para o exercício da jurisdição constitucional. O referido autor adota como referência a experiência constitucional dos Estados Unidos da América, mas as suas assertivas são passíveis de generalização a todos os Estados que adotam a jurisdição constitucional.

A existência da jurisdição constitucional faz este autor se referir a uma democracia jurídica, porquanto decisões de extrema relevância para a vida da sociedade são decididas pelo Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos democraticamente, com base na supremacia da Constituição e, em especial, dos direitos fundamentais.

Para Guy Scoffoni (1999, p. 249), a legitimidade do juiz constitucional deve-se aferir a partir de um triplo ponto de vista, a saber: a legitimidade institucional, a legitimidade funcional e a legitimidade social.

A primeira (legitimidade institucional) se apresenta pela composição pluralista dos tribunais, pela designação política dos juízes e pela sua independência. Ademais, revela-se importante, na visão do referido autor, a ausência da “última palavra” da jurisdição, porquanto o poder político pode, através da revisão constitucional, contornar a decisão adotada pelo Poder Judiciário⁹.

A legitimidade funcional decorre da função conferida historicamente à Suprema Corte ou ao Tribunal Constitucional de interpretar e garantir a Constituição, o que, nos Estados Unidos da América, decorre de construção jurisprudencial, ao passo que em outros Estados soberanos resta expresso na própria Constituição. No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal, em seu artigo 102, inciso I, confere ao Supremo Tribunal Federal a missão de guardião da Constituição. Nesse aspecto, revela-se importante a compatibilidade entre a jurisdição constitucional e o princípio democrático, a que já se fez menção nesse trabalho.

Por fim, a legitimidade social é derivada da constante interação entre a Suprema Corte e a opinião pública. Para Scoffoni (1999, p. 251), “levar em consideração a opinião pública configura uma exigência essencial na estratégia de legitimação da Corte”¹⁰. O referido autor identifica as seguintes estratégias adotadas pela Suprema Corte americana, todas referidas à consideração da opinião pública no processo decisório: i) através de suas decisões, a Corte exprime a vontade de responder a uma demanda social; ii) a Corte se apoia, em suas decisões, sobre uma grande parcela da opinião pública, esclarecendo o autor que ela pode limitar ou frustrar certas mudanças contra o desejo da opinião majoritária, mas não pode por muito tempo se opor às expectativas da maioria dos cidadãos¹¹; iii) o diálogo constitucional existente entre os cidadãos, os advogados e os juízes, proporcionado pela exceção de inconstitucionalidade (SCOFFONI, 2009, p. 269).

Luís Roberto Barroso (2009b, p. 57) elenca alguns argumentos de legitimação da jurisdição constitucional, que podem ser assim resumidos: i) necessidade de ampliação da atuação do Poder Judiciário como fator de equilíbrio diante da expansão dos outros dois Poderes no âmbito do Estado moderno, com o crescimento do papel do Estado proporcionado pelo surgimento do *welfare state*; ii) a jurisdição constitucional funcionaria

como instrumento destinado a superar o déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, que têm a sua composição e atuação desvirtuadas “por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo”; iii) compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia substancial; iv) a jurisdição constitucional como mecanismo apto a assegurar o exercício e o desenvolvimento dos procedimentos democráticos.

Ressaltamos, por fim, que, atualmente, está superado o arquétipo do magistrado isolado da sociedade e que, no recôndito do seu gabinete de trabalho, prestando contas apenas à sua consciência, profere as suas decisões. Hoje, a sociedade exige que as suas aspirações sejam levadas em consideração não só pelos Poderes Executivo e Legislativo, mas também pelo Poder Judiciário. Nesse ponto, é importante lembrar que todo o poder emana do Povo¹², como enuncia o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

Não defendemos, contudo, um populismo judicial, no sentido de que o magistrado deve guiar-se pela maioria ocasional, mas sim que ele deve levar em consideração o conjunto das posições razoáveis expressas pelos membros da sociedade (SCOFFONI, 1999, p. 270). Nesse sentido, afirma Luís Roberto Barroso (2010, p. 37):

(...) O populismo judicial é tão pernicioso à democracia como o populismo em geral. Em suma: no constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim. Dentro de limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. Mas isso não diminui a importância de o Judiciário, no conjunto de sua atuação, ser compreendido, respeitado e acatado pela população. A opinião pública é *um* fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais. Mas não é o único

e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade.

Portanto, a democracia é por nós entendida em seu duplo sentido (formal e material). A partir do conceito material de democracia, umbilicalmente ligado à positivação dos direitos fundamentais, legitima-se a jurisdição constitucional, que funciona como mecanismo jurídico destinado a assegurar a supremacia e a força normativa da Constituição e, em especial, a garantir a observância dos direitos fundamentais nas relações jurídicas.

Contudo, entendemos não ser suficiente a identificação da legitimidade democrática da jurisdição constitucional em razão da positivação dos direitos fundamentais. Revela-se necessária, e nesse sentido nos aproximamos das ideias de Peter Häberle, a admissão da participação conteudística dos membros da esfera pública pluralista e dos demais agentes institucionais na interpretação e aplicação da Constituição.

É importante destacar, ainda, que o caráter político da Constituição e, por decorrência, da jurisdição constitucional, não pode obscurecer o papel da política na configuração da realidade constitucional. Consoante destaca Gilberto Bercovici (2004, p. 22), “a Teoria da Constituição deve ser entendida na lógica das situações concretas históricas de cada país, integrando em um sistema unitário a realidade histórico-política e a realidade jurídica”. O juiz constitucional não pode ter a pretensão de substituir o governo do povo, instaurando uma espécie de “positivismo jurisprudencial” (BERCOVICI, 2004, p. 21). Oportuna, no mesmo sentido, é a explanação de Gustavo Ferreira Santos (2006, p. 53), propondo a conciliação entre a ideia de supremacia da Constituição e o princípio democrático:

Identificamos, ainda, uma necessidade de que a interpretação da Constituição se reconcilie com a natureza democrática do Estado, encontrando para o princípio democrático um papel de relevo. O intérprete/aplicador da Constituição não deve atuar com vistas a fechar as portas aos representantes e ao povo, mas deve velar pela abertura dos canais de participação e decisão, evitando criar empecilhos ao debate político não razoavelmente encontráveis no

texto constitucional. Trata-se de uma recomposição do papel da política na vida cotidiana, que exige uma nova postura de quem busca interpretar a Constituição.

4. CONCLUSÃO

Para a compreensão do papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional, revela-se fundamental a análise do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático.

Como pode ser constatado neste artigo, na atual compreensão do princípio da separação dos poderes, que decorre do advento do constitucionalismo, a jurisdição constitucional apresenta-se como fundamental para assegurar a supremacia da Constituição. O seu papel político, no sentido de definição de questões fundamentais para a vida da sociedade, é evidente, não havendo colisão com a função a ser desempenhada pelos Poderes Executivo e Legislativo.

A dificuldade contramajoritária, inerente à função de legislador negativo exercida pelo órgão incumbido do exercício da jurisdição constitucional, é superada, quando identificamos na democracia um aspecto material, para além do seu caráter puramente formal. À jurisdição constitucional, dessa forma, incumbe o relevante papel de assegurar a supremacia da Constituição, protegendo os direitos fundamentais nela catalogados e impedindo que as maiorias ocasionais violem os direitos das minorias.

Para o exercício da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário deve observar estratégias de legitimação democrática, das quais revela-se como fundamental a observância da opinião pública, não no sentido de se defender um “populismo judicial”, mas sim que as diversas visões do fenômeno jurídico apresentadas pelos integrantes da esfera pública pluralista sejam levadas em consideração.

Pode-se concluir, portanto, que o princípio da separação dos poderes e a democracia não se apresentam como óbices à existência de um órgão incumbido do exercício da jurisdição constitucional, porquanto o Poder Judiciário, no exercício desta função, não exerce função executiva ou legislativa, mas sim função própria, essencial à garantia da supremacia da Constituição.

JUDICIAL REVIEW: CONFRONTATION WITH THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS AND DEMOCRACY

ABSTRACT: With the advent of constitutionalism, which has as its essential characteristics the separation of powers and the establishment of a catalog of fundamental rights, arises the need to grant to an organ of state sovereignty the mission of ensuring the supremacy of the Constitution. In Western legal culture, the prevailing view that this body should be the Constitutional Court, distinct from the executive and legislative branches. In the exercise of constitutional jurisdiction, this body is faced with the countermajoritarian difficulty, because constitutional judges are not elected by popular vote. The redefinition of the principle of separation of powers is fundamental to understanding the role of constitutional jurisdiction. In addition, there is the need for a new understanding of the democratic principle, combining their formal aspect with substantial.

KEYWORDS: Judicial Review. Separation of Powers. Democracy.

Notas

¹ Utilizaremos o termo “jurisdição constitucional” na acepção de “gênero” que compreende a aplicação direta da Constituição por juízes e tribunais nas situações por aquela explicitadas, bem como o exercício do controle de constitucionalidade, que se verifica quando a Constituição serve de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade (BARROSO, 2009b, p. 3).

² Não desconhecemos que a ideia da separação dos poderes remonta a filósofos gregos e romanos, a exemplo de Aristóteles e Cícero. Contudo, nos tempos modernos, foram Locke e Montesquieu quem sistematizaram tal concepção, sendo largamente adotada no mundo ocidental a teoria deste filósofo francês.

³ Tradução livre do original: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution”.

⁴ A ideia de supremacia da Constituição sofreu a forte influência, no mundo ocidental, da teoria de Konrad Hesse (1991), que ressalta, em contraposição às ideias de Ferdinand Lassalle (2005), a força normativa da Constituição.

⁵ A Constituição norte-americana não faz referência à jurisdição constitucional, sendo a sua instituição resultado de construção jurisprudencial atrelada ao princípio da supremacia da Constituição. Nesse sentido, afirma Barroso (2009b, p. 5): “Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza”.

⁶ Com base na doutrina constitucional norte-americana, Flávia Martins de Carvalho, José Ribas

Vieira e Mônica Campos de Ré (2009, p. 85) asseveram, a par da representação argumentativa que identificam na jurisdição constitucional, exercida pelo Supremo Tribunal Federal com base na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, a premente necessidade de uma postura mais cooperativa por parte dos Ministros, seguindo a advertência de Cass Sunstein, para quem “a interpretação da Constituição deve ser compreendida como um produto de contribuições de diferentes atores e perspectivas teóricas, o qual, em muitos casos, pode conduzir a uma postura de autocontenção por parte dos magistrados em situações controversas”.

⁷ Demonstrando o que ora dizemos quanto ao excesso de reformas constitucionais, basta analisar a nossa Constituição atual, que difere, em muito, daquela promulgada em outubro de 1988, contando, atualmente, com 75 Emendas ordinárias e 6 de revisão.

⁸ Tradução livre do original: “Le constitutionalisme américain repose donc une définition de la démocratie qui ne se réduit pas à la consécration de la règle majoritaire mais fait de la Constitution, le premier instrument de protection des droits individuels. La doctrine des droits naturels, particulièrement enracinée dans le cadre américain, légitime la mission impartie au juge, dans la tradition libérale, de protéger les droits fondamentaux contre les atteintes éventuelles du pouvoir majoritaire.

⁹ No original: “Elle repose ensuite sur l’absence de ‘dernier mot’ de la juridiction, le pouvoir majoritaire pouvant par une révision constitutionnelle, contourner la décision rendue. Ainsi, le juge, dans une démocratie, reste légitime parce qu’il ne constitue pas un obstacle insurmontable”. (SCOFFONI, 1999, p. 249).

¹⁰ No original: “La prise en compte de l’opinion publique demeure une exigence essentielle dans la stratégie de légitimation de la Cour”.

¹¹ No Brasil, Luís Roberto Barroso (2010, p. 36) exemplifica três casos em que o Supremo Tribunal Federal, atendendo aos anseios da opinião pública, revisou antigas jurisprudências da Corte. São eles: “a limitação das hipóteses de foro por prerrogativa de função (cancelamento da Súmula nº 394); a proibição do nepotismo, conduta que por longo tempo foi social e juridicamente aceita; e a imposição de fidelidade partidária, penalizando o “troca-troca” de partidos após as eleições”.

¹² Ressaltamos que não concebemos o “povo” como conceito representativo de uma massa de pessoas portadora de uma “vontade geral” de matriz rousseauiana, mas sim como conceito identificado com o de cidadãos, pessoas com distintas ideias, princípios e valores, cujas vontades devem ser consideradas na formação da vontade política.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 07 nov. 2010.
- _____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. In: *Lua nova*, 2004, n. 61, p. 5-24.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de João Ferreira. 13. ed. Brasília: UnB,

2007.

BOVERO, Michelangelo. Democracia y derechos fundamentales. In: *Isonomía: revista de filosofía y teoría del derecho*, Alicante, n. 16, abr. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CARVALHO, Flávia Martins; VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista internacional de direito e cidadania*, n. 5, p. 81-92, outubro/2009.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução de Leandro Farina. 2.ed. Campinas: Minelli, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. vol. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: Colóquio do 10º aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, Marcelo. *Entre têmis e leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São

Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. In: *Revista de informação legislativa*, v. 172, p. 45-55, 2006.

SCOFFONI, Guy. La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé: les enseignements de l'expérience américaine. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 51. n. 2. Abril-Junho 1999. p. 243-280.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sítio eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

VIANNA, Luiz Werneck. A divisão entre os três poderes está sendo superada. Disponível em: <<http://www.oab-rj.org.br/index.jsp?conteudo=9685>>. Acesso em: 02.ago.2010.

O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, A BIOÉTICA E A JURISPRUDÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

Edinaldo César Santos Junior*

“Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro. Sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio.”
(Kant, 1785)

RESUMO: Este artigo apresenta o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Enfatiza a importância da Bioética e os seus princípios consagrados na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos na aplicação do Direito. Por fim, faz uma análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores no Brasil, sobre o tema “bioética”, evidenciando o desconhecimento da normativa de Direitos Humanos no país.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Bioética. Tribunais Superiores.

1. AS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. CONCEPÇÃO MODERNA

Este artigo se justifica como relevante em face da constatação de que, não obstante o Brasil tenha firmado várias normas internacionais de direitos humanos, especialmente a partir da década de 90 do século passado, tal arcabouço normativo tem sido pouco manejado, quicá desconhecido pela maioria dos operadores do sistema de justiça. Tais operadores possivelmente estão ainda atrelados a princípios relacionados à soberania absoluta estatal, por uma formação acadêmica clássica do Direito.

Muitos são os Tratados Internacionais de Direitos Humanos atualmente existentes no mundo. Entretanto, sem dúvida alguma, o

* Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direitos Humanos pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Juiz de Direito do Estado de Sergipe. ecsj@tjse.jus.br.

marco histórico para uma concepção moderna dos Direitos Humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948. Foi nessa época que a comunidade internacional reunida compreendeu a necessidade de uma intervenção mais direta em prol do seres humanos, relativizando as soberanias estatais, face os horrores cometidos na Segunda Guerra Mundial, travestidos, inclusive, de legalidade.

Diante de tais fatos, a sociedade internacional deixa de lado a concepção clássica dos direitos humanos, que servia apenas como resposta ao arbítrio do poder estatal, para entender que esses direitos devem atuar na defesa do ser humano pela simples condição humana, que lhe confere uma série de direitos visando a sua dignidade.

2. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (DUDH)

Embora proclamada e alegada como marco histórico, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi concebida *a priori*, como carta de intenções dos países membros da Organização das Nações Unidas, como uma recomendação. Para o Direito Internacional, as declarações não possuem caráter vinculante, diferentemente dos tratados, que são concebidos com caráter normativo, é dizer, de observação obrigatória pelos Estados-partes. Nesta senda, as declarações, quando aprovadas, surgem como uma diretriz política de ação estatal.

No entanto, Fábio Konder Comparato, traçando o caminhar histórico da DUDH, em sentido diverso afirma:

[...] esse entendimento, porém, peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. [...] já se reconhece, aliás, de há muito, que a par dos tratados ou convenções, o direito internacional é também constituído pelos costumes e os princípios gerais de direito, como

declara o Estatuto da Corte internacional de Justiça (art. 38). Ora, os direitos definidos na Declaração de 1948 correspondem, integralmente, ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como exigências básicas de respeito à dignidade humana.

Assim, no caso da DUDH, embora sempre tenha havido discussão sobre sua natureza jurídica e seu caráter vinculante, hoje, conforme acima constatado, há um consenso quanto à existência de, ao menos, um núcleo de direitos nela previstos que tem fundamento vinculante no direito internacional costumeiro, vez que não mais questionados e, portanto, amplamente aceitos pela comunidade internacional.

3. A BIOÉTICA E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS

Giovanni Berlinquer, citado por Cláudio Cohen e Marcos Segre, adverte que a bioética não nasceu recentemente. Entretanto, o termo foi criado e posto em circulação em 1971, através do livro do americano Van Rensselaer Potter, *Bioethics: bridge to the future*. Para Potter, o desafio da nova disciplina seria construir uma ponte entre duas culturas, ciência e humanidades, combinando o trabalho dos humanistas e cientistas, cujos objetivos são a sabedoria e o conhecimento. Ele consignou que:

se existem duas culturas que parecem incapazes de dialogar – as ciências e as humanidades –, e se isto se apresenta como uma razão pela qual o futuro se apresenta duvidoso, então, poderíamos construir uma ponte para o futuro construindo a bioética com uma ponte entre as duas culturas¹.

Nesse contexto, surge a bioética. Warren Reich define Bioética como o “estudo sistemático da conduta humana, na área das ciências da vida e dos cuidados de saúde, quando se examina esse comportamento à luz dos valores e dos princípios morais”².

A palavra Bioética é de origem grega e significa *bio* (vida) e *ethos* (conduta), é dizer, a ética da vida. A bioética, portanto, surge em meio

à tensão entre a vida e diversidade de normas e valores que a regulam.

Hottois & Parizeau, in *Dicionário de Bioética*³, citam os direitos do homem como fonte de inspiração para uma parte da reflexão sobre Bioética, os quais foram consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, já enunciada.

A demonstrar a indissociável relação entre ética e direitos humanos, foi adotada a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, na 33^a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), realizada em Paris, em outubro de 2005.

O texto, aprovado por aclamação, à unanimidade, pelos 191 países componentes da Organização das Nações Unidas (ONU) à época, foi objeto de muitas discussões que envolviam aspectos quanto a sua dimensão.

Durante todo o processo que precedeu a aprovação da Declaração, as nações envolvidas defendiam um documento que restringisse a bioética apenas aos tópicos biomédicos e biotecnológicos. D'outro canto, o Brasil, apoiado pelas demais delegações latino-americanas presentes, secundados pelos países africanos e pela Índia, teve papel decisivo na ampliação do texto para os campos sanitário, social e ambiental. Nas palavras de Volnei Garrafa⁴, “o teor final da Declaração pode ser considerado como uma grande vitória das nações em desenvolvimento, (...) sendo mais um instrumento à disposição da democracia no sentido do aperfeiçoamento da cidadania e dos direitos humanos universais”.

Assim, para além do fato de que o conteúdo da Declaração foi acertadamente ampliado, considerando as mais diversas dimensões da bioética, o texto recomendou que os Estados adotassem medidas adequadas de caráter legislativo, administrativo ou de qualquer outra natureza (jurídicas, portanto), de modo a implementar os princípios nela previstos.

Conquanto não tenha necessariamente um caráter vinculante, sendo desprovida de força obrigatória, a Declaração estabeleceu uma série de diretrizes ou direcionamentos para os Estados-partes.

Dalmo de Abreu Dallari, ao tratar sobre a bioética e sua abrangência, cita Clotet, o qual alerta que:

[...](se) multiplicaram as áreas diferenciadas da Bioética e os modos de serem abordadas. A ética

ambiental, os deveres para com os animais, a ética do desenvolvimento e a ética da vida humana relacionada com o uso adequado e o abuso das diversas biotecnologias aplicadas à medicina são exemplos dessa diversificação. Essa enorme amplitude é reveladora da consciência de que a procura de avanços científicos e tecnológicos, bem como os seus efeitos, esperados ou não, colocam problemas éticos e exigem reflexão para a defesa do ser humano, de sua vida e de sua dignidade⁵.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e Bioética (DUDHB)⁶ enuncia diversos princípios da Bioética, a saber, a dignidade humana e direitos humanos; benefício e dano; autonomia e responsabilidade individual; consentimento; indivíduos sem a capacidade de consentir, respeito pela vulnerabilidade humana e pela integridade individual; privacidade e confidencialidade; igualdade, justiça e equidade; não discriminação e não-estigmatização; respeito pela diversidade cultural e pelo pluralismo; solidariedade e cooperação; responsabilidade social e saúde; compartilhamento de benefícios; e, por fim, proteção das gerações futuras e proteção do meio ambiente, da biosfera e da diversidade.

A própria declaração prevê que deve existir um processo comum de diálogo na aplicação de todos esses princípios, promovendo-se a oportunidade para o debate público pluralista, buscando-se a manifestação de todas as opiniões relevantes. Entretanto, o que se percebe na tomada de decisões em nosso país é o nefasto exercício do poder econômico em face dos grupos vulneráveis, sem qualquer preocupação com a aplicação de princípios de bioética, esquecidos ou sequer conhecidos, em situações em que indivíduos ou toda uma comunidade podem ser potencialmente atingidos.

Ademais, vale lembrar que existem outros documentos internacionais, com força vinculante, inseridos no ordenamento jurídico interno, que devem ser observados, servindo a DUDHB como documento a balizar tais normas, pois traz princípios que deverão guiar as autoridades tanto na confecção de leis, quanto na realização das políticas públicas e na aplicação do direito.

Exemplificando, haver-se-á de trazer à consideração vários tratados internacionais regionais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos,

como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, e o seu protocolo em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador, ambos ratificados pelo Brasil, que possuem diversas prescrições legais referentes ao direito à vida, à dignidade humana; respeito pela diversidade cultural e pelo pluralismo; direito à saúde, ou seja, a diversos direitos elencados como princípios da bioética.

4. BIOÉTICA E A JURISPRUDÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

Definida a Bioética e demonstrada sua correlação com os Direitos Humanos, infelizmente, constata-se a existência de um silencioso, porém eloquente e indesejável, desconhecimento dos operadores do direito quanto às normas internacionais dos direitos humanos e bioética, já inseridas no ordenamento jurídico nacional. A despeito disso, este artigo deseja trazer à baila o conteúdo de julgados relacionados aos temas, visando a ilustrar como se tem decidido nos tribunais superiores do país.

Vale lembrar, antes de tudo, que Flávia Piovesan, em seu magistério, defende que os documentos internacionais de direitos humanos fixam parâmetros protetivos mínimos, admitem um piso mínimo e não um teto máximo de proteção. Portanto, na análise de questões sobre bioética, o aplicador do direito deverá estar atento a tais parâmetros, pois o desprezo da aplicação de determinados princípios poderá causar exclusão de direitos ou até, especificamente, inaccessão à efetiva justiça⁷.

Não tem sido incomum a atuação do Poder Judiciário em casos relacionados à Bioética. Discussões quanto ao direito à vida, aborto, mudança de sexo e conseqüente alteração de registro, autorização para transfusão de sangue, ou consentimento livre e esclarecido, são constantemente levadas aos fóruns do nosso país. Mas se os magistrados brasileiros são chamados a decidir diuturnamente sobre questões relacionadas à bioética, por outro lado vêm fundamentando suas decisões apenas em leis ordinárias brasileiras como o Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor ou a própria Constituição Federal. Se tais julgados, por vezes, não fogem do desejo de justiça e de acertamento da decisão, demonstram em sua motivação o desconhecimento do teor dos tratados internacionais, cujos princípios

da bioética também estão presentes, sendo importante baliza para uma melhor decisão para o indivíduo envolvido na questão posta em juízo.

Ora, muitos poderiam questionar que boa parte desse arcabouço legislativo nacional já seria suficiente para decidir corretamente questões relacionadas à bioética. A verdade é que a bioética possui um caráter normativo-prescritivo, auxiliar na elaboração de normas e critérios para a resolução de peculiares problemas. O direito definitivamente não tem o condão de resolver (e nem resolve) todas as questões; e os tratados internacionais, servidos de um caráter interdisciplinar, podem auxiliar o julgador, a partir dos princípios enunciados, no acertamento da decisão, com menor prejuízo ao indivíduo envolvido.

Nesta senda, a pesquisa realizada perante os sítios dos Tribunais Superiores do país (Superior Tribunal de Justiça - STJ e Supremo Tribunal Federal - STF) constatou a difícil referência a normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos e a princípios da Bioética como fundamento das decisões judiciais, ao menos em sede recursal, objeto da pesquisa. Há um único acórdão que faz referência à palavra Bioética, no STJ, REsp 1008398/SP, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrighi, fundamentado nos princípios bioéticos da beneficência, autonomia e justiça, ao tratar do tema *alteração de prenome e designativo de sexo de transexual, após cirurgia de redesignação de sexo*. Vejamos:

Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. - Sob a perspectiva dos **princípios da Bioética** – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual. - A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os

atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. - A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano. - Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto. - Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana. [...] negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, **objeto de combate da Bioética**, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido⁸.

No Supremo Tribunal Federal, o único acórdão encontrado especificamente relacionado à palavra Bioética foi o da ADI 3510/DF, cujo relator foi o Min. Carlos Ayres Britto, concernente à Lei de Biossegurança, que entendeu pela constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos, fazendo referência expressa aos artigos 2º, 3º, 4º, 16 n.º 2, 18 alínea “c”, 19, 22 alínea “a” da Declaração Universal sobre **Bioética** e Direitos Humanos da

UNESCO de 2005. Ayres Britto destaca a necessidade de que a Declaração seja concretizada, implementada, não podendo a prestação jurisdicional estar afastada dos princípios e regras ali estabelecidos. Vejamos:

Visando a dar concreção aos valores e princípios que integram a Declaração (Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO), o art. 22, a, consigna o seguinte: “*Os Estados devem tomar todas as medidas adequadas de caráter legislativo, administrativo ou de qualquer outra natureza*” - e aqui incluem-se, evidentemente, as de caráter judicial - “*de modo a implementar os princípios estabelecidos na presente Declaração em conformidade com o direito internacional e com os direitos humanos*”. O Brasil, pois, como membro da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura e signatário da Declaração elaborada sob seus auspícios, está obrigado a dar concreção a seus preceitos no âmbito dos três poderes que integram sua estrutura estatal, sob pena de negar consequência jurídica à manifestação de vontade, formal e solene, que exteriorizou no âmbito internacional. **Em outras palavras, a produção legislativa, a atividade administrativa e a prestação jurisdicional no campo da genética e da biotecnologia em nosso País devem amoldar-se aos princípios e regras estabelecidas naquele texto jurídico internacional, sobretudo quanto ao respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias fundamentais, valores, de resto, acolhidos com prodigalidade pela Constituição de 1988⁹.** (grifo nosso)

5. CONCLUSÕES

Questiona-se, pois, o motivo pelo qual as referências à bioética são tão escassas, diametralmente opostas aos casos a ela relacionados que chegam para serem julgados pelos juízes de primeira instância no país ou os que são diariamente vivenciados nos hospitais, nas escolas, e nas casas de tantos brasileiros.

O acesso aos Tribunais Superiores seria um entrave? As decisões em primeiro grau em geral são tão adequadas a não ensejar recursos aos Tribunais Superiores? Há um verdadeiro desconhecimento da legislação e jurisprudência acerca dos direitos humanos?

Optamos por acreditar na terceira hipótese para explicar as tão poucas citações às declarações de direitos humanos na jurisprudência nacional, em especial, a relacionada à Bioética, objeto deste artigo.

Mas o que seria apenas uma hipótese, já foi objeto de constatação, através de uma pesquisa no Rio de Janeiro/Brasil. Um grupo denominado Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade (DHPJS), liderado por José Ricardo Cunha¹⁰, realizou um trabalho de pesquisa empírica durante 5 (cinco) anos, procurando responder se os operadores do direito em geral e os juízes, em particular, possuíam conhecimento das normas de direitos humanos.

O público-alvo dos pesquisadores foram os magistrados da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, os desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e ativistas de ONGs de Direitos Humanos do Rio de Janeiro. Um dos objetivos da pesquisa era saber o nível de (des) conhecimento dos magistrados quanto aos direitos humanos.

A pesquisa constatou um dado instigante e paradoxal: de um lado, os juízes demonstram concepções arrojadas acerca dos direitos humanos e da aplicabilidade, em tese, de suas normas garantidoras; por outro lado, poucos são os que efetivamente aplicam normas que versem sobre tais direitos, especialmente em se tratando da utilização específica dos instrumentos legais dos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos da ONU.

O trabalho considerou, finalmente, que a inaplicabilidade das normas podem ser justificadas pelo fato de que 40% dos juízes pesquisados nunca estudaram direitos humanos e apenas 16% sabem como funcionam os sistemas de proteção internacional dos direitos humanos da ONU e da OEA. O suspiro de esperança se dá pelo fato de que 73% dos magistrados entrevistados afirmaram ter interesse de participar de cursos sobre direitos humanos, havendo oportunidade¹¹.

Assim, fica bem demonstrado o grande hiato existente quanto ao conhecimento dos magistrados sobre os direitos humanos. Nesta senda, os **Princípios de Bangalore**, ao tratar do valor competência e diligência dos magistrados, salientam no item 6.4 que “um juiz deve manter-se

informado sobre acontecimentos relevantes na lei internacional, incluindo convenções internacionais e outros instrumentos estabelecendo normas sobre direitos humanos.” Ao fazer comentários sobre a relevância da lei internacional sobre direitos humanos, aduz:

No contexto do crescimento da internacionalização das sociedades e da crescente relevância da lei internacional nas relações entre indivíduos e Estado, é necessário que os poderes confiados a um juiz devam ser exercidos não apenas de acordo com a lei doméstica, mas também, até onde a lei doméstica permita, de acordo com os princípios de lei internacional reconhecidos nas sociedades democráticas modernas. Sujeito às exigências da lei local, qualquer que seja a natureza dos seus deveres, **um juiz não pode ignorar completamente ou alegar desconhecimento da lei internacional, incluindo a lei internacional de direitos humanos, seja ela derivada da lei costumeira internacional, dos tratados internacionais aplicáveis ou das convenções regionais de direitos humanos, se aplicáveis.** De ordem a promover essa faceta essencial das obrigações de um juiz, o estudo da lei de direitos humanos deve ser incluído no programa de treinamento inicial e nos treinamentos internos oferecidos a novos juízes, com particular referência à aplicação prática de tal lei no trabalho regular de um juiz, até onde a completa extensão da lei doméstica permitir¹².

Constata-se, pois, na área jurídica, mormente nos Tribunais Superiores, objeto da pesquisa, a distância e/ou desconhecimento dos aplicadores do direito das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos para fundamentar suas decisões relacionadas à Bioética. Eis um caminho que precisa ser ainda percorrido, a fim de que se consiga, nos termos do que prevê a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, proporcionar uma base segura para responder juridicamente, à humanidade, aos sempre crescentes dilemas e controvérsias que a ciência e a tecnologia apresentam à espécie humana e ao meio ambiente.

THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS, BIOETHICS AND JURISPRUDENCE IN BRAZILIAN SUPERIOR COURTS

ABSTRACT: This article presents the International Law of Human Rights. Emphasizes the importance of Bioethics and principles enshrined in the Universal Declaration of Human Rights on Bioethics and Human Rights in implementing of the Law. Finally, the article does an analysis of the jurisprudence of the Superior Courts in Brazil, on the bioethics issue by showing ignorance of the rules of human rights in the country.

KEYWORDS: Human Rights. Bioethics. Superior Courts.

Notas

¹ COHEN, Cláudio, SEGRE, Marco. (Org.). *Bioética*. 3ª Ed. rev. e amp., 1ª reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

² REICH, Warren T. *The word "bioethics": its birth and the legacies of those who shaped it*. Kennedy Institute of Ethics Journal. 1978.

³ Hottois G, Parizeau MH. *Dicionário de bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

⁴ GARRAFA, Volnei. DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2013. Volnei Garrafa é titular e coordenador da Cátedra UNESCO de Bioética da UnB, tendo sido assessor da representação brasileira, como Delegado Oficial no Evento, designado pelo Presidente da República por meio de ato oficial.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A vida humana como valor ético*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari_bio.html> Acesso em 30 nov. 2013.

⁶ Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>> Acesso em 30 nov. 2013.

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed., revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 217.

⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=bio%E9tica> Acesso em 30 nov. 2013.

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em 30 nov. 2013.

¹⁰ José Ricardo Cunha é doutor em filosofia do direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), é professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

¹¹ CUNHA, José Ricardo (Org.). *Direitos humanos, poder judiciário e sociedade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, p. 48.

¹² NAÇÕES UNIDAS(ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). *Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial/Escritório Contra Drogas e Crime*. Tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008, p. 136. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/southerncone/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2012.

REFERÊNCIAS

- AYER, Reinaldo. *Textos básicos de bioética 2009*. Universidade de São Paulo. Faculdade de Medicina. Departamento de Medicina Legal, Ética Médica e Medicina Social e do Trabalho. Disciplina de Bioética-MIs0413.
- BITTAR, Eduardo C. B., ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Org.). *Mini-Código de Direitos Humanos*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008.
- COHEN, Cláudio; SEGRE, Marco. (Org.). *Bioética*. 3ª ed. rev. e amp., 1ª reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.
- COMPARATTO, Fábio Konder. *A Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/comparato_hist_dudh.pdf> Acesso em 30 nov. 2013.
- CRUZ, Gabriela. *O consentimento livre e esclarecido na jurisprudência dos tribunais brasileiros*. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, V. 11, n.1, p. 95-122, mar/jun, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A vida humana como valor ético*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/dalmodallari/dallari_bio.html> Acesso em 30 nov. 2013.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS. UNESCO. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2013.
- GARRAFA, Volnei. *Declaração universal sobre bioética e direitos humanos*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2013.
- MARTÍNEZ, Mónica Montaña; WOLTMANN, Angelita; ARAÚJO, Luiz Hernán Bonesso de. *A evolução da bioética e do biodireito nas normas internacionais e do mercosul: a dignidade humana como limite nas pesquisas com seres humanos*. Disponível em: <http://www.ocyt.org.co/esocite/Ponencias_ESOCITEPDF/4BRS082.pdf> Acesso em 30 nov. 2013.
- PIME-NET. *Luzes e sombras da “Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos”*. Disponível em: <<http://www.pime.org.br/noticias2005/noticiasmundo22.htm>> Acesso em 30 nov. 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed., revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_viusualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=bio%E9tica> Acesso em 30 nov. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em 30 nov. 2013.

O GÊNERO COMO CRITÉRIO DE DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUIZADO PARA A PREVENÇÃO E COMBATE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Patrícia Cunha Paz Barreto de Carvalho*

RESUMO: A excepcionalidade da Lei Maria da Penha deve ser compreendida mediante análise sistemática e finalística, a qual sirva para fins de delimitação de seu alcance. Neste contexto, imprescindível é a compreensão de que o gênero, ao adjetivar a espécie de violência doméstica e familiar contra a Mulher, representa elemento imprescindível para a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, com a consequente fixação da competência do respectivo Juizado nela previsto. Para tal desiderato, necessária é a distinção entre sexo e gênero, a fim de melhor definir as situações concretas que representem violências domésticas contra a mulher, sejam elas crianças, adolescentes, adultas ou idosas.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006. Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Gênero. Competência do Juizado.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha representa a reafirmação dos direitos humanos das mulheres, como tais sacralizados no plano das Relações Internacionais e na ordem constitucional brasileira.

Tais direitos estão em constante e dinâmica interação com as

* Magistrada em Sergipe. Graduada pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Pós-graduada no Curso de Especialização *latu sensu* em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (Ucam). Pós-graduada no Curso de Especialização em Ciências Penais (Unisul). Formada pela Escola Judicial do Estado de Sergipe (Ejuse). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Sergipe (Fase). Autora do livro *Crimes Hediondos e a Lei 11.464/2007*, editado pela Evocati. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora de Deontologia Jurídica, Ética e Código de Ética da Magistratura da Ejuse. Mestre em Direito, com foco em estudos sobre Violência e Criminalidade na Contemporaneidade, pela UFS. Professora voluntária da Disciplina Direito Processual Penal II da UFS.

transformações sociais em curso e, por isso, sujeitos a desconstruções e reconstruções ao longo da história (Hermann, 2012: 88).

Conquanto representem conquistas da humanidade, os direitos humanos estão sujeitos a crises e retrocessos, fato que justifica a busca constante da perpetuação evolutiva presente nos instrumentos internacionais e necessidade de garantia nas ordens democráticas internas, através da inserção de catálogos específicos nas cartas constitucionais dos Estados Nacionais e no ordenamento jurídico protetivo de categorias hipossuficientes, como acontece na lei que trata das mulheres vítimas de violência doméstica (Hermann, 2012: 89).

Tais garantias são reconhecidas universalmente e consagram valores seculares e racionais, inerentes mesmo à própria condição humana desde o Iluminismo, especialmente a liberdade e a igualdade.

A Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, define que *Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos*. E o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, também insiste na mesma ideia ao afirmar que *Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*.

Segundo Norberto Bobbio, a igualdade natural configura princípio somente admissível num hipotético estado originário sem sociedade e Estado, no qual os homens vivem sem outras leis além das leis naturais, já que, nascendo dentro de um grupamento humano, como a família, homens e mulheres estão, desde o nascimento submetidos a relações desiguais, dentre as quais aquela definida pelo poder familiar (2004: 127).

Assim, mesmo não sendo decorrência da natureza, a igualdade de direitos é uma imposição da razão, fato que explica a sua reiterada afirmação em leis nacionais e tratativas internacionais, a exemplo da Lei Maria da Penha.

Com efeito, a passagem do homem do Estado da Natureza para o Estado Político conferiu-lhe a posição de indivíduo e, como tal, emancipado pelo reconhecimento de sua identidade como sujeito de direitos e, portanto, livre e autônomo de seus iguais, dotado de subjetividade e razão.

As mulheres, como seres humanos que são, devem também merecer tratamento digno e igualitário na sociedade. Porém, é inegável que, historicamente, a igualdade foi concebida apenas em seu aspecto formal.

Daí é que decorre o papel da Lei Maria da Penha e seus instrumentos de prevenção e combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Contudo, há que se perquirir com cautela acerca dos anseios e finalidades da legislação, sobretudo no que concerne ao alcance e competência do órgão judicante, já que a sua aplicabilidade é delimitada pela existência de lesão à denominada igualdade entre os gêneros.

2. OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES E A CONTENÇÃO DA DESIGUALDADE ENTRE OS GÊNEROS

A violência contra a mulher é um fenômeno histórico que perdura até os dias atuais, devido ao domínio masculino na sociedade que se revestiu de aspectos patriarcais de exercício de poder.

A mulher, no transcorrer da história, foi considerada um ser sem expressão, que não poderia ter vontade própria no ambiente familiar e expor o seu pensamento, sendo obrigada a acatar ordens masculinas, seja do seu genitor ou marido.

Por muito tempo esta violência perdurou incólume no santuário sagrado denominado família. Contudo, hodiernamente, não há mais espaço para a preservação da família em detrimento da dignidade de seus componentes, recebendo o problema da violência doméstica tratamento diferenciado, não mais se justificando a desigualdade perante os postulados da modernidade.

O art. 2º¹ da Lei Maria da Penha estabelece a igualdade conforme o universo protetivo dos direitos humanos fundamentais, ressaltando a universalidade do postulado dentro do gênero feminino e ainda em relação ao homem, reprisando norma já consagrada pela Constituição da República, no art. 226, *caput*.

Há, portanto, uma reafirmação da igualdade entre os gêneros, já que a realidade fática ainda não corresponde ao ideal almejado.

Leda Maria Hermann observa que a invocação da igualdade no gênero (entre todas as mulheres) e de gênero (entre todos os seres humanos) invocada pelo artigo 2º da legislação remete à efetividade de tais garantias, na medida em que se proclama a obrigatoriedade de oferta às mulheres de oportunidades e facilidades para viver sem violência, garantindo-se, assim, a sua dignidade, valor essencial da ordem constitucional brasileira (2012: 93).

O artigo 3º² reforça, por sua vez, o exercício efetivo dos direitos assegurados, delineando em seu §1º³ o papel do Estado quanto ao

estabelecimento de políticas públicas, impondo a necessidade de ações concretas e integradas nas áreas de Saúde, Educação, Cultura, Esporte, Lazer, Assistência Social, Justiça, Segurança Pública e outras.

Diante da evolução histórica da Lei Maria da Penha, percebe-se que a legislação resultou de uma das medidas apresentadas pelo Estado para permitir que ocorra o aceleração da igualdade de fato entre o homem e a mulher, circunscrita aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher em situação de vulnerabilidade (Bianchini, 2013: 121)⁴.

As ações afirmativas previstas na Lei Maria da Penha são destinadas, portanto, ao empoderamento das mulheres, a partir da diminuição das desigualdades sociais, políticas e econômicas, prevendo, para tanto, sérias restrições de direitos justificadas pela relevância e excepcionalidade da aplicação dos instrumentos de discriminação positiva, visando a prevenção e a contenção deste fenômeno social.

A adoção de medidas especiais temporárias, de caráter excepcional e transitório, objetivam remediar as desvantagens históricas, almejando a pluralidade e diversidade social, mediante discriminações positivas.

Em suma, a legislação busca a proteção da mulher em situação de vulnerabilidade, almejando extirpar as desigualdades de gênero, como tais consideradas graves violações aos direitos humanos, prevendo, para tanto, discriminações positivas para fins de mudança da realidade fática.

3. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NOS GRUPOS VULNERÁVEIS

A origem e a evolução do sentimento de família desde o século XV até o século XVIII triunfou sobre o individualismo, retirando da vida comum não apenas as crianças, mas uma grande parte do tempo e da preocupação dos adultos. Ela correspondeu a uma necessidade de identidade de sentimentos, costumes e gêneros de vida, tornando-se uma sociedade fechada, onde seus membros gostam de permanecer. Estendeu-se, portanto, à medida que a sociabilidade retraiu (Ariès, Philippe, 2012: 191)

Enquanto a antiga sociedade concentrava um número máximo de gêneros de vida em um mínimo de espaço e aceitava a aproximação das condições sociais mais distantes, a nova sociedade, ao contrário, assegurava a cada gênero de vida um espaço reservado, cujas características dominantes deviam ser respeitadas: cada pessoa devia parecer com um modelo convencional, com um tipo ideal, nunca se afastando dele, sob

pena de excomunhão.

Tal circunstância redundou em manifestações de intolerância diante da diversidade, a partir de uma mesma preocupação com a uniformidade e do sentimento de família, de classe e talvez de raça. (Ariès, 2012: 196)

O senso comum, como conjunto de crenças e valores da sociedade, transmitidos de geração em geração, ditam como são e o que valem as coisas e os seres humanos, formando o sistema de preconceitos.

Este sistema de representações permeia todas as relações sociais e estabelece a diferença entre as pessoas, negando, pois, direitos fundamentais e gerando conflitos.

Tal situação acarreta efeitos nefastos tais como o desrespeito, a restrição à liberdade e igualdade, injustiças e discriminações, que geram a reprodução da violência através das gerações.

Esta constatação soma-se a uma outra de que a violência doméstica não é somente um problema que atinge mulheres, mas também crianças, adolescentes e idosos em todo o mundo.

Tais fenômenos decorrem das desigualdades nas relações de poder e das discriminações de gênero ainda presentes na sociedade e na família.

Hannah Arendt assevera que poder, força, autoridade e violência nada mais são do que palavras que indicam os meios pelos quais o homem governa o homem, ou seja, a violência é a mais flagrante manifestação de poder (1985: 23).

A violência doméstica, portanto, não está ligada apenas à questão da pobreza e desigualdade social e cultural, mas sobretudo pelo preconceito, discriminação e abuso de poder do agressor para com as vítimas, sejam mulheres, crianças, adolescentes ou idosos, em situação de vulnerabilidade social.

De qualquer forma, necessário perquirir se toda e qualquer violência doméstica estará circunscrita ao âmbito da novel legislação que visa à prevenção e repressão da agressão de gênero.

4. VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER COMO REQUISITO ESSENCIAL PARA FINS DE APLICABILIDADE DA LEI 11.340/2006

É de comum consciência que a Lei Maria da Penha objetiva combater as situações vexatórias (físicas e morais), *ainda socialmente epidêmicas*, a que muitas mulheres são submetidas (muitas vezes) no interior de uma

relação de amor que deveria caracterizar-se pela comunhão de vida íntima e afetiva; nos dizeres da Lei Maria da Penha, **relação íntima de afeto** (art. 5.º III); não é qualquer relação de parentesco ou afinidade envolvendo o sexo feminino que está no campo de incidência da Lei Maria da Penha.

O sentido **teleológico** da lei foi equiparar **os parceiros de uma relação amorosa**, dando-lhes independência e liberdade para exercer as suas potencialidades e individualidades sem que se sintam subjugados pelo outro, alcançando inclusive os relacionamentos homoafetivos; **as relações de parentesco colateral** estão fora deste âmbito, ordinariamente; maus tratos envolvendo pais, mães, tios, sobrinhos, primos, **quando o sexo constitui apenas um detalhe**, resolvem-se com a legislação penal comum.

Sentido teleológico esse que permite até mesmo a aplicação da lei em caso de violência a ser humano do sexo masculino no contexto de uma relação homoafetiva; fosse apenas interpretá-la em seu sentido literal (única justificativa de incidi-la ao caso destes autos), a hipótese acima figurada não seria possível, o que, ao fim e ao cabo, provocaria um contrassenso sem tamanho e dimensão, desviado da *mens legis*.

Claro que também na sondagem da aplicação da Lei Maria da Penha em uma relação homoafetiva, a **violência de gênero** não pode ser dispensada, razão pela qual haverá de se mergulhar no papel desempenhado por cada um dos parceiros no bojo da relação, em ordem a definir que a tal violência esteja intimamente ligada a ela, ou se ela se deu em razão da noção de superioridade de gênero, o que nem sempre constituirá tarefa fácil de se desincumbir; mas isso não é assunto para agora.

Importa é que não é **toda a violência contra a mulher** que se amolda à Lei Maria da Penha; as supostas coações que a lei intenta coibir são aquelas praticadas **em razão do gênero da vítima (art. 5.º caput LMP)**; ou seja: o agressor da Lei Maria da Penha está imbuído, **no momento da prática delituosa**, do propósito de tyrannizar a vítima por se achar a ela superior **em razão do sexo biológico**, como reminiscência da sociedade patriarcal, que classificava a mulher pejorativamente como **sexo frágil**.

5. DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUIZADO PARA A PREVENÇÃO E COMBATE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

A análise acerca da fixação da competência do Juizado competente

para a prevenção e combate da violência doméstica e familiar contra a mulher deve responder ao seguinte questionamento: será que toda a violência contra a mulher é uma violência de gênero?

E tal indagação se desdobra ainda em uma outra consistente em saber se seriam todas os tipos de violências contra mulheres - incluídas aqui idosas, crianças e adolescentes do sexo feminino - seriam ou não violências que acarretariam a aplicabilidade da Lei Maria da Penha e a competência do órgão judicante previsto na Legislação, qual seja, o Juizado destinado à prevenção e combate da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Já se disse anteriormente que a violência de gênero está baseada na atribuição de papéis aos homens e mulheres, consolidados ao longo da história, os quais, sob o império de uma sociedade patriarcal, lesionam sobremaneira a dignidade da mulher.

Sendo assim, faz-se necessário elucidar, inicialmente, que não é toda e qualquer violência contra a mulher - seja ela criança, adolescente, adulta ou idosa - que acarretará a aplicação da Lei Maria da Penha.

Não basta, portanto, que ocorra violência doméstica e familiar contra mulher, apenas levando em consideração o sexo feminino.

Em todo e qualquer caso concreto, para fins de aplicabilidade da Lei 11.340/2006 e fixação da competência do Juizado nela previsto, deve existir a violência de gênero, a qual se constitui em requisito essencial sem o qual será aplicada a legislação ordinária (Código Penal - sem a vedação do art. 41 da Lei Maria da Penha) ou especial respectiva (ECA ou Estatuto do Idoso).

A lei deve ser aplicada contra a mulher ou mesmo contra o homem que integra união homoafetiva, desde que exista o *animus* especial de violência a englobar situação que trate do gênero feminino, como forma de submissão e império do sistema patriarcal de dominação masculina.

Há que se observar, assim, a diferenciação entre sexo e gênero.

O que está na base do raciocínio para discutir a incidência ao caso da Lei Maria da Penha é o ***animus*** do agressor; se a atitude dele se baseia na compreensão de que ele quer exercer um poder sobre a vítima ***em razão da*** suposta inferioridade do sexo oposto, tem-se aí típica aplicação da Lei Maria da Penha; mas se ele age, ainda que abusivamente, ***acreditando que o outro lhe deve submissão por qualquer outro motivo, independentemente do sexo***, não há lugar para aplicar a Lei Maria da Penha.

Pode até ser prosaico que um parente promova maus tratos a outro entendendo que ele lhe é submisso; mas a base da agressão aí, no mais das vezes, é outra; não ocorre ***em função do sexo*** da suposta vítima, mas por questões culturais muitas vezes ligadas à diferença etária, já que está arraigada na nossa sociedade a compreensão de que os familiares mais novos, de ordinário, ***devem obediência aos mais velhos***; isso é passível de ocorrer com ambos os gêneros, indistintamente.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÃO PENAL REFERENTE A SUPOSTO CRIME DE AMEAÇA PRATICADO POR NORA CONTRA SUA SOGRA.

É do Juizado Especial Criminal – e não do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – a competência para julgar ação penal referente a suposto crime de ameaça (art. 147 do CP) praticado por nora contra sua sogra na hipótese em que não estejam presentes os requisitos cumulativos de relação íntima de afeto, motivação de gênero e situação de vulnerabilidade. Isso porque, para a incidência da Lei 11.340/2006, exige-se a presença concomitante desses requisitos. De fato, se assim não fosse, qualquer delito que envolvesse relação entre parentes poderia dar ensejo à aplicação da referida lei. Nesse contexto, deve ser conferida interpretação restritiva ao conceito de violência doméstica e familiar, para que se não inviabilize a aplicação da norma. (HC 175.816-RS. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 20/06/2013).

Um exemplo pode ser ilustrado com a relação paterno-filial; se um pai subjuga sua filha tendo por motivo ***o fato de ela ser do sexo feminino***, pratica em seu desfavor ato típico da Lei Maria da Pena; se o faz, ainda que contra a mesma filha, mas tendo por pano de fundo a sua autoridade parental pura e simples, mesmo que aja com abuso ou excessos, sua conduta não pode ser abraçada pela Lei Maria da Pena; ***o pressuposto da inferioridade do gênero deve ser o motivo da conduta***.

Evidentemente que nem sempre será fácil distinguir, em uma dada situação hipotética, se um pai está imbuído de um sentimento de inferioridade da filha em função do gênero ou da relação paterno-filial; mas esta pesquisa é de suma relevância quando da análise de um determinado caso concreto, já que acarretará a aplicabilidade da legislação

respectiva e a delimitação da competência para julgamento.

Entretanto, tal análise é que ditará se uma determinada hipótese **merece ser cuidada à luz da violência contra a criança, adolescente ou idosa**, pois, aí sim, perquirindo-se acerca da motivação é que se constatará se o caso concreto envolve uma violência de gênero, concernente ao desempenho de papéis atribuídos às mulheres como forma de submissão/discriminação, ou apenas um fato motivado pela suposta superioridade em relação à vítima por qualquer outro motivo, seja uma sujeição à autoridade hierárquica ou vulnerabilidade.

Denota-se, portanto, que a existência da violência de gênero é requisito essencial e delimitador da competência para o julgamento da violência doméstica e familiar contra a mulher nos moldes da Lei Maria da Penha, pelo Juizado respectivo, sem o qual não acarretará a aplicabilidade da legislação, excepcional para fins de restauração da igualdade material almejada mundialmente.

6. CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha busca a proteção da mulher em situação de vulnerabilidade, almejando extirpar as desigualdades de gênero, como tais consideradas graves violações aos direitos humanos, prevendo, para tanto, discriminações positivas para fins de mudança da realidade fática.

Compreende a prevenção e o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, mas tão somente quando existir o intuito de submissão do gênero feminino ao sistema patriarcal dominante, até então, na sociedade.

A violência de gênero está baseada na atribuição de papéis aos homens e mulheres, consolidados ao longo da história, os quais, sob o império de uma sociedade patriarcal, lesionam sobremaneira a dignidade da mulher.

Sendo assim, faz-se necessário elucidar que não é toda e qualquer violência contra a mulher – seja ela criança, adolescente, adulta ou idosa – que caracterizará a aplicação da Lei Maria da Penha.

Em todo e qualquer caso concreto, para fins de aplicabilidade da Lei 11.340/2006 e fixação da competência do Juizado nela previsto, portanto, deve existir violência de gênero contra a mulher, um de seus requisitos essenciais.

THE GENDER AS A CRITERION FOR DEFINING THE JURISDICTION OF THE JUVENILE COURT TO PREVENT AND COMBAT DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN

ABSTRACT: The exceptionality of the Maria da Penha Law must be understood through systematic and purposive analysis, which serves for the purpose of delimiting their scope. In this context, it is essential to understand that gender, the adjectives kinds of domestic and family violence against women, is essential element for the applicability of the Maria da Penha Law, with the consequent fixing of competence of the Juvenile Court laid down therein. To this aim, it is necessary to distinguish between sex and gender in order to better define the concrete situations representing domestic violence against women, whether they be children, teenagers, adults and elderly.

KEYWORDS: Maria da Penha Law - Law 11.340/2006. Domestic and Family Violence Against Women. Gender. Jurisdiction of the Juvenile Court.

Notas

¹ Art. 2º da Lei 11.340/2006: Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

² Art. 3º da Lei 11.340/2006: Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

³ §1º, art. 3º da Lei 11.340/2006: O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴ O art. 4º da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação sobre a Mulher determinou que medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não seriam consideradas discriminação e nem implicariam em normas desiguais, devendo cessar quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento forem alcançados.

7. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la*

teoría de los principios. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Série de Teoria Jurídica y Filosofía Del Derecho n. 28. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

APPIO, Eduardo Fernando. *Discricionariedade política do Poder Judiciário*. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

_____. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba, 2005.

ARENDR, Hannah. *Da violência*. Tradução de Maria Cláudia Drummond. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

ARIÈS, Philippe, 1914-1984. *História social da criança e da família*/ Philippe Ariès; tradução de Dora Flaksman. - 2. ed. - [Reimpr.] - Rio de Janeiro: LTC, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*/ Luís Roberto Barroso – São Paulo: Saraiva, 2009.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero*/Alice Bianchini – São Paulo: Saraiva, 2013 – (Coleção saberes monográficos).

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.) *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Juizados Especiais Criminais e seu déficit teórico*. In *Rev. Estud. Fem.*, v. 11, n. 1, Florianópolis, jan./jun. 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública* – 4ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, in: C. A. Bandeira de Mello (org.), *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*.

CUNHA, Rogério Sanches. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo*/Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. – 4. ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*/ Maria Berenice Dias – São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2007.

FERNANDES, Maria da Penha Maia – *Sobrevivi...posso contar/Maria da Penha* – Fortaleza: Armazém da Cultura, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal/Luigi Ferrajoli*; prefácio da 1 ed. Italiana, Norberto Bobbio – 3 ed. Rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* Revista USP – Dossiê Judiciário, n. 21 – março-maio. São Paulo: 1994.

FIGLIOLI, José Osmeir – *Psicologia jurídica/ José Osmeir Figlioli, Rosana Cathya Ragazzoni Mangini*, - 2ª ed. - São Paulo: Atlas, 2010.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha Lei com nome mulher: violência doméstica e familiar, considerações à Lei nº 11.340/2006*, comentada artigo por artigo/Leda Maria Hermann – Campinas, SP: Servanda Editora, 2012.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero*; Wânia Pasinato Izumino – 2ª edição. São Paulo: Annablume: FAPESP, 2004.

IZUMINO, Wânia Pasinato, *Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: mulheres, violência e acesso à justiça*, disponível em: www.nevusp.org/downloads/down082.pdf

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado / Hans Kelsen* ; tradução de Luís Carlos Borges. - 3.ª ed., - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

KNUNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, ano 97, v. 353, jan/fev. 2001.

LIMA, Fausto Rodrigues de. *Da atuação do Ministério Público*. In: Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina/ Carmen Hein de Campos, organizadora – Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais:*

- o dilema do Judiciário no Estado social de direito, In: FARIA, José Eduardo de (Coord.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública: Lei 7.345/1985: 15 anos*. 2. ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MATOS, Myllena Calazans de. CORTES, Íaris. *O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha*. In: *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina*/Carmen Hein de Campos, organizadora – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- MELLO, Adriana Ramos de. *Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher – 2ª edição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.
- NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais – A jurisprudência e a criação de direito para além da lei*: Florianópolis : Ed. da UFSC, 1988.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*/ Guilherme de Souza Nucci – 3 ed. Rev. atual. E ampl. 2. tir. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- PALU, Oswaldo. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004.
- PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Curso de direito constitucional do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2009.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.
- PINTO, Ronaldo Batista e CUNHA, Rogério Sanches. *Direito de família – A Lei Maria da Penha e a não-aplicação dos institutos despenalizadores dos Juizados Especiais Criminais*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10238>.
- PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas nas perspectivas dos direitos humanos*, disponível em www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124
- REVISTA ISTO É– 6 de março de 2013 – Ano 37 – Nº 2259
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de

Janeiro: Renovar, 2009.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: *As novas faces do Ativismo Judicial*. Organizadores: André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino. 2ª Tiragem. Salvador: Juspodium, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*/ André Ramos Tavares – São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, António Braz. *Sentido e valor do direito* - Introdução à filosofia jurídica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - *Em busca das penas perdidas*. 5ª edição, Rio de Janeiro, 2010.

O ACESSO À JUSTIÇA, A TEORIA DA MEDIAÇÃO E A RESOLUÇÃO 125/2010 DO CNJ

Gilton Batista Brito*

RESUMO: O texto, partindo da terceira onda ou movimento do acesso à justiça, procura formular um panorama da teoria da mediação, a qual realça essa modalidade de meio alternativo de controvérsias ao enfatizar vantagens, estratégias, técnicas e restrições, inclusive para distanciar-las da via heterocompositiva e mesmo da conciliação. A partir daí situa a Resolução 125 do CNJ como aplicação da teoria da mediação, reconhecendo no ato a adoção de uma concepção de acesso à justiça como garantia da ordem jurídica justa.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Terceiro movimento. Meios alternativos de solução de conflitos. Teoria da mediação. Resolução 125/2010 do CNJ.

1. INTRODUÇÃO

Conforme Capelletti e Garth,¹ o interesse em torno do problema do acesso à justiça resultou em três movimentos com as respectivas questões centrais: primeiro, a assistência judiciária para os pobres; segundo, a representação judicial dos interesses difusos/coletivos; e, terceiro, a construção de um novo modelo, com respostas diversificadas diante da complexidade do tema. No último aspecto, ganha importância a adoção de meios alternativos de composição do conflito.

Então o texto que segue, cujo propósito é apresentar um panorama meramente descritivo sobre a teoria da mediação, forma particular de solução autocompositiva de controvérsia que invoca a cultura da paz; a adequação para tratar de relacionamentos continuativos (familiares, vizinhança, empresariais, etc.); a participação cooperativa dos envolvidos no litígio; e a finalidade de resolução da demanda remanescente, que

* Gilton Batista Brito, Pós-Graduado *lato sensu* em Direito Público pela PUC/MINAS, Ex-Defensor Público Estadual, Ex-Advogado da União e Juiz Federal em Sergipe.

persiste após o processo heterocompositivo porque excluída pelos limites da demanda judicial.²

Nesse contexto, o estudo oferece também um cenário da regulamentação da mediação pelo Conselho Nacional de Justiça estampada na Resolução 125.

Esse ato, ao estabelecer a política judiciária nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses, regulando a mediação e a conciliação no âmbito do Poder Judiciário, é fruto inegável do reconhecimento pelo órgão administrativo de um cariz mais ampliado do princípio constitucional do acesso à justiça, identificado como realização de uma ordem jurídica justa. Por igual, demonstra a relevância dada atualmente aos meios extrajudiciais de solução de disputas, adotando largamente conceitos, princípios e estratégias defendidos pela teoria da mediação.

2. A TERCEIRA ONDA DE ACESSO À JUSTIÇA

Segundo Azevedo,³ o movimento de acesso à justiça provocou reformas estruturais no Judiciário, bem como no sistema processual dos países ocidentais, inclusive no Brasil, com o escopo de tornar mais acessível o Poder Judiciário e simplificar a participação em processos heterocompositivos estatais. Contudo, se nas etapas ou ondas anteriores o enfoque era superar a barreira econômica ou a inadequação no trato processual de demandas coletivas, o terceiro movimento de acesso à justiça, ainda em pleno curso, tem como alvo o “obstáculo processual”, ante a insuficiência do processo contencioso para dar uma solução eficaz ao problema.

Assim, continua o autor, a atenção na atualidade é dirigida a instituições e mecanismos usados na prevenção e no processamento de disputas, embora retomando uma perspectiva clássica da Teoria de Direito Processual: aquela que considera a jurisdição uma atividade secundária, meramente substitutiva da resolução de controvérsia espontaneamente pelas partes e cujo insucesso autoriza a intervenção estatal. Sob esse enfoque, prossegue, a escola processual brasileira caminha em duas vertentes: a deformalização do processo tradicional, com técnicas mais simplificadas, econômicas e rápidas para certos conflitos; e deformalização das controvérsias, por meio de equivalentes jurisdicionais ao processo tradicional com o intuito de evitá-lo, pois é crescente a certeza de

esgotamento da função estatal na pacificação da sociedade, em virtude da sobrecarga dos tribunais, dos custos elevados com as demandas e do excessivo formalismo processual.⁴

Ainda conforme Azevedo, crescente também o reconhecimento de que o escopo social mais relevante é harmonizar a sociedade mediante critérios justos, com abandono de fórmulas exclusivamente positivadas. Daí o estímulo a mecanismos para ou metaprocessuais que efetivamente complementem o sistema instrumental na busca de seus escopos fundamentais ou no cumprimento de metas não pretendidas diretamente no processo heterocompositivo judicial.⁵

De fato, é voz corrente na teoria da mediação que o monopólio jurisdicional já se revela insuficiente para solucionar com celeridade e eficiência o volume de ações ajuizadas, ante o crescimento populacional e a multiplicação de litígios, com diversos obstáculos na via tradicional de solução das controvérsias surgidas na sociedade: morosidade, formalismo acentuado, custos com advogado, falta de meios orçamentários, excesso de recursos processuais, número insuficiente de juízes ou servidores, legislação ultrapassada e demandas inúteis ou desnecessárias.⁶

É nesse ambiente que se argumenta a legitimidade de políticas públicas de incentivo a conciliação, arbitragem e mediação, bem como a mecanismos administrativos de proteção das relações de consumo, permitindo um sistema “pluriprocessual” de complementaridade e adaptabilidade e de múltiplas portas, conferindo amplitude ao princípio constitucional de acesso à justiça de modo a ultrapassar a via meramente judicial.⁷

Para Azevedo, é por meio da autocomposição que o conceito de justiça se apresenta em uma das suas acepções mais básicas, pois a decisão é adequadamente obtida num espaço discricionário e via procedimento equânime, que auxilia os envolvidos a produzir resultados satisfatórios com total conhecimento do contexto fático e jurídico, sem prejuízo da normatização mínima estabelecida pelo Estado. Nessa linha, pontua, a terceira onda de acesso à justiça importa a compreensão de que a justiça não é alcançada de modo absoluto com a aplicação da norma material positivada.⁸

A doutrina, contudo, reconhece que a tarefa não está imune a desafios, sendo necessário: atribuir-se ao direito material dispositivo e à jurisdição o campo de atuação devido; reconhecer no conflito a possibilidade de

ser resolvido de forma construtiva, contribuindo para que relações sociais possam ser fortalecidas; e redefinir o papel do Poder Judiciário na sociedade como menos judicatório e mais harmonizador.⁹

3. A TEORIA DA MEDIAÇÃO

3.1 O CONFLITO

Não raro visto como fenômeno negativo, o conflito pode ser concebido “como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis”,¹⁰

Em Freitas Junior, trata-se de conflito de intersubjetivo de justiça, no qual os sujeitos envolvidos não convergem quanto à forma moralmente mais justa de decisão alocativa e que é objeto de políticas públicas que oferecem meios pacíficos de administração da disputa. A questão central, portanto, recai no ônus de decidir a quem destinar um bem, material ou imaterial, presumidamente escasso, ou um encargo, material ou imaterial, que se considera inevitável, quando há antagonismo. A forma de solução interessa à jurisdição e também ao modelo alternativo de solução de disputa – ADR (*Alternative Dispute Resolution*).¹¹

Na teoria da mediação o processo heterocompositivo judicial, ao tratar a disputa como exclusivamente relacionado ao direito, exclui aspectos possivelmente tão ou mais relevantes do que aqueles juridicamente tutelados. Além disso, reforça a natureza destrutiva do processo, referida por Morton Deutsch.¹²

De fato, para esse autor, um processo se apresenta como destrutivo quando há enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa, em razão do modo pelo qual esta é conduzida, com tendência a se expandir ou se intensificar. Com isso, o conflito se torna independente da causa inicial e assume feição competitiva e centrada na busca da vitória, desprezando-se as possibilidades de coexistência dos interesses.

Vezzulla alega que nos processos tradicionais a pessoa comum se depara com modos e palavras que desconhece e tem negada a participação direta, pois obrigada a confiar plenamente no advogado, num formalismo que substitui a espontaneidade cotidiana e “nada é o que parece”. Sustenta o autor que a orientação do advogado para negativa da situação verdadeira

por razões procedimentais não somente parece incompreensível, como também deteriora o relacionamento com o outro.¹³

Já quanto ao processo construtivo, a doutrina ressalta a capacidade de estimular soluções criativas que permitam compatibilizar interesses aparentemente contrapostos; a possibilidade dos próprios envolvidos ou do condutor do processo serem motivados a resolver as questões sem atribuição de culpa e de modo prospectivo; o desenvolvimento de condições para reformulação dos problemas diante de eventuais impasses; e a disposição das partes ou do condutor do processo em abordar, além das questões juridicamente tuteladas, tudo que esteja influenciando o relacionamento entre os envolvidos. Objetiva-se, assim, fortalecer a relação social preexistente à disputa, o conhecimento mútuo e a empatia.¹⁴

No ponto, também se deve a Morton Deutsch a diferença entre procedimento competitivo e cooperativo segundo o modo como o objetivo pode ser alcançado. Se para atingir uma meta se faz necessário que o outro não atinja a dele, o procedimento chama-se impositivo, baseado na competição; se, ao contrário, para que um objetivo seja alcançado é imprescindível que o outro igualmente atinja o procedimento será cooperativo.¹⁵

Conforme Almeida, a competição estimula a assertividade em busca da satisfação pessoal desconsiderando necessidades, pontos de vista e interesses do outro. Na colaboração, ou cooperação, a assertividade ocorre em sentido duplo, tanto no interesse e necessidade próprios, quanto no interesse e necessidades do outro.¹⁶

3.2. MEDIAÇÃO

Vezzulla propõe um quadro comparativo entre heterocomposição e mediação. Assim, a primeira teria procedimento formal; o tratamento seria indireto; é centrada em causas; o meio é a leitura; vale-se da burocracia e imposição; tem como protagonistas juiz e advogado; parte da lei; foca o passado; o objetivo é decidir quem tem razão; o método é impositivo; o paradigma é patriarcal, ordem, exclusão e poder; conclui-se com uma sentença; baseia-se na ideologia do juiz ou tribunal; a justiça é cumprir lei e assegurar o prêmio ou castigo; resulta em dependência; e o limite é habilidade do advogado e a interpretação ideológica judicial.¹⁷

Já a mediação é informal, direta; centrada nas pessoas, no diálogo e na

cooperação e escuta; tem como protagonistas os envolvidos e advogados; parte da necessidade e foca o futuro; pretende capacitar para participação e decisão responsável; é cooperativo-didático, negocial, harmônico, inclusivo e baseado na confiança; resulta em satisfação e emancipação; o tempo é o dos mediandos; a justiça é baseada no reconhecimento e na satisfação e responsabilização; tem como limite a ideologia da mediação, o desejo dos mediandos, a capacidade do mediador e má-fé dos envolvidos.¹⁸

Nesse cenário, Vezzula argumenta que o modelo adversarial não atende o relacionamento, procura conseguir vencer e impor a posição de um sobre o outro e determinado “vale-tudo” orienta a ação do advogado, formado para vencer. Tampouco preserva a plenitude da dignidade humana, entendida como autodeterminação, pois a autonomia na resolução dos conflitos interpessoais não é aplicada quando do acesso à justiça.¹⁹

Esse último aspecto, aliás, é destacado por Fernanda Tartuce ao defender que o protagonismo dos próprios envolvidos na mediação, ao tomar suas decisões e ser responsável por seu próprio destino, tem fundamento numa concepção ampla de dignidade humana.²⁰

Indo além, Warat ressalta que a mediação constitui um instrumento de realização da autonomia, da democracia e da cidadania, enquanto medida que educa, facilita e ajuda a produzir diferentes e a decidir sem a intervenção de terceiros influenciados por um conflito.²¹

Daí também a vinculação doutrinária da mediação à cultura da paz, que é convivencial e baseada na superação das divergências e na promoção do diálogo de modo horizontal e participativo. Nessa compreensão, a modalidade se afasta da cultura demandista ou antagonista, fundada na lógica binária e dialética, na qual se confiam as disputas a uma decisão judicial impositiva, como se fosse houvesse incapacidade dos envolvidos alcançarem por meios próprios a justiça consensuada do caso concreto.²²

Assim, para Almeida, a postura colaborativa é essencial na mediação, cuja atualidade faz essa forma autocompositiva se aproximar intensamente dos princípios contemporâneos de construção de consenso, pautados na sustentabilidade das diferenças e que possibilitam criar soluções de mútuo benefício.²³

É sintomático, portanto, que a teoria da mediação sustente a existência de controvérsias cuja solução pela via heterocompositiva e adversarial

é inadequada, seja pela natureza continuativa das relações, seja pela complexidade do próprio relacionamento, seja ainda por não alcançar todo o universo do conflito. Em tais hipóteses, torna-se imperioso um tratamento diferenciado que inclua também a disputa oculta e promova o restabelecimento da comunicação, a transformação do litígio, a cooperação, a corresponsabilidade e a construção de um consenso eficaz.²⁴

Na espécie, o conto da disputa pela laranja, citado por diversos autores que estudam mediação, é emblemático: dois irmãos brigam pela fruta e não chegam a um acordo sobre quem tem direito. A mãe decide então reparti-la em duas partes rigorosamente iguais. Porém, um filho queria apenas a polpa e o outro, a casca. Como não houve consulta sobre os interesses de cada um, que também não negociaram a melhor forma de solução, o resultado final imposto, e não dialogado, foi menos satisfatório.

A doutrina da mediação enfatiza, por isso, o uso desse mecanismo na solução de controvérsias, porque a técnica pretende identificar as reais motivações dos envolvidos e resolver situações conflituosas de forma ampla e não pontual, ao ter em mira: crises latentes, pois não reveladas de forma plena; conflitos emergentes, cuja disputa não foi ainda objeto de formalização; e conflitos manifestos, por haver disputa ativa e contínua.²⁵

Na América Latina, Colômbia e Argentina se destacam pelo pioneirismo no uso da mediação, desenvolvida, por sua vez, nos Estados Unidos de forma intensa na década de 70 devido ao crescimento do número de dissoluções conjugais, sendo o país que dispõe do maior número de formas de composição de controvérsias: estatutária, contratual, voluntária e judicial.²⁶ Na Inglaterra, a mediação foi objeto de inovações no Código de Processo Civil de 1998, que conferiu prioridade absoluta a *Alternative Dispute Resolution* (ADR), resultando em drástica diminuição de processos em trâmite no Judiciário.²⁷

A teoria da mediação invoca, então, as seguintes vantagens: voluntariedade; rapidez; consensualidade; eliminação completa do litígio, suprimindo a demanda remanescente e as chamadas 'ações-filhotes; conservação da comunicação dos envolvidos; produção de alternativas criativas; e solução mais satisfatória e duradoura porque ajustada, o que evita a violência. Além disso, a mediação, como processo cooperativo, induz um jogo de soma não zero, pois os disputantes têm simultaneamente interesses comuns e opostos, diferentemente dos jogos de soma zero, em que os participantes têm interesses totalmente opostos e o ganho do

vencedor importa sempre derrota do perdedor.²⁸

Sintomático, portanto, que a mediação advogue ser o modo consensual de resolução mais indicado para disputas familiares, por ensejar um resultado satisfatório e eficaz e preservar o vínculo de afetividade e o relacionamento harmonioso, aniquilando desejos de vingança e desforra e a figura perdedor-ganhador.²⁹

Nessa perspectiva, embora alcance outros litígios familiares (adoção, guarda, assistência material, sucessão, etc.), é no fim do relacionamento de casais que se evidencia mais tormentoso o conflito, porque tem início uma complexa negociação: perdas afetivas juntamente com aspectos materiais; e múltiplas separações: psíquica, emocional, física, famílias primárias, amigos e filhos em comum. A questão se torna mais grave quando a prole funciona como instrumento de agressão mútua, produzindo não raro inúmeras e sucessivas demandas.³⁰ Na hipótese, acentua Ivan Aparecido Ruiz que o ajuizamento da petição inicial se apresenta como verdadeira “declaração de guerra”, restringindo a discussão ao binômio perde-ganha, ao estresse e ao sofrimento, com marcas indelévels.³¹

3.3 ESTRATÉGIAS DE MEDIAÇÃO

Conforme Silva, existem diversas estratégias de mediação, cuja escolha deve observar a autodeterminação das partes; a visão do conflito como algo inerente à vida e que pode implicar respostas promissoras; a construção da alteridade; o desenvolvimento de novas formas de comunicação; a promoção de reparações; a flexibilização de padrões rígidos de conduta; a criação do maior número possível de alternativas; e as condições para a obtenção de um acordo.³²

Assim, o modelo harvardiano, surgido na área empresarial e direcionado para conflitos familiares, tem por base a negociação cooperativa, na qual o mediador atua como facilitador do diálogo para a descoberta dos reais interesses, para a desvinculação do problema das pessoas e para soluções criativas de ganhos múltiplos, realçando o protagonismo dos envolvidos e o alcance do acordo como principal meta.³³

Já a linha transformadora, a par de situar o acordo apenas como uma possibilidade, sublinha a mudança de qualidade do conflito, transformando-o de modo que as partes compreendam a si mesmas e a

própria disputa. Procura viabilizar o restabelecimento de laços afetivos, englobando integralmente a controvérsia de modo a alcançar uma pluralidade de aspectos, tais como o emocional, o financeiro, o legal e o psicológico.³⁴

A abordagem narrativa propõe desconstruir narrativas iniciais com diferentes versões da situação em litígio e, com isso, construir uma variante integrada a partir da história narrada pelos próprios envolvidos, via discurso convergente: formulação de questões abertas; apresentação de resumos; e recontextualização dos discursos.

O modelo interdisciplinar defende a formação de equipe multidisciplinar para a solução dos casos, sendo recomendável nos conflitos familiares.³⁵

Sem embargo de tais modelos ou escolas, elencam-se ainda como técnicas de mediação: o *rapport*, instrumento de comunicação eficiente do mediador com os envolvidos, de modo a fixar a aceitação e a confiança; a escuta ativa entre os mediandos, por meio do estímulo a se ouvirem um ao outro; o parafraseamento, reformulação de frases para sem alterar o sentido organizá-las e sintetizá-las e neutralizar os conteúdos; o *caucus*, que são encontros em separado e sob confidencialidade com os mediandos; e o teste de realidade, reflexão objetiva dos mediandos acerca do que está sendo colocado ou proposto.³⁶

3.4. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A doutrina procura fazer a distinção entre mediação e conciliação a partir da presença nesta última do terceiro imparcial, que apresenta alternativas para a obtenção de um acordo influenciando o conteúdo, enquanto o mediador não formula propostas e, sim, promove o diálogo, como um facilitador da comunicação.

Outra diferença entre a mediação e a conciliação, embora ambos os métodos de justiça consensuada, é que a segunda não foca a transformação do relacionamento entre os dissidentes.³⁷

Além disso, na conciliação o debate é superficial e centrado apenas na disputa como exposta no início da demanda, limitando-se ao atendimento do interesse pessoal, numa pauta objetiva; na mediação, ao revés, há uma imersão na estrutura relacional, explorando a fundo os problemas, a demonstração dos reais interesses e a construção de alternativas

inteligentes, numa intervenção qualitativa, com desconstrução do conflito e atendimento das demandas de todos os envolvidos, em pauta subjetiva.³⁸

A conciliação tem foco na identificação de responsabilidades pelo passado e pela correção presente das consequências, com soluções reparadoras e corretivas; a mediação ultrapassa a noção de culpa pelo ocorrido, mirando o futuro. Na mediação, vigora a confidencialidade; na conciliação, a publicidade é a regra.³⁹

Na conciliação, os advogados permanecem com a postura antagônica dos processos heterocompositivos, atuando como defensores e porta-vozes e almejando a satisfação de um interesse imediato do cliente; a mediação exige mudança de comportamento, pois são os mediandos os autores da solução, aqueles que têm poder decisório, funcionando o advogado como assessor legal na escolha do mediador quando a mediação ocorrer em âmbito privado e como consultor, na identificação dos interesses e necessidades do cliente.⁴⁰

3.5 PRINCÍPIOS E LIMITES

Morais e Sanomya relacionam os seguintes princípios formadores da atuação do terceiro na mediação: imparcialidade, como característica fundamental diante do papel de restaurador do diálogo entre os envolvidos e condutor do processo; credibilidade, conquistada e mantida durante todo o processo da mediação; competência, que exige efetiva aptidão para mediar a controvérsia; confidencialidade, que assegura aos participantes o sigilo nas informações e experiências compartilhadas; e boa-fé e transparência entre os mediandos.⁴¹

Como limites a doutrina elenca: forte presença histórica da cultura adversarial, com automatismos incorporados e difíceis de modificar, que geram a ilusão de ser a única solução possível; certeza dos mediandos de que apenas os profissionais sabem resolver e as pessoas comuns, não; visão distorcida da demanda que oculta as verdadeiras razões em favor de argumentos e pedidos mais convincentes; e comportamento de má-fé, pois a boa-fé é o limite fundamental para determinar a viabilidade da mediação, o que afasta qualquer propósito de lesar, enganar ou até participar como estratégia.⁴²

A teoria da mediação indica igualmente a necessidade de observância da natureza indisponível do direito, pois como mecanismo de renúncia

esbarra em normas cogentes do ordenamento jurídico.⁴³ No ponto, convém fazer alusão à nota formulada por Freitas Júnior, ao apontar que embora da mediação não possa resultar decisões ilícitas, ainda que conforme a moralidade dos envolvidos, o controle sobre eventuais ilegalidades será realizado ao final, como condição necessária à validação, e não durante o curso do processo.⁴⁴

Oportuno registrar, a doutrina reconhece que o meio heterocompositivo judicial e os meios alternativos de autocomposição, sobretudo a mediação, são procedimentos de resolução de conflitos que não se excluem; ao revés se complementam, podendo coexistir e se auxiliarem.⁴⁵ Como refere Fernanda Maria Dias de Araújo Lima, os meios alternativos não devem pretender substituir o Poder Judiciário, mas, sim, cooperar na resolução de conflitos,⁴⁶ até porque há conflitos que jamais poderão ser tratados pela mediação como exemplifica Toaldo.⁴⁷

4. A MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

4.1. PANORAMA GERAL

Emblemático, então, que o Conselho Nacional de Justiça, repetindo o exemplo argentino⁴⁸ e tendo em mira os objetivos estratégicos do Poder Judiciário, em 29 de novembro de 2010, tenha editado a Resolução 125, disciplinando a política nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Segundo Azevedo, a abordagem do conflito consagrada na Resolução, se conduzida com técnica apropriada, tende a ser um importante meio de conhecimento, amadurecimento e aproximação de seres humanos. Além disso, quando adequadamente impulsionada pelo Judiciário, vai estimular relevante alteração no seu papel e nos níveis de satisfação da população, pois, segundo o autor, já constatado que o ordenamento jurídico processual se organiza em processos destrutivos, lastreados no direito positivo.⁴⁹

Desse modo, a Resolução tem como objetivo expresso dar efetividade ao direito constitucional de acesso à justiça com o fito de alcançar a ordem jurídica justa, portanto, uma perspectiva formal e material do princípio. Com tal propósito, atribui ao Judiciário a política pública permanente

de tratamento adequado dos conflitos de interesses, organizando nacionalmente mecanismos de solução alternativa de controvérsia no modelo consensual de modo a ser este incentivado e aperfeiçoado.

Com a regulamentação, o CNJ reconheceu que a mediação é instrumento efetivo de pacificação social e de solução e prevenção de litígios, cuja implantação tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos e a quantidade de recursos e processos em execução.

A Resolução foi objeto de atualização em 31 de janeiro de 2013. Assim, na vigente configuração, a política judiciária objetiva expressamente assegurar a todos o direito à solução das controvérsias por meios adequados à respectiva natureza e peculiaridade, devendo os órgãos judiciais, no prazo de 12 (doze) meses, ofertar instrumentos de composição, em especial os chamados meios consensuais como a mediação e a conciliação, bem como atendimento e orientação ao cidadão.

A implantação do programa não deve prejudicar projetos similares em funcionamento e deve observar, além da boa qualidade dos serviços e da disseminação da cultura de pacificação social, a formação e o treinamento apropriados de servidores, conciliadores e mediadores, em uma rede entre órgãos do Poder Judiciário e entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.

Daí a obrigação de os Tribunais criarem núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos, inclusive em matéria penal e restaurativa, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, sem prejuízo do estímulo a programas de mediação comunitária.

Deverão ser criados ainda centros judiciários de solução de conflitos e cidadania como unidades do Poder Judiciário nos Juízos com competência cível, fazendária, previdenciária e de família, que serão responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão, com atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Procuradoria e de advogados.

Tais centros poderão ser organizados por áreas temáticas (juizados especiais, família, precatórios, empresarial, etc.) e terão separadamente setores de solução pré-processual, processual e de cidadania.

4.2. MEDIADORES E CONCILIADORES

Diferentemente da ênfase dada à diferença formulada pela teoria da mediação, a Resolução do CNJ optou por uma disciplina uniforme entre mediação e conciliação, ao instituir em anexo o Código de Ética, que fixa princípios e regras que impõem ao mediador e ao conciliador a necessidade de lisura, termo de compromisso e submissão às orientações do Juiz Coordenador.

Dessa forma, ao conciliador/mediador são aplicáveis as mesmas razões de impedimento e suspeição judicial, a serem informadas aos envolvidos. Apenas mediadores e conciliadores capacitados e submetidos à reciclagem permanente e à avaliação do usuário serão admitidos, sendo vedada de modo absoluto a prestação de serviços profissionais, de qualquer natureza, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução.

O Código, em sintonia com a teoria da mediação, estabelece os seguintes princípios e diretrizes que devem formar a consciência dos terceiros facilitadores e representam imperativos de conduta:

a) Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre informações para atuar obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese.

b) Decisão informada – que assegura ao jurisdicionado a plena informação quanto aos direitos e ao contexto fático no qual está inserido.

c) Competência – dever de qualificação para atuar, com capacitação periódica obrigatória.

d) Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, garantindo que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, vedada a aceitação de qualquer espécie de favor ou presente.

e) Independência e autonomia - significa atuação com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para o bom desenvolvimento, estando o dispensado de redigir acordo ilegal ou inexecutável.

f) Empoderamento – como estímulo aos envolvidos no aprendizado

para melhor resolução de seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada.

g) Validação – incentivo aos interessados para percepção recíproca como seres humanos merecedores de atenção e respeito.

4.3. PROCEDIMENTO DE MEDIAÇÃO/CONCILIAÇÃO

O Código estabelece também regras que regem o processo de conciliação/mediação. São por igual normas de conduta para o bom desenvolvimento do trabalho de modo a engajar os envolvidos, alcançar a pacificação e obter o comprometimento com eventual acordo entabulado:

a) Informação – dever de esclarecimento sobre o método de trabalho empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, e sobre os princípios deontológicos, as regras de conduta e as etapas do processo.

b) Autonomia da vontade – respeito aos diferentes pontos de vista de forma a assegurar uma decisão voluntária e não coercitiva aos envolvidos, que detêm liberdade para tomar as próprias decisões.

c) Ausência de obrigação de resultado – dever de não impor um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, no máximo, criar opções no caso da conciliação.

d) Desvinculação da profissão de origem – dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando a possibilidade de convocação de um profissional, caso haja necessidade de orientação ou aconselhamento, com a concordância de todos.

e) Compreensão quanto ao método de composição - assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente as cláusulas.

5. CONCLUSÃO

Como visto, a defesa do esgotamento do monopólio jurisdicional na função de pacificação da sociedade aponta diversas razões para tanto: sobrecarga dos tribunais, custos elevados com as demandas, excessivo de formalismo, volume de ações ajuizadas, crescimento populacional, multiplicação de litígios, morosidade, falta de meios orçamentários, excesso de recursos, número inadequado de juízes e servidores, legislação

ultrapassada e demandas inúteis ou desnecessárias.

Dá a terceira onda ou terceiro movimento de acesso à justiça centrar a discussão na insuficiência da via contenciosa como modelo de resolução satisfatória das disputas surgidas na sociedade, propondo respostas diversificadas diante da complexidade do tema. Uma delas, sem dúvida, é a justiça consensuada.

Assim, a conciliação, a arbitragem e a mediação, como meios alternativos de solução de litígios, serem apresentados pela doutrina numa perspectiva de sistema pluriprocessual e com múltiplas portas, que confere amplitude ao princípio constitucional de acesso à justiça de modo a ultrapassar a via meramente judicial heterocompositiva.

No particular, a teoria da mediação, que comumente distancia essa técnica daquela usada na conciliação, põe ênfase na adequação do modelo, porque vinculado ao escopo de harmonizar a sociedade mediante critérios justos e processos construtivos, com abandono de fórmulas exclusivamente positivadas e observância da cultura da paz. Além disso, para essa doutrina, a qualidade de modelo autocompositivo com participação cooperativa dos mediandos assegura sua pertinência na resolução de disputas envolvendo vínculos continuativos, especialmente familiares, bem assim na solução da demanda remanescente.

Diante dessa circunstância, a regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução 125, especialmente as razões apresentadas nos *consideranda* e as regras e princípios estabelecidos no Código de Ética, adota visivelmente conceitos, diretrizes, limites e estratégias sustentados pela teoria da mediação.

O órgão administrativo, ao estabelecer a política judiciária nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesses, regulando especialmente a mediação no âmbito do Judiciário, reconhece um cariz mais ampliado do acesso à justiça, identificado como realização de uma ordem jurídica justa.

ACCESS TO JUSTICE, THEORY OF MEDIATION AND RESOLUTION 125/2010 OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE

ABSTRACT: The paper, from the third wave or movement of access to justice, quest to formulate an overview of the theory of mediation,

which emphasizes this type of alternative dispute resolution to stress the advantages, strategies, techniques and restrictions, including to distance them from the traditional lawsuit and even the appeasement. From this it situate the Resolution 125/2010 of the National Council of Justice as application the theory of mediation, recognizing in this act the adoption of a concept of access to justice as a guarantee of legal justice.

KEYWORDS: Access to justice. Third movement. Alternative disputes resolution. Theory of mediation. Resolution 125/2010 of the National Council of Justice.

Notas

¹ CAPELLETTI; GARTH, 1989.

² AZEVEDO, 2013.

³ Idem.

⁴ Ibidem.

⁵ Ib.

⁶ TRENTIN; TRENTIN, 2011; TOALDO, 2011a.

⁷ AZEVEDO, 2013.

⁸ Idem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ib.

¹¹ FREITAS JUNIOR, 2013

¹² Apud AZEVEDO, 2013.

¹³ Idem.

¹⁴ AZEVEDO, 2013.

¹⁵ apud VEZZULLA, 2013.

¹⁶ 2013b.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ib.

²⁰ apud MORAIS; SANOMYA, 2012.

²¹ apud TRENTIN; TRENTIN, 2012.

²² SILVA, 2013.

²³ ALMEIDA, 2013b.

²⁴ SILVA, 2013.

²⁵ Id.

²⁶ ALMEIDA, 2013a; ALMEIDA, 2013b.

²⁷ MORAIS; SANOMYA, 2012.

²⁸ SILVA, 2013.

²⁹ Id.

³⁰ ROSA, 2009.

³¹ apud ROSA, 2009.

³² SILVA, 2013.

³³ ALMEIDA, 2013a.

- ³⁴ Id.
- ³⁵ SILVA, 2013.
- ³⁶ TRENTIN; TRENTIN, 2012.
- ³⁷ SILVA, 2013.
- ³⁸ SILVA, 2013; ALMEIDA, 2013b.
- ³⁹ ALMEIDA, 2013b.
- ⁴⁰ Idem.
- ⁴¹ MORAIS; SANOMYA, 2012.
- ⁴² VEZZULLA, 2013.
- ⁴³ SILVA, 2013.
- ⁴⁴ FREITAS JÚNIOR, 2013.
- ⁴⁵ VEZZULLA, 2013.
- ⁴⁶ apud ALMEIDA, 2013a.
- ⁴⁷ TOALDO, 2011A.
- ⁴⁸ MORAIS; SANOMYA, 2012.
- ⁴⁹ AZEVEDO, 2013.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Maurício Silva. *Breves considerações sobre a mediação harvardiana e a mediação transformativa*. Disponível em <<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1105/5%20R%20Breves%20consideracoes%20-%20Mauricio.pdf?sequence=1>>. Acesso em 11 out. 2013a.
- ALMEIDA, Tânia. *Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas*. Disponível em <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_artigo%20tania.pdf>. Acesso em 15 out. 2013b.
- AZEVEDO, André Gomma (de). *Manual da mediação judicial*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.
- _____. *Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas de resolução de disputas*. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). *Mediação de conflitos*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3-22.
- BACELAR, Roberto Portugal. *Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira*. In: CASELLA, Paulo Borba; Souza, Luciane Moessa de (Orgs.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 85-91.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. *Conflitos intersubjetivos e apropriações do injusto*. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). *Mediação de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013, p.

33-41.

MORAIS, Mayna Marchiori de; SANOMYA, Renata Mayumi.

A concreção do acesso à ordem jurídica justa por meio da implementação da mediação – Aplicabilidade na seara empresarial. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, vol. 14, n. 24, 2012. Disponível em <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/691/735>>. Acesso em: 15 out. 2013.

ROSA, Conrado Paulino da. Mediação: uma nova alternativa no tratamento dos conflitos familiares . In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6116%3E>. Acesso em 20 out. 2013.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para solução de conflitos familiares. In: *Mediação de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 160-179.

TOALDO, Adriane Medianeira. A cultura do litígio x a cultura da mediação. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011a. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10859&revista_caderno=21>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Mediação – novo instrumento de acesso à justiça. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011b. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10919&revista_caderno=27>. Acesso em: 10 out. 2013.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. A crise da jurisdição: A mediação como alternativa de acesso à justiça para o tratamento dos conflitos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8660&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. Mediação como um meio alternativo de tratamento de conflitos prevista no novo CPC e na Resolução 125 CNJ. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10863&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em out 2013.

_____. Mediação como meio interativo na solução dos conflitos: em busca de uma cultura de paz. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12368>. Acesso em: 20 out. 2013.

TORRES, Ana Flavia Melo. Acesso à Justiça. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, III, n. 10, ago 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592>. Acesso em: 4 nov. 2013.

VEZZULLA, Juan Carlo. A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana. In: Silva, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.) *Mediação de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 63-93.

PROJETO LEGISLATIVO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A CRISE DA JURISDIÇÃO

Joel Dias Figueira Júnior*

RESUMO: O Senado Federal acenou para a necessidade premente de implementação de um novo Código de Processo Civil para afrontar os problemas da morosidade da Justiça, e da efetividade de suas decisões, sendo o Anteprojeto elaborado por uma comissão de juristas com a expressa promessa final formulada para que o novo Diploma atenda aos anseios dos jurisdicionados e dos profissionais do Direito. Nesse contexto, analisaremos a oportunidade, a conveniência, os riscos, as expectativas, os prováveis custos, os benefícios e as possíveis frustrações que poderão advir com a nova Codificação neste momento. Essa abordagem será feita em confronto com as crises da jurisdição estatal e do ensino jurídico do país. Serão apresentadas possíveis soluções e trataremos também da importância de atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no tocante ao tema em exame.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Código. Projeto. Crise. Jurisdição.

I – INTRODUÇÃO

Há muito dois problemas gravíssimos e umbilicalmente interligados afligem os profissionais do Direito e os jurisdicionados brasileiros: a *crise do processo* e a *crise da jurisdição* apresentadas num quadro de patologia crônica e endêmica, em que nenhum cidadão ou pessoa jurídica consegue ficar imune a elas, direta ou indiretamente.

Nesse contexto por si só suficientemente grave, amplo, complexo e

* Pós-Doutor em Direito Processual Civil pela “Università Degli Studi di Firenze” – Itália; Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela “Università Degli Studi di Milano” - Itália. Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura e da Academia Judicial. Foi Assessor da Relatoria-Geral da Comissão Especial do novo Código Civil da Câmara dos Deputados. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Conselho Editorial da Revista *Bonijuris*.

de difícil solução por razões múltiplas, acrescenta-se outro componente complicador capaz de agravá-las ainda mais a *crise do ensino jurídico* e, por conseguinte, a *crise dos operadores do Direito*.

Vê-se, pois, sem maiores dificuldades, que o fenômeno apontado pode ser comparado metaforicamente com a mitológica figura do leviatã¹, no caso, capaz de instituir o caos silencioso e ameaçador do Estado Democrático e Constitucional de Direito. Aliás, a ameaça já se faz presente (e não é de hoje), e está comprovada por meio de abalizadas pesquisas oficiais atinentes ao aumento da descrença da população nos três Poderes da República, sobretudo no Judiciário, em face de sua crônica ineficiência operacional, ou, em outros termos, a inaptidão para oferecimento de tutela jurisdicional quantitativa e qualitativamente adequada.²

Portanto, a minimização e a posterior solução da complexa crise da jurisdição, para surtir efeitos (a curto, médio e longo prazo) há de atacar de maneira contundente às verdadeiras causas da patologia ora descrita, sem, contudo, perder de vista que o *agir* há de ser articulado e harmonioso, fundado inexoravelmente em programas, projetos e metas governamentais previamente estabelecidas para o cabal conseguimento de seus escopos, sintonizando-se, para tanto, políticas públicas definidas pelo Executivo, Legislativo e, em particular, pelo Judiciário, com a coordenadoria do Conselho Nacional de Justiça.

Sem essa “cumplicidade política”,³ parece-nos que mudanças setoriais isoladas e independentes, sobretudo porque desarticuladas de um macroprojeto unificado de reforma da República, por melhores que possam ser consideradas quando analisadas de per si, não serão capazes de, isoladamente, causar o efeito terapêutico anunciado.

Curiosamente, nesse ambiente adverso, como num passe de mágica, surge a ideia que se propaga aos quatro cantos do país no sentido de que necessitamos, urgentemente, de um novo Código de Processo Civil, apresentado como o “redentor” das mazelas forenses e da crise em que se encontra mergulhada a prestação da tutela jurisdicional estatal, notadamente no que se refere a incidência da impiedosa ação do tempo nos processos, comprometedora da celeridade e efetividade da Justiça.

Pretendemos com este modesto estudo realizar breve reflexão crítica, de ordem social, política e jurídica, acerca da oportunidade, conveniência e expectativas acerca da recepção de um novo Código de Processo Civil e seus efeitos práticos na minimização sensível ou solução dos problemas

apontados (em especial a celeridade e efetividade), sem a preocupação analítica acerca de questões pontuais atinentes aos novos institutos inseridos nos Projetos de Lei ou ressystematização do Código.

É assente que o atual Código, como fruto de toda obra humana, é imperfeito e, nada obstante as inúmeras alterações evolutivas nele inseridas no decorrer dos últimos 20 anos, outros tantos institutos estão a merecer reflexão e desenvolvimento legislativo, pois ainda existem (e sempre existirão), pontos na legislação processual que constituem mais ou menos *il collo di botiglia* do processo civil.⁴

Nesse contexto, indagaremos as razões que originaram o PL em tramitação no Parlamento, os contornos dos escopos que o novo diploma pretende atingir e em que medida essas inovações afrotarão e corresponderão, de fato, as expectativas concernentes aos principais pontos de estrangulamento do processo e da jurisdição estatal - celeridade e a efetividade.

II – AS PROMESSAS DE UM “CÓDIGO REDENTOR”: UMA DOCE ILUSÃO

Recebemos com surpresa a notícia divulgada pela mídia em 2009 acerca da necessidade de confecção de um novo Código de Processo Civil. Para tanto, formou-se no final de setembro daquele ano, uma comissão de renomados juristas convidados Senado Federal, na época, presidido por José Sarney⁵.

Colhe-se da Mensagem condutora do PL 166/2010, firmada pelo Senador José Sarney, que o Senado havia entendido ter chegado o “... momento de reformas mais profundas no processo judiciário, *há muito reclamadas pela sociedade e especialmente pelos agentes do Direito, magistrados e advogados* (...) São passos fundamentais para a *celeridade do Poder Judiciário*, que atingem o cerne dos problemas processuais, e que *possibilitarão uma Justiça mais rápida e, naturalmente, mais efetiva.*”

E, mais adiante, arremata o imortal José Sarney: “Preparado com *grande transparência* e de maneira mais participativa possível (...) Contamos que sua *tramitação* no Senado Federal, e, mais tarde, na Câmara dos Deputados, *se dê em pouco tempo*, para que esse trabalho possa *chegar logo* ao cotidiano da população brasileira...” (grifo nosso).

Com todas as vênias, não podemos assentir com as afirmações

lançadas e ora destacadas, pois não havia em 2009 nenhum reclamo, apelo ou clamor da sociedade brasileira ou da comunidade jurídica (acadêmica ou forense), acerca da necessidade (muito menos premente) de um novo Código de Processo Civil.⁶

Falava-se apenas – e com razão – que as inúmeras reformas até então implementadas no CPC de 1973, durante duas décadas, haviam desconfigurado a sistematização original do Código, o que comprometia, em parte, a sua didática inicial e o seu manejo⁷, transformando-o no que comumente denominou-se de “colcha de retalhos”.

De fato, as importantes e revolucionárias mudanças implementadas no Código desde o início da década de 1990 comprometeram, de alguma forma, a sistematização originária do aludido Diploma. Contudo, tal circunstância, por si só, ou, ainda, mesmo que aliada a inserção de novos institutos e aperfeiçoamento de alguns já existentes, não nos parece suficiente para legitimar o desencadeamento de um processo integral de reforma do Código, até porque, repita-se, há duas décadas o Código de 1973 vem sendo profundamente reformado, a tal ponto que há muito deixou de ser, ontologicamente, o chamado “Código Buzaid”, fruto de trabalhos exaustivos de dezenas de processualistas (em particular dos ilustres integrantes do Instituto Brasileiro de Direito Processual), realizados durante o chamado “Movimento Reformista”, liderado pelos notáveis mestres Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, então Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

É bom lembrar que, naquela época, no alvorecer das primeiras reformas, fez-se uma opção político-legislativa no sentido de modificar-se o Código pontualmente, isto é, de maneira “setorizada”, afrontando-se paulatinamente os seus principais pontos de estrangulamento que comprometiam o atendimento dos anseios da sociedade contemporânea, sem descuidar, igualmente, da legislação extravagante (p. ex. processo coletivo, os Juizados Especiais Estaduais, Federais e da Fazenda Pública, entre tantas novidades).

Durante esses 20 anos, centenas de dispositivos do CPC de 1973 foram modificados, do processo de conhecimento (a começar pela inserção da técnica de antecipação de tutela satisfativa interinal, genérica e específica) do processo de execução de título judicial e extrajudicial, procedimentos especiais, cumprimento e liquidação de sentença, recursos etc.

Em síntese, o Código que temos hoje, adequado aos novos tempos,

passou a atender de maneira muito mais satisfatória aos desejos do jurisdicionado e dos profissionais do foro, sem que, com isso, não esteja a obra imune a críticas e melhoramentos, somando-se a recepção de novos institutos e mecanismos inovadores.

Por outro lado, se não há dúvida de que melhoras podem (e merecem) ser implementadas em nosso Código, sobretudo no que concerne a simplificação procedimental e o sistema recursal, bem como o implemento de novas medidas que possam ainda mais atender a observância dos preceitos de celeridade e de efetividade da jurisdição civil, de outra parte, tais modificações não necessitariam ser realizadas através da edição de um novo diploma, e, muito menos, em tão pouco tempo de tramitação legislativa.

Sendo verdade que a evolução da sociedade, da política, da moral e da economia dá-se hodiernamente em velocidade de *chip* de computador, não menos verdadeira é a assertiva no sentido de que as leis não poderão acompanhá-las em ritmo tão frenético, entrando a doutrina e a jurisprudência na realização do preenchimento dessas lacunas, naturalmente perceptíveis, como importantes fontes do Direito.

Com isso, não estamos a desmerecer ou dizer que os trabalhos realizados até agora por eminentes processualistas não sejam dignos de nota, ou, muitas de suas propostas não contêm avanços significativos. Não, não é isso. Estamos, sim, afirmando categoricamente apenas que o momento social, político e jurídico que vivemos hoje não se afigura o mais adequado para a deflagração de um processo legislativo desse porte e, o que é mais sério, portador de uma “promessa” de melhorias que, certamente, o modelo apresentado não conseguirá cumprir quando colocado em prova, na prática forense em todas as instâncias do Judiciário.

Em outras palavras, malgrado as novidades estampadas nos Projetos de Lei (166 ou 8046), elas não justificam a edição de um novo Código, seja pela sua desnecessidade premente, seja porque o seu custo haverá de ser elevadíssimo para o país, inversamente proporcional ao efetivo benefício que nos será legado.

Nesse sentido, não se afigura legítima a deflagração do malsinado processo legislativo, por não corresponder aos anseios da comunidade jurídica (forense ou acadêmica) e da sociedade civil, em seus mais distintos segmentos e também porque não conseguirá cumprir, em termos práticos, as promessas que o acompanham.

Porém, o processo legislativo foi iniciado e a proposta de novo código já esboçado aí está, com a qual precisamos conviver e dela tirar o melhor proveito possível – até porque, como dissemos, o PL não deixa de trazer boas inovações, sem prejuízo da possibilidade de seu arquivamento ou prosseguimento de sua tramitação, com o recebimento de novos estudos e reflexões e aperfeiçoamentos, capaz de conferi-lhe maturidade suficiente para ser editado com o sucesso tão decantado.

Outra questão que merece ser refletida respeita ao tempo de tramitação do projeto, a começar pela formação da comissão de juristas, em setembro de 2009 até o presente momento, considerando-se a extensão e complexidade das matérias versadas. Basta que se observe o quanto melhorou o PL desde a sua passagem pela Câmara dos Deputados... e muito mais poderá ser aprimorado.

Por essas razões, injustificável o apelo do Senador José Sarney para que a tramitação legislativa seja feita rapidamente. Não temos pressa para editar um novo Código de Processo Civil. Temos urgência, sim, de efetivas reformas constitucionais e no funcionamento organizacional do Poder Judiciário, capaz de oferecer uma justiça efetiva, segura e em tempo razoável, resultados esses que, sabidamente, não serão atendidos nem por esse nem por nenhum outro modelo de Código instrumental.

Mais do que um Código a ser reformado, precisamos modificar os nossos pensamentos e os homens que compõe os Poderes da República; precisamos conferir ao Judiciário mecanismos adequados para atender a desenfreada busca de justiça que, felizmente, resulta da conscientização de cidadania e do movimento de facilitação de acesso, há mais de quatro décadas deflagrado, com pleno sucesso, por Mauro Cappelletti.

Não se pode esquecer também que durante a primeira etapa de elaboração do esboço do Projeto de Lei as “audiências públicas” versaram acerca de proposições temáticas elaboradas pela Comissão, antes da redação do Anteprojeto; em outras palavras, não foi oferecido à comunidade jurídica um esboço de projeto de lei para servir de palco para os debates e desenvolvimento legislativo, mas apenas propostas formuladas em linhas gerais e teóricas.

E mais: em tempo recorde as proposições foram transformadas em esboço legislativo (Anteprojeto de Lei), transmudando-se velozmente em Projeto de Lei (PL 166/2010); com as modificações já incorporadas na Câmara dos Deputados (PL 8046/2010) após a ouvida de vários segmentos

da comunidade jurídica, o Deputado Relator, Sérgio Barradas Carneiro, entregou em 7 de novembro próximo passado o relatório final à Comissão especial que analisará o PL que entrará em fase de votação.

Por seu turno, o Min. Luiz Fux em sua mensagem de encaminhamento do Anteprojeto de Lei ao Senado Federal ressaltou em diversas passagens a importância do novo Código, anunciando-o como o novo instrumento que resgatará a imagem desgastada do Poder Judiciário perante a opinião pública em face de sua morosidade, comprometedora da celeridade e da efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Vale destacar alguns excertos da mencionada mensagem: “(...) É aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: ‘justiça retardada é justiça denegada’ e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo. Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no Judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere..”

É incontestável que há muito a imagem do Judiciário desgasta-se perante a opinião pública em razão de sua excessiva morosidade atentatória ao direito fundamental insculpido na Constituição Federal, art. 5º, inc. LXXVIII.⁸ Nada obstante, a pergunta que não quer (e não deve) calar é a seguinte: *em que medida o atual Código de Processo Civil é responsável pelas mazelas da jurisdição estatal e de que forma um novo Código, que repete em sua grande parte o Diploma questionado e mantém os seus principais institutos nele inseridos durante o movimento reformista das últimas duas décadas pode ser apresentado como o redentor capaz de resgatar a imagem do Poder Judiciário?* E mais: *Qual é a relação de custo a ser suportado pelo Estado, jurisdicionado e profissionais do Direito e os benefícios efetivos que serão colhidos com a edição de um novo CPC?*

Estamos convictos (sem perder de vista a possibilidade de estarmos equivocados) de que o principal causador de todos esses males que tanto nos angustia e faz penar o jurisdicionado não reside no propalado anacronismo ou perda de sistematização do atual Diploma instrumental. Aliás, cremos que o novo Diploma muito pouco poderá alterar esse quadro crítico que envolve a jurisdição, não servindo para cumprir a promessa assumida pelo Senado Federal e a comissão de juristas responsável pela

redação do PL 166/2010, como providência redentora, notadamente da crise atinente à morosidade na prestação da tutela jurisdicional estatal.

Lembremo-nos da lição do renomado processualista francês René Morel, lançada há mais de meio século: “*É inútil ter boas leis de processo se se tem uma má organização judiciária ou juízes insuficientes, enquanto juízes de largo conhecimento jurídico podem acomodar-se a um processo medíocre.*”⁹

A chamada *crise do processo*, verificada mais recentemente na década de 90 em face do descompasso então existente entre o instrumento e os novos tempos, anseios e direitos emergentes, foi sensivelmente minimizada com o trabalho realizado pelo “movimento reformista” que produziu profundas mudanças no Código de 73, valendo citar, *en passant*, a inserção da tutela antecipatória satisfativa genérica e específica no CPC, a criação de audiência preliminar com o incremento da autocomposição e possibilidade de sua busca, a qualquer momento, o acolhimento do *contempt of cour* em face de prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição, a admissão do sincretismo processual com a inclusão da fase de cumprimento da sentença, as reformas do processo de execução de título judicial e os avanços notáveis em sede recursal, recursos repetitivos, repercussão geral, súmula vinculante etc.

Portanto, afigura-se equivocado falar-se nos dias de hoje de “crise do processo civil” brasileiro, sem que, com isso, não possamos reconhecer a necessidade de aperfeiçoamento constante do sistema instrumental, inclusive mediante a criação de legislação extravagante (p. ex. a criação do Código de Processo Civil coletivo ou a inclusão de um novo livro no atual Código etc.).

Em síntese, tão ou mais importante do que um bom código instrumental, é que tenhamos operadores do Direito bem preparados pelas academias e que o Judiciário esteja aparelhado a contento para atender o afluxo sempre crescente de demandas, somando-se a definição de políticas institucionais nacionais bem delineadas, e que tenhamos boas leis de organização e divisão judiciárias.

Como afirmamos no início deste estudo, as “crises” precisam ser afrontadas em conjunto, pois se assim não for, a lugar algum chegaremos e tudo não passará de uma doce ilusão que, num futuro muito breve transformar-se-á em amarga realidade.

III – A CRISE DA JURISDIÇÃO ESTATAL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme anotamos no item precedente, a crise em que se encontrava mergulhado o sistema instrumental civil brasileiro começou a dissipar-se logo após o advento da Carta de 1988, com o denominado “movimento reformista” do CPC, liderado pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, Salvo de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro que, por sua vez, inseriu centenas de importantes modificações do Código de 1973, desfigurando o processo civil clássico (a começar pelo desfazimento do mito da “nulla executio sine titulo”) de maneira a adaptá-lo às necessidades sociais, políticas e econômicas do mundo contemporâneo, conferindo-lhe maior celeridade e efetividade à prestação da tutela jurisdicional, além de ampliar os poderes do julgador em todas as instâncias etc.

Paralelamente, avançamos com a edição outros tantos diplomas legislativos voltados à tutela de interesses individuais e coletivos facilitadores do acesso à justiça, tais como o Código de Defesa do Consumidor, as Leis dos Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais, estaduais e federais e fazendários.

Portanto, a crise do processo civil está mais do que controlada, porquanto sensivelmente minimizada, apresentando-se o quadro atual do sistema instrumental brasileiro como forte indicador de que os graves problemas que ainda afligem os jurisdicionados e os profissionais do foro não mais residem na codificação em voga. A verdadeira crise hoje sentida no foro e na sociedade é fruto da ineficiente prestação da tutela jurisdicional decorrente da inoperância do Poder Judiciário em todas as suas instâncias (*crise de natureza estrutural e funcional ou “crise da jurisdição”*), intimamente ligada a má-formação e atualização deficitária dos operadores do Direito.

Por isso, estamos convictos de que a edição de um novo Código de Processo Civil nada ou muito pouco mudará no que concerne a observância de duração razoável dos feitos cíveis e efetividade das decisões judiciais. Como dissemos alhures,¹⁰ inegável que existem boas propostas inovadoras inseridas no atual Projeto de Lei, especialmente no que concerne a sua ressystematização, assim como tantas outras ainda poderão aportar. Para tanto, haveremos de ter maturidade política para aguardar pacientemente, em compasso de espera, as reflexões que haverão

de ser feitas em tempo oportuno, aprimorando (em muito) a obra que hoje nos é apresentada, frisando mais uma vez que já ostentamos um bom e atualizado Código de Processo Civil (não mais o CPC de 1973!)

Ademais, a obra humana sabidamente nunca atinge a perfeição; por isso, não pode ser a alegada imperfeição de conteúdo ou sistêmica do atual Código Instrumental o mote para a edição de um novo CPC, pois, se assim não for, em breve haveremos de editar outro diploma e, assim dar início ao “jogo do sem-fim”. Infelizmente herdamos a tradição romano-canônica decadente agravada pela cultura lusitana no sentido de que as novas, boas e milagrosas leis possam resolver os nossos problemas cotidianos, não raramente graves, complexos e inçados de múltiplas dificuldades. Bem-vinda a antiga e sempre atual lição de Montesquieu: *Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se as que lá existem são executadas, pois boas leis há por toda parte.*

O cerne do nosso enleio encontra suas origens e reside no Poder Judiciário, onde se instaurou paulatinamente uma crise aguda e crônica de natureza estrutural-institucional: a *crise da jurisdição*. Não percamos de vista também que a tão propalada reforma do Judiciário conferida por meio da EC 45, de 8/12/2004, com tramitação de quase 13 longos anos, pouquíssimo atendeu aos anseios do jurisdicionado e dos magistrados, notadamente no que concerne à lentidão paquidérmica da máquina administrativa da Justiça. Diga-se o mesmo dos chamados “pactos republicanos”...

Ressalta-se que a crise da prestação da tutela jurisdicional instaurada em todas as instâncias não é *do* Poder Judiciário, na qualidade de Poder da União (art. 2º CF) ou de seus órgãos (art. 92, CF) e, muito menos, de seus ilustres membros, como agentes políticos, missionários incansáveis de distribuição da justiça, mas sim verificada *no* Poder Judiciário, como defeito de atuação - ineficiência.

Trata-se, isto sim, de uma crise atinente ao seu (des)funcionamento jurisdicional, causado pela falta de estrutura multifacetada, o que enseja o maior problema por todos sentido, como se fosse um fantasma que a todos assombra desde o Império e início da República: a morosidade da prestação da jurisdição e efetivação de seus julgados, o que coloca o Judiciário na berlinda permanente perante a opinião pública e seus membros como objeto de motejos.¹¹

Como se não bastasse, a morosidade somada a deficiência na prestação

jurisdicional do Estado-juiz viola o direito e garantia fundamental da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, insculpido no art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal, curiosamente, inobservância de regra praticada reiteradamente pelos órgãos do Poder responsável pela salvaguarda dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

Segundo o Censo 2010, a população do Brasil era de 190.732.694 pessoas; por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça divulgou recentemente que, no ano de 2011¹² tramitaram em todo o território nacional aproximadamente 90.000.000 (noventa milhões) de processos judiciais, ou seja, em média, um em cada dois brasileiros demandam na Justiça - dado estarrecedor... Desse universo de processos, 63 milhões estavam pendentes desde o início do ano de 2011, sendo que aportaram 26 milhões novas ações.

Estima-se que foram solucionadas em 2011 aproximadamente 26 milhões de lides (número equivalente ao ingresso de novas ações), com crescimento de 7,4% em relação ao ano de 2010. Vê-se sem maiores dificuldades que a produtividade empreendida no ano transato foi insuficiente para vencer o número de demandas e reduzir o acervo de processos pendentes.

Em média, cada magistrado brasileiro julgou durante todo o ano de 2011 aproximadamente 1.529,41 processos. Deduzindo-se dos 365 dias do ano as férias, recesso e feriados (em torno de 130 dias), restam aproximadamente 230 dias úteis, o que representa um montante de 6,63 processos julgados por dia.

Em contrapartida, o Poder Judiciário brasileiro conta com apenas 17 mil juízes (média de 5.294,11 processos para cada magistrado) e 366 mil servidores, sendo que para cada grupo de 100 mil habitantes a média é de 8,8 magistrados (correspondente a 1 juiz para um grupo de 11.363,63 habitantes).¹³

No tocante aos custos do funcionamento da Justiça brasileira, totalizaram as despesas em 2011 em R\$ 50,4 bilhões, correspondente a 1,5% superior aos gastos levantados em 2010, sendo que para recursos humanos foram utilizados 89,7% do total, correspondente aproximado de R\$ 45,2 bilhões.¹⁴

De outra banda, tem-se como certo que os juízes de primeiro grau não apenas exercem funções jurisdicionais (de julgamento puro),

competindo-lhes, dentre outras atribuições, a instrução processual, a presidência das audiências, prolação de decisões interlocutórias (inclusive de mérito - satisfativas e acautelatórias), atendimento aos advogados, às partes e aos auxiliares da justiça, correições periódicas e, não raramente, cumulam funções tais como direção do foro, eleitoral e turmas recursais.

Por sua vez, a segunda instância e as instâncias superiores realizam em média duas sessões de julgamento por semana, além de decisões interlocutórias, instrução de processos de sua competência originária, atendimentos aos advogados, aos auxiliares da justiça, e às partes (pouco frequente, contudo), além de seus membros cumularem funções administrativas e integrarem comissões diversas, conselhos de gestão, Tribunal Regional Eleitoral ou Tribunal Superior Eleitoral, Conselho Nacional de Justiça etc.

Percebe-se, pois, que a média aritmética apontada de julgamento de 6,63 processos por dia em 2011, para cada magistrado, está a indicar um fato sabido – em que pese pouco considerado e valorizado – qual seja, que os magistrados brasileiros trabalham diuturnamente, utilizando com frequência dias de suas férias, recessos, finais de semana e feriados para tentar, numa atitude quase insana, vencer a avalanche de demandas que aportam em seus gabinetes e mais o acervo invencível de processos, em detrimento de sua saúde, relacionamento familiar e social. Esse fator (já comprovado cientificamente) tem sido a causa de doenças relacionadas ao excesso desumano de trabalho e responsabilidades, tais como o estresse, a depressão, doenças cardiovasculares, dentre outras, ocasionando não raramente o óbito ou o afastamento do julgador para tratamento.

Faço minha as palavras de Francisco Rezek, quando escreveu sobre “O direito que atormenta”: “... A situação que vivemos é patológica, e é puro cinismo pretender vendê-la ao público como normal, saudável, quem sabe como prova da vitalidade da democracia pluralista”.¹⁵

Podemos ir ainda mais adiante, pois o “Direito que atormenta” não é Direito, mas sim arremedo de norma jurídica imprestável e sinônimo de suma injustiça.

As Cortes Superiores, em face da elástica competência que lhes foi conferida pela Constituição Federal e considerando-se a magnitude da missão a elas atribuída, é possível afirmar que a situação ali instaurada é ainda mais crítica.¹⁶

Vejamos mais alguns dados para reflexão, tomados em estudo que

realizamos em meados de 2009,¹⁷ a começar pelo Supremo Tribunal Federal, segundo os indicativos oficiais extraídos do “Portal de Informações Gerenciais”, da citada Corte, em 5 de agosto de 2009. E em 2008, por exemplo, foram protocolados 100.781 recursos, julgados 130.747 e publicados 19.377 acórdãos. Por sua vez, de janeiro a julho de 2009 foram protocolados 51.180 recursos, distribuídos 27.647, julgados 48.304 (considera-se para julgamentos as decisões monocráticas e colegiadas) e publicados 10.566 acórdãos.

Considerando-se que o Presidente da Corte Constitucional não recebe distribuição (art. 67 RISTF), podemos afirmar que, nos primeiros sete meses de 2009, cada ministro (10 membros) recebeu 2.764,70 recursos e julgou 4.830,40, assim como publicou 1.056,60 decisões.

Entre janeiro e julho de 2009 tivemos 210 dias e, subtraindo-se os dias de férias, recesso, 54 dias entre feriados, sábados e domingos, restam, em média, 96 dias úteis, significando dizer que, *cada ministro julgou, por dia, 50,31 processos* (5,03 processos por hora – considerando-se 10 horas diárias de trabalho), *251,55 por semana* (considerando-se 5 dias úteis), *ou, ainda, 1.150 por mês* (considerando-se 23 dias úteis).

Agora vejamos o Superior Tribunal de Justiça.¹⁸ Em 2008, foram distribuídos 271.521 processos e julgados 354.042, enquanto foram publicados 94.611 acórdãos, sendo, em média, distribuídos para cada relator 9.497 processos, e, julgados, 12.383. Considerando-se os dias de férias, 110 dias entre feriados, sábados e domingos, restam aproximadamente 195 dias úteis, o que corresponde, aproximadamente a 63,5 processos julgados por dia (= 2,64 processos por hora), ou seja, 317 feitos julgados por semana, representando a 1.270 processos ao mês.

Cabe então indagar: *É crível que os Ministros de nossas Cortes Superiores tenham, efetivamente, lido e estudado cada um desses processos e lavrado os seus respectivos acórdãos, após acurado exame dos respectivos feitos?*

A angustiante questão foi respondida em 7 de julho de 2010 pelo então mui digno Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso que, num ato de coragem e absoluta transparência e lealdade para com o povo brasileiro reconheceu, publicamente, a vexatória situação do sistema judiciário nacional, ao afirmar com toda a sinceridade: “É humanamente inconcebível para um ministro trabalhar em todos os processos que recebe. Ninguém dá conta de analisar 10.000 ações em um ano. O que acontece? Você faz um modelo de decisão para determinado

tema. Depois, a sua equipe de analistas reúne os casos análogos e aplica o seu entendimento. Acaba-se transferindo parte da responsabilidade do julgamento para os analistas. É claro que o ideal seria que o ministro examinasse detidamente todos os casos...”¹⁹

Esses dados e fatos demonstram nada menos do que a falência absoluta em que se encontra mergulhado o sistema judiciário brasileiro diante da deficiência de prestação da tutela jurisdicional em termos qualitativos, celeridade e eficácia das decisões, o que exige tomada de providências emergenciais para a reversão desse quadro dantesco.

Contudo, não critiquemos ou acusemos os nossos juízes de inoperância ou baixa produtividade (com raríssimas exceções), pois podemos nos orgulhar do empenho do nosso corpo de magistrados que, em todas as instâncias, dedicam-se incansavelmente às coisas da Justiça, em busca de soluções adequadas para o maior número possível de lides que lhes são apresentadas diuturnamente.

Nada obstante, curioso é convivermos com uma inversão de valores no tocante a produção dos nossos magistrados, em todas as instâncias. Premia-se o que mais produz... e não aquele que melhor julga e, muito menos, aquele que mais e melhor decide em tempo razoável.

O que importa, parece-nos, nessa era enlouquecedora de valorização da “velocidade” (como se celeridade fosse um valor em si mesmo), é prestigiar a quantidade.

Produz-se em todas as instâncias, munidas de computadores, *decisões em séries*, ou melhor, em grandes escalas, a exemplo dos trabalhos e metas de produções industriais definidas em fábricas de automóveis e eletroeletrônicos, em não raro desalentador desprestígio à qualidade dos julgados, da segurança jurídica e da justiça da decisão – um descaso aos jurisdicionados (consumidores e destinatários finais da jurisdição).

Nessa toada, o Conselho Nacional de Justiça passou a controlar, acertadamente, a produtividade dos magistrados de primeiro e segundo grau, inclusive com a fixação de prazos; contudo, deixou de fornecer instrumentos adequados à obtenção dos resultados pretendidos.

É importante e até mesmo imprescindível esse controle sob a batuta do CNJ. Porém, não basta a fixação de metas numéricas: é preciso aparelhar a contento o Judiciário nacional.

Afrontar a delicada questão atinente aos investimentos a serem implementados anualmente pelos tribunais é fundamental, pois ao lado

da necessidade de melhoramento difuso de suas estruturas (físicas, tecnológicas e de pessoal) não pouco custosas para os cofres públicos, deparamo-nos com as resistências políticas de contenção de gastos que passam a refrear os planejamentos e metas nacionais e estaduais estabelecidas pelo Judiciário.

Assim, os programas de reestruturação e modernização da Justiça esbarram nos limites das dotações orçamentárias oriundas de duodécimo constitucional (art. 168, CF), margens financeiras que desatendem a contento essas necessidades. Por certo, gastos públicos exigem controle rigoroso com banimento do desperdício, assim considerado o excesso de gastos desnecessários, não compreendendo os investimentos atinentes a consecução de metas de reestruturação e de melhoramentos da prestação da tutela jurisdicional. Portanto a equação a ser solucionada é a seguinte: racionalizar e modernizar sem desperdiçar recursos públicos. Para iniciar a sua resolução, precisamos de metas bem definidas e de homens e instituições de boa vontade.

Antoine Garapon alerta-nos muito bem para esse problema, quando assim escreve: “De frente a uma dita pressão que assume formas múltiplas e insidiosas, a justiça deve ser repensada com distanciamento das paixões, neutralizações de espaço, suspensão do tempo e estruturação da matéria a ser tratada. Estas são as precondições para qualquer outra qualidade de justiça (como, por exemplo, a independência). Assim, para que exista a independência, precisa que subsista previamente a instituição.

“Uma instituição se distingue de uma empresa pelo fato de que a primeira é um lugar de encontro entre interesses dialéticos, antagônicos, para decidir-se quais serão discutidas; essa não pode estar em grau de encontrar uma saída relativa a tais dificuldades apenas com base em evidências contábeis (as ações sujeitam-se todas à mesma tirania da parte dos revisores contábeis que olham apenas a *bottom line* [lucratividade]).

E arremata Garapon: “A definição da justiça como terceiro poder que abre um espaço, que suspende o tempo, que rende possível a linguagem, que toma o seu tempo para escutar os argumentos de qualquer pessoa, há relevo seja sobre a base de dado antropológico, seja sobre a base da lei. A justiça deve então reencontrar por si o espírito da sua instituição, e ater-se a ele, custe o que custar; e isso também diante ao poder político, opondo-lhe uma finalidade mais longa e mais antiga, acerca da qual este último tem saída.”²⁰

A Justiça, através de seus magistrados, ônticos vetores que instrumentalizam a realização do direito em concreto, há de ser redefinida institucional e estruturalmente, de maneira a poder oferecer aos seus consumidores a jurisdição *segurança, jur* e dentro de um *prazo razoável*. Portanto, meios hábeis para a realização dessa elevada função hão de ser fornecidos a contento, sob pena de fracasso da consolidação do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

IV – A IMPORTÂNCIA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A REFORMA DO JUDICIÁRIO

O Conselho Nacional de Justiça exerce papel fundamental de natureza eminentemente constitucional no que concerne à definição de projetos, metas e apresentação de soluções para combater os problemas estruturais, institucionais e funcionais voltados ao aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional, pontos que estão bem delineados, nos incisos VI e VII, § 4º do art. 103-B da Constituição Federal, *in verbis*: “§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no país e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem ao Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa...”.

Em outros termos, pode e deve atuar o CNJ em tudo aquilo que esteja direta ou indiretamente ligado ao bom funcionamento da administração da Justiça, em todo o território nacional.²¹

Nos dizeres do Min. Gilmar Mendes, “As inovações trazidas para o sistema judiciário brasileiro pela Reforma realizada por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, pretendem possibilitar a concretização da promessa constitucional de um Judiciário não apenas célere e efetivo, mas também respeitador dos direitos fundamentais. Estas são questões essenciais ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

“Os esforços para assegurar tais garantias são nítidos mas diversas

iniciativas coordenadas pelo Conselho Nacional de Justiça. Essa Instituição demonstra constantemente seu austero compromisso com a defesa dos direitos fundamentais, assumindo a sua responsabilidade pela inclusão social e proteção efetiva dos direitos fundamentais e fortalecendo a crença no valor inquestionável da cidadania.

“Além disso, o CNJ defende o papel do Judiciário como estabilizador de expectativas econômicas e garantidor de direitos fundamentais e a relevância da cooperação com a iniciativa privada para a construção de um Judiciário mais ajustado às demandas da sociedade. Também, estimula a desjudicialização e resolução de conflitos por meios extrajudiciais.”²²

O levantamento de dados estatísticos, por exemplo, tem sido um grande contributo prestado pelo CNJ a todos os seguimentos da sociedade - não apenas ao Judiciário - pois serve, concomitantemente, para aferir problemas, identificar pontos de estrangulamento da jurisdição e indicar possíveis soluções a serem idealizadas e operacionalizadas em tempo e modo oportunos. Os resultados obtidos, em menos de dez anos, são extremamente positivos para o Poder Judiciário, em suas diversas facetas, servindo de elemento balizador para a tomada de providências resolutorias.²³

São esses dados que tanto tem servido para apontar o custo Brasil do Poder Judiciário, o tempo de duração dos processos, os principais motivos causadores da lentidão da justiça, a operosidade de seus magistrados, as espécies de demandas que mais contribuem para o excesso de lides pendentes, as que melhor se prestam à utilização de formas alternativas de resolução de controvérsias etc., representando verdadeiro mapeamento até então inexistente em nosso país.

Esses quadros por certo haverão de aperfeiçoar-se com o passar do tempo de maneira a permitir o cruzamento sempre mais preciso de informações, estabelecendo verdadeira “malha fina” em busca de problemas que comprometem a atuação mínima aceitável do Poder Judiciário.

As soluções possíveis e prováveis estabelecidas após estudos definidores de projetos e metas nacionais, regionais, estaduais ou setorializadas, são implementadas em harmonia e cooperação com os respectivos tribunais, de maneira a concretizar os escopos estabelecidos pelo Conselho.

Essas providências, quando necessárias, serão tomadas com a interferência do Poder Legislativo, nos moldes estabelecidos no art. 103-

B, § 4º, inc. VII, da Constituição Federal.

Um dos maiores desafios – senão o maior – a ser superado pelo CNJ é a redefinição da atuação do Estado-juiz, em todas as instâncias, indistintamente, de maneira a viabilizar a presteza e efetividade da tutela jurisdicional perseguida e, com isso, recobrar a credibilidade do Poder Judiciário perante a opinião pública.

Diversas são as frentes a serem tomadas. Contudo, a que nos parece de maior importância é o incremento das políticas atinentes ao *tratamento adequado das resoluções de conflitos de interesses jurisdionalizados ou não jurisdionalizados (em fase de latência - lide sociológica ainda não jurisdionalizada)* com ênfase às formas não adversárias de resolução de controvérsias, também chamados de *equivalentes jurisdionais*.

A verdadeira reforma do Judiciário passa, inexoravelmente, pela revisão de conceitos ultrapassados e culturas obsoletas, sendo essencial as mudanças de postura mental intelectual dos operadores do Direito e, em particular, de seus próprios membros, sem os quais os projetos de modernização e simplificação da Poder não encontrarão sustentação e sucesso.

Nessa toada, muito importante se faz a conscientização de todos os integrantes do Judiciário (magistrados e auxiliares) acerca das *formas alternativas (não ortodoxas) de resolução de controvérsias (jurisdionalizadas ou não)* como instrumento de pacificação social e técnica promissora de satisfação das pretensões resistidas ou insatisfeitas, mais rápidas, eficazes, menos onerosas, arriscadas e traumáticas a qualquer dos litigantes.

Afortunadamente, no rumo das melhores orientações alusivas às formas de composição de conflitos, surge a Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, que representa um grande avanço para o Judiciário, porquanto em sintonia com as tendências universais contemporâneas e, em especial, com a Diretiva do Parlamento europeu e de seu Conselho (CE n. 52, de 21/5/2008) que, por sua vez, dispõe sobre o uso e fomento de técnicas de autocomposição (“mediação”) judicial ou extrajudicial.

Corroborando com essa orientação o incremento que também vem sendo conferido pelo CNJ aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, estaduais, federais e fazendários, com o escopo manifesto de oferecer aos jurisdionados formas simplificadas e econômicas de obtenção de suas pretensões em juízo, com atenção especial voltada para a

autocomposição.²⁴

Tudo isso vem ao encontro das sugestões contidas em ambas as propostas legislativas apresentadas pelo Senado Federal (PL 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL 8046/2010) para a edição do novo Código de Processo Civil, no que pertine a utilização de técnicas de conciliação e mediação em audiência preliminar (arts. 144 a 153 e art. 323), em processo de conhecimento, sem prejuízo dos poderes conferidos ao juiz de “tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” (art. 118, IV), em qualquer tipo de processo ou procedimento instaurado.

Por outro lado, é preciso intensificar e expandir essa política da autocomposição e conscientização para muito além das fronteiras do Judiciário. Para tanto, imprescindível que se estabeleçam ações governamentais articuladas, isto é, conjuntas e sintonizadas entre os três Poderes, sobretudo no plano educacional, a começar pelos pequeninos, no ensino fundamental e depois no ensino médio e superior (este último com a obrigatoriedade de cátedras específicas em graduação para o estudo das ADRs).

Faz-se mister boa vontade e determinação política dos integrantes dos três Poderes na condução dessa delicada fase de transição cognitiva dos sujeitos integrantes da relação jurídico-processual, pois ela passa por uma reforma de conceitos e mentalidades e todos os operadores do direito e, em igual importância, dos consumidores direitos da jurisdição. Destarte, se o Judiciário estiver estruturado e seus membros e funcionários devidamente capacitados, de nada adiantará o aparato montado se os jurisdicionados não tiverem consciência política dessas mudanças e os benefícios que lhes serão oferecidos para a resolução de seus conflitos.

Trata-se de um projeto audacioso a ser executado a médio e longo prazo, mas profícuo e de resultados auspiciosos. Assim como a nossa geração foi forjada sob a égide da doutrina da “luta pelo Direito” (do jurista alemão, Rudolf Von Ihering), precisamos agora reformular os nossos conceitos, adapta-los às novas tendências e exigências do mundo contemporâneo, formando gerações que busquem, primeiramente, a composição de seus conflitos através da autocomposição (pré-processual ou endoprocessual). É o que Mauro Cappelletti tão bem denominou de *justiça participativa* (a que se utiliza da participação popular - leigos) e *coexistencial* (voltada à pacificação através das técnicas de autocomposição).

As frentes a serem atacadas são muitas, vejamos algumas: grades curriculares precisam ser revistas e incluídos esses temas como disciplinas obrigatórias em todos os níveis de escolaridade; cartilhas de informação e conscientização precisam ser distribuídas anualmente durante programas previamente estabelecidos e bem divulgados com antecedência; palestras e cursos haverão de ser ministrados para todos os seguimentos da sociedade civil (assim como temos hoje a “Semana da Conciliação”, precisamos instituir a “Semana da Conscientização”); propagar através da imprensa escrita, falada e televisada, campanhas nacionais anuais, a importância e as técnicas de autocomposição; veicular as ideias conscientizadoras da população por meio de outdoors, sites governamentais e de entidades privadas engajadas nessas campanhas, especialmente as universidades (públicas e privadas), blogs, twitters e facebook; fixar um *slogan* que sirva nacionalmente para identificar a campanha.²⁵

V – CONCLUSÃO

Não apenas “a sorte está lançada”, mas em especial as ideias e a boa semente que começa a frutificar na árvore dos novos rumos para o aperfeiçoamento da jurisdição...

A eficiência da prestação da tutela jurisdicional depende sobremaneira da definição de planejamento estratégico, programas e metas a serem empreendidas e atingidas pelo Poder Judiciário, a começar por uma *reforma institucional, estrutural, funcional e normativa*.

Nessa linha, imprescindível a redefinição da competência das Cortes Superiores (reforma constitucional pontual), ampliação do número de magistrados, serventúrios da justiça, membros do Ministério Público, AGU, Procuradores estaduais e federais, tudo de acordo com as projeções estatísticas previamente estabelecidas, informadoras das dimensões das reais necessidades desse crescimento, redimensionamento geral e incremento de infraestrutura, implementação de políticas voltadas à utilização das ADRs (pré-processual e endoprocessual) e de conscientização dos jurisdicionados acerca desses métodos e importância da autocomposição, aperfeiçoamento permanente de magistrados e auxiliares da justiça etc.

Não percamos de vista a necessidade de superação das “barreiras” econômico-financeiras historicamente impostas pelo Poder Executivo,

com respaldo de Legislativo, obstativas da construção e consolidação do Estado Democrático e Constitucional de Direito, no que concerne as grandes reformas de modernização e reestruturação do Poder Judiciário, em prol do seu adequado funcionamento. Elevados valores contidos nessas mudanças ultrapassam, em muito, os custos que lhe são atribuídos.

Lembremo-nos de que a administração da Justiça não é equiparável à administração empresarial (em que pese os pensamentos perigosamente equivocados nesse rumo inverso e perverso), pois seus valores e escopos constitucionais refluem à pacificação social, especialmente quando a tutela jurisdicional é prestada com segurança, justiça e em tempo razoável.

Ademais, a minimização (quicá a solução) da crise jurisdicional há de ser buscada em harmonia com a resolução dos problemas atinentes à formação e aperfeiçoamento dos profissionais que atuam direta ou indiretamente na jurisdição estatal, significando a necessidade de combate igual e simultâneo a ser deflagrado contra a chamada crise dos operadores do direito, a começar pela revisão basilar do ensino jurídico no Brasil.

A saída para esses problemas está na formação de uma eficaz articulação política, em forma de “pacto”, que movimente em sintonia pura o comprometimento entre três Poderes da República, de maneira muito mais intensa e visceral do que aquelas verificadas em tentativas pretéritas, sem o qual muito pouco será possível avançar.

Por sua vez, as reformas *normativas* de natureza infraconstitucional ficariam adstritas aos Códigos de Divisão e Organização Judiciárias, Estatuto da Magistratura, Código de Processo Civil Coletivo, entre outras, mantendo-se, ao menos por ora, as reformas pontuais do CPC (se e quando necessário), enquanto o projeto em tramitação no Parlamento ficaria no aguardo de novas sugestões e debates, consolidando-se qualitativamente e sedimentando-se com a nova ressystematização, pelos motivos expostos neste estudo.

Precisamos, de uma vez por todos, desgarrar-nos da cultura romano-canônica decadente, agravada pelo ranço da tradição lusitana, que chancelam a ingênua crença o sentido de que, os nossos problemas cotidianos, de qualquer espécie, normalmente podem ser solucionados com a edição de leis prodigiosas.

O Projeto de Lei que nos foi apresentado não atenderá, na prática, as promessas contidas em sua Exposição de Motivos bem como as que foram formuladas em seu nascedouro, pelo Senado Federal, quais sejam:

solucionar o problema da razoável incidência do tempo no processo, conferindo-lhe maior celeridade e efetividade na prestação da tutela jurisdicional. Por conseguinte, ao cair por terra as doces promessas, agravar-se-á ainda mais o descrédito da Justiça perante a opinião pública, já suficientemente desacreditada aos olhos e sentimentos atentos e sofridos dos cidadãos brasileiros... Por isso questionamos e tanto indagamos.²⁶

Assim, faço minhas as palavras do Min. Fux, em sua mensagem de apresentação do Anteprojeto de Lei, ao citar Kelsen que, “há muito exaurido de perseguir o valor justiça, concluiu não ser importante saber de imediato a resposta, senão não parar de questionar.” É o que exortamos agora: *não deixemos de questionar...*

Oxalá se aguarde mais um pouco para propiciar maiores reflexões e debates acerca de tão importante Projeto, permitindo assim o amadurecimento de tantas novidades alvissareiras e reformulações já lançadas, somando-se a tantas outras contribuições que ainda poderão ser apresentadas. Não façamos do tempo, nosso aliado às avessas...

São essas as nossas modestas, porém sinceras impressões sobre os problemas apresentados, na tentativa de prestarmos singelas contribuições, contudo, distantes e despidas de quaisquer pretensões de verdade ou acerto.

Concluo com o pensamento do saudoso J. J. Calmon de Passos: “Mesmo sendo pouco, não quero reter nada, pois tudo quanto retemos é como se nunca tivéssemos possuído. Se migalhas não alimentam os homens, mas matam a fome dos pássaros que, leves e alados, delas se nutrem e são um belo ornamento na paisagem dos homens.”²⁷

Florianópolis, novembro de 2012.

LEGISLATIVE PROJECT ON THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND THE JURISDICTION CRISIS

ABSTRACT: The Senate acknowledges the urgent need to implement a new Code of Civil Procedure to face the problems of slowness of Justice and the effectiveness of its decisions. Indeed, the preliminary draft of the Diploma, which is currently being prepared by an advisory committee of jurists, aims at fulfilling the express purposes of not only those under the jurisdiction, but also the professionals of law. In this context, we analyse several factors involved in this circumstance, for instance, the

opportunity, the convenience, risks, expectations, costs, improvements, and obstacles that may occurs due to the new coding. This approach will be carried out while confronting the crisis in both the state jurisdiction and the legal education system in the country. In this article, we attempt to put forward possible solutions and to demonstrate the importance of an active Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – (National Justice Council), regarding the topic under discussion.

KEYWORDS: Procedure. Code. Project. Crisis. Jurisdiction.

Notas

¹ O monstro do caos da mitologia fenícia.

² O binômio *celeridade compatível* com a complexidade da lide pendente, *segurança e a justiça da decisão*.

³ Referimo-nos a *efetiva e perfeita realização* do que se denominou de *pacto republicano*. Assinala-se, por outro lado, que o fenômeno conhecido como “ativismo judicial” é uma realidade e decorre da judicialização da política nacional. Contudo, para que esse *pacto* cumpra o seu verdadeiro papel na história, mister se faz que se restabeleça o equilíbrio entre os Poderes. Sobre o tema, Luiz Werneck Vianna, “Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil”.

⁴ Segundo Arruda Alvim, “os pontos nodais, porque constitutivos de *setores de estrangulamento do processo civil* que merecem destaque são os seguintes: 1) as custas judiciais, *enquanto podem significar óbice de acesso à Justiça*; 2) as Cortes menores, ou, mais especificamente, entre nós, os Juizados de Pequenas Causas e os Especiais, *destinados à absorção de contingentes imensos, que demandam acesso à Justiça (...)*; 3) a ‘incapacidade’ ou a ‘inabilitação’ da parte, do ponto de vista de não lograr se defender (=acionar [ativamente] ou defender-se [passivamente], se acionado), *o que também se sedia na temática do acesso à Justiça*; 4) a definição dos interesses difusos ou coletivos, *para viabilizar que ‘interesses e direitos’ com novo configuração e fisionomia, possam ser definidas, utilmente*; 5) a conflituosidade da sociedade contemporânea, porque muito mais intensa, está a exigir a idealização de outros meios de solução para muitíssimos conflitos, tais como a intervenção de *leigos*, com vistas à *obtenção incentivada de transação (...)*” (“Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – Sua evolução ao lado do Direito Material”. *Processo Civil em Movimento – Diretrizes para o novo CPC* - obra coletiva, Coord. Eduardo Lamy, Pedro Abreu e Pedro M. de Oliveira. Florianópolis, Ed. Conceito, pp. 41/42, 2012.).

⁵ Integravam a comissão presidida pelo então Min. do Superior Tribunal de Justiça (hoje integrante de nossa Suprema Corte), Luiz Fux, os seguintes Professores Doutores: Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Jr., Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinícius Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

⁶ Esse foi o motivo principal que originou a resistência inicial à elaboração, nesse momento histórico, de um novo Código de Processo Civil.

⁷ Assinalamos que o Anteprojeto de Lei que deu origem ao CPC de 1973 foi o fruto de árduo trabalho desenvolvido com dedicação, afincio e profundo conhecimento jurídico capitaneado pelo então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid (ferrenho discípulo de Enrico Tullio Liebman e, por certo, um de nossos mais destacados processualistas) e, em que pese originário em período infeliz

de nossa história recente, nato no auge da ditadura militar, soube o saudoso Mestre abrandar e bem contornar o autoritarismo da época, através da ouvida dos principais seguimentos da sociedade e, em especial da academia, terminando por fazer vir à tona um Diploma digno dos maiores louvores, invejado em outros países, inclusive no continente europeu.

⁸ CF, art. 5º, inc. LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

⁹ *Traité élémentaire de procedure civile*. 2ª. ed. Paris: Recueil Sirey, 1949.

¹⁰ Em nosso estudo intitulado “[A trama recursal no processo civil brasileiro e a crise da jurisdição estatal](#)” (*RePro 188*, 2010) não deixamos de mencionar a necessidade de uma ressystematização do atual Código de Processo Civil em razão das inúmeras reformas que havia sofrido no decorrer das últimas duas décadas para a facilitação de seu manejo e compreensão. Contudo, tal assertiva não se coaduna com a edição de um novo Diploma por todas as razões já expostas neste trabalho.

¹¹ Extraí-se da sempre lembrada “Oração aos Moços” de Rui Barbosa: “(...) Nada se leva em menos conta, na judicatura, a uma boa-fé de ofício que o vezo de tardança nos despachos e sentenças. Os códigos se cansam debalde em o punir. Mas a geral habitualidade e a convivência geral o entretêm, inocentam e universalizam. Destarte se incrementa e demanda ele em proporções incalculáveis, chegando as causas a contar a idade por lustras, ou décadas, em vez de anos. Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juizes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente...”

¹² Relatório divulgado em 29 de outubro de 2012.

¹³ Lembramos que a média *mínima* indicada pela Organização das Nações Unidas é de 7 magistrados para cada 100 mil habitantes, o correspondente a 1 magistrado para 14.285,71 habitantes. Todavia, esses “cálculos” não levam em conta a diversidade de cada país no tocante ao grau de litigiosidade (e a taxa do Brasil é elevadíssima – uma das mais altas do mundo), bem como a organização e estrutura judiciária dos países membros. Tanto é que os países que apresentam boa performance do Judiciário, possuem média muito superior aquela indicada pela ONU. Em que pese os números atuais das estatísticas brasileiras estarem dentro do *limite mínimo* estabelecido pela ONU, além do elevado grau de litigiosidade demonstrado pelos índices que aumentam a cada ano assustadoramente em nosso país, possuímos também um acervo de processos acumulados nas últimas décadas que torna impossível a missão hercúlea dos juízes em conferir celeridade e efetividade aos processos; acrescenta-se ainda o componente das disparidades regionais e estaduais brasileiras, e a má organização e divisão judiciária.

Todavia, segundo pesquisas internacionais, a proporção ideal a ser atingida entre o número de magistrados e população é de 800 habitantes para 1 julgador.

Segundo uma pesquisa conduzida pelo Instituto Paulista de Magistratura (Ipam), realizada em março de 2012, a proporção entre juízes e desembargadores por habitantes no Brasil é uma das menores do mundo, sobretudo na comparação com países europeus. Enquanto na Alemanha, que tem uma das justiças mais ágeis do mundo, existem 24 magistrados para 100.000 pessoas. Aliás, na Europa continental, a Alemanha é o exemplo clássico, um dos países em que a Justiça funciona com maior qualidade e rapidez (1 juiz para cada 4.166,66 habitantes).

Conforme o levantamento que cruzou relatórios divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) num período de sete anos (de 2003 a 2010), São Paulo e Rio de Janeiro têm déficit ainda maior que a média nacional (cf. <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/falta-de-juizes-explica-lentidao-da-justica-aponta-pesquisa> - 26/3/2012).

¹⁴ Essa matéria foi objeto de destaque no boletim eletrônico do jornal *O Estadão*, em 30/10/2012 (<http://www.estadao.com.br/noticia>). V. especialmente o portal CNJ, “justiça em números”, ano 2011.

¹⁵ *Folha de São Paulo*, de 15/11/98.

¹⁶ Em entrevista publicada nas “páginas amarelas” da conceituada revista *Veja*, de 7 de julho de 2010, o então Presidente de nossa Corte Constitucional, Min. Cezar Peluso foi muito feliz e preciso ao responder a seguinte pergunta que lhe foi formulada: “*No caso específico do Supremo Tribunal Federal, quais são os motivos da lentidão?*” Eis a resposta: “Temos uma constituição extremamente analítica, com mais de 200 artigos e mais de cinquenta emendas. Praticamente qualquer causa pode ser levada ao Supremo, que é uma corte constitucional. Nos Estados Unidos, a Constituição tem sete – sete! Artigos e 27 emendas. Eles julgam de noventa a 100 casos por ano. Nós julgamos mais de 120.000...” Na sequência, outra pergunta: “*E qual seria a quantidade ideal?*” Resposta: “Sendo generoso, umas cinquenta causas por mês para cada ministro. Isso daria 6.000 por ano, o que já seria um absurdo se comparado ao volume de trabalho da corte americana. Quando era presidente do STF (de 1995 a 1997), o Ministro Sepúlveda Pertence foi a um encontro de presidentes de cortes constitucionais na Itália. Cada um contava a história da Corte do seu país. Na vez dele, o ministro relatou que o STF havia julgado 60.000 processos naquele ano. Na hora do café, um juiz americano lhe disse: ‘É preciso tomar cuidado com o seu tradutor. O senhor falou em 6.000 processos e ele traduziu como 60.000’. Eles simplesmente não acreditam no volume de trabalho que temos aqui.” (p. 20).

¹⁷ Referimo-nos aos levantamentos que realizamos para a elaboração de conferência que proferimos durante o *XXII Encontro Pan-americano de Direito Processual*, em Goiás-GO, de 26 a 28 de agosto de 2009. Esses dados poderão a qualquer momento ser comparados e atualizados mediante acesso ao Portal de Informações eletrônicas do STF e STJ.

¹⁸ Observamos que ao realirmos esse levantamento, em agosto de 2009, não havia qualquer estatística publicada contendo dados processuais daquele ano.

¹⁹ *Revista Veja* (páginas amarelas), reportagem intitulada (p. 20), ed. 7/7/2010.

²⁰ *La raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*. Tradução italiana de Raffaele Sabato (*Lo Stato mínimo – Il neoliberalismo e La giustizia*, pp. 56/57. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2012).

²¹ Assim, por exemplo, tudo o que concerne a capacitação e aperfeiçoamento constante dos magistrados, a eficiência operacional dos serviços prestados aos jurisdicionados, oferecimento de mecanismos capazes de otimizar os recursos disponíveis e conferir instrumentos que aprimorem a celeridade do processo e a efetividade da decisão.

Nesse sentido a Resolução CNJ n. 70, de 18 de março de 2009, que fixa o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Importante ressaltar a disposição contida no art. 1º, *in verbis*: “Fica instituído o Planejamento Estratégico do Poder Judiciário, consolidado no Plano Estratégico Nacional consoante do Anexo. I desta Resolução, sintetizado nos seguintes componentes: I - Missão: realizar justiça. II - Visão: ser reconhecido pela Sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social. III - Atributos de Valor Judiciário para a Sociedade: a) credibilidade; b) acessibilidade; c) celeridade; d) ética; e) imparcialidade; f) modernidade; g) probidade; h) responsabilidade Social e Ambiental; i) transparência. IV - 15 (quinze) objetivos estratégicos, distribuídos em 8 (oito) temas: a) Eficiência Operacional: Objetivo 1. Garantir a agilidade nos trâmites judiciais e administrativos; Objetivo 2. Buscar excelência na gestão de custos operacionais; b) Acesso ao Sistema de Justiça: Objetivo 3. Facilitar o acesso à Justiça; Objetivo 4. Promover a efetividade no cumprimento das decisões; c) Responsabilidade Social: Objetivo 5. Promover a cidadania; d) Alinhamento e Integração: Objetivo 6. Garantir o alinhamento estratégico em todas as unidades do Judiciário; Objetivo 7. Fomentar a interação e a troca de experiências entre Tribunais nos planos nacional e internacional; e) Atuação Institucional: Objetivo 8. Fortalecer e harmonizar as relações entre os Poderes, setores e instituições; Objetivo 9. Disseminar valores éticos e morais por meio de atuação institucional efetiva; Objetivo 10. Aprimorar a comunicação com públicos externos; f) Gestão de Pessoas: Objetivo 11. Desenvolver conhecimentos, habilidades e atitudes dos magistrados e servidores; Objetivo 12. Motivar e comprometer magistrados e servidores com a execução da Estratégia; g) Infraestrutura e Tecnologia: Objetivo 13. Garantir a infraestrutura

apropriada às atividades administrativas e judiciais; Objetivo 14. Garantir a disponibilidade de sistemas essenciais de tecnologia de informação; h) Orçamento: Objetivo 15. Assegurar recursos orçamentários necessários à execução da estratégia...”

²² “A contribuição do CNJ para o Judiciário brasileiro” (*Justiça & Cidadania*, n. 143, p. 17, julho, 2012). Em arremate, assim escreve o ilustre Articulista: “Em suma, esses avanços e marcos institucionais são relevantes não somente para a modernização dos órgãos do Poder Judiciário, mas também para que a maior efetividade no gasto público e racionalidade na administração possam servir como vetores para o desenvolvimento social e econômico do país” (*idem, ibidem*).

²³ Para obtenção de dados, acessar o relatório do CNJ, intitulado “Justiça em Números” em: [HTTP://www.cnj.jus.br/programa-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios](http://www.cnj.jus.br/programa-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios).

²⁴ Recentemente, tivemos a realização em todo o Brasil da *VII Semana Nacional da Conciliação*, de 7 a 14 de novembro, 2012.

²⁵ Por exemplo, um bom slogan, poderia ser, por exemplo: “um acordo, minha paz, minha vida”.

²⁶ Por outro lado, não se olvida que o processo legislativo já foi iniciado e a proposta de novo código ai está e com ela precisamos conviver e tirar o melhor proveito possível, até porque, como dissemos, o PL não deixa de trazer boas inovações, sem prejuízo da possibilidade de seu arquivamento ou prosseguimento de sua tramitação, com o recebimento de novos estudos e maiores reflexões de toda a comunidade jurídica, cujo aporte representará significativa maturidade e aperfeiçoamento.

²⁷ *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 3, Forense, 2002.

ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DE FETOS ANENCÉFALOS DIANTE DO JULGAMENTO DA ADPF Nº 54 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mariana Smith Dantas Sobral Oliveira*

RESUMO: O presente estudo tem o objetivo de analisar acerca da controvérsia temática da antecipação terapêutica de feto anencéfalo. No nosso país, o aborto é considerado crime contra a vida, somente sendo permitido quando não há outro meio para salvar a vida da gestante e em caso de estupro. Além dessas modalidades de aborto previstas na legislação penal, outras existem, porém ainda não legalmente definidas. É o caso do aborto eugênico que se caracteriza como aquele em que se interrompe a gestação ante a possibilidade de o feto nascer com anomalias graves. Entre estas anomalias insere-se a anencefalia, a qual é uma malformação congênita caracterizada pela ausência de hemisférios cerebrais que ao ser diagnosticada inviabiliza a vida extrauterina do feto. A descoberta de anomalias e doenças irreversíveis ainda durante a gestação demonstra o progresso científico da ciência médica, e o Direito não pode ficar estático diante desse avanço, sob pena de tornar-se ultrapassado, ineficaz e incapaz de reger a sociedade moderna. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54, firmou entendimento de que a interrupção da gestação, nos casos de anencefalia, consubstancia-se antecipação terapêutica de parto e não aborto.

PALAVRAS-CHAVE: Antecipação terapêutica do parto. Anencefalia. Impossibilidade de vida.

I. INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a análise da antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, um assunto extremamente polêmico, que permite diversas correntes e pensamentos, antagônicos e partidários, em

* Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes/SE. Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe.

virtude de estar em pauta a disponibilidade da vida humana, diante de um feto investido de malformação ou anomalia.

O ponto relevante é a possibilidade de interrupção da gestação em virtude da malformação congênita, anencefalia, que torna impossível a vida extrauterina. Tal permissão deve se dar dentro de um processo racional tanto do profissional de saúde, quanto da gestante e seus familiares. É indispensável, humanizar a figura do profissional de saúde, principalmente pelo fato de que o assunto vem ganhando destaque, pois a prática do aborto apesar de não legalizada ocorre habitualmente.

O tema escolhido é de fundamental importância para a sociedade, tendo em vista a omissão legal a respeito do tema, o que faz com que se procure subsídios na doutrina, jurisprudência, medicina, ética, moral e direito. E ainda relevante em função da polêmica com relação à descriminalização e à garantia do direito à vida.

O assunto já foi discutido no Supremo Tribunal Federal, em virtude de Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTB). Após longos anos de tramitação, o STF decidiu em abril de 2012, por 8 votos a 2 que “***não é crime interromper a gravidez de fetos anencéfalos***”¹.

Assim pretende-se demonstrar a real possibilidade da autorização terapêutica de fetos acometidos de anencefalia, considerando a inviabilidade da vida extrauterina e ainda a razão de ser da ausência de ilicitude e conseqüente não criminalização de tal conduta.

II. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O ABORTO E A ANENCEFALIA

O aborto classifica-se como natural, acidental, legal e criminoso. O Código Penal brasileiro, prevê, dentre os tipos criminosos, o autoaborto ou o aborto consentido pela gestante (Art. 124, CP), aquele provocado por terceiro não consentido (Art. 125, CP), o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (Art. 126, CP) e a forma qualificada da modalidade delitiva (Art. 127, CP). Dentre as hipóteses permitidas e impuníveis, além do natural e acidental, estão o aborto necessário e sentimental (Art. 128, I e II, CP), espécies de aborto legal.

Uma possível terceira hipótese de aborto legal discutida no Anteprojeto

de Reforma do Código Penal Pátrio, é o aborto eugenésico ou eugênico, consistente na interrupção da gravidez quando há a possibilidade de o feto nascer com anomalias graves. Essa prática abortiva ainda gera muitas controvérsias, principalmente quando se fala na antecipação terapêutica do parto, em razão da existência de feto anencéfalo.

Damáσιο de Jesus² conceitua o aborto eugênico com sendo aquele ***“permitido para impedir a continuação da gravidez quando há a possibilidade de que a criança nasça com taras hereditárias”***. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha³ o classificam como ***aquele “praticado em face dos comprovados riscos de que o feto nasça com graves anomalias psíquicas ou físicas”***

De fato existe a indicação do aborto eugênico para impedir a geração de seres inviáveis, indicação esta feita pela nova medicina, fundamentada no progresso científico e tecnológico.

No caso de anencéfalos, não seria o caso propriamente de um aborto eugênico, mas sim uma antecipação terapêutica do parto. Nas palavras do Ministro Carlos Ayres Brito⁴, em voto proferido no julgamento de mérito da ADPF nº 54, ***“o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação não é impeditivo da transformação de algo em alguém. Se o produto da concepção não se traduzir em um ser a meio caminho do humano, mas, isto sim, em um ser que de alguma forma parou a meio ciclo do humano. Incontornavelmente empacado ou ‘sem qualquer possibilidade de sobrevivida’, por lhe faltar as características todas da espécie. Uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estágio de borboleta”***.

Tal medida, porém, somente se torna legítima caso haja a constatação da impossibilidade de vida extrauterina do feto por malformação congênita, ou seja, onde seja possível prever a impossibilidade vital do feto.

A anencefalia é uma malformação congênita, podendo ser diagnosticada em estágios precoces da gravidez, através de exame ultrassonográfico a partir da 12ª semana de gestação. É resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação do ser e consiste na ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana e na deformação do tronco cerebral.

A anencefalia, no entanto, não é a ausência do encéfalo, mas apenas de parte dele. Tecnicamente, caracteriza-se a anencefalia com base no desprovimento de hemisférios cerebrais. O feto anencéfalo não possui ossos frontal, parietal e occipital, possui olhos salientes e o rosto é

demarcado até as sobrancelhas, acima destas o cérebro fica totalmente exposto.

Para Maria Helena Diniz⁵, o anencéfalo *“pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais)”*.

A medicina assegura que ao ser diagnosticada a malformação congênita, o feto não apresenta condições de sobrevivência extrauterina. Na maioria dos casos, o produto da concepção, quando já não nasce sem vida, sucumbe momentos após o parto, ou excepcionalmente e, em raríssimos casos vivem alguns dias ou poucos meses.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Melo⁶, relator na ADPF nº 54, após discussões e debates de especialistas em sessões públicas realizadas no STF, concluiu que *“a anencefalia configura – e quanto a isto não existem dúvidas – doença congênita letal, pois não há possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior”*.

O entendimento do Conselho Federal de Medicina exposto na Resolução nº 1.949/2010 é de que *“para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e necessários os critérios de morte encefálica”*. Desde a Resolução nº 1.752/2004, o Conselho Federal de Medicina já consignava serem os anencéfalos natimortos cerebrais.

Desta forma são cientificamente inviáveis por não possuírem qualquer possibilidade de sobrevida, nem mesmo para fins de transplante. Além disso, na maioria das vezes, a gestação de fetos anencéfalos, traz consigo complicações para a mulher, uma vez que em 50% (cinquenta por cento) das hipóteses há a morte intrauterina do feto portador desse tipo de anomalia.

III. CONCEPÇÕES DE VIDA E MORTE

A ciência jurídica tutela a vida humana, mas não existe um conceito estável e definido do que vem a ser a vida humana. Determinar quando começa uma vida e o exato momento do término dela são dificuldades encontradas pela Bioética e pelo Direito.

A evolução científica que impera nos tempos modernos impede a determinação precisa de um conceito de vida e de morte. Isto porque descobertas científicas são rapidamente superadas, prevalecendo, na esfera fática, a provisoriedade do conhecimento, que impossibilita concretizações dessa magnitude.

Na lição de Maria Auxiliadora Minahim, a definição de um conceito de vida baseia-se na ideia de sete pilares. O primeiro pilar seria a codificação dos genes pelo ADN que garante a mutação do DNA e reprodução dos genes entre gerações. O segundo pilar se constitui com a improvisação que é a adequação do organismo ao ambiente a que ele será revelado, a fim de garantir a sua sobrevivência.

A confinação dos organismos vivos em medidas próprias, definidas e limitadas, protegidos dos males exteriores pela chamada pele ou membrana, caracteriza o terceiro pilar na visão da citada autora. A capacidade de incorporação e modificação de energias exteriores em energia para o próprio organismo, e a capacidade de regeneração do próprio organismo, para compensar e recompor energias perdidas ao longo do tempo define, respectivamente, o quarto e quinto pilares.

O sexto e sétimo pilares são a adaptabilidade que se constitui como sendo a consequência do processo de improvisação, e o isolamento determinado como o processo que visa impedir que catalisadores de uma reação química metabolizem agentes de outra reação, dentro do sistema metabólico do organismo.

Não existe um indivíduo uno, insuscetível de decomposição, mas sim um indivíduo constituído de uma pluralidade de elementos, tais como células, moléculas, átomos, elétrons, energia etc. Esses compostos, no decorrer do tempo, se organizam de forma a singularizar um ser. Um ser vivo para passar de um estágio de simples materialidade biológica, um conglomerado de células, para uma substância humana individuada, precisa atravessar um processo de organização e singularização, e, para isso, se faz necessário um determinado espaço de tempo. Assim, mesmo considerando o feto como um indivíduo, ou seja, ser individuado integrante da espécie humana faltar-lhe-ia a atribuição de pessoa, para ser tutelado na esfera penal de forma absoluta.

A mesma dificuldade encontrada para se definir um conceito de início da vida estende-se também para a consolidação de um exato momento para o fim dela, ou seja, para a ocorrência da morte. A morte não é um

fato imediato, mas uma série de fatos que ocorrem nos vários órgãos e sistemas que mantêm a vida. Por isso, o momento da morte não é claro e evidente. O óbito pode ser diagnosticado a partir da confirmação de inexistência de sinais de vida organizada.

No passado, os elementos definidores da morte eram a paralisação da função cardíaca e respiratória, cessação completa e prolongada da circulação, pele aperegaminhada e mancha verde abdominal. A partir da década de 60 (sessenta) uma nova definição de morte se formou devido ao surgimento de modernos instrumentos técnicos, capazes de prolongar vidas através de meios artificiais, tais como, medidas de ressuscitação cardíaca, aparelhos de circulação extracorpórea e respiradores artificiais.

Nesse contexto, surgiu uma diferenciação entre a morte clínica, diagnosticada através da parada das funções do coração e pulmões, a morte biológica, evidenciada por meio da extinção da atividade celular, e, a morte cerebral (cortical), baseada na paralisação das funções cerebrais.

No estudo dos Direitos Individuais e Coletivos, notadamente sobre o direito à vida, o doutrinador Pedro Lenza⁷, assim pontuou:

“A constatação de que a vida começa com a existência do cérebro (segundo o STF e sem apresentar qualquer análise axiológica ou filosófica) estaria estabelecida, também, no art. 3º da Lei de Transplantes, que prevê a possibilidade de transplante depois da morte desde que se constate a morte encefálica. Logo, para a lei, o fim da vida estaria previsto com a morte cerebral e, novamente, sem cérebro, não haveria vida e, portanto, nessa linha, o conceito de vida estaria ligado (segundo o STF) ao surgimento do cérebro.”

Nos tempos atuais, a inclinação é no sentido de indicar a morte real por meio da avaliação da atividade cerebral, diante do contido no Art. 3º da Lei Federal nº 9.434/97, que associa a morte encefálica à cessação da vida humana.

IV. COLISÃO ENTRE OS DIREITOS DA GESTANTE E OS DIREITOS DO FETO

O Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, assegura a todos os

brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, o direito à vida. Este direito à vida possui dupla acepção, que na visão de Alexandre de Moraes⁸ assim se apresenta:

“A Constituição Federal assegura, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto a sua subsistência.”

No entanto, cumpre salientar que apesar de ser resguardado pela Constituição Federal, o direito à vida não é absoluto, face à existência, no ordenamento jurídico pátrio de alguns permissivos em que esse direito à vida pode ser violado. São os casos, por exemplo, da pena de morte, do estado de necessidade e da legítima defesa.

Nesse sentido, torna-se válido ressaltar que, mesmo o nascituro tendo seus direitos assegurados, o direito à vida do nascituro e o direito à vida de uma pessoa não são assegurados pela legislação brasileira de igual forma. Vislumbra-se essa situação ao analisarmos a pena atribuída ao crime de aborto (1 a 3 anos de detenção), que tem como objeto jurídico a vida do feto ou embrião, e a pena atribuída ao homicídio simples (6 a 20 anos de reclusão), no qual é tutelada a vida humana. Ora, se ambos os protetivos penais tutelam a vida, seria natural que reprimissem qualquer forma de interrupção dessa vida de forma proporcional.

Não se pretende negar proteção ao ser em formação, mas é importante dizer que não pode existir um nivelamento entre a proteção da vida daquele que já nasceu com a vida de um ser que ainda está por vir, o qual no caso em tela é um ser inviável. Argumenta o Ministro Marco Aurélio Melo⁹, relator na ADPF 54 ***“ainda que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos, deve-se admitir ser a tutela conferida a tal direito menos intensa do que aquela própria às pessoas e aos fetos em geral. Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo.”***

Em contraponto ao direito à vida assegurado ao nascituro, encontram-

se os direitos à dignidade, liberdade, autonomia da vontade e saúde (física e psíquica) da gestante. O respeito à dignidade da pessoa humana implica no reconhecimento da liberdade e da autonomia da vontade. A pessoa humana, como ser dotado de razão, possui capacidade plena para decidir acerca de como melhor guiar a sua vida. Mais especificamente com relação à antecipação terapêutica de feto portador de anencefalia deve ser conferido à gestante o direito de escolha por interromper ou não a gestação, diante da certeza do óbito da criança logo após o nascimento.

Vale ressaltar que inserido no direito à liberdade e à autonomia da vontade encontram-se os direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Essa nova perspectiva assegurada ao sexo feminino após a *Conferência Mundial sobre Direitos Humanos* realizada em Viena no ano de 1993, quando comparada ao exposto pelo Código Penal que data de 1940, deixa perceptível a necessidade de adequação da legislação à conjuntura de uma outra realidade social.

Nesse sentido foi o Voto proferido pelo Ministro Celso de Melo¹⁰ no Julgamento da ADPF nº 54, *in litteris*:

(...) a mulher, apoiada em razões diretamente fundadas em seus direitos reprodutivos e protegida pela eficácia incontestável dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade, tem o direito insuprimível de optar pela antecipação terapêutica de parto, nos casos de comprovada malformação fetal por anencefalia, ou, então, legitimada por razões que decorrem de sua autonomia privada, o direito de manifestar a sua vontade individual pelo prosseguimento do processo fisiológico de gestação.

Fazendo uma comparação entre a gravidez resultante de estupro e a gestação de feto anencéfalo, o Ministro Carlos Ayres Brito¹¹, afirmou que na gravidez resultante de estupro a mulher tem “**a forçosa lembrança da monstrosidade do intercuro sexual**”. Na anencefalia, a mulher tem “**a subjetiva estupefação pela ‘monstrosidade’ em si de todo o processo de concepção, gravidez e parto de um ser que já se sabe prometido ao túmulo antes mesmo de conhecer o berço**”.

Ademais, o direito à saúde é assegurado a todos indistintamente pela Constituição Federal através do art. 196 da Carta Magna, in verbis:

“Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

O direito à saúde está ligado ao direito à vida em sua dupla acepção, tanto naquela relacionada ao direito de continuar vivo, uma vez que consubstancia-se como um obstáculo que protege o seu titular de qualquer lesão ou ameaça de lesão ao direito; quanto na segunda de se ter vida digna quanto à subsistência, posto que obriga o Estado a promover a adequada prestação dos serviços públicos de saúde, de forma a garantir um nível mínimo de vida digna da pessoa humana.

No caso da antecipação terapêutica de feto anencéfalo, embora haja a proteção legislativa assegurada ao nascituro, não se concebe exigir da gestante o prosseguimento da gravidez, tendo a consciência da impossibilidade de vida extrauterina, aliada aos riscos de uma gestação que pode gerar comprometimento da sua saúde física e psíquica.

Na gestação de anencéfalo, alia-se a gravidez de risco para a mãe e a impossibilidade de vida extrauterina do feto. Nessa relação, o sopesamento se dá entre os interesses da mãe, nos seus direitos de liberdade e integridade corporal, com os interesses da criança que vai nascer morta ou que viverá, mas que viverá por poucas horas. Ainda que adotados todos os cuidados pertinentes a uma gravidez, há a convicção de não continuidade de uma vida, pois o feto portador de anomalia encefálica não reúne condições de sobrevivência extrauterina.

Destarte, é de suma importância destacar a relatividade dos direitos e garantias fundamentais. Estes não se constituem como direitos ilimitados, uma vez que encontram óbices nos demais direitos assegurados constitucionalmente. Assim, diante de conflitos entre direitos e garantias fundamentais, devem-se harmonizar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a fim de atingir a justa ponderação entre os interesses divergentes, de forma a não sacrificar injustamente algum bem jurídico em detrimento de outro.

V. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA E A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

No caso da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo até poder-se-ia cogitar a existência do ilícito, já que o Código Penal não permite essa prática. No entanto não há como sustentar uma tipicidade material, uma vez que o resultado, ou seja, a lesão contra o bem jurídico tutelado pelo direito penal (vida do feto) decorre de um comportamento razoável diante da situação em que está inserida a conduta. Por essa razão, a morte do feto, não deve ser considerada desproporcional, desaprovada nem muito menos arbitrária.

O embasamento jurídico da atipicidade material do aborto de feto anencéfalo se explicita na medida em que há uma desvalorização do resultado da lesão, uma vez que este decorre de uma conduta plenamente tolerável e razoável diante das circunstâncias que circundam a ocasião.

Ademais, a possibilidade de interrupção da gestação nas hipóteses de anencefalia fetal encontra respaldo também na justa ponderação de interesses entre os direitos à dignidade da pessoa humana, liberdade, autonomia da vontade e à saúde assegurados à mulher, em confronto com o direito à vida de um feto cientificamente inviável.

A antecipação da gestação de feto anencefálico se caracteriza como uma hipótese extralegal de excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que é inconcebível, nessas situações, a exigência de outra conduta das partes envolvidas.

No caso de interrupção da gestação de feto portador de anomalia encefálica, a questão gira em torno de dois aspectos: o da gestante e o do médico. Para a gestante, tomar conhecimento de que o feto que carrega em seu ventre é portador de anencefalia, sendo um ser completamente inviável, transforma a saúde psíquica da mulher, gerando transtornos e perturbações psicológicas, depressões o que interferem inclusive no convívio com sua família. Perante essa conjuntura, seria injusto se exigir da gestante outra conduta senão a prática abortiva. De igual forma não se pode admitir a exigência de conduta diversa por parte do médico. Esse profissional de saúde não pode figurar na situação de forma insensível e indiferente ao sofrimento dos pais e familiares de uma criança que logo ao nascer sucumbirá.

Atualmente, o equilíbrio entre a medicina – detentora de meios

capazes de detectar anomalias intrauterinas gravíssimas com precisão – e o Direito propicia o surgimento de decisões nunca antes prováveis, ante a possibilidade de o médico realizar o aborto de feto anencefálico sem ser considerado coautor no crime de aborto.

VI. CONCLUSÃO

Conforme o estudo ora debatido, o aborto vem a ser a prática pela qual se interrompe a gravidez com a conseqüente morte do feto, produto da concepção. Tal prática em um determinado momento histórico já fora considerada lícita. Nos tempos atuais existem formas permitidas e legalizadas e outras condenadas pelo ordenamento jurídico pátrio. A discussão em torno de sua prática é controversa, visto que ela é analisada através de divergentes opiniões, sejam elas médicas, religiosas, morais, éticas ou jurídicas.

A interrupção da gestação de feto anencefalo, de acordo com o entendimento do STF não se constitui crime, mas tão somente antecipação terapêutica do parto, quando comprovadamente e com absoluta certeza se diagnostica ser o feto portador de anomalia grave que impossibilita a vida extrauterina.

Inobstante ser o feto um ser individualizado, separado da mãe, ele ainda não possui a qualidade de pessoa, e, no caso do anencefalo, nem de expectativa de pessoa, uma vez que o feto portador desse tipo de anomalia em 100% dos casos já nasce sem vida ou vive apenas por alguns momentos ou no máximo por poucos dias.

Em casos desta jaez, cumpre observar cada caso concreto, ou seja, a constatação científica da inviabilidade fetal em virtude da malformação congênita, em que a medicina não tenha condições de intervir, durante a gestação, para sanar a anomalia, tendo em vista que em certas situações, o próprio Estado permite que o cidadão pratique condutas que venham a retirar a vida de outrem, como é o caso da Pena de Morte, Legítima Defesa e o Estado de Necessidade.

O Código Penal ainda não regulamenta o assunto explicitamente, porém o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54, firmou entendimento de que **“não é crime interromper a gravidez de fetos anencefalos”**.

Se por um lado, valoriza-se a vida de um ser cientificamente inviável, por outro, valoriza-se os direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autonomia da vontade e à saúde. A justificativa de uma criminalização comprovada a impossibilidade de vida extrauterina afasta a intenção da tutela penal da vida humana e fere direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

ADVANCE THERAPY ANENCEPHALIC FETUS BEFORE THE TRIAL OF ADPF 54 BY FEDERAL SUPREME COURT

ABSTRACT: The present study aims to examine the controversy about thematic anticipation therapy anencephalic fetus. In our country, abortion is a crime against life is only permitted when there is no other way to save the life of the mother and in cases of rape. In addition to these methods of abortion provided for in criminal law, there are others, but not yet legally defined. This is the case eugenic abortion is characterized as one in which interrupts the gestation against the possibility that the fetus was born with severe anomalies. Among these anomalies is part of anencephaly, which is a congenital malformation characterized by the absence of the cerebral hemispheres to be diagnosed prevents the extrauterine fetus. The discovery of anomalies and diseases irreversible even during pregnancy demonstrates the scientific progress of medical science, and the law can not remain static before this advance, under penalty of becoming outdated, ineffective and unable to govern modern society. The Supreme Court, in the judgment of the complaint of breach of fundamental precept - ADPF No. 54, signed understanding that termination of pregnancy in cases of anencephaly, is embodied therapeutic anticipation of childbirth and not abortion.

KEYWORDS: Anticipation Therapy Anencephalic Fetus. Anencephaly. Inability to Life.

Notas

¹ Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 - DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Melo. Julgado em 12 de abril de 2012. Publicado no Dje de 30 de abril de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 05 de maio de 2013.

² JESUS, Damásio de. *Direito penal*: Parte especial. vol.2. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- ³ CUNHA, Rogério Sanches. GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: Parte especial*. Vol.3. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008
- ⁴ Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 – DF. Voto Ministro Carlos Ayres Brito. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoADPF54.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2013.
- ⁵ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 281
- ⁶ Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 – DF. Voto Ministro Marco Aurélio Melo. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2013.
- ⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: Teoria geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2005.
- ⁹ Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 – DF. Voto Ministro Marco Aurélio Melo. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2013.
- ¹⁰ Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 – DF. Voto Ministro Celso de Melo. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54votoCM.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2013.
- ¹¹ Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 – DF. Voto Ministro Carlos Ayres Brito. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoADPF54.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2013.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 9434/97. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, de 04 de fevereiro de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em 27 de março de 2013.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1949/2010. Publicada no D.O.U de 06 de julho de 2010. Seção I, p.85. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1949_2010.htm>. Acesso em 22 abril 2013.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1752/2004. Publicada no D.O.U., de 13 de setembro de 2004, seção I, p. 140. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm. Acesso em 22 de abril de 2013.
- COSTA, Wagner Veneziani. AQUAROLI, Marcelo. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Madras, 2005.
- CUNHA, Rogério Sanches. GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: Parte especial*. Vol.3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FABRIZ, Daury César. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FRANCA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 7. ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK, 2001.
- FRANCA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2004.
- JESUS, Damásio de. *Direito penal: Parte especial*. vol. 2. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JÚNIOR, Paulo José da Costa. *Código penal anotado*. 1.ed. São Paulo: Perfil Ltda, 2005.
- KOOGAN/HOUAISS. *Enciclopédia e dicionário ilustrado*. Rio de Janeiro: Delta, 1994.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: Teoria geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2005.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: Parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 - DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12 de abril de 2012. Publicado no Dje de 30 de abril de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 05 de maio de 2013.
- Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 – DF. Voto Ministro Carlos Ayres Brito. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoADPF54.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2013.
- Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 – DF. Voto Ministro Celso de Melo. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54votoCM.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2013.

Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54 – DF. Voto Ministro Marco Aurélio Melo.

Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em 24 de abril de 2013.

REPERCUSSÃO DA LEI MARIA DA PENHA NOS CONTRATOS DE TRABALHO

Maria Fernanda Souza Carvalho*

RESUMO: O presente artigo tece considerações críticas sobre a repercussão da Lei nº 11.340/2006 nos contratos de trabalho, quanto à nova hipótese de manutenção do vínculo empregatício no caso de afastamento da empregada vítima de violência doméstica e familiar por até 6 (seis) meses de seu local de trabalho. O objetivo da pesquisa, o qual culminou na elaboração deste artigo, foi estudar os aspectos trabalhistas da Lei Maria da Penha, bem como as divergências que giram em torno dos mesmos. Constatou-se que a medida de proteção em questão capitulada nesta lei especial suscita divergências doutrinárias acerca da sua natureza jurídica, se é interrupção ou suspensão da prestação do trabalho, e não do contrato de trabalho, o qual é mantido durante a vigência do afastamento. Observou-se ainda que o tema em tela ainda gera controvérsias sobre a possibilidade de aplicação do instituto da estabilidade após o término da medida protetiva e o conseqüente retorno da trabalhadora ao seu labor à luz da base legal vigente, acerca das estabilidades garantidoras do emprego. Por fim, extraiu-se que há controvérsia no que diz respeito à competência jurisdicional para a concessão do afastamento, considerando-se os entendimentos de competência da Justiça do Trabalho ou dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ou, na ausência destes, das Varas Criminais da Justiça Comum.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Contrato de trabalho. Afastamento da empregada. Manutenção da relação de emprego. Estabilidade. Competência.

* Maria Fernanda Souza Carvalho é Bacharela em Direito pela Estácio Faculdade de Sergipe 2010/2, Analista/Especialidade Direito do Quadro de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público do Estado de Sergipe, Professora Substituta de Direito da Universidade Federal de Sergipe, Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Social da Bahia e Autora de artigos científicos na área de Direito. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/3800732600223307>.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho discorre sobre o reflexo da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, mais conhecida popularmente por Lei Maria da Penha, sobre os contratos de trabalho, que tenham como empregada a mulher vítima de violência doméstica e familiar diante da previsão da medida protetiva de manutenção do vínculo empregatício quando necessário o afastamento da trabalhadora de seu local de labor por até 6 (seis) meses, consoante preceitua o artigo 9º, § 2º, inciso II, da referida norma.

Diante desta questão, a presente pesquisa visará construir uma análise crítica a partir da natureza jurídica do afastamento da empregada vítima desta espécie de violência que assola milhares de lares brasileiros, estudando as hipóteses atinentes à interrupção e à suspensão do contrato de emprego.

Outra discussão a ser examinada é, depois de cessado o afastamento da obreira, se há a possibilidade de aplicação da estabilidade no emprego após o retorno da empregada à execução de sua atividade laboral, como é disciplinado nas hipóteses de estabilidades provisórias previstas na legislação vigente.

Por fim, examinar-se-á a divergência quanto à competência jurisdicional para a concessão do afastamento da empregada agredida por até 6 (seis) meses de seu local de trabalho, considerando-se os entendimentos de competência da Justiça do Trabalho ou dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, competentes para processar, julgar e executar as causas cíveis e criminais decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher, ou, na ausência destes, das Varas Criminais ordinárias, órgãos da Justiça Comum.

O tema do presente estudo é de cara relevância jurídico-social porque a violência, por si só, gera discussões e até mesmo certo desconforto, do que dirá se for perpetrada contra a mulher e, conseqüentemente, contra a família, e se for doméstica e/ou familiar, tendo em vista que ao seu redor há preconceitos, discriminações e desconhecimentos, fundados em fatores culturais e antropológicos. Giram em torno do tema questões relativas à responsabilidade social do Estado e da sociedade civil, esta última considerada em suas instituições privadas, diante da necessidade de promoção de direitos fundamentais trabalhistas.

2. NATUREZA JURÍDICA DO AFASTAMENTO DA EMPREGADA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR DO LOCAL DE TRABALHO: INTERRUPTÃO OU SUSPENSÃO?

A Lei nº 11.340, publicada na data de 07 de agosto de 2006, vigente a partir desde 22 de setembro de 2006, e fruto do Projeto de Lei 4.559/2004 da Deputada Federal Jandira Feghali, alterou a disciplina sobre o tratamento do Estado brasileiro, após anos de inércia legislativa diante da triste realidade destruidora da vida de milhares de mulheres brasileiras, para agravar as sanções e dar celeridade e efetividade nos processos dos crimes contra a mulher resultantes de violência doméstica e familiar. A referida norma é mais conhecida popularmente por Lei Maria da Penha. Por que Maria da Penha? O apelido da lei justifica-se no caso da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de diversos atos de violência doméstica perpetrados pelo seu marido, M. A. H. V.. Desde maio de 1983, Maria da Penha encontra-se paraplégica após tentativa de homicídio, maquiada em um assalto simulado pelo seu esposo em Fortaleza/CE.

O caso da Maria da Penha foi de tamanha repercussão social, visto que a sua história fora levada mediante denúncia proposta pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA.

Após pressões internacionais da OEA e de ONGs de combate à violência doméstica, o Brasil decidiu efetivamente cumprir o art. 226, § 8º da Constituição Federal de 1988 e os tratados e convenções internacionais dos quais é signatário por meio da edição da Lei Maria da Penha¹.

Perlustrando a lei em testilha, pode-se afirmar que ela concretiza uma tentativa do Estado brasileiro de combate e repressão à prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, garantindo proteção aos direitos fundamentais das mulheres, os quais, outrossim, são direitos humanos, fundados na dignidade da pessoa humana.

Malgrado as disposições penais dispostas na norma sejam mais rigorosas², a lei tem um caráter mais educativo, preventivo e protetivo do que repressor e dispôs no art. 9º, § 2º (Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar), com o escopo de preservar

a integridade física e psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, que o Juiz assegurará à vítima o acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta (inciso I) e a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses (inciso II).

Fabrcio da Mota Alves entende que é precisamente o § 2º desse dispositivo legal que contém a maior força do Capítulo, pois a Lei Maria da Penha inaugura uma nova justificação para a remoção da servidora pública que esteja em situação de violência doméstica e familiar, visando à preservação de sua integridade física e psicológica, e àquelas vítimas que não têm vínculo com a administração pública, mas que estejam empregadas sob qualquer forma de relação profissional com particulares ou com empresas, a norma buscou assegurar a sua estabilidade por seis meses, uma vez afastada do local de trabalho por medida judicial (2006, [n.p.]).

Observa-se que a lei em comento inovou em matéria trabalhista ao prever a possibilidade de afastamento da empregada vítima de violência doméstica por até seis meses como um dos meios de preservação da integridade física e/ou psicológica da ofendida. Nessa esteira, a Lei Maria da Penha visou à proteção e ao reconhecimento de direitos fundamentais inespecíficos do empregado na relação de trabalho, pois, ainda que a medida protetiva decorra de fato estranho ao vínculo empregatício, ou seja, a causa de pedir remota é a violência no âmbito doméstico e familiar, a obreira faz jus à salvaguarda integral de seus direitos fundamentais trabalhistas atípicos, tais como integridades física e psicológica.

Segundo Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti (2008, p. 202), o afastamento da mulher, seja servidora pública, seja empregada, é justo, porque possibilita à mulher vitimada pela violência dentro do seu próprio lar, a possibilidade de afastar-se do local de trabalho para preservar ou manter a sua integridade física, psicológica e/ou manter a sua vida.

Trata-se de uma faculdade judicial, na qual o Juiz decide pela concessão do afastamento, nas hipóteses em que a empregada esteja exposta a risco, sendo necessário que a mesma não compareça ao local de execução de seu trabalho por estar próximo ao seu agressor em liberdade ou tenha que se distanciar de sua residência, quiçá para outro município, Estado ou país para se proteger, ficando impossibilitada de laborar.

Para aplicação desta medida extrema é indispensável o acúmulo de duas condições: a primeira, a empregada vítima corra risco de sofrer novas agressões físicas e/ou psicológicas e/ou de vida; a segunda, o agressor não cumpra as demais medidas protetivas de urgência judicialmente deferidas preceituadas no art. 22 da lei, seja por iniciativa da autoridade policial, seja por iniciativa do representante do MP, e/ou não esteja preso em flagrante ou preventivamente.

Nesse diapasão, Carlos Eduardo Duarte do Amaral assevera que:

A manutenção do vínculo trabalhista à mulher em situação de violência doméstica e familiar fica condicionada à necessidade da preservação de sua integridade física e psicológica. Assim, se o suposto agressor, no transcorrer da lide, não estiver investindo contra a vítima, ou estiver cumprindo à risca e com fidelidade todas as medidas protetivas de urgência deferidas, ou mesmo se estiver preso em flagrante ou preventivamente, é indevida a concessão da cautelar de manutenção da relação de emprego, em razão da ausência de iminência de risco à integridade física ou psicológica da ofendida. Outrossim, para decretação cautelar da manutenção do vínculo trabalhista deve ser verificado pelo Juiz se o afastamento do local de trabalho pela mulher se faz necessário, recomendável. Pelo que, mesmo se o suposto agressor estiver no encalço da mulher, descumprindo parcialmente algumas das medidas protetivas de urgência, ou mesmo caso tenha se evadido da prisão para local incerto, será necessário, mesmo assim, que fique evidenciado que o acusado está rondando as imediações do local de trabalho da vítima, ou seja, que o ambiente de trabalho da ofendida possa se constituir em verdadeiro alçapão ou tabuleiro para a reiteração criminosa, em abalo da ordem pública. Acaso restar incólume o desenvolvimento da atividade laborativa pela mulher, em seu local de trabalho, deixando o suposto agressor a vítima em paz neste recinto, certo abalo psicológico ou moral desta poderá ser elemento para o êxito da causa principal,

mas não se constituirá em motivo para decretação da cautelar de manutenção do vínculo trabalhista, por falta de interesse jurídico na medida. O mesmo pode acontecer com aquelas vítimas que exerçam atividade laborativa externa incompatível com a fixação de horário de trabalho ou que o ambiente de trabalho se revele fortaleza inexpugnável pelo agressor, como acontece, p. ex., no caso das aeronautas que trabalham a bordo de aeronaves, contanto que seu algoz também não seja tripulante da mesma (2009, [n.p.]).

Assim, o afastamento da obreira trata-se de *ultima ratio*, ou seja, deve ser aplicada quando os demais recursos legais sejam insuficientes ou ineficazes, devendo estar presente o interesse jurídico, qual seja, a iminência de risco às integridades física e/ou psicológica.

O legislador intencionou proteger o contrato de trabalho da empregada agredida por até seis meses quando imprescindível o seu afastamento para a preservação de sua integridade física e/ou psicológica e até mesmo a sua vida em casos críticos através da “manutenção do vínculo trabalhista”.

A problemática surge diante da expressão “manutenção do vínculo trabalhista”, uma vez que para o ramo justralhista o vocábulo *manutenção* alberga três significados, os quais são interrupção, suspensão e estabilidade. A partir daqui iniciou a divergência sobre a natureza jurídica do afastamento, considerando também que a lei não faz menção à obrigação patronal de pagamento de salário e nem a natureza desta *manutenção*.

Acerca da natureza jurídica da manutenção do vínculo empregatício assentado na Lei nº 11.340/06, Paulo Henrique de Godoy Sumariva compreende que se trata de um tipo de estabilidade, em virtude do impedimento da dispensa por justa causa:

A legislação trabalhista trata em vários momentos de afastamento do empregado de suas atividades laborais, tais como, doenças, acidente de trabalho, serviço militar, gestante, etc. Em todas as hipóteses existe uma legislação pertinente abordando as suas consequências e traçando as diretrizes a serem seguidas, como por exemplo, na licença gestante,

no período de suspensão do contrato de trabalho o seu salário será pago pelo INSS. Também no mesmo caso existe a impossibilidade de demissão, o que caracteriza uma forma de estabilidade no emprego (2007, [n.p.]).

Marília Costa Vieira compreende que se exclui da interpretação do inciso em tela a hipótese de estabilidade, vez que esta é uma garantia do emprego que se faz presente em determinadas situações, pressupondo o exercício efetivo da atividade laboral pelo empregado estável, o que não se coaduna com o disposto na norma, pois a empregada vítima afasta-se da execução de seu labor por até seis meses (2009, [n.p.]).

No mesmo sentido, Eduardo Câmara alega que a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses, significa manter o contrato durante o afastamento da obreira, pelo prazo máximo de seis meses, o que não significa garantia ou estabilidade no emprego após o retorno, mas manutenção durante o período de afastamento, com base em interpretação literal da norma (2007, [n.p.]).

Ao que parece esta manutenção do vínculo trabalhista não se ajusta à hipótese de estabilidade, considerando que as hipóteses de estabilidades listadas na legislação o empregado estável não deixa de executar a sua atividade laboral como, por exemplo, a gestante e o cipeiro, estando assegurada a manutenção de contrato de trabalho por se tratar de garantia de emprego, hipótese de resistência ao direito potestativo do empregador de romper livre e espontaneamente a relação empregatícia.

No entanto, o cerne da problemática está na divergência doutrinária quanto ser o afastamento da empregada uma hipótese de interrupção ou suspensão da prestação do trabalho, porquanto durante a vigência da medida de proteção a obreira não trabalha, o que ocorre com ambas as paralisações temporárias.

Para adentrar na primeira questão acima suscitada, far-se-á mister analisar os institutos da suspensão e interrupção do contrato empregatício.

Ambos os institutos não são fatores de alteração do contrato de trabalho, haja vista serem carentes de aptidão para a modificação de cláusulas contratuais sob o manto do princípio da vedação à inalterabilidade contratual lesiva, nos moldes do art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Entretanto, tratam-se de sustações temporárias e

específicas de efeitos decorrentes da execução do pacto empregatício.

Frisa-se que a suspensão e a interrupção do contrato de trabalho também não são hipóteses de garantias de emprego, visto que, não obstante serem óbices ao término do vínculo de trabalho, congelam a evolução normal dos efeitos no decurso da causa suspensiva ou interruptiva. Demais, as garantias de emprego asseguram todas as cláusulas, devendo empregado e empregador observarem fielmente a sua eficácia.

Na suspensão, ocorre a sustação das obrigações principais de ambos os sujeitos do contrato de trabalho – efetuar o labor e pagar o salário, ao passo que na interrupção, apesar de o empregado não executar o seu serviço, o mesmo continua a ter direito a perceber salário. Por isso, com efeito, denomina-se a interrupção de sustação provisória e parcial da execução da relação laboral, pois a continuação do cumprimento da obrigação principal é unilateral, ou seja, o patrão deve ser adimplente no pagamento do salário, mesmo que o obreiro não trabalhe.

Insta salientar que mesmo na hipótese de suspensão, as demais obrigações derivadas do contrato de trabalho devem ser observadas por ambos os contraentes, sob pena de dispensa por justa causa (art. 482 da CLT), rescisão indireta (art. 483 da CLT) ou dispensa por responsabilidade recíproca (art. 484 da CLT).

Maurício Godinho Delgado denomina a suspensão contratual nos seguintes termos:

É a sustação temporária dos principais efeitos do contrato de trabalho no tocante às partes, em virtude de um fato juridicamente relevante, sem ruptura, contudo, do vínculo contratual formado. É a sustação ampliada e recíproca de efeitos contratuais, preservado, porém, o vínculo entre as partes (2009, p. 971).

Para Delgado, a interrupção é a sustação restrita e unilateral de efeitos contratuais:

Já a interrupção contratual é a sustação temporária da principal obrigação do empregado no contrato de trabalho (prestação de trabalho e disponibilidade perante o empregador), em virtude de um fato

juridicamente relevante, mantidas em vigor todas as demais cláusulas contratuais (2009, p. 971-972).

Tecidas as considerações preliminares acerca dos institutos justrabalhistas em destaque, cabe analisar a celeuma sobre a natureza jurídica do afastamento da empregada sob a tutela da Lei Maria da Penha.

Segundo Vólia Bomfim Cassar (2011, p. 1018), o afastamento por até seis meses para assegurar a integridade física da empregada vítima de violência doméstica tem natureza jurídica de suspensão, haja vista que a lei não determina o pagamento de salários.

Nesse mesmo lado, Tissiano da Rocha Jobim, ao analisar o assunto, compreende que “a previsão legal de que a empregada vítima de violência doméstica ou familiar pode ausentar-se do local de trabalho sem a percepção de salários durante o afastamento leva a crer em uma nova hipótese de suspensão do contrato de trabalho” (2007, [n.p.]).

Maria Berenice Dias, enquadrando o afastamento da empregada em hipótese de suspensão do contrato de trabalho, em face da ausência do dever de cumprimento da obrigação patronal precípua – pagar salários, considera que se trata de hipótese de licença remunerada (2007, p. 96-97).

Para Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, trata-se o afastamento da obreira vítima de violência doméstica ou familiar de hipótese de suspensão do liame empregatício:

A solução que nos parece mais adequada seria de suspensão do contrato de trabalho, na qual a mulher teria mantido o seu vínculo empregatício, não recebendo, porém, salário do empregador, mas sim do órgão previdenciário. É o que ocorre, por exemplo, na licença da gestante (art. 392 da CLT) ou na ausência do empregado por doença ou acidente de trabalho a partir do 16º dia (art. 476 da CLT e art. 75, §3º, do Regulamento de Benefícios da Previdência Social – Dec. 3.048/99, de 06.05.1999). Nesses casos, quem paga pelo período de afastamento da gestante ou o auxílio-doença do empregado é a Previdência, não gerando nenhum ônus para o empregador (2012, p. 80).

A violência doméstica ou familiar contra a mulher não se insere no

âmbito da alteridade, ou seja, o empregador não tem o dever de suportar como o risco da atividade econômica que desenvolve o afastamento de sua empregada agredida no lar. O fato social que motiva a concessão do afastamento da empregada não tem o jaez atinente à relação justrabalista, inexistindo a obrigação de o empregador sustentar única e unilateralmente um ônus que o legislador ordinário não lhe impôs.

Há voz doutrinária que batiza o afastamento como suspensão provocada por força maior prevista no artigo 501 da CLT, como “todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente”.

Neste sentido, Maurício de Carvalho Salviano entende que o afastamento do trabalho determinado por um juiz, atendendo ao art. 9º, § 2º, inciso II da Lei nº 11.340/06, tem cunho de suspensão do contrato de trabalho, em razão da força maior considerada pelo art. 61, § 3º da norma celetista, pois o empregador não concorreu para com o afastamento da mulher do emprego, sendo que não é devido à empresa o custeio deste período, sem a correspondente contraprestação de serviços do trabalhador (2007, [n.p.]).

Salviano ainda completa ao afirmar que o afastamento do emprego em exame por ter sido motivado por força maior, e, sendo assim, terá a empregada que repor este período de ociosidade no futuro, prestando horas extraordinárias ao tempo normal de serviço, até o máximo de duas por dia, num período não superior a quarenta e cinco dias por ano, desde que comunicada Delegacia Regional do Trabalho (atualmente denominada de Superintendência Regional do Trabalho) (2007, [n.p.]).

Além disso, o art. 5º, inciso II da Constituição Federal reconhece o princípio da legalidade como o vetor do Estado de Direito, consagrando-o ao nível de direito humano fundamental ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Acerca do princípio retrocitado, Alexandre de Moraes compreende que o mesmo visa combater o poder arbitrário do Estado, pois somente por meio das normas, expressão da vontade do povo, podem se criar obrigações para o indivíduo (2011, p. 101). Para este constitucionalista pátrio, “com o primado da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei” (2011, p. 101).

Em observância ao princípio da legalidade diante do silêncio legal sobre a natureza jurídica do afastamento, Tizzano da Rocha Jobim assevera que:

[...] tendo em vista que ninguém é obrigado a fazer algo senão em virtude de lei, conclui-se que não surgiu no mundo jurídico qualquer obrigação à percepção de salários no período de afastamento, e tão pouco imposição de responsabilidade ao empregador pelo pagamento desses salários. Acreditamos seja impossível onerar o empregador, além da ausência da prestação de serviços, com a responsabilidade pelo pagamento de salários por um evento a que não deu causa. Pensamento contrário sujeitaria a mulher a mais um tipo de discriminação, o que obviamente não é do interesse do legislador (2007, [n.p.]).

Trata-se de hipótese que deve ser aplicada ao caso concreto a interpretação restritiva em prol do empregador, sob pena de configurar-se locupletamento sem causa, uma vez que um sujeito da relação jurídica seria beneficiado, sem causa, em detrimento do outro, com arrimo em uma situação sobre a qual este não deu causa e, pois, deve ser considerado irresponsável por ato de terceiro. Nesse sentido, se o patrão suportar a obrigação de pagar o salário da empregada.

Em argumentação diversa, há aqueles que defendem o afastamento tratar-se de hipótese de interrupção do contrato de trabalho, tendo a empregada protegida os mesmos direitos reconhecidos ao trabalhador nas hipóteses de interrupção e, por outro lado, intactas as obrigações do empregador. Para esta corrente doutrinária, o afastamento protetivo da Lei Maria da Penha é uma sustação temporária e parcial da execução da atividade laboral.

Para aqueles que advogam a tese de que a obreira agredida não é responsável pela concessão do afastamento, a mulher não deve ser mais penalizada pela sustação da percepção de seu salário, que pode ser o único meio de subsistência da empregada. Ademais, aplicada a medida excepcional e protetiva talvez a mulher tenha que se refugiar em outro local distante de sua residência, até mesmo desprovida de qualquer meio de subsistência. Retirar o seu salário poderá intensificar a lesão contra a sua dignidade e seus direitos fundamentais individuais e sociais.

Jorge Luiz Souto Maior (2008, [n.p.] apud MONTEIRO JÚNIOR, [n.p.], 2009) afirma que o direito ao afastamento em questão se exercerá, por óbvio, sem prejuízo do salário, obrigação que penderá sobre o

empregador para atender a sua função social.

Nesse diapasão, Eduardo Câmara (2007, [n.p.]) argumenta que, com fulcro no aspecto teleológico da norma em análise (artigo 4º da Lei Maria da Penha), serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, além dos artigos 5º, I, § 1º e 2º, 6º, 7º XX, XXII, 193, 226 *caput* e § 8º, 227 da Constituição, cumulados com os princípios do Direito do Trabalho, devendo-se concluir que o legislador falou menos que queria (ou deveria).

Câmara aduz ainda que o caso é de afastamento involuntário da empregada, por ato de violência, situação rechaçada pela própria Carta Magna no artigo 226, § 8º, sendo que diante da situação excetiva e incompatível com a restrita garantia concedida, deveriam ter sido garantidos à empregada afastada por motivo de violência doméstica ou familiar, direitos mais extensos que não apenas a garantia do emprego (2007, [n.p.]).

Portanto, segundo Câmara, considera-se o afastamento involuntário da empregada sem culpa sua ou do empregador, devendo serem mantidos a contagem do afastamento no período aquisitivo das férias, os recolhimentos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS – e ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (2007, [n.p.]).

Solução diferenciada apresenta Carlos Eduardo Rios do Amaral ao equiparar a violência doméstica e familiar, por via oblíqua, em ofensa à integridade física ou psicológica da mulher, a doença da segurada, com supedâneo na aplicação da interpretação extensiva ou ampliativa:

Para tanto, no caso do uso da analogia, deverá o Magistrado aplicar aos casos de manutenção do vínculo trabalhista à mulher em situação de violência doméstica e familiar das regras pertinentes ao Auxílio-Doença. Em linhas gerais, durante os primeiros 15 (quinze) dias consecutivos ao do afastamento da atividade, incumbirá à empresa ou pessoa física empregadora pagar à segurada empregada o seu salário integral, e, após, o encargo ficará por conta da Previdência Social (Art. 60, Parágrafo 3º, da Lei 8.213/91) (2009, [n.p.]).

Ao que parece a corrente majoritária advoga o enquadramento do afastamento como suspensão do pacto laboral, coadunando-se a medida protetiva com os fins sociais que regem a lei especial em epígrafe, rezados no art. 4º.

Em contrapartida, a corrente doutrinária a qual defende que o afastamento em comento é suspensão do liame laboral, com todos os efeitos celetistas, entre eles o da sustação temporária da obrigação patronal de pagar salário, também indica que a empregada afastada não pode ter a sua subsistência comprometida, sobretudo por se encontrar em situação de vulnerabilidade, merecendo receber alguma espécie de auxílio pecuniário assumido pelo Poder Público, através da Previdência Social ou da Assistência Social. O fundamento para a percepção de eventual auxílio ou benefício previdenciário ou assistencial seria a situação de vulnerabilidade da empregada afastada em virtude da violência doméstica e familiar.

Para Souto Maior, faz-se necessário a criação de um auxílio pecuniário em decorrência do afastamento involuntário do emprego (sem o rompimento do vínculo), a ser pago pelo INSS ou com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT (a exemplo do seguro-desemprego), possuindo caráter assistencial (2008, [n.p.] apud MONTEIRO JÚNIOR, [n.p.], 2009).

Ainda nessa esteira, Eduardo Câmara defende a necessidade de criação de um auxílio pecuniário em decorrência do afastamento involuntário do emprego, a ser pago pelo INSS ou com recursos do FAT, de natureza assistencial (2007, [n.p.]).

Maria Berenice Dias apresenta como solução mais adequada para a subsistência da trabalhadora afastada é a percepção de salário pela Previdência Social, a exemplo do que ocorre na licença-maternidade e no acidente de trabalho (2007, p. 97).

A respeito da subsistência da empregada afastada, observa-se a necessidade de criar um benefício previdenciário, devendo haver uma alteração na Lei nº 8.212/91 – Lei de Custeio da Previdência – e na Lei nº 8.213/91 – Lei dos Benefícios – com o alvo de impedir o comprometimento da subsistência da mulher afastada do local da prestação de seu trabalho e sem remuneração, quando esta não pode procurar outro trabalho, seja formal, seja informal, bem como perceber valores do FGTS ou de um dos benefícios previdenciários³ ou assistenciais⁴ já disciplinados em

lei. Tal proposta considera o afastamento em destaque uma suspensão do contrato de trabalho e conseqüentemente o empregador não é legal e especialmente compelido a pagar salário à sua obreira judicialmente protegida.

Cabe relevar que se a empregada, seja urbana, rural ou doméstica, é segurada obrigatória do Regime Geral da Previdência Social – RGPS, decorrendo a filiação da atividade remunerada, ou seja, no momento em que uma pessoa inicia o exercício de alguma atividade remunerada, estará, por isso mesmo, filiada à Previdência Social. A inscrição é ato formal pelo qual o segurado fornece dados necessários para sua identificação pela autarquia previdenciária, proporcionando a fiscalização das contribuições sociais mensais pagas e descontadas na folha de pagamento do salário do empregado. Logo, todo cidadão brasileiro que trabalha com carteira profissional assinada contribui mensalmente para a Seguridade Social.

Nesse rumo, sabe-se que é vedado ao legislador infraconstitucional instituir ou estender benefício ou serviço, ou majorar seu valor, sem prévia criação de fonte idônea de satisfazer os dispêndios decorrentes. Assim, sendo a empregada segurada obrigatória do RGPS, a mesma contribui prévia e mensalmente para o INSS, fazendo jus aos benefícios previdenciários já tipificados, desde que satisfeitos os requisitos legais, bem como a eventual benefício previdenciário para a hipótese de afastamento com base na Lei Maria da Penha, devido este em razão de sua situação de vulnerabilidade.

Carlos Eduardo Rios do Amaral assevera que ainda que o reconhecimento judicial da situação de vulnerabilidade derivada da violência doméstica e familiar, na qual se encontra a empregada agredida e afastada, não seja explicitamente elencada como hipótese de percepção dos benefícios previdenciários, não se trata de óbice ao deferimento de eventual benefício previdenciário, considerando que a espécie de violência combatida pela Lei Maria da Penha constitui uma das formas de violação dos direitos humanos e estes têm aplicabilidade imediata por meio de hermenêutica constitucional:

Noutro giro, a reconhecida omissão legislativa do Estado em não incluir no rol de benefícios sociais, do Art. 18, da Lei 8.213/91, compreendidos no Regime Geral da Previdência Social, das prestações relativas à manutenção do vínculo trabalhista

à mulher em situação de violência doméstica e familiar, não impedirá o deferimento da medida. O Art. 6º da Lei 11.340/2006 é claro ao dispor que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”. Sendo assim, é regra insuperável de hermenêutica constitucional a lição de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Diante de eventual lacuna das Leis 8.212/91, 8.213/91 e do Decreto 3.048/99, principais Diplomas sobre Seguridade Social, imperioso se fará ao Juiz a aplicação das técnicas jurídicas de integração da norma jurídica, seja por meio da utilização da analogia, seja através da interpretação extensiva ou ampliativa (2009, [n.p.]).

Caso haja a criação de um benefício previdenciário para a empregada afastada, considerando que a trabalhadora contribuiu previamente para o RGPS, o mesmo pode até ser considerado salário-de-contribuição, da mesma forma que é o salário-maternidade, nos moldes do art. 28, § 2º, da Lei nº 8.212/91.

Destarte, se a autarquia previdenciária arcar os dispêndios da subsistência da empregada protegida pela medida de afastamento sem ônus para o seu empregador, poderá ajuizar ação regressiva em face do agressor da vítima, ou seja, fará jus a se ressarcir dos benefícios e serviços prestados em caso de violência doméstica e familiar praticada contra a mulher⁵. O direito de regresso do INSS nesta hipótese assemelha-se à demanda regressiva em face do empregador no caso de acidente do trabalho assegurado no art. 120 da Lei nº 8.213/91⁶.

A própria Lei Maria da Penha prevê no seu art. 9, *caput* que “A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso”.

O dispositivo legal retromencionado denota um permissivo da *mens legis* do legislador infraconstitucional em instituir mecanismos de cunho assistencial de tutela da família e, neste particular, da mulher, que

além de ser vítima de violência doméstica, precisa, para salvaguardar a sua integridade física e até mesmo a sua vida, sustar, ainda que temporariamente, a realização de seu trabalho devido a uma razão estranha ao contrato de trabalho e sem sua responsabilidade pessoal e ficar sem receber salário para a sua subsistência.

Nesse diapasão, a LOAS no art. 22, *caput*, com redação dada pela Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011, prescreve acerca da criação de benefícios eventuais provisórios fundados em situações de vulnerabilidade temporária da seguinte forma: “Entendem-se por benefícios eventuais as provisões suplementares e provisórias que integram organicamente as garantias do Suas e são prestadas aos cidadãos e às famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública.” E dispõe no § 1º do artigo em análise que “A concessão e o valor dos benefícios de que trata este artigo serão definidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e previstos nas respectivas leis orçamentárias anuais, com base em critérios e prazos definidos pelos respectivos Conselhos de Assistência Social”.

A situação da mulher protegida por decisão judicial de concessão da medida de manutenção do vínculo empregatício quando necessário o afastamento da trabalhadora de seu local de trabalho por até 6 (seis) meses enquadra-se como situação de vulnerabilidade temporária, justificando a instituição de benefício eventual provisório para a empregada incapaz de prover a sua subsistência diante da suspensão das principais obrigações trabalhistas. A possibilidade jurídica deste benefício assistencial alicerça-se na própria Lei nº 11.340/06, fazendo jus a empregada afastada ao recebimento de auxílio pecuniário deste jaez.

Maurício de Carvalho Salviano compreende que a mulher empregada, quando tem seu contrato de trabalho suspenso, não está totalmente desamparada financeiramente, devendo dirigir-se à Secretaria de Assistência Social de seu Município, Estado ou da União, que deverá fornecer àquela mulher benefícios e serviços para conseguir se manter, até que a mesma tenha segurança para retornar à sua casa (2007, [n.p.]).

Ademais, o recebimento de eventual benefício assistencial provisório com fulcro no afastamento previsto na Lei nº 11.340/06 independe de contribuição prévia para o INSS.

Insta salientar que considerando o afastamento uma hipótese de suspensão do contrato de trabalho o seu interstício não tem quaisquer

reflexos para o cálculo das férias proporcionais e nem para fins de incidência do FGTS e contribuição previdenciária.

Cabe ainda ressaltar que se a empregada for dispensada sem justa causa no período do afastamento por seu empregador e este já tinha ciência desta medida protetiva, poderá ajuizar reclamação trabalhista cumulada com pedido de tutela antecipada de reintegração, a qual se deferida *in limine*, ensejará o restabelecimento da relação empregatícia. Caso o empregador não obedeça à ordem judicial, estará sujeito a responder por crime de desobediência, bem como o magistrado tem a faculdade de aplicar pena pecuniária ou astreintes pelo descumprimento desta obrigação de fazer (art. 729 da CLT).

Sobre a dispensa sem justa causa, no entanto, Vólia Bomfim Cassar destaca que:

Quando o contrato está suspenso ou interrompido e, mesmo assim o empregado foi dispensado, não cabe o pedido de reintegração e sim de restabelecimento do liame empregatício, já que o trabalho é proibido no período de interrupção e suspensão contratual (2011, p. 1185).

Se no curso do período do afastamento ocorrer falta grave que enseje dispensa por justa causa, pode o empregador pôr fim ao contrato de trabalho, porquanto se trata de motivo relevante que proporcione a resolução contratual.

Igual solução aplica-se quanto ao pedido de demissão partido da empregada vitimada no curso do afastamento, haja vista que é um direito assegurado ao obreiro de romper a relação de trabalho no curso e renunciar as benesses da sustação transitória. Nesse sentir, Maurício Godinho Delgado assegura a possibilidade de pedido de demissão na figura da suspensão total, haja vista que “a negativa de validade a tal pedido de demissão – independentemente dos sujeitos, circunstâncias e fatores suspensivos envolvidos – implicaria eliminação injustificada de uma liberdade essencial do ser humano” (2009, p. 979).

É de bom alvitre salientar a posição de Carlos Eduardo Rios do Amaral que defende a possibilidade de prorrogação da medida de afastamento se necessário for à integridade física e psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar:

Acontece que acaso não encerrado o feito principal em 6 (seis) meses, e ainda persistirem os motivos ensejadores da manutenção cautelar do vínculo trabalhista, com a séria e fundada possibilidade de comprometimento da integridade física e psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, parece óbvio que a medida acauteladora deva ser prorrogada, quantas vezes parecer necessário e suficiente para manutenção da ordem pública, evitando-se, assim, a possibilidade de reiteração criminosa por parte do agente (2009, [n.p.]).

Demais, em que pese a Lei Maria da Penha seja silente em relação à prorrogação da medida acautelatória em defesa da empregada, o afastamento por até seis meses, mantendo-se o vínculo trabalhista, pode ser renovado com base no poder geral de cautela do magistrado, aplicando-se subsidiariamente o art. 798 do Código de Processo Civil⁷.

No tocante à hipótese do inciso I, limita-se à supramencionada transcrição, pois a servidora pública vítima de violência no seio doméstico e familiar é regida por normas administrativas/estatutárias ou híbridas (celetistas relativizadas pelo regime do Direito Administrativo), não sendo objeto de pesquisa do presente artigo.

Destarte, compreendido o afastamento como hipótese de suspensão da prestação do trabalho, faz-se mister analisar à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de aplicação do instituto da estabilidade provisória após cessada a *ultima ratio* em discussão.

3. POSSIBILIDADE OU NÃO DE APLICAÇÃO DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA NO EMPREGO APÓS A CESSAÇÃO DA MEDIDA DE PROTEÇÃO DA EMPREGADA AFASTADA DO LOCAL DE LABOR

Analisa-se ainda no tema sob investigação a controvérsia sobre a possibilidade de reconhecimento do direito à estabilidade após o término da medida protetiva e o consequente retorno da trabalhadora ao seu labor. Esta discussão deve ser manejada à luz da legislação vigente acerca das estabilidades garantidoras do emprego.

Para adentrar no segundo exame doutrinário, suscitado em torno do reflexo da Lei Maria da Penha nos contratos de trabalho, far-se-á crucial

compreender o instituto da estabilidade.

O vocábulo estabilidade origina-se do latim *stabilitas*, o qual expressa fazer firme ou firmeza.

No Direito do Trabalho pátrio, a estabilidade é o obstáculo da dispensa do empregado sem justa causa, senão nas hipóteses legais, entre elas a resolução contratual na dispensa por justa causa. A estabilidade pode estar regulamentada em lei, acordo coletivo, convenção coletiva ou no próprio contrato de emprego.

Cassar conceitua o instituto da estabilidade “como a garantia que o empregado tem de não ser despedido senão nas hipóteses previstas em lei ou no contrato. Esse direito atenua o poder potestativo do empregador de despedida” (2011, p. 1178).

Nessa esteira, Sergio Pinto Martins denomina estabilidade como:

O direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida. Tem assim, o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação de lei em sentido contrário. (2008, p. 389).

Dessa forma, pode-se considerar a estabilidade como uma situação jurídica na qual o empregado atende a determinados requisitos legais impeditivos do exercício pleno do direito potestativo do empregador de dispensar sem justa causa. O seu fundamento é o princípio da continuidade da relação de emprego, objetivando a eficácia de direitos fundamentais trabalhistas ante as situações excepcionais.

Nesse sentir, faz-se mister compreender que a estabilidade não se confunde com a garantia de emprego, uma vez que esta é uma medida socioeconômica que visa à política de emprego, ao passo que aquela trata-se de um direito do empregado manter o vínculo empregatício diante de uma eventual dispensa imotivada. A segunda é mais que a primeira, pois ainda abarca esta última.

A estabilidade pode ser classificada dos seguintes modos: absoluta ou relativa; legal ou convencional; definitiva ou provisória. A espécie de estabilidade que interessa à pesquisa é a desta última classificação em razão da natureza do afastamento da empregada com abrigo na Lei nº 11.340/06.

No Direito do Trabalho brasileiro há três hipóteses de estabilidade definitiva e legal, as quais são a estabilidade decenal⁸, a estabilidade do art. 19 do ADCT da CF/88⁹ e a estabilidade do art. 41 da CF/88¹⁰. As demais hipóteses de estabilidade são provisórias.

Consoante Sérgio Pinto Martins, estabilidade provisória é aquela que ocorre nas situações em que o empregado não pode ser dispensado em certo período de tempo (2008, p. 393).

Também acerca da denominação de estabilidade provisória, Maurício Godinho Delgado afirma que “como a própria expressão indica, é de extensão apenas temporária, durando o restrito período de sua vigência estipulado pela ordem jurídica” (2009, p. 1150).

À vista disso, discute-se se a empregada, depois do transcurso do prazo do afastamento com base na Lei Maria da Penha, o qual pode ser de até seis meses, e retornado à normal execução de sua obrigação precípua no pacto laboral – prestar serviço – gozaria de eventual estabilidade no emprego por período determinado. Visando proteger a mulher violada no âmbito doméstico e/ou familiar, o magistrado determina o afastamento de suas atividades habituais e proíbe possível dispensa, engessando o poder patronal de extinguir o ajuste empregatício.

O texto do art. 9º, § 2º, inciso II da Lei nº 11.340/06 omite-se quanto à possibilidade de reconhecimento da estabilidade após cessado o afastamento da empregada do seu local de trabalho e retornado, conseqüentemente, ao cumprimento de suas atividades laborais.

Segundo Tizzano da Rocha Jobim (2007, [n.p.]), o legislador, ao editar o dispositivo em comento, teve como única intenção a de possibilitar que a empregada vitimada pela violência doméstica ou familiar, ao afastar-se temporariamente do seu local de trabalho, não possa ser dispensada, sendo-lhe garantido o retorno ao trabalho, desde que ocorra em até seis meses, visto que não inexiste na Lei Maria da Penha qualquer regra que obste a rescisão do contrato de trabalho sem justa causa.

Nessa direção, Jéssica de Souza Strieder advoga a compreensão de que a medida de manutenção do contrato de trabalho aplica-se enquanto vigorar o afastamento protetivo:

[...] a disposição mostra-se clara que enquanto perdurar a aplicação da medida será mantido o contrato da vítima. Pois esta, que já sofre de maus tratos no seio familiar, não pode ser penalizada

duas vezes. Primeiramente, pela violência de fato, praticada contra ela e, concomitantemente, por perder seu emprego em virtude da lastimável situação na qual se encontra, estando impossibilitada de comparecer ao trabalho. Nada mais justo que ocorra a manutenção do vínculo trabalhista em virtude desta situação. Porém, esta medida aplica-se somente durante o afastamento de fato. Não incidirá após o retorno ao trabalho, tendo em vista que não é citado nada a respeito na disposição (2010, [n.p.]).

O afastamento da empregada apenas tem por fim a preservação de sua integridade física e/ou psicológica em defesa da vida pessoal, familiar e financeira daquela que é violada na sua relação familiar, às vezes dentro de seu próprio lar. A manutenção da relação de emprego somente consiste no tempo em que viger a medida de proteção, não havendo efeitos ultralegais e nem ultra-ativos, muito menos por período indeterminado, considerando, igualmente, que a própria medida de afastamento do local de trabalho só pode perdurar até seis meses, ou seja, não é perpétua.

Ao que parece a intenção do legislador foi somente manter o vínculo empregatício da obreira por um período certo, inexistindo direito à estabilidade provisória depois de cessada a medida exceptiva de forma expressa na lei, podendo rescindir o contrato. Logo, pode o empregador exercer, sem óbice, o seu direito potestativo de dispensa sem justa causa, não estando, isto é, compelido a protrair no tempo o pacto.

Ademais, com base no princípio da legalidade, alicerce do Estado de Direito e já analisado alhures, o empregador não pode ser constrangido a cumprir o dever de conservação do contrato de trabalho com a empregada depois do retorno da mesma à prestação de seu labor. Arcar com obrigações que limitem direitos depende de explícita imposição legal.

Em que pese a finalidade do dispositivo em testilha é salvaguardar o mercado de trabalho da mulher (art. 7º, inciso XX da Carta Constitucional), sobretudo quando esta mesma mulher é vítima de uma das formas mais covardes e desumanas de violência e considerada uma das causas da pobreza e marginalização no mundo, a manutenção do contrato de emprego não exprime estabilidade no trabalho após a execução normal deste, no entanto unicamente a preservação durante o tempo de vigência

da medida de proteção.

Na ocasião do retorno da empregada à normal prestação de seu trabalho, todas as vantagens que, em sua ausência, tenham sido concedidas à sua categoria profissional, seja pela via da negociação coletiva, seja pela iniciativa do empregador, deverão ser concedidas, sendo incorporadas ao patrimônio jurídico da obreira, com arrimo no princípio da aplicação da condição mais benéfica.

4. COMPETÊNCIA PARA CONCESSÃO DO AFASTAMENTO DA EMPREGADA DO LOCAL DE TRABALHO: JUSTIÇA COMUM OU JUSTIÇA DO TRABALHO?

Em torno dos efeitos trabalhistas da Lei Maria da Penha, observa-se o estudo em relação à competência para decidir sobre o afastamento da empregada e a decretação da manutenção do vínculo laboral, considerando-se os entendimentos de competência da Justiça do Trabalho ou dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar ou, na ausência destes, das Varas Criminais da Justiça Comum, conforme disposição do art. 33 da retromencionada norma.

O art. 1º da Lei Maria da Penha dispõe acerca da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Esses juízos, em consonância com o art. 14, são órgãos da Justiça Ordinária, qual seja, Justiça Comum Estadual, com competência cível e criminal, e poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas originadas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, ante a previsão normativa acerca da competência do JVD/DFM para a apreciação dos feitos decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher, infere-se que este juízo especializado terá também competência para a concessão do afastamento, seja enquadrado como suspensivo ou interruptivo, do local de trabalho em prol da trabalhadora vitimada, embora haja um silêncio do legislador infraconstitucional sobre por qual juízo analisará e decretará a medida protetiva delineada no art. 9º, § 2º, inciso II da Lei nº 11.340/06.

A corrente doutrinária que considera incompetente o JVD/DFM para a concessão da medida de proteção aduz que o dispositivo em tela contraria o sistema constitucional e infraconstitucional de distribuição

de competências. Para esses doutrinadores, a decisão de afastamento da obreira de seu local de prestação de serviços e a manutenção da relação de emprego prolatada por um JVDFM ou, na sua ausência, uma Vara Criminal Comum, estará incidindo diretamente em uma relação empregatícia, tratando de matéria atinente aos limites da competência da Justiça do Trabalho prescritos no art. 114 da Constituição Federal, e não da Justiça Comum Estadual, a qual é inidônea para debruçar-se sobre matérias justralhistas.

Para este posicionamento, ainda que a medida de proteção à trabalhadora decorra de fato social alheio à relação de emprego e seja isento de responsabilidade patronal e/ou obreira, a sua concessão do afastamento reflete diretamente no contrato de trabalho, haja vista que a prestação do serviço pela empregada será temporariamente sustada, bem como mantido o vínculo laboral.

Nesse diapasão, Marília Costa Vieira razoa que é inviável submeter aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ou à Justiça Criminal questões alheias às suas competências, matérias típicas da competência material e, conseqüentemente, absoluta da Justiça do Trabalho, nos seguintes termos:

[...] não é preciso aprofundar-se no conceito de “relação de trabalho” para deduzir que a hipótese prevista no art. 9º, §2º, II, da Lei 11.340/2006 é oriunda do contrato de trabalho. Assim, a suspensão do contrato de trabalho (ou interrupção, como entendem alguns) fundamenta-se, logicamente, na existência de uma relação de emprego. E como não poderia deixar de ser, as causas oriundas da relação de trabalho (que engloba a relação de emprego) submetem-se à competência da Justiça do Trabalho, conforme previsão constitucional. Conforme exposto nas linhas anteriores, a natureza da competência da Justiça do Trabalho é material e, pois, absoluta. Assim, não pode ser alterada pela vontade das partes, tendo em vista que está ligada ao interesse público, caracterizando-se como norma cogente. Deduz-se, desta forma, que não poderia a parte pleitear na seara criminal providência típica da justiça trabalhista, qual seja: a suspensão do

contrato de trabalho, uma vez que aquela estaria invadindo esfera de competência alheia. Caso contrário, considerando-se competente a Justiça do Trabalho, estaríamos afirmando a absurda hipótese de o juiz criminal poder analisar os requisitos da relação de emprego, constatando a existência do vínculo trabalhista para posteriormente assegurar a manutenção do vínculo trabalhista por até 6 meses (2009, [n.p.]).

Em defesa desta compreensão, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto expõem que se a Justiça Comum Estadual for considerada competente para decidir sobre o afastamento e a manutenção do vínculo trabalhista, o dispositivo pode ser considerado inconstitucional, pois a medida de proteção tem cunho trabalhista, tratando-se de matéria de competência absoluta da Justiça do Trabalho (2012, p. 82).

Esta posição também critica o dispositivo em destaque, razoando que o mesmo é inconstitucional vez que se trata de competência trabalhista, de modo que somente poderia ser alterada por emenda constitucional. Esse argumento arrima-se na previsão da competência da Justiça Especializada Laboral está prevista nos incisos do art. 114 da CF/88, tendo sido ampliada com a redação posterior à incorporação da Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, ao texto constitucional. O art. 114, *caput*, da Carta Constitucional dispõe que compete a Justiça do Trabalho, conforme incisos I e I, respectivamente, “as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” e “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”. Desse modo, diante do jaez da medida de afastamento do local de trabalho e da manutenção do vínculo empregatício, a matéria posta em juízo repercute diretamente na execução do pacto laboral – efeitos na esfera trabalhista a partir da análise da existência ou não de contrato de emprego entre a mulher agredida e o seu suposto empregador – e pode ser tipificada em ambos os dispositivos em exame.

Segundo essa posição, denota-se que caso o juízo ordinário, seja o JVDFM, seja a Vara Criminal Comum, reconheça a existência do fato delitífero cometido no âmbito da violência doméstica e familiar, a empregada vitimada poderá pugnar perante a Justiça do Trabalho

a decretação do afastamento do local de trabalho por até seis meses e a preservação da relação laboral, visto que a Justiça do Trabalho é competente para apreciar e decidir acerca de requerimento da decretação da medida protetiva consagrada no art. 9º, § 2º, inciso II da Lei Maria da Penha. Concedido o afastamento tuitivo, comunica-se a decisão ao empregador, o qual tem o dever de cumprir a determinação judicial. Para Maria Berenice Dias, adepta da posição contrária, além da parte interessada, o Ministério Público também é legitimado a requerer o afastamento do local do trabalho e a manutenção do contrato de emprego (2007, p. 95).

O posicionamento em testilha adota a compreensão de que a competência para a concessão da medida de proteção de efeito justrabalhista traçada na Lei Maria da Penha é da Justiça do Trabalho, sendo que a competência desta é material e, em vista disso, absoluta, tratando-se de norma de cogente, ou seja, norma de ordem pública, a qual não pode ser relativizada ou descumprida pela vontade dos particulares.

Por outro lado, a posição adversária argumenta que a Lei Maria da Penha ao disciplinar sobre a criação do JVDFM, com competência cível e criminal para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher, autorizou tal juízo especializado a conceder, seja na fase do inquérito policial, seja no curso do processo, as medidas protetivas¹¹, inclusive a decretação do afastamento e da manutenção da relação trabalhista com o fito de preservar a integridade física e/ou psicológica ou até mesmo a vida da empregada ofendida. Além disso, este juízo é quem avaliará o fato social para que reconheça ou não a situação de risco da mulher configurada como violência doméstica e familiar.

Sobre este posicionamento, Maurício de Carvalho Salviano compreende que a competência jurisdicional para decidir sobre o afastamento do local de labor é da Justiça Comum, e não da Justiça Federal do Trabalho, pois a causa do afastamento postulado é estranha ao contrato de trabalho:

No entanto, a questão colocada neste artigo – afastamento do trabalho por motivo de violência contra a mulher perpetrada pelo cônjuge ou outras pessoas que convivem com esta trabalhadora – não tem origem na relação do trabalho. O

empregador não é o causador deste problema. Assim, competente para dirimir esta dúvida será a Justiça Comum, que já estará, também, apreciando um eventual crime cometido pelos acusados de estarem lesionando fisicamente ou moralmente àquela trabalhadora que necessita ser afastada do emprego (2007, [n.p.]).

Nesse mesmo sentido, Francisco José Monteiro Júnior assevera que competente para dirimir a dúvida em tela é a Justiça Comum, a qual estará, também, apreciando um eventual crime cometido pelo acusado de estar lesionando física, moral e/ou psicologicamente aquela trabalhadora que necessita ser afastada do emprego, considerando que o juízo comum cível ou criminal não reconhecerá vínculo trabalhista ou algum direito inerente ao contrato de emprego existente, contudo trata-se de reconhecimento de direito constitucional individual e social do trabalhador, direito de permanência no emprego, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, e de proteção à integridade física do trabalhador, enquanto integrante da família (2009, [n.p.]).

Em linha de raciocínio semelhante, contudo apresentando opinião alternativa, Maria Berenice Dias defende que o juízo competente para decidir sobre a manutenção do vínculo trabalhista à vítima de violência doméstica é o JVDFM ou, na falta deste, a Vara de Família (2007, p. 95).

Ademais, segundo Dias, além do requerimento da parte ou do Ministério Público, o juiz pode reconhecer de ofício a necessidade de a vítima manter-se afastada do trabalho, comunicando a decisão ao empregador, que tem a obrigação de cumprir a determinação judicial (2007, p. 95).

Ao que parece o argumento mais plausível para resolver a celeuma em torno da competência para decidir sobre o afastamento da obreira vítima de violência doméstica e familiar por até seis meses é o de que se trata de matéria de competência da Justiça Comum, sendo que em caso de prática delitiva contra a mulher é do JVDFM ou da Vara Criminal Comum, e em caso de processos cíveis (alimentos, divórcio, reconhecimento e dissolução de união estável etc.) é o do JVDFM ou da Vara de Família ou, na sua ausência, da Vara Cível¹², pois os fundamentos da concessão do afastamento são alheios à relação empregatícia, inexistindo a participação do empregador na condição de agressor da empregada.

Além do mais, a Justiça Comum Estadual tem a competência para analisar, diante do acervo probante exposto pela autoridade policial, Ministério Público ou pela vítima, o fato social *sub judice* para que reconheça ou não a vulnerabilidade da mulher no âmbito da violência doméstica e familiar.

5. CONCLUSÃO

Uma das intenções do legislador infraconstitucional foi resguardar o mercado de trabalho da mulher, elevado ao patamar de direito fundamental de segunda dimensão (art. 7º, inciso XX da Constituição) que, justamente exercido, visa à melhoria das condições sociais da mulher, em especial aquela que, já agredida no corpo e na alma e talvez tenha que se refugiar em outro local distante de sua família para sobreviver, ao menos possa ter mantido o seu contrato de emprego, considerado o trabalho bem jurídico fundamental (art. 6º da CF/88). Permitir o contrário, ou seja, afastar a vítima de seu local de trabalho e inexistir ferramenta para preservar o seu vínculo empregatício, pode ferir mais a sua dignidade já ferida.

A solução que se apresenta mais plausível é capitular o afastamento da empregada vítima de violência doméstica e familiar como mais uma hipótese de suspensão dos efeitos do pacto trabalhista, e não de interrupção deste, porquanto esta hipótese geraria o ônus do cumprimento do principal dever do empregador – pagar salário à empregada afastada – sem haver concreta prestação de labor por até seis meses, podendo, quiçá, ser duplamente onerado se tiver que contratar outra pessoa para substituir a trabalhadora afastada. O legislador ordinário somente intencionou manter o vínculo trabalhista da empregada agredida, através de seu afastamento, sem a expressa observância de pagamento de remuneração pelo empregador.

Inexistiria bom senso, lógica jurídica e até mesmo justiça caso o empregador fosse compelido, ainda que por força de lei, a pagar o salário da empregada afastada em razão de violência doméstica e familiar, visto que este indigno fato social não deriva da relação de emprego, não se tratando de fator intrínseco do encargo e risco da atividade econômica patronal. Destarte, não haverá alteridade se o empregado arcar com os custos da subsistência da obreira afastada.

No que tange à estabilidade após a cessação da vigência do afastamento, não se pode criar estabilidade, a qual é uma exceção ao direito potestativo de dispensa, transformando-a em regra, quando não há disposição legal expressa.

A medida tuitiva prevista no art. 9º, § 2º, inciso II da Lei 11.340/06 tutela a integridade física, moral e/ou psicológica e a vida da mulher. Todavia, tutela mínima e insuficientemente o trabalho da mulher – bem jurídico inserido no rol dos direitos fundamentais – sendo indispensável um regramento extensivo e específico de seus efeitos, de modo a acautelar a eficácia que se pretende, acima de tudo na hipótese em que a mulher não pode procurar outro trabalho e nem recebe salário ou benefício pecuniário.

Quanto à competência jurisdicional sobre a concessão do afastamento e manutenção do vínculo trabalhista, a solução mais justa e legítima é a de que compete à Justiça Comum, através do JVDPM, ou, em sua inexistência, Vara Criminal Comum, apreciar e decidir sobre a concessão da medida insculpida no art. 9º, § 2º, inciso II da Lei 11.340/06, porque não há avaliação de questões trabalhistas propriamente ditas, entretanto sim a análise da ocorrência de violência física, moral e/ou psicológica em desfavor da trabalhadora, despontando a imprescindibilidade de afastamento do local de trabalho por até seis meses, sendo mantido o contrato laboral. Ademais, a medida é prorrogável em homenagem à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, à integridade e ao trabalho, com amparo no poder geral de cautela do juiz, sempre que necessário ser a vítima afastada da prestação de suas atividades no emprego, tratando-se esse aspecto da necessidade e do interesse processual.

A manutenção apenas do vínculo de emprego, sem garantias acessórias que proporcionem a subsistência da mulher vítima de violência, exatamente no momento em que se encontra mais fragilizada e injustiçada, vez que foi lesionada por membro (s) da família ou de outro círculo mais íntimo de convivência, apresenta-se ainda insuficiente, tendo em vista que afastada do emprego, ainda é necessário justificar perante o Judiciário o seu interesse em pleitear medidas de proteção. Assim, a empregada afastada faz jus aos benefícios previdenciários legalizados e concedidos pelo INSS ante a sua vulnerabilidade, sendo necessária mudança nas leis que regem o RGPS para acolher a mulher inserida nesta

situação de risco, ou auxílio pecuniário de cunho assistencial nos termos do art. 22, *caput*, da LOAS.

Destarte, em virtude da repercussão da Lei Maria da Penha nos contratos de trabalho e suas obscuridades e omissões ao redor do dispositivo sob exame, diagnostica-se a necessidade de regulamentação da medida de proteção pela via da manutenção do vínculo trabalhista, pois o alvo da norma em exame é a proteção da mulher trabalhadora e da sua família. Ressalta-se que a vítima é sujeito de uma das piores realidades ainda, infelizmente, presentes no mundo e que gera instabilidade social: a violência baseada em questões de gênero.

IMPACT OF MARIA DA PENHA LAW IN CONTRACT'S MAINTENANCE

RESUME: This article was developed based in critical considerations around the effects of Law 11.340/2006 in labor contracts, considering the new hypothesis of the contract's maintenance by the event of a workwoman removal for 6 (six) months, based in the fact that she is a victim of domestic and family violence. The purpose of this research is in order to study the labor aspects of Maria da Penha Law, as well as the differences between them. We can conclude, based in this protective warrant that was assigned in this special law which brings out, by itself, some doctrinal controversies about their legal status, wondering if it can be considered as temporary or permanent discontinuation of the service, but this reading can't be used in employment contract, because the contract will be maintained during the absence. It will be easy to notice that this theme generates controversy around the possibility of applying the Institute of stability after the term of this protective warrant and the consequent return of the workwoman to her job. Thus, the study brings out another controversy regarding the jurisdiction that will predominate for provide the absence, considering the understandings of jurisdiction of the Labour Court or the Courts for Domestic and Family Violence Against Women, or, in the last case, Criminal Courts of Justice policy.

KEYWORDS: Maria da Penha Law. Employment contract. Workwoman absence. Contract's maintenance. Stability. Jurisdiction.

Notas

¹ A ementa da Lei Maria da Penha fundamenta-se na criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

² Admite-se prisão preventiva nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313, inciso III do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011); necessidade da oitiva da ofendida pelo Juiz e pelo Membro do Ministério Público em caso de desistência da ação nos crimes de ação penal pública condicionada à representação da ofendida como, por exemplo, ameaça (art. 16 da Lei Maria da Penha); ação penal pública incondicionada nos crimes de lesão corporal que envolvem violência doméstica segundo recente decisão do Supremo Tribunal Federal – STF proferida em 09.02.2012 no julgamento da ADI 4424 ajuizada pela Procuradoria-Geral da República.

³ A Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, também chamada de Lei dos Benefícios Previdenciários, regula os benefícios previdenciários em espécie no Regime Geral da Previdência Social – RGPS – nos seus arts. 42 a 86, os quais são aposentadorias por invalidez, por idade rural, por idade urbana, especial, por tempo de contribuição, pensão por morte, auxílio-doença, auxílio-reclusão, auxílio-acidente, salário-família e salário-maternidade. Logo, verifica-se que inexistente benefício previdenciário a ser pago para a mulher tutelada por decisão judicial de concessão da medida protetiva de afastamento de seu local de execução de labor decorrente da fragilidade oriunda da violência doméstica e familiar.

⁴ A Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, também denominada de Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS – dispõe nos seus arts. 20 a 22 acerca de benefícios assistenciais de prestação continuada e eventuais.

⁵ O Ministério da Previdência Social, a Secretaria de Políticas para as Mulheres e o Instituto Nacional do Seguro Social firmaram parceria para o desenvolvimento de ações conjuntas de enfrentamento à violência doméstica e familiar. A cooperação entre as três entidades irá garantir o ajuizamento de ações regressivas decorrentes de violência contra a mulher. Esta parceria se materializou por meio da Cartilha *Quanto custa o machismo?*, a qual orienta e reúne informações sobre a Lei Maria da Penha e esclarece acerca de dúvidas e serviços e benefícios do INSS que podem ser requeridos em caso de violência doméstica e familiar praticada contra a mulher. A Cartilha foi publicada na data de 08 de agosto de 2012 durante o evento “O INSS no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher”, tendo sido elaborada pelo INSS em parceria com o Instituto Maria da Penha e a Secretaria de Política para as Mulheres. A Cartilha visa não somente à reparação, mas também à prevenção. O INSS ao entrar com ações regressivas em face de agressores de mulheres vítimas de violência doméstica seguradas do RGPS pleiteando ressarcimento dos cofres públicos diante do pagamento de benefícios como auxílio-doença, pensão por morte ou por invalidez, objetiva reconhecer que a punição neste tipo de violência não deve ser apenas na esfera penal, contudo igualmente em outras.

⁶ Art. 120 da Lei nº 8.213/91. Nos casos de negligência quanto às normas de padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

⁷ O art. 798 do CPC prevê a aplicação do poder geral de cautela do juiz, genérica e subsidiariamente a outros procedimentos, sejam às medidas cautelares nominadas e inominadas, bem como àquelas que prescritas em outras normas legais, nos seguintes termos: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio

de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

⁸ A CLT dispunha a estabilidade decenal, na qual o obreiro, após 10 anos de efetivo serviço com o mesmo empregador, tornava-se estável, apenas podendo ser dispensado em caso de falta grave apurada em inquérito judicial para apuração de falta grave na Justiça do Trabalho.

⁹ O art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – dispõe que os servidores civis admitidos, sem aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, pela Administração direta, autárquica e fundacional, seja da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal e em exercício há pelo menos cinco anos na data da promulgação da Carta Constitucional de 1988 fazem jus à estabilidade no serviço público, ou seja, são estáveis.

¹⁰ O art. 41 da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, 4 de junho de 1998, reza sobre a estabilidade do servidor público ocupante de cargo efetivo após três anos de efetivo exercício em virtude de concurso público.

¹¹ O art. 22 da Lei 11.340/06 reza sobre as medidas protetivas de urgência que impõem obrigações ao agressor nos seguintes moldes: Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. A Lei em destaque ainda prevê no mesmo artigo: § 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público. § 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial. § 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

¹² Em comarcas de cidades pequenas, se houver mais de uma vara e uma for cível, esta última tem competência residual, ou seja, atrai o que não for matéria criminal, inclusive assuntos de Direito de Família.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fabrício da Mota. *Lei Maria da Penha: das discussões à aprovação de uma proposta concreta de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1133, 8

de agosto de 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8764>. Acesso em: 25.05.2012.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios. Da manutenção do vínculo trabalhista à mulher em situação de violência doméstica e familiar. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/38026>. Acesso em: 08.07.2012.

ANGHER, Anne Joyce. *Vade mecum*: acadêmico de direito. 14.ed. São Paulo: Rideel, 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. Cartilha orienta sobre Lei Maria da Penha. *Portal Brasil*, 09 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/08/09/cartilha-orienta-sobre-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 08.11.2012.

CÂMARA, Eduardo. Lei Maria da Penha. *Revista da Amatra* 13, João Pessoa, 09 de julho de 2007. Disponível em: <http://www.amatra13.org.br/?pg=publicacoes&tid=6&id=963>. Acesso em: 01.08.2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manuel de direito previdenciário*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica*: análise artigo por artigo da lei “maria da penha”, nº 11.340/06. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica*: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Hortência de Abreu. *Manual de artigos científicos*. São Paulo: Avercamp, 2004.

JOBIM, Tissiano da Rocha. *A Lei Maria da Penha e reflexos no direito do trabalho*. Abril de 2007. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/boletim-abr07/N6-030407.php>. Acesso em: 08.09.2012.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MONTEIRO JÚNIOR, Francisco José. *Trabalho da mulher: o artigo 384 da CLT e a Lei Maria da Penha*. 02 de setembro de 2009.

Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 26.05.2012.

STRIEDER, Jéssica de Souza. A Lei Maria da Penha e os seus aspectos trabalhistas. *Revista da PUCRS*, Porto Alegre, 07 de junho de 2010.

Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/jessica_strieder.pdf. Acesso em: 15.04.2012.

SALVIANO, Maurício de Carvalho. *A Lei Maria da Penha e os reflexos sobre o direito do trabalho*. Editora da Universidade Camilo Castelo Branco, São Paulo, 9 de outubro de 2010. Disponível em: http://www.unicastelo.br/site/artigos/?id_noticia=368&categoria=52. Acesso em 27.08.2012.

SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. O direito do trabalho e a Lei Maria da Penha. *Jus Vigilantibus*, 14 de abril de 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/24472>. Acesso em: 28.08.2012.

VIEIRA, Marília Costa. A Lei Maria da Penha e a nova hipótese de manutenção do vínculo trabalhista. 11 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 15.04.2012.

EFICÁCIA HORIZONTAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A VINCULAÇÃO DESSES AOS PARTICULARES: TEORIAS PERTINENTES E APLICAÇÃO JUDICIAL DA “LEI DO SOPESAMENTO” COMO SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE INTERESSES CONSTITUCIONAIS

Thyago Gutierrez Rodrigues Santos*

“Se for verdade que um texto só responde a quem o interroga corretamente, então parece elementar que a Constituição se recuse a falar com quem não saiba dirigir-se a ela.”

Karl Larenz

RESUMO: O presente artigo visa analisar de forma breve – porém crítica – as teorias acerca da chamada “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais no Brasil, dissertando sobre a possibilidade da aplicação das teses cabíveis tendo como base nosso ordenamento jurídico, bem como visualizar os conflitos entre bens e valores constitucionais no cotidiano jurídico, os quais podem ser solucionados pela incidência da “lei do sopesamento”, criada por *Robert Alexy* justamente com esse escopo, salientando a importância de aplicá-la em consonância com os valores e direitos eleitos como cruciais pela nossa Carta Magna.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Sopesamento. Aplicação judicial.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição já não é mais encarada como antes. Não se trata mais apenas do paradigma jurídico, mas opera como estatuto da coletividade social, dando norte às relações sociais, jurídicas ou não. Alguns resquícios da visão positivista da Carta Maior ainda persistem sinuosamente, porém com muita dificuldade ainda encontram fôlego. Os direitos fundamentais

* Técnico Judiciário do TJSE, lotado em Riachuelo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). E-mail: thyago.santos@tjse.jus.br

configuram-se como o cerne material da Constituição, e, por conseguinte, de todo o ordenamento jurídico. São o coração do sistema. Por um simples silogismo, constata-se que aplicar os direitos fundamentais é o mesmo que obedecer fielmente aos ditames da nova ordem político-jurídico-social instaurada em outubro de 1988.

A realidade brasileira padece ainda de inúmeros males. Não se deve acreditar que todas as mazelas do país serão resolvidas pelas vias judiciais. Entretanto, tem o Judiciário grande responsabilidade na luta pela concretização da Constituição e dos seus objetivos. Uma maneira hábil para tanto consiste no desenvolvimento dogmático-jurisprudencial e aplicação da eficácia horizontal de direitos fundamentais. Horizontal, pois atua em um mesmo plano: em ambos os lados, há um indivíduo, titular de direitos fundamentais.

A teoria, como aqui será demonstrado, revela-se como a mais conveniente para o nosso ordenamento, além de se configurar como a mais afinada com o projeto social insculpido na Constituição de 1988. Contudo, essa vinculação dos particulares a certos direitos fundamentais – pois alguns deles são dirigidos exclusivamente ao Estado – e a sua consequente horizontalidade acarreta em conflito entre valores igualmente protegidos pela Carta Maior. Para o solucionamento do choque não cabe a decretação da nulidade de algum direito conflitante. Entra em ação a técnica do sopesamento, a qual definirá qual o peso de cada direito no caso concreto e qual aquele que deve ter prioridade. Muitos são os fundamentos constitucionais que corroboram a aceitação e a aplicação da teoria da eficácia imediata, tais como a supremacia da Constituição, a unidade material do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade.

1.1 VISUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

Com o intuito de demonstrar desde já a relevância e a utilidade do conteúdo aqui analisado, colacionaremos exemplos práticos de como a problemática se percebe no cotidiano das relações sociais.

“Tudo já está preparado. Há muito tempo os moradores da Rua Alvorada aguardam por esse momento. Hoje à noite finalmente todos se reunirão para discutir a questão do esgoto entupido lá no fim da rua, que já vem tirando o sossego de muita gente. João Batista de Jesus, viúvo, advogado

aposentado, evangélico de 63 (sessenta e três) anos de idade, é o seu mais conhecido morador, pois além de ter sido um dos primeiros a construir sua casa no logradouro, também participa ativamente em prol dos moradores da rua. Pesquisa preços de serviços, vai à prefeitura reclamar, conversa com os vizinhos sobre as soluções possíveis, e faz reuniões de moradores, como esta que acontecerá logo mais. Como mora sozinho, gosta de ter gente em casa.

Vão chegando os primeiros convidados. Todos vão se acomodando na casinha que já foi palco de tantos debates e propostas. Muitas até se concretizaram, como o conserto das calçadas das casas próximas à praça, que estavam todas quebradiças por causa da má qualidade do material usado pela prefeitura. O “Seu João”, como é conhecido, recebe e acomoda todos os vizinhos. Nenhuma novidade, até que um novo morador chega para a reunião.

Logo que os contornos de sua silhueta despontaram pela porta da frente alguns arregalaram os olhos em completo silêncio. Outros deram risadinhas contidas. Uma mistura de espanto com vislumbre. Um novo vizinho se apresenta (ou será vizinha?): saltos altos, saia curta plissada, blusa tomara-que-caia, cabelos enloirados, maquiagem pesada e perfume insuportavelmente forte: é Shirley “Luxúria”, travesti de 23 (vinte e três) anos de idade, formado em Direito, e o novo morador da casa nº 24 (dizem que seu nome um dia já foi Adagilson Pinto). O esgoto entupido também o estava incomodando, e ficou sabendo da reunião. O problema era que o horário quase coincidia com a hora de uma de suas apresentações semanais. Assim, achou por bem já ir pronto para ir trabalhar assim que a reunião acabasse. “Seu” João imediatamente se levanta de sua poltrona assustado.

- Quem é você? O que veio fazer aqui? - pergunta o dono da casa em tom inquisitorial.

- Hello, pessoas! Ainda não começou não, foi? Ai que bom, pensei que me atrasaria logo na primeira vez. Eu ficaria “passada”. O que importa é que já cheguei! Sim, e como vai ficar o “babado” do esgoto mesmo? Já não aguento mais aquela “inhaca” fluindo perto da minha casinha.

- Você não respondeu minha pergunta! Quem é você? - replicou João mais alto ainda.

- Oi, seu moço! Meu nome é Shirley, a Luxúria! Muito prazer, viu? Tô morando lá na casa nº 24, ficou sabendo não? Sim, sim, mas e aí, como é que vai ficar aquele *problem* lá? Tô ficando bege de tanto *stress* já! - disse

a visita cheia de animação.

- Não, não fiquei sabendo, e se soubesse seria pior. Quanto à questão do esgoto, você saberá depois, se alguém lhe contar. Aqui você não fica. Isso que você faz é nojento, uma coisa diabólica. Seu modo de vida é repugnante, e você precisa se arrepender, ou então vai pra o Inferno, ouviu?! Não aceito “abominações” na minha casa! - falou o dono da casa com os ânimos alterados.

Ao dizer isso, João Batista foi se dirigindo à porta, fazendo sinais com a mão para que Shirley saísse.

- Não vou sair daqui até resolver essa pendenga, e você não tem o direito de me discriminar pela minha preferência sexual. Isso é preconceito, e todo preconceito é inconstitucional! - disse Shirley “Luxúria” em tom firme. Dessa vez, seu timbre era o de um homem normal, e a expressão de seu rosto não tinha mais aquele ar “serelepe”.

- Vai sair sim! Eu sou o dono desta casa e aqui só entra quem eu quiser! Minha casa é asilo inviolável e ninguém pode permanecer aqui sem meu consentimento! É meu direito! E posso expressar a minha opinião livremente também, é direito fundamental meu, quanto mais dentro da minha própria casa! Você vai sair agora mesmo! - retrucou João, relembando dos seus tempos áureos de advogado.

- Conheço a Constituição, vovô. E também sei que gozo da liberdade para manifestar meu pensamento através do meu vestuário, bem como que não posso ser obrigado a fazer algo que a lei não me obrigue. Portanto, quero dizer o que penso e vai ser aqui mesmo! - rebateu o travesti arrimado na lembrança de suas aulas de Direito. A discussão só não terminou da pior maneira, pois dona Norma, senhora idosa, também viúva e juíza aposentada, interveio. Shirley Luxúria disse que aquilo não ia ficar daquele jeito, e saiu. Acabou que a reunião teve que ser remarcada pra outro dia mais calmo. “Seu” João pediu desculpas a todos, mas não aguentou o clima e foi se deitar. Já na porta da casa, quando todos estavam indo embora, Rodrigo Novato, jovem de 18 (dezoito) anos e calouro na faculdade de Direito, chamou dona Norma e perguntou a ela quem estava certo, com base no ordenamento jurídico brasileiro. A resposta, todavia, não foi como esperava, e apenas fez aumentar suas interrogações.

- Meu jovem, toda balança tem dois pratos. Aquele sobre o qual você puser uma carga mais pesada, esse prevalecerá. No entanto, quem dirá

qual delas é a mais pesada? Isso definirá quem tem razão - disse dona Norma, segura de si e certa de que a questão era muito mais profunda do que aquilo que todos imaginaram”.

1.2 O SIGNIFICADO DA HORIZONTALIDADE DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É fato incontroverso a afirmação de que a Constituição Federal - enquanto norma suprema do ordenamento jurídico - tem como uma de suas primordiais funções a garantia de direitos primários, básicos, os quais protegem os cidadãos da intervenção estatal, ao passo que também lhes garante o adimplemento de necessidades básicas para a manutenção de uma vida humana digna. Tanto assim é que o sempre citado art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão prescreve que *“toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”*. De acordo com Ingo Sarlet, com isso, lançou-se as bases dos núcleos materiais das primeiras constituições escritas, as quais tinham essência liberal-burguesa: a limitação do poder do Estado por meio da instituição de alguns direitos fundamentais e da separação dos poderes.¹

Os direitos fundamentais funcionam ainda como norteadores da ordem constitucional, consignando no bojo da Lei Maior diversos pontos de observância legislativa necessária, para que as disposições infraconstitucionais não venham a macular posteriormente as suas ideias-chave. Dessa forma, pode-se inferir de que tais direitos podem ser assimilados como as fontes dos ditames maiores da Carta da República, como se fossem verdadeiros princípios dos princípios constitucionais.

Igualmente, é incontestável a constatação de que um Estado precisa necessariamente de cidadãos, os quais carregam e carregarão comumente a língua, os costumes, o passado e o futuro do país. Sem nacionais não há qualquer subsídio para a edificação e/ou manutenção de um Estado. Ressalte-se ainda que a infinita maioria das relações jurídicas ou extrajurídicas existentes num país advém dos particulares e suas circunstâncias, os quais dão vida ao Estado, contratando serviços entre si, criando cultura e costumes, reformulando a linguagem, gerando novas pessoas e famílias.

A aplicação dos direitos basilares, no tocante à relação entre Estado e cidadão, é obrigatória e facilmente percebida, posto que o próprio Poder Público deve e busca (?) seguir as diretrizes impostas pela Carta da República. É a chamada *eficácia vertical*, que parte do Estado, superior, com seu poder de império, e o cidadão, abaixo, subordinado aos ditames que a ele cabem obediência. Todavia, no que diz respeito à aplicação entre os cidadãos entre si, nas suas relações particulares, é de se questionar pela possibilidade de fundamentação constitucional da eficácia horizontal de direitos fundamentais, além de se perquirir a forma e o alcance dessa vinculação, haja vista que, nos dizeres de Wilson Steinmetz, não há uma “evidência constitucional” que defina incontestavelmente a possibilidade ou não dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais.²

Assim, nas relações Estado/indivíduo temos aquele que reconhece e estabelece os direitos fundamentais contra um destinatário do conteúdo protetivo dessas normas. Desta feita, é pressuposto inicial da concepção de uma eficácia horizontal de direitos fundamentais o conflito entre dois ou mais titulares desses direitos. Portanto, indagar sobre a existência dessa “horizontalidade” significa decidir, ainda de acordo com Steinmetz,

“(…) se existe no mundo das relações jurídicas interprivadas (intersubjetivas e plurissubjetivas) uma zona de exclusão de direitos fundamentais. E se as relações entre particulares não forem território livre de direitos fundamentais, então é preciso decidir quais, como e em que medida direitos fundamentais vinculam os partícipes dessas relações”.³

2. TEORIAS ACERCA DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 TEORIAS DE IMPUTAÇÃO AO ESTADO

Algumas teses direcionam a problemática da eficácia horizontal de direitos fundamentais ao Estado; por isso são chamadas de teorias da imputação ao Estado.

Uma delas é a teoria de *Schwabe*, desenvolvida na Alemanha por *Jürgen Schwabe* e que sintetizava a função das normas de direitos fundamentais na

proteção ante o Estado. Assim, todas elas seriam, na essência, apenas direitos de defesa ante o Poder Público. Por conseguinte, para o jurista germânico, a vinculação dos indivíduos aos direitos fundamentais seria um “*problema aparente*”. Steinmetz afirma que:

“Segundo Schwabe, toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado, porque a lesão, em última análise, resulta de uma permissão estatal ou de uma não-proibição estatal. Se o Estado – por meio da legislação, jurisdição e administração – não proíbe uma violação de direito fundamental entre particulares, então o Estado permite.(...) Assim, o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais desloca-se para o plano das relações entre indivíduos e Estado (...)”⁴(grifos nossos)

De imediato, pode-se perceber algumas falhas nesta elaboração doutrinária. Primeiramente (e principalmente), a teoria resume todas as violações aos direitos fundamentais numa falha estatal direta e inescapável, o que não se sustenta de modo algum. Tal premissa implica em assumir o Estado como se fosse um ser onisciente e onipresente - que tudo sabe e que está em todos os lugares -, e que somente por sua aquiescência é que as infrações acontecem.

Ora, revestir o Poder Público com atribuições tão divinas é um grande deslize, pois o Estado não é capaz de fiscalizar e controlar todas as movimentações sociais, e mesmo que o fizesse, não poderia jamais interferir na livre determinação das pessoas. Ademais, é sabido que os próprios cidadãos, na modernidade em que vivemos, acabam por reproduzir, em microescalas, grupos concentradores de poder. Não um poder “oficializado”, mas invisível, difuso, tais como aqueles que *Ferdinand Lassale* afirmou serem os “fatores reais do poder” de seu país.⁵

Outro problema é que a teoria de *Schwabe* “*conduz a irresponsabilidade privada ante os direitos fundamentais*”, haja vista que toda violação seria automaticamente transferida para o Estado.⁶

Imagine-se ainda a seguinte hipótese: um jovem estudante de Filosofia recebe bolsa de estudos para estudar em uma famosa Universidade Presbiteriana numa metrópole brasileira. Em uma das cláusulas do contrato

consta que o vínculo acadêmico será automaticamente quebrado caso o rapaz promova debates no interior da Universidade que promovam questões de outras religiões. Em determinado momento de sua vida, o jovem converte-se ao Islamismo e passa a ministrar os ensinamentos do Corão em pequenos grupos de estudo na sua turma. A direção toma ciência do caso, consegue provas e executa a cláusula contratual, excluindo o rapaz da Universidade. Ele poderia alegar em juízo a ofensa ao seu direito fundamental de liberdade de crença⁷, ao passo que a Instituição levantaria seu direito fundamental de liberdade contratual⁸. Indaga-se: como atribuir ao Estado a ofensa aos direitos mencionados se foram livremente pactuados pelos seus próprios titulares?

A *State Action Doctrine* é também outra teoria de imputação ao Estado. Para essa corrente, os particulares não podem invocar os direitos fundamentais em suas relações e negociações. Seus adeptos – que se concentram fortemente nos Estados Unidos – tomam como base a natureza liberal que propulsionou o reconhecimento dos direitos fundamentais ao longo da história, principalmente os da primeira dimensão, que já citamos aqui.

Simielle Barros dos Santos pontua que:

“(...) A recusa em se admitir que os direitos fundamentais vinculam particulares também se justifica pelo fato de o texto constitucional norte-americano, na maior parte de suas cláusulas, apontar expressamente o Estado como destinatário dos direitos individuais. (...) Outro argumento (...) é o de que a possibilidade de o particular invocar os referidos direitos quando se relacionar com seus pares operaria o rebaixamento da Constituição e o conseqüente arrefecimento de sua força normativa.”⁹

Essa doutrina norte-americana não admite que os direitos e liberdades fundamentais sejam manejados entre os cidadãos, pois as proteções existem para criar a redoma de guarda mínima e particular de cada indivíduo, impedindo que as ações do Estado (daí o nome) extrapolem os limites. *Bilbao Ubillos*, comentado por Steinmetz, afirma que somente há duas maneiras para se ampliar a conceituação e a aplicação da doutrina no caso concreto: quando alguém exerce uma função própria do Estado sem aparentar, e quando existe uma conexão ou cumplicidade entre um cidadão

e outro que possa “(...) implicar o Estado na conduta de um ator privado”.¹⁰

Encontram-se nas exceções alhures grafadas algumas similitudes com o nosso Direito Penal: quando um funcionário público pratica o crime de peculato, por exemplo, em coautoria com outra pessoa que não goza do mesmo *status*, mas que sabe que o parceiro criminoso é essa circunstância pessoal do funcionário público se comunica com o coautor, e este responderá também pelo crime de peculato mesmo não tendo vínculo laboral com o Poder Público.¹¹

Basicamente é esse o raciocínio empregado pelos Tribunais dos EUA que permite uma leve ampliação da aplicabilidade da doutrina da *State Action* em casos que não versem sobre conflitos entre o Poder Público e particulares. Assim, preserva-se incólume a ideia da impossibilidade de os cidadãos manejarem os direitos fundamentais contra outros pares. Contudo, é possível de se reproduzir, no que couber, as mesmas críticas tecidas contra a Teoria de *Schwabe*, bem como novas outras, como o problema da delimitação daquilo que venha a ser uma responsabilidade do Estado no caso concreto e, acima de tudo, a falta da função Constituição como parâmetro para a sociedade em geral.

Barros traz um caso interessante julgado pelo Tribunal Maior americano, pelo que transcreveremos integralmente:

“(…) a Suprema Corte, no caso *Marsch v. Alabama*, reconheceu a obrigatoriedade de uma empresa privada respeitar o direito fundamental à liberdade de religião de uma testemunha de Jeová. A referida empresa possuía terrenos sobre os quais foi construído um vilarejo e o administrava com certa autonomia. Ocorre que, em determinada ocasião, Marsch, praticante da religião testemunha de Jeová, professava a sua crença dentro da propriedade privada quando, então, foi convidada a se retirar. Por ter se recusado, a ela foi aplicada sanções penais com base em lei do Alabama que proibia a entrada e permanência de pessoa em propriedade alheia. (...) Em suma, sustentou-se [pela Suprema Corte] que, por se tratar de uma cidade privada e, portanto, aberta ao público, não poderia a empresa ter impedido que Testemunha de Jeová professasse sua religião no interior do vilarejo. Nesse caso, considerou-se que a atividade prestada

pela empresa equiparava-se à atuação estatal e, por isso, estaria vinculada ao direito à liberdade de culto”.¹²

Em ambas teorias, percebe-se flagrantes incompatibilidades com a doutrina mais avançada sobre o estudo dos direitos fundamentais.

Sendo certo que a supremacia da Constituição é cânone interpretativo crucial para o sadio desenvolvimento e aplicação do Direito nos nossos tempos, e assumindo que as normas basilares são o núcleo material da Carta Maior, logo, são inegavelmente o centro do próprio ordenamento jurídico, ao ponto de atuarem como norte para a produção legislativa infraconstitucional. Considerar que tais normas sejam relativizadas em sua importância e em seu nível de observância ímpar é compactuar com o desrespeito à soberania da Constituição. Se funcionam apenas como escudo contra o Estado, então, podem ser livremente apagados nas relações privadas, o que de imediato se assimila como incorreto.

Ademais, em nosso sistema jurídico, tais teorias não receberiam guarida, como de fato não recebem, pois o art. 5º, § 1º da CF/88 impediria automaticamente que conclusões tendentes àqueles resultados fossem tomadas. A declaração constitucional de que as normas de direitos fundamentais possuem aplicação imediata sufoca qualquer pretensão de se desenvolver, no Brasil, as correntes imputadoras ao Estado citadas alhures.

2.2 TEORIA DA EFICÁCIA MEDIATA OU INDIRETA

Passemos agora à análise de outras concepções, as quais versam sobre a possibilidade da aplicação das normas fundamentais dentro das relações privadas.

A teoria da eficácia mediata – que também é chamada pela doutrina de teoria da eficácia indireta – foi inicialmente formulada por *Günther Dürig* na Alemanha, e teve grande aceitação pela Suprema Corte daquele país, o que foi revelado no bojo da decisão do famoso *Caso Lüth*, cuja sentença data de 15 de janeiro de 1958, exarada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Durante um festival cinematográfico que ocorria em 1950, *Erich Lüth*, que era Presidente do Clube de Imprensa da cidade de Hamburgo, pronunciou-se publicamente contra o diretor de um dos filmes que

estavam sendo exibidos no evento. *Lüth* acusou *Harlan*, diretor do filme *Unsterbliche Gelibte* (Amante Imortal), de dirigir, a serviço da ideologia nazista, películas anti-semitas durante a chancelaria de *Adolf Hitler*. A produtora do filme pediu explicações a *Erich Lüth*, o qual lavrou uma carta aberta à imprensa exortando as sociedades alemãs que trabalhavam na seara cinematográfica a não comercializar o filme, além de pedir ao público que não o assistisse. A produtora, diante da resposta, ingressou com ação cível no juízo de Hamburgo, obtendo medida cautelar para impor a *Lüth* a proibição de sua exortação, o que foi confirmado na sentença final, dando ganho de causa para a autora.

Contra essa decisão, *Lüth* impetrou reclamação constitucional ante o Tribunal Constitucional Federal, alegando violação de seu direito fundamental à liberdade de expressão. E a decisão proferida por aquela Corte Suprema instituiu, pela primeira vez, um novo olhar sobre a temática dos direitos fundamentais, que reconheceu o caráter estatalmente transcendente dos mesmos.

Sobre a histórica decisão, vemos na obra do mestre *Robert Alexy*, jurisdicionado daquele Tribunal, excertos cruciais. Para aquela Corte de Justiça,

“(…) os direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos poderes públicos. (...) Igualmente correto é que a Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, (...) também estabeleceu, na seção dedicada aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores (...). Esse sistema de valores, em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social, deve valer, como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito.”¹³(grifos nossos)

Segundo Steinmetz, a teoria pode ter seus pontos principais resumidos da seguinte forma: a) “no caso concreto, a interpretação-aplicação de normas de direitos fundamentais (...) é operada e modulada mediatamente pelas (através de) normas e pelos parâmetros dogmáticos hermenêutico-

aplicativos do direito privado”; b) “a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano”; c) É incumbência do legislador desenvolver a potencialidade da concretização dos direitos fundamentais através de regulações normativas que tracem os contornos de conteúdo, as condições e o alcance dos direitos entre os indivíduos; d) Nos casos concretos, os direitos fundamentais vão ser efetivados através da interpretação das cláusulas gerais desses ramos jurídicos privados, como “*boa-fé*”, “*usos e costumes*”, “*moralidade e probidade*”, entre outras. Assim, esses termos – que são propositalmente imprecisos –, além de servirem como válvulas de irradiação dos direitos fundamentais, devem ser preenchidos e complementados com seus conteúdos.¹⁴

Assim, é possível observar que a presente teoria preza pela proteção da autonomia privada, que é a essência de todo ramo do direito privado. Igualmente, estima-se pela preservação da função soberana do direito constitucional, haja vista que não se busca um englobamento das questões civis nos moldes constitucionais, mas almeja o solucionamento das mesmas no âmbito do e por meio das técnicas jurídicas do direito privado.

Para Simielle Barros dos Santos, na teoria da eficácia mediata,

“(…) os juízes e os tribunais não podem invocar a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, visto que estão condicionados às disposições previstas nas normas de Direito Privado. A irrupção dos direitos fundamentais no âmbito privado só pode ser realizada pelo juiz mediante o preenchimento das cláusulas gerais”¹⁵

Assim, os direitos fundamentais não são observados de pronto nas relações entre cidadãos, mas necessitam de uma intermediação, que pode ser tanto judicial quanto legislativa. Essa função de mediação se dá ou através das próprias criações legislativas, que devem prescrever a maneira como eles deverão ser manejados e observados na sociedade, ou por meio da interpretação do julgador, que, utilizando as aberturas textuais da lei, imprime na construção jurídica de sua decisão os valores insculpidos nos direitos fundamentais.

Ressalte-se ainda que, para essa teoria, os direitos fundamentais

são tomados como princípios objetivos, como uma ordem axiológica estabelecida, o que foi ratificado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão na sentença do Caso *Liith*.

Ocorre que, para seus adeptos - os quais são suficientemente representados por *Konrad Hesse* -, as normas fundamentais não devem ser aplicadas imediatamente entre os indivíduos, haja vista que desencadearia uma série de conturbações tanto na dogmática da ordem jurídica como no aspecto logístico do funcionamento do Poder Judiciário.

Como bem salienta Steinmetz, são legítimos os receios teóricos e dogmáticos desta corrente com a preservação da identidade do direito privado, que é o ambiente propício para o desenvolvimento das liberdades individuais, bem como a preocupação com a segurança jurídica e a separação de poderes.¹⁶

Uma das críticas levantadas é que, com a influência dos valores fundamentais nas normas de direito privado, haveria uma “*panconstitucionalização*”, ou seja, o Direito Constitucional se banalizaria, se diluiria em todo o universo jurídico, descaracterizando-se por completo, perdendo sua primazia, além de transformar todos os casos jurídico-privados em jurídicos-constitucionais, o que congestionaria ainda mais o Judiciário, principalmente no Brasil.¹⁷

Outra alegação é de que a aplicação por um intermédio preservaria a identidade e a essência da autonomia privada, que nada mais é do que um “*princípio que deflui do direito geral de liberdade*”.¹⁸ Assim, provocar-se-ia uma castração ao direito constitucional de se autodeterminar livremente, posto que todos deveriam se limitar aos preceitos das normas fundamentais.

Steinmetz traz interessante exemplo sobre a impossibilidade do julgador fazer sobrepor as normas de direitos fundamentais sobre as disposições de direito privado, pelo que traremos integralmente:

“(…) cite-se o art. 13 do novo Código Civil brasileiro: ‘salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes’ (...) Conforme a teoria da eficácia mediata, um caso concreto que caísse sob o suposto fático (*fattispecie*, *tatbestand*, hipótese legal) dessa norma deveria resolver-se de acordo

com a consequência jurídica que ela prescreve. Se a norma é constitucional, então não cabe ao juiz sobrepor-se à ponderação já feita pelo legislador para um virtual conflito entre integridade física (CF, art. 5º, X) e autonomia privada (liberdade para dispor contratualmente do próprio corpo). Aqui, é uma norma imperativa restringindo a autonomia privada. O caso se resolve como um caso de direito civil e não como um caso de direito constitucional”¹⁹

Lógica semelhante é encontrada no paradigmático Caso *Lüth*, já citado anteriormente. A sentença da ação ajuizada pelo produtor do filme repudiado contra *Lüth* julgou procedente os pedidos de indenização e de suspensão da manifestação contrária à película com arrimo no § 826 do Código Civil alemão, que declara que *“aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo”*. Barros afirma que,

“(…) inconformado com a sentença, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional, que anulou a citada decisão sob o argumento de que o § 826, especificamente em relação à cláusula geral dos ‘bons costumes’, deveria ser interpretado à luz do direito fundamental à livre manifestação de pensamento. Assim, o Tribunal Constitucional assegurou a Lüth o direito de defender o boicote ao filme do diretor Veit Harlam”²⁰(grifos nossos)

Diante disso, percebe-se a ideia do preenchimento axiológico da definição das cláusulas gerais com a substância dos direitos fundamentais.

Crucial para a teoria da eficácia mediata é a necessidade da interposição legislativa para estabelecer as linhas pelas quais os direitos fundamentais devem transitar nas relações individuais. Não é à toa que *Hesse*, mencionado por *Steinmetz*, escreveu que:

“(…) ao legislador de direito privado corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em direito imediatamente

vinculante para os participantes em uma relação jurídico-privada. A ele compete fundamentalmente cuidar das múltiplas modificações às quais obriga a influência dos direitos fundamentais sobre o privado²¹ (grifos nossos)

Com a devida vênia ao ilustre jurista alemão, ousamos discordar. Observamos que os dizeres do professor baseiam-se no pressuposto de que a existência dos direitos fundamentais depende, em sua essência, do reconhecimento positivado dos mesmos. Assim, após o Estado os assumir e os implantar em sua Carta Maior, deve o legislador infraconstitucional laborar para dissecar aqueles valores em produções normativas passíveis de – a agora possível – aplicação entre os indivíduos.

Acontece que os direitos fundamentais são o cerne material da Constituição, a mais inconteste demonstração da nova escolha axiológica da nação, o que, por ricochete, implica afirmar que são o centro de todo o ordenamento jurídico. Este, por seu turno, apesar de ser deflagrado por um poder soberano e teoricamente incondicionado (o Poder Constituinte Originário), não pode violar disposições que naturalmente são inferidas pelo espírito humano como sendo necessárias e justas, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade privada e ao devido processo legal. Com isso, realça-se a ideia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que possuem sua raiz em instâncias supraestatais.

Ora, se eles são, de fato, resultantes do novo consenso popular constitucionalmente firmado, como precisariam de uma intermediação para valerem entre aqueles mesmos que os estipularam? Se brotam dos indivíduos, porque precisariam de regulamentação normativa para os vincular? Assim, entendemos diversamente do renomado doutrinador germânico.

Ainda no aspecto da demanda legislativa: a inescapável necessidade de segurança jurídica impeliria o legislador a delimitar e a definir normativamente os contornos dos direitos fundamentais, pois sua linguagem altamente abstrata e imprecisa ensejaria um subjetivismo judicial, o qual permitiria que todo o poder se transferisse aos juízes, o que ironicamente faria desmoronar por inteiro o princípio da legalidade e, por conseguinte, o Estado de Direito.

De fato, não há como negar que esse tipo de norma apresenta elevado

grau de dificuldade no tocante à definibilidade. É de sua própria natureza que assim seja, haja vista a grande carga axiológica que encerram. Atuam como grandes cláusulas gerais, maiores em extensão e densidade valorativa. Assim, delimitar o conteúdo preciso e pacífico do que seria, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, seria tarefa hercúlea, praticamente impossível, pois não se pode olvidar de que as normas de direitos fundamentais sempre demandam um amoldamento aos elementos dos casos concretos.

Porém, a alegação não se sustenta. Como ressalta Steinmetz, tanto as cláusulas gerais do direito privado como as normas de direitos fundamentais possuem, a rigor, o mesmo nível de indefinição e abstração²². Citemos o artigo 421 do nosso Código Civil, que prescreve que *“a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”*. Pergunta-se: o que é a função social do contrato? Quem a estipula, ou de que forma deve operar? No caso concreto, como pode o juiz brasileiro saber se a avença está obedecendo ao comando da norma? Com base em que critérios?

Outro caso é o do artigo subsequente, o artigo 422 do mesmo CC, que declara que *“os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”* Novamente cabe a indagação sobre o que seria o princípio da probidade, bem como o da boa-fé. Em que exatamente consistem e qual a medida de sua aplicabilidade? Qual o conteúdo preciso de ambos?

Ademais, deve-se observar o seguinte: os princípios abstratos, na medida em que vão se materializando – isto é, sendo formulados racionalmente pelo operador do Direito – diminuem seus níveis originais de generalidade e abstração para alcançar níveis de concretização e de pertinência ao caso concreto. Assim, na medida em que vão sendo “despojados” de seu patamar elevado, vão assumindo limites visíveis, perceptíveis e passíveis de crítica e, sobretudo, de confrontação com o mandamento primeiro. É dizer: feito o desenvolvimento a respeito do que seja o princípio ou a norma de direito fundamental, os resultados jurídicos e sociais que advierem é que tratarão de confirmar ou não o cabimento da construção feita. Se o resultado for incompatível com os preceitos abstratos, deve-se descartar a lógica utilizada.

Faremos uma ilustração: seria como uma planta arquitetônica de algum edifício que ainda não teve suas obras iniciadas. Não há nada

ainda visível, nem há sinais de como o prédio será. A planta define como a construção deve ser, mas não é capaz de prever com absoluta precisão como de fato será, haja vista que mudanças das mais variadas estirpes podem surgir durante a obra. O prédio vai sendo erguido: lastros fincados, paredes sendo levantadas, estruturas sendo montadas, e o edifício começa a ganhar contornos.

Se a construção for fiel ao projeto, então saberemos como ficará ao final. Mas se a planta previamente traçada não for obedecida, qualquer um que olhar para a obra e para o projeto dirá que algo está errado, que ambos não são a mesma coisa. Da mesma forma se dá com a construção judicial sobre as normas de conteúdo abstrato. Assim como a planta, que traz em si um grande edifício, mas apenas abstrato e em potencial, as normas de direitos fundamentais apresentam um norte a ser seguido. Se o raciocínio jurídico levar o conteúdo abstrato a um resultado dissonante, qualquer um – tal qual aquele que olha para o prédio diferente de sua planta – saberá discernir que algo está diferente.

Portanto, a generalidade e o alto grau de indefinição das normas de direitos fundamentais, ao ganharem formas concretas, são passíveis de arcar com o contraditório e o controle por parte de terceiros, não havendo razões para vingar, em nossa visão, o argumento da “*vagueza semântica*”.²³

2.3 TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA OU DIRETA

Analisemos agora a teoria da eficácia imediata, ou da eficácia direta, a qual foi desenvolvida inicialmente na Alemanha pelo juiz trabalhista *Hans Carl Nipperdey*.

Segundo Steinmetz, em 1954, *Nipperdey* publicou obra intitulada *A dignidade do ser humano*, onde argumenta que os direitos fundamentais não se limitam a ser uma redoma de proteção dos particulares em face do Estado, mas também devem proteger os particulares nas relações que travam entre si, sobretudo nas que firmam com os “poderes sociais”. Afirma ainda o aludido autor que o magistrado germânico do Trabalho, em 1960, afirmou em sua obra *Direitos fundamentais e direito privado* que os direitos fundamentais possuem um efeito jurídico que transforma as disposições do direito privado, “*sem que importe que se trate de direito vinculante ou dispositivo, de cláusulas gerais ou de determinadas normas jurídicas, ou crie outras novas (...)*”, chegando até mesmo a pugnar por

uma eficácia absoluta dos mesmos nas relações particulares.²⁴

Convém ainda citar excerto de decisão oriunda do Tribunal Federal do Trabalho alemão, que Wilson Steinmetz, citando o atual ministro do STF, Gilmar Mendes, menciona em seu livro, o que merece nossa menção *ipsis litteris*:

“(...) em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e os atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar de ordem básica ou ordem pública.”²⁵ (grifos nossos)

Para essa corrente, os direitos fundamentais são o fundamento de todo o sistema jurídico, e possuem eficácia em todos os âmbitos das relações jurídicas e extrajurídicas, sem a necessidade de uma interposição legislativa. Assim como a teoria da eficácia mediata, esta também arvora a existência das duas dimensões dos direitos fundamentais, a objetiva e a subjetiva, porém esta afirma que tais normas não dependem de regulamentações legislativas ou judiciais. Portanto, ainda que não haja cláusulas gerais que permitam a irrupção dos direitos fundamentais no caso concreto, podem e devem emergir como fatores decisivos para o solucionamento da questão.

Assim, as normas fundamentais garantem ao particular que este invoque direitos fundamentais seus contra seus pares – é dizer: aplicam-se horizontalmente - caso haja violação de alguma forma. Conforme Canotilho, lembrado por Steinmetz, também “*são e atuam como direitos subjetivos constitucionais independentemente de serem públicos ou privados*”.²⁶ Desta feita, possuem eficácia - e, portanto, também vigência e validade – de forma autônoma em relação às produções estatais, sejam dos legisladores ou dos juízes.

Obviamente que a ideia não passaria imune às críticas, ainda mais tendo em vista esse caráter “independente de tudo e todos” que propugna a teoria da eficácia imediata. Contudo, veremos que esta corrente é a que

mais se coaduna com o sistema constitucional brasileiro, além de se revelar como a mais dogmaticamente hábil para harmonizar o ordenamento jurídico nacional.

Uma das críticas tecidas é a de que a Constituição – e neste nosso estudo, a CF/88 – não possui texto expreso sobre o tema que lastreie a eficácia imediata.

Ora, nada mais fácil de se refutar. Não se discute em Direito o fato de que existem princípios e postulados que, a despeito de não estarem positivados, são tão presentes e respeitados quanto os que estão insculpidos com tinta. A ausência de previsão constitucional sobre a possibilidade de uma eficácia horizontal de direitos fundamentais não impede que a ideia seja desenvolvida e reconhecida. Muitos princípios constitucionais são implícitos, deduzidos da concatenação de outros princípios e disposições expressas. Como exemplo maior temos o princípio da vedação da autoincriminação, o qual, a despeito de não ser encontrado literalmente na Carta da República, é inferido de outros pilares insculpidos nela.²⁷

Conforme Steinmetz existem alguns fundamentos constitucionais²⁸ com maior força dogmática do que outros, mas todos eles se entrelaçam formando um feixe de princípios que, juntos, testemunham que a eficácia horizontal não se trata de “*mera faculdade constitucional*”, mas sim, “*uma imposição (exigência) básica da CF*”.²⁹

Sendo assim, nada impede que se reconheça a existência da vinculação dos direitos fundamentais entre particulares por meio da concatenação de outros princípios da CF/88. Ademais, o §2º do artigo 5º da Carta Maior expressamente admite tal possibilidade. O aludido parágrafo afirma que:

“§2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (grifos nossos)

Outra objeção, que Steinmetz menciona, é a que diz que nesta corrente se equipara erroneamente a relação Estado/indivíduo com a relação indivíduo/indivíduo. Ou seja, seria um equívoco se cotejar aquelas relações verticais, que se formam por um titular de direitos fundamentais com outro que não é (o Estado), com estas, que são horizontais e que se

compõem por dois titulares dos mesmos direitos.

Tal crítica também não enseja grandes forças para se refutar. O ser humano sempre busca o poder. Na medida em que os fatores que lhe proporcionem esse poder vão sendo adquiridos, em especial os elementos econômicos, naturalmente vai se abrindo um fosso entre aqueles que desfrutam de poderes e aqueles que não os têm. E isso termina por reproduzir, em uma escala micro, porém múltipla, modelos de relações verticais, como se cada indivíduo “mais poderoso” representasse o Estado no teatro dos atores sociais. Assim, no fim das contas, encontramos “mini-Estados” espalhados por toda a sociedade, cada um com seu protocolo de funcionamento, suas regras imutáveis e as instituições vitais para sua manutenção, entre outros.

Estes, por sua vez, nada mais são do que aquilo que *Lassale* há muito identificou como sendo os fatores reais de poder, os quais teriam tamanha pujança e autoridade que, se não encontrassem correlação na Constituição, a despojaria de todo seu *status* de Lei Maior, tornando-a uma simples folha de papel.

Em nossa realidade brasileira não é difícil visualizar “mini-Estados” por todos os lados. Observe-se as facções criminosas que loteiam os morros da cidade do Rio de Janeiro, ou os “comandos” que governam o crime organizado no Estado de São Paulo. Todos possuem seu *modus operandi* próprio, com hierarquias administrativas e plano de cargos, remunerações, linguagem “técnica”, além de agentes investidos de tamanho poder que atuam exatamente como legisladores e juizes, os quais, além de também funcionarem como executores das ordens, quase sempre não toleram instâncias recursais.

Para não nos atermos apenas aos exemplos do âmbito das ilegalidades, pontue-se as grandes corporações existentes. Pessoas jurídicas imensamente poderosas, internacionalmente espalhadas, com margens de lucro que superam o PIB de pequenos países latino-americanos ou africanos. Qualquer um é capaz de assimilar a grande disparidade que existe entre uma megaempresa e um simples consumidor que reside numa pequena cidade interiorana do Brasil.

Deveriam os direitos fundamentais permanecer inaplicáveis nesses casos, apenas porque uma das partes não é o Estado? Em síntese, a maior diferença entre o poder estatal e os outros poderes “difusos” é que o primeiro busca (ao menos em tese) a organização e a satisfação geral do

interesse público na medida do possível, enquanto que os outros buscam agradar apenas aos diretamente envolvidos no negócio (presidente, sócios, acionistas) por meio do alvo naturalmente perseguido por qualquer jornada capitalista: lucro.

O legislador nacional percebeu que, de fato, a realidade demonstra inequivocamente quadros de desrespeito e de abusos de direito perpetrados pelas grandes empresas ou mesmo pessoas físicas que desfrutem de maiores influências. Tanto assim é que previu a inversão do ônus da prova em prol do consumidor, que quase sempre se encontra em relação de hipossuficiência para com os fornecedores e/ou fabricantes de produtos.³⁰ E isto conforme as regras ordinárias de experiência, as quais farão com que o julgador de credibilidade às alegações do consumidor ou não. Contudo, sabe-se que quase sempre há flagrantes violações aos direitos de quem consome, exatamente devido à transfiguração das grandes empresas em “mini-Estados”, o que já mencionamos aqui e que dispensa maiores comentários.

Com tudo isso, desintegra-se a ideia da não aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares (e por consequência a eficácia horizontal) devido a sua desconfiguração inicial, qual seja a de serem apenas direitos de proteção face ao poder estatal. Como bem realçou Steinmetz, “há muito que o Estado não é o único detentor de poder – talvez nunca tenha sido o único”.³¹ Na verdade, devem os direitos fundamentais ser escudos que protejam de quaisquer poderes, sejam “oficiais” ou não, pois baseiam-se nas condições humanas racionalmente tidas como justas, pouco importando contra quem serão erguidos.

Outro ataque erigido contra essa corrente é aquele que indica um esfacelamento do direito privado em sua principal substância, que é o princípio da autonomia da vontade. Steinmetz relata que o professor *Konrad Hesse* rejeita a aplicação imediata por dois motivos:

“(i) Admitida a eficácia imediata, os juízes e os tribunais ordinários (civis), em suas decisões, argumentariam amplamente a partir de e com os direitos fundamentais. Dessa forma, conflitos de carácter jurídico-civil se converteriam em conflitos jurídico-constitucionais. A consequência disso é que o Tribunal Constitucional poderia se transformar em um supremo tribunal de conflitos jurídico-civis,

assumindo um papel que a Constituição não lhe confere. (ii) A ampla e imediata eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares provocaria a inflação dos direitos fundamentais, ‘(...) com a qual o direito privado teria pouco a ganhar e os direitos fundamentais e seu verdadeiro significado muito a perder’.³² (grifos nossos)

O receio do renomado professor é o de que o Tribunal Constitucional, que no nosso caso é o Supremo Tribunal Federal, transforme-se apenas mais um tribunal de recursos, deixando em segundo plano seu essencialíssimo caráter de guardião da Lei Maior.

De fato, a crítica baseia-se em preocupações coerentes e cruciais, pois não seria salutar se admitir que o STF se tornasse um mero revisor supremo de “questiúnculas”, apreciando diariamente casos de briga de vizinhos, por exemplo. Sendo assim, é lícito impedir que a nossa Suprema Corte transfigure-se, pois sua relevância para o nosso sistema político-jurídico-social dispensa comentários.

Contudo, o que também não se pode olvidar é que as decisões do Supremo necessariamente afetam todos os níveis da sociedade, e todo o ordenamento termina por absorver o conteúdo de seus julgados, principalmente aqueles em que se observa relevantes interesses públicos envolvidos em causas que aparentemente não afetariam outros que não as partes do processo. É o que o professor Pedro Lenza pontua como sendo a chamada “transcendência da *ratio decidendi*”.³³ Assim, o fato de que as questões jurídicas analisadas e julgadas sejam fundamentalmente de direito privado, nada impede que se verifique, no caso concreto, indícios inescapáveis de conflitos jurídicos diretamente relacionados com determinados postulados constitucionais.³⁴

Na verdade, a constatação é mais frequente do que se poderia imaginar, e é exatamente desta forma que, em nossa opinião, as decisões mais célebres e paradigmáticas são construídas pela Suprema Corte. Portanto, devemos concordar com o professor *Hesse* se com sua assertiva ele se refere ao fato de que se deve impedir a transmutação do Tribunal Constitucional em um grande revisor de todas as causas. Todavia, é forçoso divergir com o mesmo se com isso ele pretendeu dizer que não cabe a Suprema Corte deixar de apreciar os conflitos existentes nas “causas privadas” exatamente por serem privadas, pois isto não seria “assumir

um papel que a Constituição não confere”.

Ademais, dizer que, com isso “o direito privado teria pouco a ganhar e os direitos fundamentais e seu verdadeiro significado muito a perder” padece, *data venia*, de sincronia com a realidade social. Na selvageria globalizadamente criada pela busca desenfreada por lucro, o direito privado vai se instrumentalizando como ferramenta de opressão, subjugando os leigos e os que não acreditam que haja melhor investimento no mundo do que aquele que garanta com absoluta certeza um pouco de comida para o jantar.

A carga axiológica dos direitos fundamentais, que são o centro material da Constituição, conforme já dissemos anteriormente, deve irradiar por todas as produções jurídicas e sociais no país, buscando concretizar os objetivos maiores estabelecidos na CF/88. Para tanto, requerem sim uma certa “vulgarização” de si mesmos, na medida em que sejam proliferados com a maior amplitude e frequência possíveis. Sendo assim, não teriam nada a perder aqui no Brasil, como declarou o mestre alemão, mas tudo a ganhar, pois estarão cumprindo sua função. Logo, conclui-se, pelas razões aqui elencadas e várias outras que por sua extensão e profundidade não cabem nesta monografia, que a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais e a sua conseqüente horizontalidade é a mais saudável e conveniente para a realidade político-jurídico-social brasileira.

Convém, entretanto, ressaltar que nenhum extremo é saudável. Toda e qualquer concepção que nasça ou que se desenvolva tendendo para a aniquilação de diálogos ou de abertura para novas visões inclina-se para o declínio e a impraticabilidade. Entendemos que o receio dos que discordam da aplicação imediata dos direitos fundamentais é justamente o medo do extremismo que pode acarretar em um esfacelamento total dos direitos fundamentais e do direito constitucional no geral. O ponto perseguido deve sempre ser o meio-termo. Nem a vulgarização completa das normas de direitos e garantias fundamentais, nem a total repugnância entre esses e o direito privado, como se fossem óleo e água.

Para sintetizar a crítica aqui tecida, cabíveis são as palavras de Barros quando salienta que:

“(…) Ora, negar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ou condicioná-las à vontade do legislador ordinário é recusar a própria força normativa da Constituição. (...) É dizer: a

Constituição somente pode ser tida como norma suprema de um Estado nas relações indivíduo-poder público ou poder público-poder privado. Nas relações entre particulares, a legislação civil é que deve ocupar o patamar de norma superior e somente ela deve inspirar a atividade privada. Essa concepção, fruto do ranço do liberalismo burguês ainda entranhado nas sociedades contemporâneas, representa verdadeiro menoscabo aos princípios da força normativa e da máxima efetividade da Constituição. (...) A finalidade da teoria imediata não é preestabelecer a prevalência dos direitos fundamentais sobre a autonomia privada em todo e qualquer caso. Como dito alhures, concebe-se a problemática da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas como uma questão de conflito entre normas de direitos fundamentais que deve ser solucionada mediante um juízo de ponderação.³⁵ (grifos nossos)

É aqui que percebemos a importância da concepção do professor Robert Alexy para a viabilização da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais.

Esta é exprimida por Alexy da seguinte forma: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.³⁶ Com isso quer se dizer que, em uma situação em que um princípio deva ser submetido a outro, a não concretização desse princípio “perdedor” deve ser diretamente proporcional à importância que a aplicação do princípio “vencedor” deve ter. Quanto maior o grau de “diminuição” de um princípio, isso espelhará numa maior gravidade que se reputa à aplicação do outro princípio.

Critérios de valoração são usados pelos seres humanos a todo momento, em toda a vida. Dizer que “isto é melhor que aquilo outro” traz consigo um juízo de valor formulado com base em determinados filtros seletivos que apontam o que seja bom ou não para cada pessoa, quais os fatores mais importantes e de que forma eles evoluem na escala de qualidade pessoal.

Alexy sempre se utiliza, no decorrer de sua obra, de exemplos fáticos e principalmente jurídicos para elucidar as ideias que descreve; contudo,

buscamos neste estudo, sempre que possível, condensar as abstrações nos formatos de nosso cotidiano tupiniquim. Assim, trazendo para a nossa realidade brasileira, podemos descrever a ideia da valoração da seguinte maneira: se alguém, na sala de TV de sua casa, ao assistir os desfiles das escolas de samba do Rio de Janeiro, diz que determinada escola é melhor do que outra, é porque, nos seus critérios de julgamento, essa escola “melhor” preenche os requisitos que ele entende como necessários para se definir o que seja uma boa escola de samba.

Talvez o critério seja a qualidade do samba-enredo tocado, ou talvez a criatividade das fantasias, ou mesmo o primor técnico aplicado nos carros alegóricos. Todos esses elementos são levados em consideração; todavia, sempre haverá um ponto prevacente sobre os demais, o qual é tomado pela pessoa como sendo de maior valor na decisão sobre quem deve ser consagrada a melhor.

Ocorre que seria um grande absurdo dizer que essa ou aquela escola de samba é um valor em si. É dizer: é inconcebível afirmar que a escola de samba A é o valor preferido por si só, mas apenas com relação a determinados critérios e em cotejo com as outras competidoras é que esse juízo de valor pode ser completado. Desta forma, seria aceitável ouvir que, no aspecto da criatividade, a escola A é melhor que a escola B; porém, ninguém diria que a escola de samba A “é” criatividade, ou que a escola A é “mais criatividade” que a outra. Como declara o jurista:

— (...) como objetos de valoração, eles [no nosso exemplo, as escolas de samba; portanto, leia-se “elas”] têm um valor e, com certeza, um valor distinto, dependendo de qual dos critérios contrapostos a valoração toma como ponto de partida. Não são os objetos, mas os critérios da valoração que devem ser designados como ‘valor’³⁷. (grifos nossos)

Portanto, infere-se da assertiva anterior que o alvo das valorações, que (referindo-nos agora à seara jurídica) seriam os bens jurídicos encontrados nos casos concretos levados a Juízo, não possuem um valor em si, mas sim, os critérios da valoração tomados como referência pelo julgador é que são os próprios valores em si, posto que cada perspectiva somente é erigida tendo como sua essência o valor que lhe é maior.

Assim sendo, vem então declarar o mestre que “a aplicação de critérios de valoração entre os quais é necessário sopesar corresponde à aplicação de princípios”³⁸. De acordo com o escólio do professor, a aplicação dos princípios constitucionais equivale a uma aplicação do Direito baseada em determinados valores, haja vista que princípios e valores equivalem estruturalmente entre si. Tanto assim é que afirma que:

— (...) o modelo de princípios e o modelo de valores mostraram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de que o primeiro se situa no âmbito deontológico (no âmbito do dever-ser), e o segundo, no âmbito do axiológico (no âmbito do bom). Diante disso, as objeções às teorias valorativas dos direitos fundamentais podem atingir também a teoria dos princípios³⁹. (grifos nossos)

Por conseguinte, podemos desde já formular o seguinte raciocínio: 1º) os objetos de valoração não são valores em si, mas apenas os critérios pelos quais são analisados. Nas decisões jurídicas, esses objetos serão os bens jurídicos conflitantes no caso concreto; 2º) os critérios de valoração, por sua vez, são os próprios valores em si, pois são formados em sua essência pelo próprio valor que lhe é maior; 3º) os princípios atuam exatamente da mesma forma que os valores, tendo como única diferença que os primeiros tratam daquilo que deve ser, enquanto que os valores tratam daquilo que é; 4º) assim, os valores são princípios, e vice-versa.

Muito bem. Relembremos agora do exemplo encontrado logo no início deste artigo.

João Batista de Jesus arrimou-se na tese de que sua casa era seu asilo inviolável e que ninguém lá poderia permanecer sem a sua autorização, o que é direito fundamental gravado no inciso XI, art. 5º da CF/88.⁴⁰ Disse ainda que tinha o direito fundamental de liberdade de expressão, o que fez ao declarar sua repugnância ao modo de vida do travesti e afirmar que “não aceitaria abominações em sua casa”. Correto, pois está presente no inciso IV do art. 5º da Carta Maior.⁴¹

Por outro viés, Shirley Luxúria falou que não podia ser discriminada pela sua preferência sexual, pois todo preconceito seria inconstitucional – o que encontra base no inciso IV do art. 3º da CF/88⁴² –, bem como que podia manifestar seu modo de pensar (o que necessariamente transborda

no modo de viver) livremente, sem embargos de outros, o que também se baseia no segundo dispositivo das ideias atinentes a João Batista, a saber, o inciso IV do art. 5º da CF/88. Por fim, defendeu que não poderia ser compelida a sair da reunião porque nada pode ser imposto se não houver ordem na lei, que é inteligência do inciso II do art. 5º da Lei Magna.⁴³

Todos os direitos fundamentais mencionados foram objeto de elevadíssima estima do Constituinte, e todos são igualmente amparados pela proteção máxima que somente uma Constituição, em um sistema jurídico, pode atribuir. Tendo em vista que todos os postulados levantados pelas partes possuem o mesmo alto nível de importância e de primazia jurídica, o caso somente se resolve por meio de um sopesamento dos princípios constitucionais colhidos do caso. Assim, as livres manifestações de pensamento e a liberdade de expressão serão ponderadas em face da proibição de preconceitos; a inviolabilidade da casa será contestada em face do princípio da legalidade, entre vários outros conflitos que certamente um caso concreto carregaria.

O sopesamento deverá considerar, na questão em análise, qual o peso que cada direito fundamental tem, assim como qual a importância tanto da efetivação quanto do “desprezo” de cada um deles. Ou seja, perceber se o grau de não-satisfação do princípio “perdedor” equivale ao grau de importância que tem a satisfação do princípio “vencedor”.

Todavia, como afirmamos no exemplo das escolas de samba e das valorações, os princípios são valores, e os valores são as próprias valorações tomadas. Cada sopesamento feito poderia considerar um fator muito mais relevante do que outro, e o peso atribuído a um direito fundamental seria calibrado conforme a opinião pessoal de cada aplicador do Direito. Assim, alguém poderia considerar que a inviolabilidade da casa de João Batista é muito superior à liberdade de expressão de Shirley Luxúria, e tal argumento poderia ser defendido de vários modos diferentes⁴⁴. De outra sorte, há quem defenderia a liberdade de expressão de Shirley em detrimento dos outros direitos fundamentais propostos por João Batista, e isto novamente poderia ser ampla e multiplamente desenvolvido.⁴⁵ Portanto, a valoração de cada um moldaria todo o solucionamento jurídico da querela, o que ensejaria a constatação da indiferença da proposta de Alexy.

É exatamente por isso que o ataque maior que é feito à ideia do sopesamento é o que afirma que a mesma “não é um modelo aberto

a um controle racional”, posto que o sopesamento “ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa”.⁴⁶ De fato, como disse o autor germânico, “(...) o estabelecimento da preferência condicionada poderia ocorrer de forma intuitiva. Aquele que sopesa teria a possibilidade de seguir única e exclusivamente suas concepções subjetivas. Não seria possível falar em sopesamentos corretos e sopesamentos equivocados”.⁴⁷

Assim, teríamos brechas enormes para o decisionismo dos julgadores, o que faria ruir toda a segurança do sistema jurídico. Como salienta Alexy, essa crítica procede apenas se com isso ela quiser afirmar que o sopesamento não seja um meio de se obter um “resultado único e inequívoco”. Contudo, não procede se quiser com isso dizer que “é um procedimento não-racional ou irracional”.⁴⁸ Para tanto, o aludido professor proclama a existência de dois modelos diferentes de sopesamento: o modelo decisionista e o modelo fundamentado. O primeiro modelo dispensa maiores explanações, pois é passível de dedução e compreensão imediatas. Já o segundo mereceu os cuidados de Alexy. Diante da crucial relevância da ideia para nós, transcreveremos seus dizeres literalmente. Assim,

“(...) em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes”. (grifos nossos)

É dizer: em um conflito de princípios constitucionais, os quais

vão priorizar cada um o bem jurídico que lhe é afeto, o resultado do sopesamento que definirá essa “disputa principiológica” no caso concreto deve ser construído racionalmente através de um conjunto de condições de primazia jurídica *a priori*. Em outros termos: deve-se definir previa e racionalmente um catálogo (mínimo que seja) de situações hipotéticas, nas quais se estabelecem *aprioristicamente e com base nos ditames da Constituição*, os princípios e valores a serem “vencedores” nos conflitos.

E esse conjunto de condições de primazia jurídica *a priori* a que nos referimos deve, obviamente, ter sua fundamentação conforme o âmbito de validade com que se trabalha, segundo excerto já colacionado alhures.

Esse enunciado de preferências condicionadas de que tratou Alexy deve ser desenvolvido de maneira racional, lógica, a fim de que a construção do sopesamento seja passível de acompanhamento, o que enseja a abertura para discordâncias e construções em contrário.

Ou seja, o modelo fundamentado possibilita o contraditório em relação ao sopesamento efetuado pelo aplicador do Direito. Desta feita, é possível levantar a seguinte indagação: em um caso de conflito de direitos fundamentais entre particulares, onde ambas as normas são albergadas por princípios da CF/88, o sopesamento deve ser levantado racionalmente dando preferência *a priori* para quais valores e princípios, se a CF/88 preza igualmente pela guarda de todos eles?

Para o renomado jurista, os direitos fundamentais possuem natureza de princípios, e, por isso, são mandamentos de otimização que requerem o máximo possível de observância no caso concreto. Entretanto, diante de um conflito entre direitos fundamentais, não é caso de se declarar a nulidade ou a invalidade de um direito em detrimento dos demais, mas deve-se realizar um sopesamento, para que se defina de maneira logicamente fundamentada qual o peso de cada um na questão. Assim, a imputação de pesos definirá qual o direito que deve prevalecer sobre o(s) outro(s).

Ressalte-se que a lei do sopesamento ensinada por Alexy não se traduz em uma fórmula absoluta que prescreve quais devem ser os resultados em todos os casos e em relação a todo e qualquer tipo de conflito. O enunciado apenas encarta um padrão de racionalidade para a fundamentação jurídica que deverá decidir o choque entre direitos fundamentais. Não diz o resultado, apenas mostra como alcançá-lo. Também não é a intenção da ideia de retirar o subjetivismo do operador do Direito, haja vista ser tal

tarefa impossível e suficientemente refutada pela doutrina ao se estudar o positivismo jurídico de *Kelsen*.

Afigura-se o sopesamento, em verdade, como o estabelecimento de certos critérios que ensejem um controle das decisões e um acompanhamento do raciocínio desenvolvido, a fim de que, por meio de indagações e argumentações em sentidos diferentes, se exerça o contraditório.

Contudo, o esquema do sopesamento não garante que, apesar da sua clareza conceitual e do seu objetivo escancaradamente racionalizante das decisões judiciais, se chegue a resultados incorretos sob um prisma constitucional. Explica-se.

O enunciado diz que “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. Observe-se que a ideia de “grau de não-satisfação” ou a de “importância da satisfação do outro” pode ser preenchida e deduzida de inúmeras formas. Um julgador pode, ao sentenciar em determinado caso, por exemplo, que o direito à liberdade de informação deve se sobrepor ao direito à liberdade, ou que o direito à vida deve ser restringido e suprimido parcialmente pelo direito à liberdade contratual.

A depender da sentença, pode-se tranquilamente observar verdadeiras atrocidades sendo desenvolvidas pelo operador do Direito em nome de uma fundamentação racional. Ocorre que – e essa é uma questão que sempre permanecerá inquieta – é impossível se divorciar o arquétipo moral, educacional e ético de quem julga de suas opiniões e, conseqüentemente, suas construções jurídicas, o que desintegra o mito da neutralidade do juiz. Tal condição é inerente ao homem, visto que cada ser humano, pela sua singularidade genética, pelas suas contingências familiares, sociais, geográficas, morais, e pelas suas experiências próprias na vida, é fatalmente um ponto de vista único e exclusivo no mundo. Assim, tudo aquilo que seja por ele assimilado, seja pela vivência, seja pelo conhecimento teórico, necessariamente perpassa pelas suas concepções pessoais.⁴⁹

Portanto, é forçoso então admitir que o sopesamento por si só não garante que as decisões judiciais sejam retratos fiéis do sistema constitucional e seus postulados maiores, posto que a lógica desenvolvida pode enveredar por quaisquer caminhos, os quais nem sempre se destinam aos objetivos do ordenamento. E mais: até a percepção dos fatos trazidos

em juízo pode ser inconstitucional, pois a apreensão feita pelo aplicador muitas vezes não se coaduna com a prévia opinião insculpida na CF/88.

Desta forma, entendemos que o nosso sistema jurídico⁵⁰, para que alcance os alvos designados, deve sempre levar em consideração os princípios/valores insculpidos na *mens legis* constitucional, o qual se apresenta incontestavelmente com maior clareza no prefácio da CF/88. A racionalidade utilizada deve ser norteadada com base naqueles valores, como, *v. g.*, a harmonia social, a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, assunto capaz de gerar por si só várias outras dissertações e que não abordaremos aqui.

Assim sendo, e reconhecendo que a eficácia horizontal é a mais conveniente para a atual sociedade brasileira, ao passo em que se assenta como verdade a constatação de que o método de sopesamento – que dirime o conflito principiológico constitucional que naturalmente e necessariamente advém da aceitação da teoria – apenas fornece o procedimento para o solucionamento do choque sem que atribua a ele um caráter, concluímos que o sopesamento realizado no âmbito do atual Direito brasileiro deve ser construído racionalmente tendo como ponto de partida e como objetivo final os valores/princípios reitores estabelecidos na CF/88, sob pena de desrespeitá-la inconscientemente.

Exemplificaremos: José Sozinho acaba de tornar-se noivo de Maria da Paixão e ambos formulam, antes do casamento que acontecerá daqui a um ano, pacto antenupcial no qual estabelecem um regime de bens exclusivo, criado pelo casal, conforme permissão do artigo 1.639 do Código Civil.⁵¹ No aludido pacto, José Sozinho afirma, entre outras, que no segundo aniversário de casamento do casal ele fará a sua mulher uma doação de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que seria apenas uma pequena fração de suas grandes riquezas. Contudo, a previsão somente se efetivará enquanto não se tenha provas de que sua futura esposa o traia, nem durante o noivado nem após o matrimônio. Tal disposição advém de uma “má-fama” que perpassa a vida da moça, a qual reitera que não passam de meros boatos infundados e maliciosos. Caso se comprove que a esposa não honrou seu compromisso de fidelidade, a convivência estará automaticamente suprimida e a doação revogada.

Tanto José quanto Maria assinam o pacto concordando com todos os seus termos. Chega a cerimônia, o casal se une devidamente e passam a viver juntos. Dois anos depois, algumas suspeitas de infidelidade de

Maria começam a surgir. Os boatos vão ficando mais graves, e as atitudes da mulher vão confirmando o temor. Até que em um dia surge Pedro das Luzes, melhor amigo de José, e lhe informa que tem total certeza de que Maria está traindo-o. Devido à grande amizade e confiança que tem em seu amigo, José invoca o pacto outrora firmado, declara a Maria entre gritos que é o fim da convivência marital e que haverá a imediata mudança do regime patrimonial, o que deixa a esposa inconformada, haja vista que não houve qualquer prova para tanto.

Pedro das Luzes, estando convicto da traição, além de avisar ao seu amigo, ainda faz questão de redigir e assinar um texto em solidariedade a José e espalhá-lo pela pequena cidade em que moram, insinuando que seu amigo “dormia com uma serpente e não sabia”.

Nenhum esforço é válido para tentar remover a ideia da traição, pois José, irredutível em sua posição, toma como absolutamente certa a desfeita de Maria, e propõe em juízo Ação de Divórcio com base no inciso I do art. 1.573 do Código Civil, que define como impossibilidade da comunhão de vida o adultério.⁵² Tal Ação é impetrada na véspera do segundo aniversário do matrimônio.

Maria vai a juízo para se defender e, diante da definição sumária e irrevogável de José, alega a ofensa do seu direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa, inculcado no inciso LV do art. 5º da CF/88⁵³, haja vista que não lhe fora dada a menor oportunidade de provar sua inocência. E mais: Maria diz que processará Pedro das Luzes pelo crime de injúria (art. 140 do Código Penal)⁵⁴, e ainda aduz mácula ao seu direito fundamental à inviolabilidade de sua vida privada contra Pedro das Luzes, bem como requer que a doação prometida seja concretizada, haja vista que tudo não passou de um boato maldoso e que se não houvesse a intervenção de Pedro, a comunhão estaria plena, o que preencheria a cláusula e a doação se faria normalmente.

Pedro, por sua vez, menciona que é seu direito fundamental a livre manifestação de pensamento, previsto no inciso IV, art. 5º da CF/88⁵⁵, e que apenas exerceu esse direito em prol do amigo certamente traído, o que afastaria a tipicidade do delito já que não ofendeu, apenas promoveu fatos. Ressalta ainda que o acesso à informação é norma de direito fundamental que está no inciso XIV, art. 5º da Carta Maior⁵⁶. Portanto, todos podem e devem saber da verdade que destruiu a vida de José Sozinho.

Como solucionar o caso? “E agora, Juiz?”

Os ensinamentos das teorias de imputação ao Estado – a teoria de *Schwabe* e *State Action doctrine* – são inapropriadas ao caso, senão inúteis. Pela primeira, as lesões aos direitos fundamentais da questão devem ser imputadas ao Estado, pois, se este não as impediu, então as permitiu. Logo, a relação jurídica deve se travar entre Maria das Paixões e o Poder Público, haja vista que, para a doutrina de *Schwabe*, os direitos fundamentais se limitam a serem direitos de proteção em face do Estado, e toda violação a eles é responsabilidade direta deste. Fácil é a percepção da completa inaplicabilidade da teoria.

A *State Action doctrine*, por sua vez, falha de forma semelhante, pois necessita de que algo no caso concreto possa se subsumir ao conceito de “ação estatal”. Como disse Steinmetz, quando o juiz recebe a demanda, ele deve verificar se a lide é endereçada contra o Estado (funcionário, agência, etc.) ou um particular. Não sendo o Estado o polo passivo da demanda, o julgador verificará se a ação reclamada pode se encaixar no conceito de *state action*.⁵⁷ Obviamente que ninguém no caso tem qualquer relação com o poder estatal, e ficaria a cargo do julgador definir o que seria uma “ação estatal” e se a mesma englobaria a ação de alguma das partes. Novamente, é tranquila a refutação da doutrina norte-americana nesta questão, diante de sua completa inadequação.

Se observarmos a celeuma pelo prisma da teoria da eficácia mediata, teremos condições de traçar algumas soluções pertinentes. Pelo escólio dessa doutrina, o juiz deve aplicar o conteúdo axiológico dos direitos fundamentais através das cláusulas gerais do direito privado (a irrupção dos direitos fundamentais), preservando ao máximo o caráter autônomo das vontades individuais expressas na relação. Igualmente, o juiz está impedido de considerar as disposições de direitos fundamentais no seu julgamento, haja vista que somente o podem ser pelo legislador. Cabe a este e somente a este definir a forma e a medida dos direitos e garantias basilares nas relações privadas.

Sendo assim, todas as alegações jusfundamentais tecidas pelas partes, tal qual foram apresentadas no exemplo, seriam desconsideradas pelo julgador. Apenas sua carga valorativa seria incutida nas cláusulas gerais, além de nortear a interpretação das mesmas. Muito provavelmente a ideia de que houve mácula ao direito fundamental de Maria ao contraditório e à ampla defesa seria descartada de imediato, posto que não há produção legislativa que prescreva tal direito processual nas relações de

índole conjugal/familiar. Como o aplicador não pode invocar as normas jusfundamentais de ofício, a questão seria, ao que nos parece, sepultada.

Apenas se se considerar aceita a teoria da eficácia imediata é que a lide seria dirimida com o máximo possível de concretização dos princípios/valores constitucionais. Por essa corrente, o juiz analisaria normalmente as teses de violações de direitos fundamentais levantadas por Maria e por Pedro. Logicamente, perceber-se-ia de que ambos os direitos são tutelados e protegidos pela CF/88, o que demandaria um sopesamento dos princípios colidentes, os quais seriam basicamente o direito de livre manifestação do pensamento e de informação contra o direito de inviolabilidade da vida privada e de contraditório e ampla defesa em todos os âmbitos das relações sociais.

A falta de interposição legislativa para as questões específicas do caso não seriam óbice para que o julgador tomasse os direitos fundamentais como lastro do seu raciocínio jurídico. O sopesamento seria construído pautando-se na necessidade que cada direito tem, no caso concreto, de ser efetivado, na mesma medida em que se aquilataria qual o direito “perdedor”, que deve ser suprimido para que o solucionamento se coadune ao máximo com os ditames da CF/88.

Dessa forma, a concepção da CF/88 deve se estender para a sociedade em geral, fincar raízes na consciência coletiva como um objetivo grupal único. Mas isso não se completa da noite pra o dia, nem é com um mero discurso que sua imensa importância ecoará entre os cidadãos. Como salientou Carl Schmitt, citado por Bonavides, “as virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem, mas os valores são postos e impostos. Quem lhes afirma a validade, deve fazê-los válidos”.⁵⁸ Aguarda-se com ansiedade o início desta sutil revolução.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, ao observarmos as principais teorias acerca da aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares, constatamos que a tese da aplicação imediata ou direta é aquela que, ao nosso sentir, se coaduna com a própria natureza dos direitos fundamentais, pois não se limitam a criar uma redoma de proteção do indivíduo em face do Poder Público, mas antes, são caracteres lógicos que derivam de uma assimilação prudente e racional da conduta e da natureza humanas. Assim sendo,

não devem se restringir às contingências entre os particulares e o Estado, mas devem também ser respeitados e aplicados nas relações privadas, cabendo ao juiz, nos casos que lhe forem apresentados e por meio da lei do sopesamento, dirimir os conflitos entre os direitos fundamentais que por ventura se mostrem. Para tanto, deve o julgador apegar-se aos valores maiores insculpidos na Constituição Federal de 1988, operando de forma constitucional no julgamento da lide através da correta valoração das cláusulas abertas previstas no ordenamento jurídico, inserindo nelas o realce já estabelecido pela Carta.

HORIZONTAL EFFECT OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND BINDING OF THESE TO INDIVIDUALS: RELEVANT THEORIES AND JUDICIAL APPLICATION OF “LAW OF WEIGHING” AS SOLUTION TO CONSTITUTIONAL CONFLICTS OF INTEREST

ABSTRACT: This article aims to analyze briefly- but critically - theories about the so-called “horizontal effect” of fundamental rights in Brazil, discussing the possibility of the application of reasonable theses based on in our legal system, as well as viewing the conflicts between goods and constitutional values in everyday legal, which can be solved by the incidence of the “law of weighing”, created by Robert Alexy precisely with that scope, emphasizing the importance of applying it in line with the values and rights elected as crucial for our Constitution.

KEYWORDS: Fundamental rights. Horizontal effect. Weighing. Judicial application.

Notas

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 58.

² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 64/65.

³ Idem, p. 36.

⁴ Ibidem, p.176.

⁵ LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Disponível em <http://www.ebooksbrasil.com>. Para reforçar a exemplificação, basta ter em mente as grandes corporações mundiais que controlam boa parte das operações econômicas ao redor do mundo, e que influenciam diretamente na conjuntura político financeira dos países (sobretudo os mais pobres).

⁶ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.177.

- ⁷ Art. 5º, inciso VI – “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”
- ⁸ Não possui expressa previsão constitucional, mas é princípio geral de Direito resultante dos princípios explícitos da Carta Magna e do regime por ela estabelecido, além de ser incontestavelmente reconhecido pela doutrina e jurisprudência, pelo que se faz desnecessário aqui maiores comentários.
- ⁹ SANTOS, Simielle Barros dos. *A eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas: critérios objetivos para uma incidência imediata*. In: Revista da Esmese, nº 13, 2010, p. 240.
- ¹⁰ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.179.
- ¹¹ A extensão da condição exclusiva do funcionário público lastreia-se no art. 30 do Código Penal que diz, in verbis: “Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.
- ¹² SANTOS, Simielle Barros dos. op. cit., p. 241.
- ¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 154.
- ¹⁴ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.137/138.
- ¹⁵ SANTOS, Simielle Barros dos. op. cit., p. 243.
- ¹⁶ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.153.
- ¹⁷ Idem, p.139.
- ¹⁸ Ibidem, p.139.
- ¹⁹ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.197.
- ²⁰ SANTOS, Simielle Barros dos. op. cit., p. 244.
- ²¹ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.143.
- ²² Idem, p.162.
- ²³ Expressão encontrada em STEINMETZ, Wilson. op. cit., p. 162.
- ²⁴ Idem, p. 165.
- ²⁵ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p. 166.
- ²⁶ Idem, p. 168.
- ²⁷ É aquilo que os processualistas Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart classificam como sendo umas das “regras de privilégios” do nosso Código de Processo Civil. Em MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, Volume II, p.311.
- ²⁸ Não mencionaremos aqui todos os princípios da CF/88 manejados pelo autor, mas apenas aqueles que se coadunam com o propósito desta monografia, apesar de concordarmos com todos eles.
- ²⁹ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p.102/103.
- ³⁰ Prescreve o inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor: “VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;
- ³¹ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p. 85.
- ³² Idem, p. 173.
- ³³ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva., 2010, p. 255.
- ³⁴ Basta analisar os casos fictícios que se encontram logo no início desta monografia para se perceber que são nos casos aparentemente pequenos e de índole exclusivamente privada que vemos enormes conflitos de princípios e valores constitucionais.
- ³⁵ SANTOS, Simielle Barros dos. op. cit., p. 253/254.
- ³⁶ ALEXY, Robert. ob.cit., p. 167.
- ³⁷ Idem, p. 150.
- ³⁸ ALEXY, Robert. ob.cit., p. 150.

³⁹ Idem, p. 153.

⁴⁰ “XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”

⁴¹ “IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

⁴² “Art. 3º - 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.”

⁴³ “II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

⁴⁴ Um deles: a casa é a representação concreta do centro da vida da pessoa humana, que nada mais é do que o início e o fim do Direito; é o centro conversor de toda sua existência, pois tudo que ocorre na vida de um homem invariavelmente se correlaciona com seu lar. O direito de propriedade (que também é ideal crucial na CF/88) se materializa também através da “soberania” do morador em decidir quem deve permanecer em sua casa ou não. Até mesmo o Estado encontra limites nesse aspecto, pois é somente em casos específicos que um agente estatal pode penetrar no imóvel. Assim sendo, o morador, desde que não cometa ato ilícito, é soberano em sua casa.

⁴⁵ Apenas um exemplo: a liberdade de expressão é fundamento e objetivo perene do Estado Democrático de Direito. Coibir isto seria fazer o Estado e a sociedade retroagir para séculos atrás, onde a opinião era criminalizada e os interesses dos cidadãos castrados e esmagados impiedosamente pelo Poder Público. A liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade, como já proferiu o eminente Min. Carlos Ayres Britto. Apenas em casos excepcionalíssimos, nos quais houvesse um perigo concreto de caos e desfacelamento social, é que a liberdade de expressão deve sofrer abafamentos, sob pena de se compactuar com o próprio processo de destruição do nosso Estado.

⁴⁶ ALEXY, Robert. ob.cit., p. 164.

⁴⁷ Idem, p. 164/165.

⁴⁸ Ibidem, p. 164.

⁴⁹ E nada escapa a esta regra. Inclusive este artigo inescapavelmente possui em sua essência certas marcas oriundas das singularidades e traços pessoais do seu autor.

⁵⁰ Preferimos usar a expressão “sistema jurídico” do que “sistema judicial”, pois esta indica apenas os magistrados e aqueles que participam do Judiciário. Por outro lado, o primeiro não apresenta esta restrição, pois podem fazer parte do sistema jurídico (ou seja, aquele atinente ao Direito) professores, advogados públicos ou privados, pesquisadores, membros do Ministério Público, etc. Enfim, compõem o sistema jurídico tanto aqueles que decidem as causas quanto os que ela influenciam, bem como aqueles que trabalham para desenvolver os manuais que servirão de suporte à jurisprudência, etc.

⁵¹ São os dizeres do citado artigo, *verbis*: “Art. 1.639 - É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

⁵² Diz o citado artigo: “Art. 1.573 - Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I – adultério”.

⁵³ Art. 5º, inciso LV da CF/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁵⁴ Art. 140 do Código Penal: “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”.

⁵⁵ Prevê o art. 5º, inciso IV da CF/88: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

⁵⁶ Estabelece o inciso XIV do art. 5º da Constituição o seguinte: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”;

⁵⁷ STEINMETZ, Wilson. op. cit., p. 179.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 629.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Simielle Barros dos. *A eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas: critérios objetivos para uma incidência imediata*. In: Revista da Esmese, nº 13, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE

Nelson Felix do Nascimento*

RESUMO: Este artigo visa a examinar, brevemente, a moderna tendência da jurisprudência nacional no sentido de admitir o exercício do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, bem como o papel que o Poder Judiciário do Estado de Sergipe vem desempenhando nesse contexto.

PALAVRAS-CHAVES: Políticas públicas. Controle jurisdicional. Jurisprudência. Tribunal de Justiça de Sergipe.

1. INTRODUÇÃO

Está em voga, de há muito, tendência cristalizada na doutrina e, em especial, na jurisprudência, no sentido de fazer uma releitura do vetusto axioma que vedava ao Poder Judiciário - a pretexto de manter a harmonia e separação dos poderes, bem como sob o preceito de que os atos administrativos ditos discricionários não estariam, no tocante ao mérito administrativo (entendido como juízo de conveniência e oportunidade) sujeitos ao controle jurisdicional - proceder a ingerências na órbita das políticas públicas.

Alegava-se que a adoção de tal ou qual política pública, notadamente no tocante à efetivação de direitos fundamentais, seria atribuição exclusiva dos poderes Legislativo e Executivo, porquanto se trataria de opção discricionária confiada pelo sufrágio popular aos integrantes dos referidos poderes, seja na órbita da definição das prioridades legislativas (máxime quando da discussão e aprovação da peça orçamentária pelo parlamento), seja quanto à execução dos programas de governo (por meio da efetiva execução orçamentária pelo administrador público).

* Pós-graduado em Direito Processual. Aluno do XIII Curso Preparatório para Ingresso na Magistratura - Escola Judicial do Estado de Sergipe (Ejuse/TJSE). Autor de artigos jurídicos publicados em revistas especializadas. Procurador Federal (Advocacia-Geral da União) no Estado de Sergipe.

A pedra de toque seria a eleição de prioridades, pelos legisladores e gestores públicos, diante da escassez de recursos orçamentários, chancelada pela soberania popular ao eleger seus representantes nas casas legislativas e ao ungir o chefe do Poder Executivo, aderindo à sua plataforma política debatida durante o processo eleitoral.

Pois bem, antes de esmiuçar temática em apreço, é preciso tecer considerações acerca das políticas públicas, tendo como referencial os direitos sociais positivados na ordem constitucional, e acentuar seu grau de imperatividade.

2. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS POR MEIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Na esteira do pensamento de Fábio Konder Comparato, citado por Edilson Pereira Nobre Jr., política pública é, antes de mais nada, manifestação do que se convencionou chamar de programa de governo¹, tão alardeado durante os períodos de campanha eleitoral, acrescente-se.

Registre-se que a noção de política pública envolve a ideia de atividade prolongada, não constituindo um ato isolado, mas sim a sucessão de atos e programas governamentais voltados para a concretização de direitos consagrados nos textos constitucionais, especialmente os chamados direitos sociais, qualificados como direitos de segunda dimensão, os quais reclamam prestações positivas do Estado.

Vale dizer, as políticas públicas, como manifestação ou instrumento de realização dos direitos fundamentais de segunda dimensão, vão além do ideário apregoado no contexto de reconhecimento dos direitos de primeira dimensão (manifestação típica das revoluções liberais burguesas), pois não se contentam com o abstencionismo dos poderes constituídos. Quer-se mais. Exige-se do Estado prestações positivas, garantindo-se o que se denominou chamar de “mínimo existencial”, ante a inviabilidade de a “mão invisível do mercado” regular todas as relações e conflitos sociais, superando a mera igualdade formal e assegurando-se a igualdade substancial. Em suma, há uma quebra de paradigmas, passando-se a exigir do Estado um papel intervencionista, como patrocinador das transformações sociais, deixando o poder público de ter um papel de mero garantidor das liberdades individuais.

Entre nós, a Constituição Federal de 1988 guarda estreita relação com

esse perfil de Estado de bem-estar social, comprometido com a efetivação dos direitos sociais, na medida em que, muito além de assegurá-los formalmente, trouxe instrumentos de controle das condutas dos gestores públicos pelo Poder Judiciário, buscando reduzir o âmbito de liberdade de atuação, impondo-lhes deveres aos quais se encontram jungidos.

3. DA LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Fazendo coro ao escólio do Min. Celso de Melo, é inegável a dimensão política conferida pela Constituição ao STF, e, acrescente-se, a todo o Poder Judiciário, no sentido de ser ele o artífice da denominada jurisdição constitucional das liberdades.

Com efeito, a Carta Magna conferiu-lhe o papel de guardião da promessa do constituinte de conferir efetividade aos direitos econômicos, sociais e culturais, enquanto expressão das liberdades positivas (ou prestações positivas exigíveis do Estado), também chamadas de reais ou concretas. Nesse sentido, vide decisão monocrática proferida no julgamento da ADPF Nº. 45, da qual se cuidará mais à frente.

Alvitre-se que o poder público pode praticar comportamentos tidos por inconstitucionais seja por meio de conduta comissiva ou mesmo omissiva. Melhor dizendo, a inconstitucionalidade pode emergir de comportamento consistente na prática de ato ou edição de norma em dissonância com o que reza a Constituição, vulnerando-a em seus preceitos e princípios. Por outro viés, quando o Estado permanece inerte, abstendo-se de adotar medidas indispensáveis à efetivação dos mandamentos constitucionais, especialmente dos direitos sociais, deixando de lhes conferir a máxima eficácia, incide em perniciosa ofensa constitucional, sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Pois bem, malgrado a formulação e concretização de programas governamentais tenham sido atribuídos primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo, é certo que, consoante se acentuou no introito, o Poder Judiciário vem assumindo, cada vez mais, um papel de destaque como concretizador de políticas públicas, diante do descumprimento injustificado dos deveres impostos aos gestores públicos pelo ordenamento constitucional.

A justificativa de que as normas programáticas não são dotadas de

densidade normativa suficiente para legitimar a intervenção jurisdicional não vem encontrando acolhida no âmbito da doutrina e jurisprudência pátrias. E a razão é simples: admitir que legisladores e administradores da coisa pública possam se escudar atrás do dogma de que a concretização de normas programáticas deve ficar condicionada à discricionariedade dos responsáveis pela formulação dos programas governamentais, significa negar eficácia aos direitos sociais e esvaziar a promessa do constituinte, fraudando as esperanças nutridas pelo cidadão, verdadeiro titular da soberania estatal.

Oportuno recordar que a legitimação do poder estatal sofreu evolução ao longo do processo histórico, o que contribuiu para as transformações sociais experimentadas pelo mundo ocidental, encontrando-se sedimentado hodiernamente no âmbito da civilização ocidental, que a legitimidade provém do sufrágio popular, o que reforça o compromisso do Estado com a realização dos direitos sociais da coletividade, responsável pela investidura que fora conferida aos seus agentes.

4. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Pois bem, diante do questionamento de políticas públicas em juízo, é comum a alegação de que sua implementação ficaria condicionada à denominada cláusula da reserva do possível, notadamente quanto a restrições orçamentárias.

Porém, é preciso alvitrar que a teoria da reserva do possível não pode se constituir em fator de imunização capaz de obstar a exigibilidade, por meio da jurisdição, da implementação de programas de governo concretizadores dos direitos econômicos, sociais e culturais, sob pena de vulneração do núcleo essencial de direitos e liberdades públicas denominado mínimo existencial ou mínimo vital, na esteira do pensamento de Robert Alexy, porquanto são manifestações da dignidade humana, princípio esse conformador de toda a atividade estatal.

Vale dizer, sempre que a norma constitucional for dotada de densidade normativa, ainda que classificada como “norma programática”, terá ela imperatividade suficiente para impor aos gestores públicos deveres inarredáveis no sentido de realizar políticas públicas implementadoras

dos direitos sociais, econômicos e culturais, visto que garantidores do mínimo existencial, notadamente políticas na seara da saúde pública e da assistência social.

Diante da inércia do Poder Legislativo e, especialmente, do Executivo, o Poder Judiciário, ao ser provocado, dispõe de legitimidade para compelir os gestores recalcitrantes ao cumprimento das obrigações impostas pela Constituição.

Tal ingerência pode ser feita pela via do controle concentrado de constitucionalidade, especialmente por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ou mesmo pela via das ações individuais, sendo por demais frequentes, à guisa de exemplificação, os pedidos de fornecimento de medicação formulados perante os órgãos jurisdicionais diante da injustificada omissão estatal.

Nesse cenário, oportuno citar novamente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede controle concentrado, em que a Excelsa Corte, por meio do Ministro Celso de Melo, assentou que a aceitação da teoria da reserva do possível deve ser aferida com parcimônia, porquanto esta não pode constituir óbice à concretização dos direitos sociais, notadamente diante da razoabilidade da pretensão perseguida, de um lado, e a disponibilidade orçamentária estatal, do outro, cuja insuficiência deve ser demonstrada concretamente, de nada valendo a alegação genérica de ausência de recursos orçamentários.

A pedra de toque, portanto, para fundamentar a intervenção do Poder Judiciário, seria a identificação de violação arbitrária e evidente do dever de implementação dos direitos sociais pelo Estado, entre as quais, a título de exemplo, citem-se os vultosos gastos públicos com publicidade oficial, ao passo em que, frequentemente, veem-se omissões do poder público em implementar programas de fornecimento de medicamentos e de custeio do ensino fundamental. Tais direitos são consagrados no bloco de constitucionalidade pátrio e dotados de ampla densidade normativa, logo, aptos a serem protegidos e implementados por meio de ordem judicial, constringendo-se os gestores recalcitrantes.

Neste exemplo aventado, a concretização do programa governamental na área de saúde ou de educação pública poderia ser viabilizado mediante remanejamento de recursos orçamentários atrelados à rubrica publicidade oficial, transferindo-os para o atendimento de política pública de maior relevo e alcance social, tal qual na situação em apreço.

5. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE

Nesse cenário, destacam-se as decisões proferidas pelo Poder Judiciário de Sergipe, as quais revelam a posição de vanguarda que a Egrégia Corte sergipana vem assumindo, notadamente na implementação de direitos fundamentais concernentes à área de saúde, em especial quanto ao fornecimento de medicação e tratamentos médicos imprescindíveis ao sucesso da recuperação de usuários do Sistema Único de Saúde, pessoas de poucos recursos que buscam no Poder Judiciário os meios necessários para terem seu direito à vida assegurado.

Nesse sentido, eis os paradigmáticos precedentes que bem ilustram a arrojada jurisprudência do Colendo Pretório sergipano:

APELAÇÃO CÍVEL - CONSTITUCIONAL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA - RECHAÇADA - PACIENTE PORTADOR OCLUSÃO DO RAMO VASCULAR DA VEIA CENTRAL DA RETINA - ARTS. 6º, 196 E SEQUINTE, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ARTS. 3º E 15, DO ESTATUTO DO IDOSO - ACESSO A MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS - MÉRITO - CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA O DESATE DA QUESTÃO - DESNECESSIDADE DE PERÍCIA - FORNECIMENTO DE TRATAMENTO - OBRIGAÇÃO ESTATAL - DIREITO À SAÚDE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - TENDO O AUTOR DEMONSTRADO SUA DOENÇA E A NECESSIDADE DO TRATAMENTO BUSCADO, EVENTUAL NEGAÇÃO DE RESPOSTA POR PARTE DO JUDICIÁRIO SÓ SERIA POSSÍVEL MEDIANTE INCONTESTE DEFESA DO ESTADO DE QUE A MEDICAÇÃO PLEITEADA É A MAIS CUSTOSA, NÃO SUPRE OS EFEITOS IDEALIZADOS, NÃO SE ENCONTRA NO ROL DAQUELAS AUTORIZADAS PELA ANVISA OU, AINDA, QUE FORNECE MEDICAMENTOS

SIMILARES DE IGUAL ÊXITO, O QUE NÃO OCORREU INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO EMDANO MORAL - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO. UNÂNIME.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2450/2013, 18ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO , RELATOR, Julgado em 16/04/2013)

Agravo de Instrumento em Face de Decisão Liminar. Disponibilização de Exame Médico imprescindível. Obrigação dos Entes Federados. Direito à Saúde. Arts. 6o e 196, da CF. Requisitos para a concessão da tutela demonstrados. Importância dos interesses protegidos. Dignidade da pessoa humana. Inexistência de violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Função Jurisdicional. Fumus Boni Iuris e Periculum in Mora Favoráveis à Agravada. Razoabilidade no valor da multa diária e no prazo para cumprimento da medida arbitrados na instância singular. Manutenção do decisório em sua integralidade. Agravo conhecido e improvido. Decisão unânime.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0307/2013, 12ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO , RELATOR, Julgado em 15/04/2013)

Outra seara em que o TJSE vem repetidamente firmado jurisprudência no sentido da viabilidade do controle jurisdicional de políticas estatais é a educação pública, direito de todos e dever do Estado, muitas vezes ignorado e posto em segundo plano pelos gestores públicos.

O Judiciário sergipano estabeleceu posição em perfeita sintonia com a contemporânea tendência observada na doutrina, tendência essa materializada em precedente vazado nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL

PÚBLICA - REFORMA DE ESCOLA PÚBLICA - TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA - FIXAÇÃO DE PRAZO DE 30 DIAS PARA INICIAR AS OBRAS DE REFORMA E MANUTENÇÃO ESTRUTURAL DO PRÉDIO - VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES - DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRECARIIDADE COMPROVADA - PRECEDENTES NESTA CORTE - DILAÇÃO DO PRAZO PARA 180 DIAS EM CONFORMIDADE COM A SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE DECISÃO - RAZOABILIDADE - MANUTENÇÃO DA MULTA DIÁRIA - PROPORCIONALIDADE EM RAZÃO DO BEM PROTEGIDO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO NO QUE SE REFERE, APENAS, À MAJORAÇÃO DO PRAZO FIXADO PELO JUÍZO A QUO - DECISÃO UNÂNIME.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1657/2012, 18ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. NETÔNIO BEZERRA MACHADO, RELATOR, Julgado em 22/04/2013)

Por fim, colmatando omissões estatais em seara que vem se tornando mais presente na vida dos indivíduos, com a crescente conscientização de que o meio ambiente saudável e equilibrado é a garantia da sobrevivência da geração presente e das futuras, o TJSE, afastando defesa com base na reserva do possível, fixou a responsabilidade do Estado em matéria ambiental, impondo-lhe o cumprimento de seus deveres negligenciados. Eis o teor da ementa que evidencia o referido posicionamento:

Constitucional e Administrativo - Ação Civil Pública - Assoreamento do Rio Cotinguiba - Preliminares de ilegitimidade passiva “ad causam” - Rejeitadas - Responsabilidade solidária - Omissão dos entes públicos municipal e estadual - Não adoção de medidas preventivas - Responsabilidade subjetiva constatada - Teoria da “reserva do possível” - Incabível - Violação à

separação dos poderes - Não configurada - Dever de realizar a dragagem ou drenagem do rio.

I - Conforme se depreende do art. 225 da Constituição Federal, o meio ambiente é um bem de uso comum e essencial à vida de todos e, com fulcro no art. 23, inciso VI da Constituição Federal, foi atribuída competência administrativa comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no que pertine à proteção ao meio ambiente e ao combate da poluição em qualquer de suas formas;

II - Assim, verifica-se a responsabilidade solidária de todos os entes federados, posto que todos devem realizar a atividade administrativa de fiscalizar as ações que afetam o meio ambiente, o que enseja um litisconsórcio facultativo, possibilitando a parte impetrar a ação respectiva contra um, contra alguns ou, ainda, contra todos os responsáveis;

III - Nesse sentido, incumbindo aos entes públicos em questão a adoção das medidas imprescindíveis para impedir o assoreamento do rio Cotinguiba, afigura-se patente a sua legitimidade para compor o pólo passivo da presente ação;

IV - É cediço que, em casos de conduta comissiva, a responsabilidade civil a ser observada é a subjetiva, a qual se funda na teoria do risco administrativo, regra implícita no art. 37, §6º, da CF, e que encontra respaldo também no art. 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro;

V - Uma vez constatada a responsabilidade subjetiva consubstanciada na omissão culposa do Poder Público que permaneceu inerte deixando de promover as medidas necessárias, a fim de evitar o assoreamento do rio e, por sua vez, impedir os danos acarretados ao meio ambiente como um todo e, especificamente, ao rio e à população local, resta imperiosa a necessidade de reparação do dano com a realização da drenagem ou dragagem do rio;

VI - Outrossim, quanto à alegada “reserva do possível”, não há nos autos prova de que os entes

requeridos não tenham condições de custear o implemento das obras determinadas pelo juízo, ou que existam outras prioridades a serem atendidas, que com a realização das mesmas acabariam por ficar desatendidas, prejudicando a comunidade. As alegadas limitações ou dificuldades orçamentárias não se prestam, por si só, como pretexto para negar o direito a um meio ambiente preservado e equilibrado, garantido no art. 225 da Constituição Federal;

VII - Por fim, as alegações de violação à separação de poderes e de necessidade de realização das “escolhas trágicas”, também não merecem prosperar. No feito, o que se está analisando não é o mérito do ato administrativo, mas sim sua legalidade, o que se faz plenamente possível por meio do Poder Judiciário. Nessa planura, a suposta discricionariedade do Administrador Público não se mostra tão extensiva a ponto de inviabilizar direito consagrado na Lei Maior e fugir, quanto à legalidade e moralidade do ato, ao controle do Poder Judiciário;

VIII - Recursos conhecidos e desprovidos.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 11185/2012, LARANJEIRAS, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, IOLANDA SANTOS GUIMARÃES, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 08/04/2013).

6. CONCLUSÃO

Nessa senda, tem-se que, no atual estágio da jurisprudência, patentemente influenciado pelo neoconstitucionalismo, os cânones da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa, apesar de ponderáveis, não constituem óbice absoluto aptos a elidir o controle jurisdicional das transgressões estatais, sob pena de negação do mínimo existencial e esvaziamento das promessas constitucionais de proteção e concretização dos direitos sociais, econômicos e sociais.

Ainda nessa esteira, a teoria da reserva do possível somente tem

relevância quando demonstrada concretamente a insuficiência de recursos orçamentários.

Essa argumentação, no entanto, não se justifica nas hipóteses de direitos sociais dotados de densidade normativa, vale dizer, reveladores da expressão do núcleo essencial do indivíduo, entendido como o núcleo vital para assegurar vida com dignidade, especialmente quando relevada a existência de gastos públicos em searas de pouca expressividade social (cujo exemplo mais gritante seria a publicidade oficial), em detrimento de áreas e programas em que os investimentos se mostram insuficientes para implementar um dos princípios mais mezinhos do estado de direito, qual seja, a dignidade do ser humano.

Nessa ordem de pensamento, vislumbra-se que a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça de Sergipe tem firmado posição de vanguarda em matéria de interpretação e concretização de direitos fundamentais do cidadão, notadamente nas searas da educação, saúde e meio ambiente, na esteira da moderna hermenêutica constitucional, sedimentando a convicção do relevante papel do magistrado na sociedade contemporânea.

É nesta sociedade, cada vez mais ávida por acesso à Justiça e pela realização dos direitos fundamentais, que o Poder Judiciário sergipano se destaca em seu mister de entregar a prestação jurisdicional, compondo os conflitos e concretizando direitos de envergadura constitucional, sempre comprometido com a eficácia e celeridade de suas decisões, máxime no âmbito da tutela coletiva, considerado o grande desafio para o Judiciário do terceiro milênio.

ABOUT IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES BY THE JUDICIARY: AN ANALYSIS OF THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF SERGIPE

ABSTRACT: This paper aims to examine, briefly, the modern trend of national case-law to admit the public policies control by the judiciary, as well as the role that the judiciary of the state of Sergipe comes playing in this context.

KEYWORDS: Public policies. Control by the Judiciary. Case-law. Court of Justice of Sergipe.

Notas

¹ **NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira.** *O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional.* *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 19, ago. 2007. Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm > Acesso em: 28 fev. 2007.

BIBLIOGRAFIA

- ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.* Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177> . Acesso em: 22 mar. 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva.* São Paulo: RT, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 4a ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- FRONTINI, Paulo Salvador. “Ação civil pública e separação dos poderes do estado”, in *Ação civil pública.* Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2001
- KRELL, Andreas. “Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais”. *A constituição concretizada – construindo pontes entre o público e o privado.* Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (descaminhos) de um direito constitucional “comparado”.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas”, in *Ação civil pública.* Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2001
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento.* 2a ed., 2a tiragem. São Paulo: RT, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 17a ed., São Paulo: Malheiros, 2004
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional.* *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 19, ago. 2007. Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm >

Acesso em: 28 fev. 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004.

A TUTELA JURISDICIONAL FACE ÀS MANIFESTAÇÕES POPULARES

Enéas de Oliveira Dantas Junior*

RESUMO: Neste artigo, será objeto de análise o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais à liberdade de locomoção, reunião e manifestação, diante de uma inter-relação entre a função institucional do Poder Judiciário dentro do Estado Democrático de Direito, analisado à luz da Constituição Federal de 1988, da doutrina, da jurisprudência e dos principais aspectos que consagram o modelo de Estado Constitucional, fundado na dignidade humana e no reconhecimento constitucional do direito à liberdade. Nesse sentido, e diante dos recentes anseios sociais, com diversas manifestações públicas, nos principais centros urbanos do país, em prol de melhorias na qualidade do serviço público, especialmente nas áreas da saúde, educação e transporte, o Poder Judiciário foi provocado e se deparou com o firme compromisso de garantir a todos o direito à livre manifestação pacífica, coibindo os atos de vandalismo, sendo responsável por manter o equilíbrio entre a vontade da maioria, o Estado e os direitos fundamentais. Logo, destacamos, ao final, que a nossa Constituição é o marco de vinculação democrática primordial, onde nela se deixa aberto o espaço necessário, a fim de que a comunidade política construa o seu futuro e trace a sociedade na qual deseja viver, com o mínimo existencial e o máximo de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Liberdade. Manifestação. Reunião. Vandalismo.

1. INTRODUÇÃO

A sociabilidade é característica peculiar que envolve o ser humano, assim, a vida em sociedade é indispensável para que o homem concretize

* Assessor de Juiz da 2ª Vara Criminal e do 2º Tribunal do Júri de Nossa Senhora do Socorro/SE. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Pós-graduando em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus (FDDJ/SP). Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT).

seus objetivos. Dessa forma, a sociedade necessita de um sustentáculo, no qual seja definido quem irá decidir e a maneira pela qual deverão ser tomadas tais decisões. Tal questão, ao longo dos tempos, foi posta diante do poder, este presente em qualquer organismo social, frente à contínua expectativa do homem, no que concerne à preservação da sua liberdade. Merece destaque a definição mais conhecida de democracia, no sentido de traduzir o governo do povo, pelo povo e para o povo, conforme proclamado por Abraham Lincoln no discurso de Gettysburg, de 19 de novembro de 1863¹. Extrai-se, portanto, desse conceito, o enfoque no pluralismo político e na livre manifestação das opções políticas, considerando que a tomada de decisões, no modelo democrático, reproduz os anseios da sociedade.

Importante lembrar que a legitimação do poder político está, intrinsecamente, ligada ao suporte dado pela opinião pública, não apenas legitimando o exercício do poder, mas, essencialmente, como controle e limite sobre o mesmo. É dessa maneira que a liberdade de manifestação, em decorrência da livre atividade, assegura, no cenário decisório, a participação das majorias e das minorias, ambas, diretamente, ligadas à plataforma dos regimes democráticos.

Nesta linha, com a implementação da tecnologia e do acesso às informações em tempo real, é possível, de forma rápida, conhecer e reconhecer atitudes de insatisfação da população, nos mais diversos setores da vida pública, ensejando um visível ativismo político da sociedade, no qual todos querem ser partícipes². A Carta Política de 1988 consagra, no rol dos direitos fundamentais, liberdades das mais variadas e visa assegurar-las por meio de diversos preceitos normativos. Logo, igualdade e liberdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, o qual o constituinte elevou à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito.

Nesse momento conturbado por que passa as nossas instituições, diante da falta de credibilidade social, é primordial que, dentro de um Estado Democrático de Direito, a moralidade de nossos costumes, a probidade política, a ética social e o respeito às leis, sejam pontos fundamentais de intenso debate, a fim de despertar a noção de civilidade e cidadania, no exercício das liberdades, sem qualquer restrição ilegal ou abusiva por parte do Estado, eis que somente é possível a construção de uma sociedade justa e igualitária, se garantido o direito à livre expressão

dos indivíduos que a compõe.

É direito de todos a livre manifestação de opinião, crítica, informação, investigação e denúncia, sendo facultado a qualquer pessoa o livre exercício do pensamento, a livre exposição de ideias nos escritos, imagens, palavras, cartazes ou nas redes sociais, por meio da rede mundial de computadores. Dessarte, não há democracia sem liberdade de pensamento.

Frise-se que não estamos tratando de uma liberdade irrestrita e sem limites, mas sim, de uma liberdade constitucional democrática. Havendo abusos no exercício de tal direito fundamental, a Constituição concede ao Poder Judiciário, na sua atividade judicante, o poder de controlar e cessar quaisquer atos atentatórios ao Direito e à Democracia.

Falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. A Constituição Federal consagra a liberdade de pensamento, mas veda o anonimato. Desta forma, não é razoável, nem conforme o Direito, a utilização de máscaras, pelos manifestantes, com a finalidade de obstar suas identificações. Desse modo, a proteção constitucional não se estende à ação violenta. A liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais, como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, esta não pode ser usada para manifestações que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas.

Neste contexto, o presente artigo visa abordar, de forma sucinta, os principais aspectos de atuação do Poder Judiciário, nas manifestações populares, especialmente, no que concerne à efetivação dos direitos e garantias fundamentais, conforme será detalhado a seguir.

2. A MULTIDÃO E SUA ESSÊNCIA

O direito de se manifestar livremente e mesmo o de se reunir pacificamente em locais públicos, como vem acontecendo com frequência nos últimos meses, com destaque para os meses de junho e julho de 2013, em virtude dos protestos realizados pela população, agregou uma grande massa de cidadãos, entre jovens, crianças, adultos e idosos, nas ruas, a fim de expressarem sua indignação com a política reinante no país.

O ponto crucial que fez explodir a revolta da população foi o aumento

das passagens dos transportes públicos, caracterizando apenas o estopim do movimento, uma vez que toda a sociedade brasileira já não suportava mais ouvir notícias ligadas à corrupção existente no Brasil e o intenso descaso com a saúde e educação.

Uma verdadeira multidão, em várias capitais e grandes cidades do país, foi às ruas protestando e exigindo, de forma legítima, mudanças significativas na política e nas instituições.

Nesse sentido, os movimentos e revoluções de libertação nacional dos últimos tempos surgiram no interior das sociedades nacionais, por meio de movimentos onde a multidão se apresentou como elemento determinante. A multidão apresenta, como característica, o aspecto econômico e o político, por meio das tendências e anseios democráticos, e, de resistência a determinado fator.³

Sem prejuízo, o conceito de multidão pode ser visto a partir de três perspectivas: ontológica, sociológica e política. A primeira trata de um conjunto difuso de singularidades que produzem vida em comum, um novo corpo social. A segunda trata a multidão como um conceito de classe, um trabalho social formado pelo comum. Já a terceira é o momento em que a multidão expressa seu poder comum e sua capacidade de tomada de decisões.⁴

É uma verdadeira alternativa viva, consubstanciada na nova ordem constitucional que garante direitos e exercício pleno de liberdades, dentro da órbita legal, que faculta às pessoas se reunirem e se encontrarem infinitamente, com determinada finalidade lícita.

Segundo Hardt e Negri, a multidão é multicolorida, difere dos demais elementos sociais como o povo, as massas ou a classe operária. A multidão é composta por uma diversidade de singularidades, onde a multiplicidade se interliga e atuam em comunhão de desígnios.⁵ As manifestações das multidões são movidas em seus objetivos não somente em regra pela luta contra a pobreza e a miséria, mas, principalmente por um anseio democrático, sob os pilares da liberdade e da igualdade. Nos últimos tempos, os inúmeros movimentos relacionados à identidade, a exemplo das lutas feministas, das lutas dos homossexuais e das lutas raciais, surtiram efeito e modificaram o pensamento político e jurídico atual.

Para alguns, essas multidões representam insegurança e incentivam o caos e a desordem. Por outro lado, cada luta é mergulhada no propósito comum das multidões, que se organizam e concretizam seus movimentos,

por diversos meios de comunicação, a exemplo das redes sociais, na Internet.

A velocidade da informação, as expressões individuais homogêneas e a opinião pública, são ações voltadas à criação de um mundo de valores. Os protestos giram em torno da insatisfação com a ineficiência estatal e do déficit de representação nas esferas municipal, estadual e federal, eis que “representantes” eleitos pelo povo vedam os olhos ao fato de que tantas pessoas no Brasil vivem na mais extrema pobreza, muitas no limite da fome. E nada fazem.

Nesse contexto, as recentes manifestações, levaram multidões às ruas por diversas questões, as quais integram motivos legais, culturais, políticos e econômicos, mas sobretudo impulsionados pelo senso de Justiça. Portanto, é evidente que as ações das multidões, por meio da luta por direitos, podem pressionar governos a se tornarem mais democráticos, na medida em que cede à pressão democrática exercida pelas manifestações. O reconhecimento das reivindicações dos movimentos, como legítimas, é o ponto de partida para o desenvolvimento de uma aliança entre governo e os manifestantes, visando a futura mobilização democrática de novas políticas públicas.

Tais questões incitaram a reflexão e a tomada de decisões por parte dos Poderes da República, sejam emergenciais, paliativas ou com a finalidade de cessar as manifestações, mas, independente disso, fica a certeza de que precisamos aprender a nos preocupar com a vida em sociedade.

Na multidão, a luta de cada um tende a transformar-se na luta de todos.

3. OS LIMITES DA LIBERDADE E A PROIBIÇÃO DAS MANIFESTAÇÕES EM CASOS CONCRETOS

De modo especial, para a abordagem que se pretende, é importante ressaltar o momento atual que vivemos de profundas transformações, no qual pluralidade e unidade são elementos que se apresentam em constante interligação e coexistência, dentro do processo de desenvolvimento da democracia.

Observando o papel determinante do constitucionalismo como instrumento que permite a viabilização da pluralidade e das diferentes opiniões, na esfera das liberdades, é visto que tal direito fundamental não deve ser exercido de forma desregrada ou absoluta.

Nesses termos, Bernardo Gonçalves Fernandes ensina que:

O entendimento contemporâneo dos direitos fundamentais, ainda mais quando tomados como valores, representa uma leitura relativista dos mesmos. Isto é, os direitos fundamentais não podem ser tomados como elementos absolutos na ordem jurídica, mas sempre compreendidos e analisados caso a caso e de modo relativo (ou limitado). Nesses termos, temos afirmação da inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais, sendo a posição topográfica que ocupam no texto constitucional apenas um elemento circunstancial, mas nunca revelador de uma superioridade entre os mesmos.⁶

Assim, a possibilidade ou não de restrição ao direito fundamental à liberdade está ligada à teoria dos limites dos limites. Tal restrição, como fundamento da referida tese, deve surgir para desenvolver o direito fundamental ou outros direitos fundamentais previstos constitucionalmente em casos de um ir de encontro ao outro. Ademais, é certo que a limitação não pode ser tal, que, ao invés de ensejar maior efetividade, prejudique o direito fundamental ou outros direitos fundamentais, reduzindo-os de tal forma que torne o ato legislativo ou administrativo inconstitucional.

Logo, com relação à restrição da liberdade, para ser legítima, tem que ser feita por lei formal, não pode ser retroativa, tem que ser geral e abstrata, tem que observar o princípio da proporcionalidade e não pode violar o núcleo essencial do valor liberdade.

Nesse sentido, leciona Bernardo Gonçalves Fernandes, em relação ao estabelecimento de determinados parâmetros para limitação dos direitos fundamentais:

1. Qualquer limitação (restrição) aos direitos fundamentais tem que respeitar o núcleo essencial destes, ou seja, o núcleo essencial que envolve diretamente os direitos fundamentais e por derivação a noção de dignidade da pessoa humana, que não pode ser abalada. O controle desses limites,

então, fica a cargo do Judiciário. (...) 2. Pesa uma exigência de clareza e precisão. Ou seja, a limitação via de regra deve ser estabelecida de forma explícita no texto normativo infraconstitucional, principalmente como forma de proteção da segurança jurídica. Não há como trabalharmos, via de regra, com restrições implícitas ou sub-reptícias. (...) 3. As limitações, em regra, devem ser de cunho geral e abstrato, ou seja, visando abarcar uma constelação de situações e de indivíduos; logo, mostra-se proibido o uso da legislação como forma de criar limitações casuísticas, que gerem discriminações absurdas ou arbitrárias (desarrazoadas). (...) 4. As limitações devem ser proporcionais, e, para tanto, devem obedecer ao instrumental da proporcionalidade. Com isso, as mesmas devem estar em consonância com o princípio (máxima, postulado ou mais corretamente regra) da proporcionalidade e seus subprincípios (máximas, postulados ou mais corretamente sub-regras): adequação (meio que deve ser apto ao fim visado), necessidade (não deve haver outro meio menos gravoso para se atingir o objetivo, ou seja, a única forma de alcançar o fim visado deve ser pela restrição ou limitação ao DF, visto que não há outro meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (relação custo/benefício), ou seja, o ônus com a medida restritiva (que obviamente causa ônus) deve ser menor que o bônus. Nesse caso, a restrição (ou limitação) irá desenvolver mais do que prejudicar o direito fundamental em questão (ou os direitos fundamentais em questão).⁷

Com efeito, explica Paulo Gustavo Gonet Branco:

A Carta brasileira não adotou a fórmula alemã de prever, explicitamente, que a liberdade de expressão possa ser limitada por leis destinadas a proteger a juventude. Isso não impede que, no Brasil, sejam editadas leis, com o fito de preservar valores

relevantes da juventude, restringindo a liberdade de expressão. Isso porque não são apenas aqueles bens jurídicos mencionados expressamente pelo constituinte (como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem) que operam como limites à liberdade de expressão. Qualquer outro valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade, reclamando sopesamento, para que, atendendo ao critério da proporcionalidade, descubra-se, em cada grupo de casos, qual princípio deve sobrelevar.⁸

Ademais, continua esclarecendo Paulo Gustavo Gonet Branco:

Leis de índole geral, que não tenham como objetivo a restrição às mensagens e às ideias transmitidas pelo indivíduo, podem também interferir, indiretamente, sobre a liberdade de exprimi-las. Assim, leis sobre segurança das vias de tráfego ou de proteção ao patrimônio ambiental ou turístico podem ter impacto restritivo sobre a liberdade de expressão, embora perseguindo objetivos outros, perfeitamente legítimos. A lei que proíbe o uso de buzina em frente a hospitais não tem por meta restringir a liberdade de opinião política, mas terá repercussão sobre a decisão de se promover, nas imediações de estabelecimentos médicos, um buzinação de protesto. Lei que proíbe o uso de *outdoors* em certas regiões, para preservar a visibilidade de áreas privilegiadas por motivos de segurança de tráfego ou paisagísticos, tampouco atrairá uma imediata censura de inconstitucionalidade. Procede-se, nesses casos, a uma concordância prática entre valores em conflito, para assegurar a legitimidade da lei que tem por efeito colateral a interferência sobre o exercício da liberdade de expressão. O teste de validade da lei não exige critérios particularmente estritos, bastando que a deliberação legislativa se revele razoável.⁹

Logo, por essas razões, é defensável a ideia de restringir a liberdade de expressão frente a questões que marginalizem os negros, o índio ou o nordestino na sociedade, problemas estes cruciais enfrentados no Brasil, sem prejuízo das limitações a movimentos que incitem a prática de crimes ou atos contra a dignidade humana.

Na expressão de Humberto Ávila, a dignidade humana é de tal importância que “na ordem constitucional que repercute até mesmo na atividade hermenêutica: a interpretação de qualquer norma deverá colocar o homem no centro de importância e de valoração”.¹⁰

Assim, a limitação estatal à liberdade de expressão é medida de máxima excepcionalidade, devendo ser aplicada somente em caso de grave abuso no exercício da liberdade de pensamento. Manifestações exacerbadamente agressivas, fisicamente lesivas ao patrimônio público e privado ou que exponham pessoas a situações de intenso risco, devem encontrar limites nos demais direitos fundamentais.

São diversos os casos levados à apreciação do Poder Judiciário relativos à lesão da liberdade de expressão das pessoas ou à lesão provocada pelo exercício da liberdade de outrem. É fundamental que os magistrados se conscientizem do papel efetivador das liberdades, eis que tal direito deve ser efetivado e garantido como missão judicial, posto que é a razão de um desenvolvimento democrático, representativo e cidadão.

O Poder Judiciário deve atuar pautado na razoabilidade, atendendo aos critérios informadores do princípio da proporcionalidade, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O texto legal que tenha por pretexto do ponto de vista ideológico, ocultar o propósito dissimulado e primordial de impedir a veiculação de ideias no exercício das liberdades não estará, obviamente, imune à declaração de inconstitucionalidade.

A garantia constitucional da liberdade de expressão deve ser concretizada de acordo com as situações de cada caso concreto, atentando-se para o contexto em que protestos e as manifestações se desenvolvem, bem como quanto os motivos que a legitimam. Assim, tal zelo é fundamental, tendo em vista os limites a que a liberdade de expressão se submete, numa sociedade justa e democrática.

O Pretório Excelso, já se posicionou em relação a não admissão relativa ao discurso de ódio, ou seja, aquele que incita a discriminação racial, por meio de ideias antissemitas, a fim de resgatar concepções

nazistas, negadoras e subversoras de fatos que marcaram negativamente a humanidade, diante de suas atrocidades. Dessarte, tais ações constituem conduta criminosa e não amparada pela liberdade de expressão, já que nesta não se inclui a promoção do racismo, este tão rechaçado pela nossa Constituição Federal de 1988, que eleva o fundamentalismo dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.¹¹

A regra constitucional é a impossibilidade de censura por parte de qualquer órgão da Administração Pública. Por outro lado, o debate se instala em saber se é dado ao magistrado poder para proibir uma manifestação, protesto, matéria jornalística, de forma prévia, num caso concreto de conflito entre direitos fundamentais.

O Ministro Gilmar Mendes argumenta que a interpretação adequada da Constituição reclama a proteção preventiva do direito fundamental em vias de ser agredido e esclarece que é “evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual direito de reparação ao eventual atingido”, e complementa em relação a possibilidade de atuação preventiva, de modo que: “se a intervenção (judiciária) somente pudesse se dar após a configuração da lesão”¹², não estaria atingindo o real significado que consta em nosso texto constitucional.

Desta forma, o fundamento de que nem a garantia da liberdade de locomoção nem a da liberdade de manifestação podem ser tomadas como direitos absolutos; sujeitam-se, portanto, à ponderação no caso concreto, efetuada pelo magistrado, para resolver uma causa submetida ao seu juízo.

O Poder Judiciário, por meio do devido processo legal, frente a uma situação de violência a direito de outrem, especialmente à liberdade de locomoção e manifestação dos cidadãos, não pode deixar estes desamparados, mas buscar efetivar, de forma ampla e justa, todas as garantias constitucionalmente asseguradas, em favor daqueles.

Infere-se, portanto, que o pensamento é o que nos faz humanos, e expressar o pensamento é o diferencial dos seres humanos. No mais, assegurar o direito à liberdade de manifestação é, por conseguinte, quesito imprescindível para a realização plena do homem, e alicerce de uma sociedade justa, fraterna e igualitária.

4. A GARANTIA DE MANIFESTAÇÃO E AS IMPLICAÇÕES AO TRABALHO E AO DIREITO DE IR E VIR

Como já delineado, o direito de manifestação e reunião das pessoas

de forma pacífica é um direito constitucionalmente assegurado a todos, bem como é um direito que a depender da maneira pela qual é exercido, pode sofrer restrições.

Pois bem. As manifestações populares e os protestos, desencadeados para contestar *a priori* os aumentos nas tarifas de transporte público¹³, nas principais cidades brasileiras, a exemplo de São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre, levaram às ruas, após a repressão violenta da polícia, intensa massa populacional de todos os gêneros, multidões estas que apoiaram as mobilizações que se proliferaram em todo o Brasil.

Por meio das redes sociais como Facebook, Blog e Twitter, manifestantes lançaram a semente de indignação e insatisfação com as políticas públicas. Assim, com a rapidez da informação, o movimento ganhou força, aderência, dimensão e significado, podendo já ser considerado um dos eventos mais importantes da história das lutas sociais no Brasil, nos últimos 30 (trinta) anos.

As contradições sociais e políticas do Brasil levaram à formação desses grandiosos movimentos espontâneos de diversas classes que, insatisfeitas reagiram às contradições estruturais, institucionais, sociais, políticas, econômicas e conjunturais do país. As multidões formaram um verdadeiro processo revolucionário na luta por interesses comuns a todos os cidadãos. Estes que se viram há muito tempo marginalizados do sistema econômico e político, no qual, legalmente, são obrigados a viver na clandestinidade.

A existência da intensa contrariedade das massas ao modelo político atual, também, motivou o levante popular nos meses de junho e julho de 2013, em várias regiões do país, onde os fóruns de luta pelo transporte no Rio de Janeiro e o movimento passe-livre expressaram suas insatisfações e convocaram às mobilizações pelas redes sociais. No entanto, constatou-se que a repressão estatal às manifestações, por meio da polícia, deu ao movimento um caráter de multidão e de confronto jamais visto nos últimos tempos e que ainda não cessou.

A permeabilidade das redes sociais desempenhou papel fundamental na disseminação dos protestos e das designações prévias de encontro e pontos de reuniões entre manifestantes, sem olvidar que atrás de cada anúncio existia um clamor social, uma indignação, um interesse social. Logo, o poder da informação, também pelos veículos de comunicação, aliados às redes sociais, foi crucial para consubstanciar as manifestações.

A partir do momento em que se agregam diversas pessoas com o

intuito legítimo de buscar melhorias para o país e resolvem se reunir em grandes centros urbanos ou nas principais vias de acessos às grandes metrópoles, transtornos no trânsito, no trabalho, no comércio, nas escolas, nas instituições, na economia, dentre outros, são inevitáveis.

Os interesses são legítimos e constitucionalmente assegurados pelo direito à liberdade de manifestação de expressão e pensamento? No entanto, até onde e quais os limites a tais direitos?

É aceitável, lícito e ético sustar diversos setores da vida pública e privada para assistir e/ou participar do repúdio ao modelo político estatal, às políticas públicas e à corrupção, por meio das manifestações? Quem arcará com os prejuízos às vezes irreversíveis? A garantia do direito à liberdade de manifestação se sobrepõe ao direito de ir e vir daqueles que não participam do movimento e ficam obstados de sua liberdade em razão dos mesmos, com receio do trânsito parado ou de serem vítimas dos vândalos?

Foram diversas indagações e discussões levantadas como as mencionadas acima, durante o período em que se intensificaram as manifestações, nas principais cidades brasileiras.

É evidente que o direito de todos, incluindo as prerrogativas inerentes ao Poder Público, devem ser relativizadas. No campo complexo das relações sociais frente aos protestos, alguém teve que ceder, mesmo que de forma compulsória e suportando prejuízos.

No entanto, vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde ceder não se confunde com exercício ilimitado ou irrestrito de direitos. Assim, frente a uma colisão entre direitos fundamentais, nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra guarida de proteção.

A concorrência entre, de um lado, o direito à liberdade de locomoção, manifestação do pensamento e reunião dos protestantes, e, de outro, o direito dos motoristas nas vias interditadas, dos comerciantes, dos estudantes e professores, dos servidores públicos, dentre outros afetados, assume peculiar relevo nas recentes manifestações. Tais questões chegarão com a devida certeza ao Judiciário e este precisará estar atento para que de acordo com cada caso concreto, venha a dizer por meio da ponderação, qual valor jurídico irá preponderar.

Leciona Gilmar Ferreira Mendes:

Configura-se a concorrência de direitos individuais

quando determinada situação ou conduta pode ser subsumida no âmbito de proteção de diversos direitos fundamentais. Nesse caso, coloca-se o problema de saber qual das normas fundamentais seria aplicável e, por conseguinte, a que tipo de restrição estaria o cidadão submetido (coincidência ou divergência de limitações ou restrições). (...) Em se tratando de comportamento abrangido tanto por direito fundamental especial quanto por direito fundamental geral, como o direito amplo de liberdade, tem-se como regra assente que a proteção há de ser conferida pelo direito fundamental especial 207. Assim, as medidas restritivas em relação à liberdade de reunião ou à inviolabilidade do domicílio aplicam-se por força do disposto nos arts. 5º, incisos XVI e XI, respectivamente, e não por força do princípio geral de liberdade (CF, art. 5º, II) (...) Pode ocorrer que determinada conduta esteja abrangida pelo âmbito de proteção de dois direitos individuais especiais.¹⁴

Apesar de ser uma multidão despolitizada, ou seja, mobilizada de forma apartidária ou antipartidária, há receios de que ela seja manobrada por grupos específicos, com interesses individuais, a fim de se aproveitar da situação e da evolução dos protestos¹⁵. O repúdio à presença de bandeiras partidárias pode ser analisado como crítica aos tradicionais instrumentos de organização coletiva ou despolitização, bem como por parte daqueles que não se sentem cativados pelo projeto político atual.

E para que esse apelo de mudança fosse ouvido pelas autoridades que governam o país, a fórmula usada foi fechar rodovias, vias urbanas de tráfego intenso; instituições públicas encerraram os seus expedientes antes do horário normal, com receio de serem alvos de depredações por parte dos vândalos, o comércio fechou as portas temendo eventuais saques, entre outros atos anormais à vida cotidiana dos brasileiros.

Por outro lado, é preocupante e nos indagamos se foram ouvidos os doentes, aposentados, estudantes e pessoas que vinham do interior para resolver quaisquer problemas na capital e perderam seu dia, bem como diversos trabalhadores que tiveram que enfrentar longas horas de congestionamento de ônibus, ou longos trajetos a pé, tudo para ceder

espaço às manifestações.

A liberdade como direito tão importante na vida de todos os indivíduos, será que foi respeitada e garantida em sua totalidade? É evidente que não!

É necessário que os organizadores das manifestações e a própria multidão participante se conscientizem que, além do seu direito de manifestação e reunião para exercerem o seu direito de voz, repúdio e expressão do pensamento, também existem o(s) direito(s) daqueles que estão em volta das manifestações. A proporcionalidade e o respeito mútuo é algo que deve sempre prevalecer. Como visto, não há direitos absolutos. O exercício do direito à liberdade de locomoção e manifestação é corolário do Estado Democrático de Direito, no qual as pessoas devem ser respeitadas em sua individualidade, coletividade e humanidade.

É surpreendente o alcance das mobilizações promovidas via Facebook, Twitter e blogs. O que é preocupante é que, por meio de ações e movimentos legítimos que visam um bem maior, pessoas com sentimentos vis e com intenções reprováveis, quais sejam, os vândalos, se infiltrem, sujando a imagem dos protestos e pondo em risco os louváveis motivos ensejadores das manifestações.

5. VANDALISMO: O PONTOSOMBRIODASMANIFESTAÇÕES EM MASSA

O estímulo à intolerância e ao ódio público, praticado por alguns manifestantes nos recentes protestos, não merecem a dignidade da proteção constitucional, uma vez que a liberdade de manifestação do pensamento, por mais ampla que seja, não pode ensejar a exteriorização de propósitos ilícitos.

A revolta da multidão é legítima, mais que justa, pois clama por diversos fatores sensíveis e precários da sociedade, como saúde, educação, probidade e lisura com o dinheiro público, portanto, todos têm o direito constitucional de se expressar, protestando contra o modelo político vigente. Logo, excessos cometidos no exercício de tal direito não se coadunam com o que diz a nossa Constituição Federal, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e

aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.¹⁶

Nesse sentido, é fundamental a existência de limites e normas, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, em face dos excessos e reprováveis atos de vandalismo.

É necessário, portanto, tecer algumas considerações sobre o tema em evidência. Dessarte, o mundo não é totalmente seguro, e a função do Estado e da intervenção militar é reduzir os riscos e proporcionar segurança, mantendo a ordem vigente. Uma das tarefas do Estado é a proteção dos direitos e garantias fundamentais, coibindo as mais diversas formas de transgressão, seja por parte dos indivíduos, seja por parte do próprio Estado, uma vez que a força policial é decorrência da força primordial que é o Direito, dentro de um Estado Democrático.

As Polícias Civil, Militar e Federal, devem acima de tudo respeitar e garantir o regular desenvolvimento das manifestações pacíficas, consubstanciadas no direito fundamental constitucional da liberdade, uma vez que sendo violado tal direito por parte das referidas autoridades,

nada obsta que estas respondam criminalmente pelo delito de abuso de autoridade, nos termos da Lei nº 4.898/65. Assim, em virtude dos protestos realizados pelas multidões nas ruas, poderia a polícia impedir esse tipo de manifestação que visivelmente vai de encontro aos interesses dos governos municipal, estadual e federal?

É o questionamento que inicialmente se responde de forma negativa, uma vez que é dever da polícia manter a segurança de todas as multidões que resolveram se manifestar. Frise-se que pacificamente. Logo, todo e qualquer tipo de atuação que obste a locomoção das pessoas e lese o direito à liberdade de manifestação caracterizará abuso de autoridade, como visto acima. O ponto crucial que levou o aumento de pessoas a aderirem às manifestações e protestos no país se deu em razão da atitude precipitada de alguns integrantes das Polícias, que coibiram de forma violenta, com usos de balas de borracha, bombas de gás lacrimogêneo e de efeito moral, os manifestantes.

Desta forma, depois da repressão policial no Estado de São Paulo, o eixo dos protestos e sua forma de atuação se modificaram e evoluíram. A multidão se uniu e apresentou sua total insatisfação com os abusos policiais e com o modelo político atual. São Paulo, Rio de Janeiro e Fortaleza rapidamente assumiram destaque exatamente porque acumularam contradições estruturais e conjunturais, já que essas cidades estão entre aquelas com maiores índices de violência policial do Brasil, desigualdade e racismo. Ademais, são cidades sedes da Copa das Confederações e da Copa do Mundo, em que o custo de vida e do transporte aumentou significativamente. O levante da manifestação é espontâneo e não é apenas pelo aumento das tarifas de transporte público. Os diversos motivos vieram à tona. Palavras de ordem antimilitaristas e contra a polícia foram destaque, em represália às atitudes precipitadas e aos abusos de autoridade cometidos pela polícia. O mesmo se deu pela ação direta de resistência e confronto com os símbolos e as forças policiais do poder de Estado.¹⁷

No entanto, percebemos que dentro das manifestações, grupos criminosos se infiltraram, com a intenção de praticar atos de vandalismo em desfavor do Estado Democrático de Direito. Outrossim, as redes sociais oferecem uma organização efetiva a quem quer aderir a protestos e manifestações e, como são, pelo menos no início, praticamente, imunes à repressão, elas também podem alimentar e viabilizar ataques que

venham a ser incentivados, ou mesmo desencadeados, por inimigos da Democracia, quais sejam, os vândalos. Para estes, o Estado deve usar a força e os rigores da Legislação.

Atentar contra o patrimônio público, bem como em desfavor da esfera privada das pessoas e dos estabelecimentos em torno das manifestações, com práticas de roubos, furtos, depredação de instituições bancárias, de postos policiais, de ônibus, de carros particulares, de veículos de emissoras de televisão, constitui não um exercício de direito, nem abuso deste, mas flagrante prática de ato ilícito, verdadeiras ações criminosas, que devem, por Lei, ser reprimidas pelo Estado.

O termo vândalo é antigo, eis que constituía característica de um povo bárbaro de origem germânica oriental, que ficou conhecido na história como símbolo de violência, selvageria e falta de civilidade, principalmente logo após saquearem Roma, no ano de 455, destruindo muitas obras-primas e espalhando uma onda de terror pela Europa.

Nesse sentido, podemos afirmar que o vandalismo é o ato de destruir propriedades importantes para o bem comum, ou seja, é uma conduta violenta que visa destruir o patrimônio alheio, geralmente manifestada publicamente com depredação a monumentos, instituições bancárias, paredes, muros, instituições públicas, praças públicas, veículos de transporte coletivo, dentre outros, com a finalidade de expor uma mensagem ou ideia, ou pelo simples fato de fomentar a baderna.

Os episódios de violência registrados nas manifestações, com ataques a bancos, repartições públicas, saques às lojas e agressões, são ações perpetradas por pequenos grupos de agentes inescrupulosos infiltrados em um movimento legítimo. É o verdadeiro ponto sombrio das manifestações em massa. Mancha a imagem do movimento lícito e atenta contra a sociedade, e, principalmente, contra aqueles que estão participando do movimento e dispuseram a sair de sua zona de conforto, em busca de uma sociedade mais justa e equânime, sem corrupção, com educação e saúde de qualidade.

Atos de vandalismo caracterizam o crime de dano, tipificado no art. 163 do Código Penal Brasileiro¹⁸, com pena privativa de liberdade. Desta forma, é necessário um esforço e cuidado de inteligência da Polícia para identificar os vândalos e agir de forma repressiva e preventiva para impedir suas ações antidemocráticas. Afinal, policiais são servidores públicos, integram a sociedade, passaram por um concurso público e a

população deve compreendê-los como parceiros e não, como inimigos.

Por outro lado, os agentes de polícia devem compreender os manifestantes e ter a sensibilidade de que está ali, nas ruas, protestando, a mesma sociedade a que eles pertencem, uma vez que os benefícios logrados por meio das manifestações também atingirão os policiais e suas famílias, considerando que todos têm direito de ser tratados de forma digna nos hospitais, ter uma educação de qualidade, leis com maior punição para os corruptos e mais seriedade com os gastos públicos. Não é apenas uma questão jurídica, mas uma questão de consciência e razoabilidade.

Contudo, a ação policial deve observar a Portaria Interministerial de nº 4.226, de 31 de dezembro de 2010¹⁹, que disciplina acerca do uso da força pelos agentes de segurança pública. Assim, abusos policiais cometidos nas manifestações devem receber a devida punição por parte do Estado, após o regular procedimento de apuração e investigação dos fatos. Em contrapartida, atear fogo em lixeiras, nos veículos de transporte coletivo, nos automóveis das emissoras de televisão, depredar bancos e lojas, não é a maneira adequada ou convencional de protestar ou de ter nossos anseios sociais atendidos.

Nenhum manifestante quer ver o movimento sem credibilidade ou mesmo desacreditado em razão da ação de vândalos. É puro aproveitamento ilegítimo para atingir objetivos alheios à essência do movimento. Dessarte, o Poder Judiciário exercerá papel fundamental na garantia do direito à liberdade de reunião e manifestação, bem como no que concerne à punição daqueles que venham a atentar contra o Estado Democrático de Direito e a paz nos protestos.

6. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NAS MANIFESTAÇÕES DE JUNHO/JULHO DE 2013

As manifestações que estão acontecendo no Brasil tiveram duas fases demarcadas por características distintas, ambas organizadas pela rede mundial de computadores, por meio das redes sociais, e focadas, inicialmente, em solucionar o aumento dos preços das taxas de transporte coletivo, anunciado pelos governos.

Nesse primeiro momento, visualizamos a ausência de apoio da mídia, pouca participação da população, muitos conflitos violentos, entre os

manifestantes e a polícia, e um foco quase exclusivo na questão do valor do transporte.

No segundo momento, percebemos uma grande cobertura dos meios de comunicação, com volumosa participação popular, além da aceitação de uma parcela maior da população. Contidas repressões policiais e atendimento de exigências quanto ao transporte, a rejeição da PEC 37, o arquivamento do projeto intitulado de “cura gay” e, uma corrida legislativa para colocar em votação projetos engavetados há muitos anos.

É evidente que a ineficiência do poder público está intrinsecamente ligada a um grave problema de falta de gestão. Os manifestantes dos meses de junho e julho de 2013 pretendem em síntese, o fim do ineficientismo do Estado, da ineficácia das políticas públicas, da mídia burguesa, da improbidade de quem atua em nome do Estado ou trava relações com este, bem como contra os gastos com a Copa do Mundo, com a Copa das Confederações, contra a PEC 37 e contra a repressão desproporcional da polícia.

A frustração das classes emergentes, em razão de ter que pagar mais impostos do que qualquer outro país em desenvolvimento e, em troca, têm serviços públicos precários, é fator que se transmuda, muitas vezes, em humilhação, sendo causa da insatisfação, indignação e do sentimento de impotência dos brasileiros.

Uma sociedade mais justa, equitativa, menos violenta, mais consciente, em síntese, com maior qualidade de vida, é o desejo dos verdadeiros manifestantes, estes que conduzem a máquina econômica do país, saturados com o pagamento de altos impostos e com a aquisição de produtos e serviços por preços exorbitantes. São esses manifestantes que com novas ideias se sentem na necessidade de ter participação ativa na vida política do Brasil.

É bem verdade que as manifestações surtiram efeitos e foram atenuadas, de logo, com às tarifas de ônibus, com a isenção dos impostos relativos ao PIS e COFINS, ampliando o leque de resultados, o STF expediu mandado de prisão em desfavor de um congressista; a PEC 37 foi rejeitada, entre outras. Dessarte, infelizmente, em meio aos protestos, nada obsteu de alguns “homens públicos”, sob a roupagem da representatividade das instituições, utilizarem aviões da Força Aérea Brasileira, para fins particulares. Contudo, fora constatado, ao longo das manifestações, uma atuação marcante da Defensoria Pública dos Estados

e, especialmente do Poder Judiciário, em suas decisões, nos diversos momentos em que foi provocado para se manifestar, acerca dos direitos à liberdade de locomoção, manifestação e reunião.

Pois bem. Em relação a essa atuação efetiva e no dever de continuar exercendo o seu papel de garantidor dos direitos fundamentais, é necessário abordar alguns pontos primordiais acerca dessa tarefa inerente ao Poder Judiciário brasileiro.

Ante a necessidade de um ativismo, com uma postura mais intensa e comissiva do Poder Judiciário, é natural que isso venha a ocasionar tensões, com as demais funções do Poder, não podendo confundir com preponderância e supremacia de uma função sobre outra, mas partindo do pressuposto de supremacia da Constituição Federal, é que tal efetivação judicial encontra guarida, principalmente, quando se trata de direito à liberdade de locomoção, reunião e manifestação.

O Judiciário não deverá se esquivar de realizar a melhor aplicação possível da Constituição Federal, exercendo, assim, sua função, por meio dos instrumentos processuais disponíveis, para tal finalidade. Outrossim, a influência determinante dos direitos fundamentais é o ponto de partida para o presente estudo, uma vez que deriva do intenso vínculo existente entre eles, como decorrência da dignidade humana, princípio este, que a Constituição eleva a valor democrático supremo, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio.

Importante ressaltar, nesse contexto, a importância do mínimo existencial, por esta razão, Ana Paula de Barcellos²⁰ o conceitua como sendo as “condições materiais básicas para a existência, que corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana a que se deve reconhecer eficácia jurídica positiva”.

Nessa linha, a Constituição Federal de 1988, enfatizou, de forma especial, a proteção à dignidade humana, atribuindo um *status* mínimo de satisfação das necessidades pessoais, favorecendo ao indivíduo, um direito subjetivo em face do Estado, em casos de vedação ou diminuição da prestatividade dos serviços públicos, para garantir a execução e efetividade digna destes.

Por conta disso, toda a atividade estatal deverá alcançar a satisfação dos interesses públicos, através dos pilares da liberdade e da dignidade humana, assim, entende-se, não apenas viável, mas como necessária, a efetivação e garantia, por meio do Poder Judiciário da liberdade

de manifestação e locomoção, à luz dos princípios constitucionais e, especialmente, da dignidade humana.

Protegida está a dignidade humana, na proporção em que os direitos fundamentais forem resguardados, a exemplo da liberdade de locomoção e manifestação das pessoas, nos quais incumbido está o Poder Judiciário de defender tais direitos, que, conforme Norberto Bobbio, “os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava pela sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem.”²¹

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, nos termos da Constituição Federal de 1988, impondo aos órgãos estatais a tarefa de ampliar a aplicabilidade desses direitos, assim, em que pese a vasta consagração no texto constitucional, a efetiva concretização de tais direitos ainda não é equivalente a sua estrutura teórica.

Diante disto, explica Ingo Wolfgang Sarlet que,

da mesma forma em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia. (...) O Judiciário não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização.²²

De alguma forma, a distância que havia entre o Poder Judiciário e a sociedade brasileira foi encurtada, a Justiça se encontra mais transparente, especialmente, com o importante papel que vem desempenhando o Supremo Tribunal Federal. Outrossim, no cerne de diversos problemas e de casos concretos complexos, é sensível o maior enfoque e preocupação do Judiciário com os direitos e garantias fundamentais, o que permitiu uma mudança comportamental do Poder Judiciário, agora mais próximo das questões sociais.

A sociedade brasileira manifesta um incomensurável descrédito nos parlamentares e nos governantes, uma vez que a onda de corrupção e

demagogia, cuja marca se dá pela não priorização dos interesses sociais, é perceptível em todos os setores de governabilidade, especialmente, nos mais importantes, como educação, saúde e transporte.

É bem verdade que trabalhadores, gastam certa parcela dos seus salários para passarem horas dentro de transportes quentes, lotados e sucateados, sem as mínimas condições de uma condução digna. A violência e a disseminação das drogas, destacando-se o agressivo consumo de “crack”, também tem sua parcela na insatisfação popular, caracterizando, assim, uma verdadeira pluralidade de motivos propulsores das manifestações populares.

Ademais, com a proliferação de manifestações em todo o Brasil e os respectivos casos de abuso de autoridades, constatou-se um número acentuado de pedidos de *Habeas Corpus* preventivo de espécie coletiva, nos Tribunais do país. A Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Piauí, solicitou à época, que fosse determinado Plantão Judicial vespertino e noturno, para apreciação das demandas decorrentes do momento vivenciado em Teresina, no qual havia frequentes manifestações populares em prol de mudanças políticas e sociais no Brasil.²³

O Supremo Tribunal Federal, por meio do Ministro Luiz Fux concedeu liminar em sede de *habeas corpus*, reconhecendo o direito dos cidadãos realizarem suas manifestações nas ruas e vias públicas de Minas Gerais. Na liminar, o Ministro ressalta que a Constituição garante o direito de manifestação, “desde que sem vandalismo e depredação do patrimônio público e privado”. Luiz Fux também preserva, na decisão, “o poder de polícia estatal na repressão de eventuais abusos”.²⁴ Ressalta, ainda, o Ministro que: “a democracia, longe de exercitar-se apenas e tão somente nas urnas, durante os pleitos eleitorais, pode e deve ser vivida contínua e ativamente pelo povo, por meio do debate, da crítica e da manifestação em torno de objetivos comuns”.²⁵

E continua quando se manifesta sobre a necessidade de que as manifestações sejam pacíficas:

Ressoa absolutamente contraditório protestar contra a malversação de recursos públicos por meio da depredação de prédios e bens custeados e mantidos por toda a sociedade. Esse tipo de conduta não deve ser tolerada, seja pelo seu caráter violento,

seja porque não é capaz de transmitir qualquer tipo de mensagem útil ao debate democrático.²⁶

Destaca-se a parte final da decisão, na qual o Ministro Fux afirma: “porquanto consideradas legítimas as manifestações populares realizadas sem vandalismo, preservado está o poder de polícia estatal na repressão de eventuais abusos”.²⁷

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), o ministro Herman Benjamin concedeu liminar em *habeas corpus* impetrado por integrantes das manifestações, a fim de garantir o direito de ir e vir nas vias da cidade de Natal, com a realização de caminhadas pacíficas. O movimento formado por estudantes universitários e cidadãos em geral pleiteava, por meio da ordem de *habeas corpus*, evitar atos policiais que impedissem o direito de locomoção dos manifestantes, nos movimentos previamente agendados. O Ministro decidiu: “Em análise sumária, entendo preenchidos os requisitos necessários à concessão da liminar, em razão da flagrante ilegalidade da decisão que impede a livre manifestação pacífica em território nacional, direito fundamental inalienável, nos termos do artigo 5º, IV, XV e XVI, da Constituição Federal de 1988.”²⁸. Nesta decisão, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que não cabe ao Poder Judiciário impor previamente o emprego da força policial, para reprimir a circulação de cidadãos que buscam o legítimo exercício da cidadania, em prol de melhorias públicas.

No Estado de Sergipe, a decisão foi da Juíza Karyna Torres Gouveia Marroquim, por meio do pedido realizado pela Defensoria Pública Estadual, na qual resguardou os direitos constitucionais de reunião e manifestação das pessoas, na qual determinou o direito de ir e vir dos manifestantes e a expedição de salvo-conduto em favor dos envolvidos na manifestação previamente agendada. A decisão assegurou os direitos constitucionais de liberdade de reunião e manifestação pacífica, vedando a transgressão à liberdade de locomoção, inclusive, para fins de prisões por averiguações, excetuando-se os casos específicos, em que houver o cometimento de crimes em estado de flagrância ou por ordem judicial, determinando a comunicação imediata ao comandante-geral da Polícia Militar do Estado, para que cumprisse a decisão.²⁹

Já em Santa Catarina, o Juiz Alexandre Morais da Rosa, titular da 4ª Vara Criminal da Capital, concedeu *Habeas Corpus* em favor da Frente de Luta pelo Transporte para determinar a expedição de salvo-conduto

em benefício de todas as pessoas presentes no protesto. A decisão do referido magistrado garantiu aos manifestantes os direitos constitucionais de reunião, manifestação pacífica e liberdade de locomoção, e fez ressalva, com advertência de que as eventuais violações legais, venham a ser objeto de atuação policial nos casos de flagrante delito, tanto dos manifestantes, como dos agentes de segurança pública.³⁰

Ressalta-se as medidas tomadas pelo Poder Judiciário no sentido de reconhecer os direitos constitucionais fundamentais do cidadão, no que diz respeito ao direito de liberdade de expressão, pensamento e reunião, no âmbito das manifestações populares, preservando a integridade de todos os manifestantes, a partir do momento em que, através de um salvo-conduto, os resguarda contra possíveis arbitrariedades que podem ser perpetradas.

Pelas razões acima citadas destaca-se uma pontual preocupação do Poder Judiciário na efetivação do direito à liberdade de locomoção e manifestação das pessoas nos últimos protestos, bem como na manutenção da ordem e paz pública, ressaltando-se em suas decisões que, nos casos de eventuais abusos, o Estado deverá intervir. Logo, essa atuação efetiva do Poder Judiciário como garantia básica da liberdade de expressão do pensamento, da locomoção e do direito de reunião, como precedentemente assinalado acima, representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática.

Ante o exposto, infere-se que o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições, sem abusos ou sem interferência estatal, representa um dos mais importantes direitos fundamentais dos cidadãos, os quais o Judiciário brasileiro deverá sempre tutelar.

7. CONCLUSÃO

Em linhas gerais, o presente trabalho foi desenvolvido visando não esgotar temas tão complexos, eis que se alteram em cada nova situação e das mais variadas formas possíveis, pois, objetivamos enfatizar, de forma técnica, as causalidades mais habituais que giram em torno do direito à liberdade popular, dentro de um Estado Democrático de Direito. É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro não permite o exercício ilimitado de nenhum direito. Desta forma, não há absolutismo, mas sim, no contexto de princípios fundamentais, uma preponderância, com base

na razoabilidade.

O Poder Judiciário vem se aproximando cada vez mais da sociedade, obtendo visível apoio popular, principalmente quando empreende ações de repressão séria de crimes, ilegalidade e irregularidades nas mais variadas esferas, e, com maior enfoque, quando se permite a livre e consciente manifestação e locomoção das pessoas, a exemplo da concessão judicial de diversas ordens de *Habeas Corpus*, especialmente o coletivo, em prol dos recentes protestos. Tais decisões foram proferidas por nossas Cortes Judiciais, a ponto de entender tais protestos como decorrência da livre manifestação democrática.

Nesse sentido, é visível que o Poder Judiciário, e, certamente os magistrados, estão passando por significativas mudanças, a exemplo do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, visando cada vez mais estar próximo do jurisdicionado, e, principalmente na efetivação dos direitos fundamentais, com a missão de cessar qualquer lesão ou ameaça ao direito dos indivíduos.

Salientou-se, neste artigo, de forma essencial, que as manifestações e protestos para que não se tornem ilegais, devem ser pacíficos, com lisura na organização, sem vandalismo, devendo, para tanto, nestes casos, a polícia, sem o cometimento de abusos em nome da ordem, conter àqueles que se misturam às multidões visando única e exclusivamente atentar contra o patrimônio público e privado, saqueando bancos e lojas, efetivando de toda sorte crimes diversos, colocando em risco todo um movimento revestido da mais completa legitimidade democrática.

É necessário que manifestantes e o Estado (Polícia) compreendam, dentro dos seus deveres, direitos e limites, que a ordem e o progresso não se consubstanciam sem paz, lei, segurança e, primordialmente, liberdade. Toda liberdade é possível dentro dos limites básicos e sem afetar a estrutura legal que permite tal exercício, pois atualmente, abre-se espaço e confere legitimidade ao Poder Judiciário na importante tarefa de concretização.

Mister se faz que, em razão das intensas transformações sociais, bem como da globalização e em virtude do dinamismo que adquiriu a ciência do Direito, o nosso ordenamento jurídico venha a se adaptar as mudanças e aos novos anseios sociais, com a finalidade de propor medidas mais eficazes e soluções ágeis para as mais variadas questões sociais, nas quais o direito fundamental à liberdade assume tamanha importância.

Ante o exposto, o presente artigo não tem a finalidade de exaurir o assunto ou de apresentar solução imediata no plano teórico ou prático em torno deste fascinante tema. Por outro lado, objetiva-se, tão somente, contribuir para novas discussões, instigando o pensamento e o debate crítico.

A JUDICIAL PROTECTION AGAINST POPULAR EVENTS

ABSTRACT: In this article, will be object of analysis the paper of the Judicial Power in the effectiveness of the fundamental rights to the liberty of locomotion, meeting and manifestation, faced with an interrelation between the institutional function of the Judicial Power inside the Democratic State of Right, analyzed to the light of the Federal Constitution of 1988, of the doctrine, of the jurisprudence and of the main aspects that consecrate the model of Constitutional State, founded in the human dignity and in the constitutional recognition Of the right to the liberty. In that sense, and faced with the recent social yearnings, with diverse public manifestations, in the main urban centers of the country, in behalf of improvements in the quality of the public service, specially in the areas of the health, education and transport, the Judicial Power was provoked and had an encounter with the firm commitment of guarantee to all of the rights to the free peaceful manifestation, halting the acts of vandalism, being responsible by maintain the equilibrium between at ease Of the majority, the State and the fundamental rights. Soon, we detach, to the end, that to our Constitution is the milestone of fundamental democratic linking, where in him is left open the necessary space, in order to that the political community build the his future and draw the society in the which is going to live, with the existential minimum and the maximum one of Justice.

KEYWORDS: Judiciary. Freedom. Manifestation. Meeting. Vandalism.

Notas

¹ Gettysburg Address, in HOFSTADTER, Richard, *Great Issues in American History*, New York, Vintage Books, 1958, p.414.

² LEMBO, Cláudio. *Participação política e assistência simples*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

³ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. *Multidão*; tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record,

2005,p. 284-285.

⁴ *Idem. Ibidem.*

⁵ *Idem. Ibidem.*

⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3ed. rev, ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p.202.

⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3ed. rev, ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p.204.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 410.

⁹ *Idem*.p.412.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.p.327.

¹¹ STF, HC 82.424, DJ de 19-3-2004, Rel. para o acórdão Min. Mauricio Corrêa.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 4ª ed.rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹³ BRASIL: *Linha do tempo das manifestações*. G1 (junho de 2013). Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/linha-tempo-manifestacoes-2013/platb/>. Acesso em 07 de Agosto de 2013.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 304.

¹⁵ MOTORYN, Paulo. *O que queremos?* Disponível em: <http://revistavidaape.com.br/2013/06/17/o-que-queremos/>. Acesso em 07 de Agosto de 2013.

¹⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 07 de agosto de 2013.

¹⁷ O Levante dos Marginalizados: *análise sociológica dos protestos e manifestações*. Disponível em: <http://uniaioanarquista.wordpress.com/2013/07/07/o-levante-dos-marginalizados-analise-sociologica-dos-protestos-e-manifestacoes-populares-no-brasil/>. Acesso em 07 de agosto de 2013.

¹⁸ BRASIL. *Código penal brasileiro*, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 07 de agosto de 2013.

¹⁹ BRASIL. *Portaria interministerial de nº 4.226*, de 31 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 07 de agosto de 2013.

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p.248.

²¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.p.32.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*.4ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.p.262.

²³ OAB-PI solicita plantão do Poder Judiciário nos dias de protestos. Disponível em: <http://oabpi.jusbrasil.com.br/noticias/100581837/oab-pi-solicita-plantao-do-poder-judiciario-nos-dias-de-protestos>. Acesso em: 07 de agosto de 2013.

²⁴ STF, Reclamação 15.887 /MG, Relator: Ministro Luiz Fux, Data do Julgamento: 19 de junho de 2013.

²⁵ *Idem*.Ibidem.

²⁶ *Idem*.Ibidem.

²⁷ *Idem*.Ibidem.

²⁸ Liminar do STJ garante liberdade de manifestação em Natal. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100573720/liminar-do-stj-garante-liberdade-de-manifestacao-em-natal>. Acesso em: 07 de agosto de 2013.

²⁹ Defensoria Pública ingressa com Habeas Corpus Coletivo Preventivo em favor dos manifestantes. Disponível em: <http://www.defensoria.se.gov.br/?p=3613>. Acesso em: 07 de agosto de 2013.

³⁰ Justiça concede salvo-conduto para manifestação pacífica em Florianópolis. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action?cdnoticia=28209>. Acesso em: 07 de agosto de 2013.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 de agosto de 2013.

_____. *Código Penal Brasileiro*, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 de agosto de 2013.

_____. *Lei nº 4.898*, de 09 de dezembro de 1965. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 de agosto de 2013.

_____. *Portaria Interministerial de nº 4.226*, de 31 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 de agosto de 2013.

DEFENSORIA Pública ingressa com Habeas Corpus Coletivo Preventivo em favor dos manifestantes. *Defensoria Pública do Estado de Sergipe*. Aracaju, 20 de junho de 2013. Disponível na Internet: <<http://www.defensoria.se.gov.br/?p=3613>>. Acesso em: 08 de agosto de 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed., rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*; tradução de Berilo Vargas – 7ª edição – Rio de Janeiro: Record, 2005.

_____. *Multidão*; tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005.

JUSTIÇA concede salvo-conduto para manifestação pacífica em Florianópolis. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Santa Catarina, 19 de junho de 2013. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action?cdnoticia=28209>>. Acesso em: 08 de agosto de 2013.

LEMBO, Cláudio. *Participação política e assistência simples*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

LIMINAR do STJ garante liberdade de manifestação em Natal. *Superior Tribunal de Justiça*. Brasília. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100573720/liminar-do-stj-garante-liberdade-de-manifestacao-em-natal>>. Acesso em: 08 de agosto de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 4ª.ed., rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo

Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

O LEVANTE dos marginalizados: análise sociológica dos protestos e manifestações. *União Popular Anarquista* – UNIPA. 07 de julho de 2013.

Disponível em:<http://uniaoanarquista.wordpress.com/2013/07/07/o-levante-dos-marginalizados-analise-sociologica-dos-protestos-e-manifestacoes-populares-no-brasil/>>. Acesso em: 08 de agosto de 2013.

OAB-PI solicita plantão do Poder Judiciário nos dias de protestos. *Ordem dos Advogado do Brasil – Seccional Piauí*. Disponível em:<http://oabpi.jusbrasil.com.br/noticias/100581837/oab-pi-solicita-plantao-do-poder-judiciario-nos-dias-de-protestos>. Acesso em: 08 de agosto de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 82.424, Ministro Relator: Maurício Corrêa, Data do Julgamento: 19/03/2004.

_____.; *Reclamação* 15.887 /MG, Relator: Ministro Luiz Fux, Data do Julgamento: 19 de junho de 2013.

IYÁ OBÁ BIYI (MÃE ANINHA): CENTELHA INSPIRADORA AO EFETIVO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

Maristela Tomás dos Santos*

RESUMO: O presente trabalho apresenta e discute aspectos relevantes ligados ao surgimento do Direito Constitucional à Liberdade Religiosa, no Brasil, a partir de articulações atinentes a uma ilustre representante da cultura de matriz africana conhecida como Iyá Obá Biyi (Mãe Aninha), fundadora do terreiro Ilê Axé Opô Afonjá, um dos patrimônios históricos da humanidade, localizado em Salvador, Bahia. Não longe, esse trabalho relata o estabelecimento de um princípio constitucional, no qual, a importância da interveniência de uma representante das tradições de matrizes africanas, teve papel fundamental, suscitando inclusive discussões acerca da efetiva acessibilidade do rol de políticas públicas, ao povo negro, do Brasil.

PALAVRAS- CHAVE: Direito – Liberdade. Consciência. Princípio. Matrizes Africanas.

INTRODUÇÃO

Há exatos 12 (doze) anos, no Brasil, foi instituído um marco histórico em relação à violação do princípio constitucional do direito à liberdade religiosa, a partir da morte de uma ialorixá, Dona Gildásia dos Santos, que faleceu em 21 de janeiro de 2000, acometida por ataque cardíaco, por não suportar ver sua imagem utilizada em um jornal da Igreja Universal, como exemplo de pessoa que era macumbeira e charlatã, ofendendo a partir dela todas as tradições de matriz africana. (SEPPPIR,2013).

Em definição simplória, o direito à liberdade religiosa poderia se

* Especialista em Processos Comunicacionais e Organização Empresarial pela UNIT/SE. Bel. em Comunicação Social – Relações Públicas, pela UNIT/SE. Bel. em Direito, pela FASE –Estácio de Sá/SE. Militante Social Povos e Comunidades Tradicionais, ex-membro da Comissão Pró-Oficina para Povos e Comunidades Tradicionais de Matrizes Africanas (MinC – SCDC) e convidada ativa na compositiva do Plano Nacional de Desenvolvimento Sustentável para Povos e Comunidades Tradicionais de Matrizes Africanas (SEPPPIR-Presid. República).

traduzir como o direito do indivíduo a exercitar sua fé a partir de seu livre arbítrio e de sua identidade cultural que acompanham a existência humana no Universo, qual sejam: De onde viemos? Quem somos? Para onde vamos? Como tudo começou?

Para compreender de que marco se está a tratar é fundamental iniciar o entendimento sobre o que historicamente impulsionou a existência do referido princípio da liberdade religiosa. Neste aspecto, cabe esclarecer que a liberdade, por si já se estabelece como um dos mais importantes valores na vida dos indivíduos, em sociedade e, em meio a tal importância o mesmo tornou-se específico, quando agregou a palavra culto, por advir da necessidade de assegurar que independente do que cada um viesse a acreditar, quanto valoração de fé, o respeito entre os sujeitos deveria ser um dos sustentáculos de equilíbrio das relações sociais.

Eis que para tratar sobre o Princípio da Liberdade Religiosa, no Brasil, é imperioso e indissociável falar sobre a pessoa de Eugênia Anna dos Santos ou simplesmente, Mãe Aninha (*Obá Biyi*). Essa que ao decorrer desse artigo, passará a ser tratada apenas por Mãe Aninha, a qual pode ser apresentada como um exemplo de mulher negra e grande liderança que se insurgiu na luta contra a opressão do povo negro após o regime escravista no Brasil, e como uma centelha propagou o apelo de liberdade de um povo e de sua diversidade de culturas, em um significativo ato que hoje repercute nos movimentos político-organizados, não só dos adeptos do candomblé, por quem iniciou sua busca, mas para todos que de alguma forma sintam-se cerceados de virem a praticar e crer em algo que seja diferente do senso comum e dos eventuais padrões ditados hegemonicamente pelos colonizadores.

Mãe Aninha em sua trajetória de mulher negra engajada pode ser considerada como uma das memórias mais incisivas no processo construtivo do que hoje se trata como sendo a reclamação de políticas públicas para população negra, haja vista ser por intermédio dela que se conseguiu detectar a presença feminina, no contexto político nacional, quanto articuladora/impulsionadora da promulgação do Decreto Presidencial n.º 1.202, no primeiro governo de Getúlio Vargas, o qual extingue a proibição aos cultos afro-brasileiros em 1934. Muito embora se ressalte que não há obrigatoriedade em ser negro para ser praticante dos cultos afro-brasileiros. (SANTOS, DEOSCOREDES. 1994).

Ainda que a contribuição de Mãe Aninha tenha sido fundamental para

uma parcela do povo negro, no que confere aos adeptos do Candomblé, tal ato se amplia quando torna-se um princípio constitucional, vez que desta forma, a todos contempla, independente da crença que venham a adotar, sendo pois uma ação concreta que acaba por beneficiar toda a sociedade.

Cabe esclarecer que mesmo havendo nas Constituições brasileiras de 1824 e 1891 a sinalização de tal princípio, o mesmo essencialmente era restrito enquanto interpretação e aplicação, não cumprindo eficazmente o que a Constituição de 1988 vem a assegurar, principalmente se for considerado a gama de perseguições quase que inerentes ao culto afro-brasileiro, que até 1934 eram proibidos e praticados de forma secreta, haja vista o medo de represálias por parte do Estado.

Pode-se dizer que se hoje os afrodescendentes, principalmente as mulheres do candomblé, mesmo sendo negras em sua descendência ancestral, se sentam às mesas políticas de decisões nacionais, isso se deveu à providente Mãe Aninha, a quem o Brasil deve lembrar e render homenagens, sempre que a liberdade a um culto for ostentada ou mesmo corra risco de ser atentada. Nesse último caso, para que a justiça assegure o direito que por ela foi pioneiramente reclamado, defendido e proposto enquanto legislação que vem favorecer não apenas a população afrodescendente, mas se espria como benefício aos demais povos que se definem como tradicionais.

Por isso, cumprindo uma de suas finalidades, este trabalho pretende reascender a importância de Mãe Aninha (*Obá Biyi*) enquanto mulher negra que cria um fato amplamente significativo na história do Brasil, em seu viés político e jurídico, não descartando a necessidade de perpassar pelas origens de tal personalidade. Aqui não se refutará em trazer reflexões acerca do fator motivador que transforma a ideia de um decreto no princípio constitucional da liberdade de culto, vindo a ser um possível garantidor da presença dos afro-descendentes na busca de agenda governamental para atendimento e implementação de suas políticas públicas, para além do reconhecimento ao seu direito de culto, mas como sujeitos portadores de direitos e necessidades enquanto cidadãos brasileiros. Oportunamente este artigo discute ainda a aproximação entre o mito e realidade quando traz à tona algumas revelações sobre Xangô e sua construção inversa, no qual o mesmo não configura apenas como um ser mítico, mas como um sujeito real responsável pela organização

política e jurídica de um povo.

Por fim, vale esclarecer que este artigo não pretende ser uma fonte esgotável sobre o tema proposto, ao contrário, pretende sim instigar a produção de mais trabalhos que se atenham a prestar o reconhecimento ao que Mãe Aninha (*Obá Biyi*) deixou registrado na história do Brasil, assim como ser meio de propagação desse feito, pois ao ser novamente acesa a centelha se poderá demarcar cada vez mais a identidade dessa história e talvez se consiga mitigar o que hoje, com outros contornos, relembra a intolerância religiosa de outrora.

De pronto, ao reconhecer que esse artigo é o mero início necessário de uma reflexão ao tema proposto, há também que se ter a coerência de admitir que certamente houvesse várias pessoas a falar com maior profundidade sobre tal assunto, por terem inclusive relatos vivenciais da época, entretanto, é preciso que seja tal assunto amplamente publicado e apreendido, sendo exposto à apreciação para que o interesse do outro em falar seja despertado e, quanto a isso, esse trabalho possivelmente cumprirá com seu propósito ao longo de seu desenvolvimento e conclusão.

1. DO FOGO À CENTELHA: “O REI NASCE AQUI”

Remetendo-se as narrativas sobre a África, encontra-se um ícone que pode ser adotado quanto ao seu aspecto histórico, mas que no Brasil, muito possivelmente em função das perseguições aos referenciais da cultura negra, é tratado amplamente apenas pelo seu sentido mítico, qual seja Xangô.

Suscitar a reflexão sobre Xangô, não só como referência mítica, mas como humano que existiu sendo rei de Oyó, um dos principados localizados no sudoeste da Nigéria, é reparar possivelmente a construção, que por muitas vezes, menospreza a história e cultura negra, com a qual o Brasil toma contato e, desenvolve sua própria gênese cultural. Nesse aspecto, é também desenvolver um raciocínio, no qual Mãe Aninha, filha de africanos, quando recebe o nome yorubá, *Iyá Obá Biyi*, reitera suas raízes, e mais que isso fundamenta uma das ligações do Brasil com a África, em sua convergência cultural, haja vista que o significado de seu nome é “o rei que nasce aqui”. Logo, sua chegada e nomeação passa a significar o nascimento de Xangô, no Brasil. (LUZ, 2010).

Temporalmente, por volta do começo do século XIX, história de

Xangô, quanto sujeito, não como ser mítico, revela que o mesmo, conforme descreve Pierre Verge (2002, p.92):

[...] teria sido o terceiro Aláàfin Òyó, “Rei de Oyó”, filho de Oranian e Torosi, a filha de Elempê, rei dos tapás, aquele que havia firmado uma aliança com Oranian. Xangô cresceu no país de sua mãe, indo instalar-se, mais tarde, em *Kòso* (Kossô), onde os habitantes não o aceitam por causa de seu caráter violento e imperioso; mas ele conseguiu, finalmente, impor-se pela força. Em seguida, acompanhado pelo seu povo, dirigiu-se para Oyó, onde estabeleceu um bairro que recebeu o nome de Kossô. Conservou, assim, seu título de *Oba Kòso*, que, com o passar do tempo, veio a fazer parte de seus *oriki*.

Já sob seu caráter mítico, Verge (2002, p.92) descreve Xangô como “[...] filho de Oranian, divinizado, porém, tendo *Yamase* como mãe e três divindades como esposas: Oíá, Oxum e Oba”. Não longe, descreve o arquétipo dos filhos de tal Orixá como sendo pessoas “[...] voluntariosas e enérgicas, altivas e conscientes de sua importância real ou suposta. [...], mas sabendo aguardar, geralmente, um profundo e constante sentimento de justiça.

Entre o histórico e o mitológico de Xangô existe uma conexão com a condição de necessidade de organização de um povo, quanto rei de Oyó, que precisou vencer as adversidades lhe impostas à época, principalmente a constante luta entre os povos da região em disputa pelo controle do tráfico negreiro.

Foi nesse período em que muitos soberanos partiram para suicídios rituais ou mesmo foram executados sumariamente, mas o Xangô, *Ilorin Afonja*, recusa tais práticas após um “[...] revés militar, não obstante a intimação do *alafing* (rei/companheiro dos deuses) Aolé, este último envia contra ele um exército, que é batido graças ao apoio dos peules de Malam Alimi”. (KI-ZERBO, 2009. p.361-362).

Avaliando tal narrativa percebe-se que diferentemente do senso comum, Xangô segue adiante em busca de assegurar condições de segurança de seu povo e do que apresentava de convicção, entre elas não

deixar-se abater, demonstrando força e liderança com sua atitude, tanto que impõe seu nome na história. Não se pode deixar de destacar que em alguns casos, existem versões dando conta de que teria também se suicidado, após ter tentado romper com seus aliados peules, ainda que tivesse conseguido o apoio dos Baribas. (KI-ZERBO, 2009).

Contudo, pelo aspecto mítico, conta-se que o suicídio teria sido provocado em função de sua vaidade e constante busca por ampliar seus poderes e conhecimentos mágicos, para tanto adquirindo uma poção que permitia ao mesmo cuspir fogo. Fogo esse que acidentalmente destrói sua cidade matando alguns de seus filhos e mulheres. No entanto, quanto a isso também existe discordância, pois por exemplo para Pierre Fatumbi Verger (2002) essa versão de suicídio teria sido uma criação para fragilizar o culto a Xangô, o qual havia adquirido méritos e reconhecimento quanto ancestral divinizado da região.

Xangô tendo atentado ou não contra sua vida deixou a todos uma herança cultural que vai de filho desestimulado a rei, de um governo de aproximadamente sete anos, implementando a realeza em Oyó e o culto ao trovão e ao relâmpago como crenças oficiais, vindo a assegurar ainda o necessário para registrar a história de seu povo, como também influenciar, pelo seu exemplo, seus descendentes que trouxeram sua marca para o Brasil. Mais que pensar em si mesmo, o rei de Oyó com sua força e respeito, constrói também uma estrutura organizativa similar ao que se conhece hoje por municípios, sendo o reino federação das cidades.

No que tange à compositiva do reino, cada cidade tinha sua autonomia, mas havia também manifestações da presença da democracia, isso porque existia a compositiva de um Conselho de Estado de sete membros, possíveis eleitores do futuro rei e não apresentavam condição de nobreza. Eram encarregados de ouvir as comunidades, por intermédio dos chefes do que convencionam chamar de bairros e dos chefes de famílias, o que para muitos é considerado meio terrível de controle do rei. A problemática era tanta que quando um rei era tido por culpado de algum crime ou algo que fugia ao coletivo o mesmo era castigado, “[...] obrigavam-no a andar com uma cabaça vazia ou então com ovos de papagaio” (KI-ZERBO, 2009, p. 204). Ficava por conta do primeiro conselheiro (*o bahorun*) de levar essa notícia ao rei.

Vale esclarecer que o poder ficava concentrado, não nas mãos do rei, mas, condicionado a uma espécie de colegiado de notáveis cabendo a eles fazer com que cada *balé* (governante), de cada cidade, jurasse ficar

à disposição daqueles que estava a representar, fazendo justiça com imparcialidade, sem discriminar eventuais distinções sociais e financeiras. (KI-ZERBO, 2009).

Para maestria do reinado, o governante de cada cidade ainda dispunha de um conselho para administrar, sendo cada um com dois postos de titulares para “mão esquerda” e outros dois para “mão direita”, os quais deveriam sempre ser ouvidos para melhor se estabelecer as decisões. Esses por sua vez contavam com o recebedor de impostos, tarefa atribuída ao *babalawo* (responsável pelos acompanhamentos divinatórios e mágicos), geralmente ficava na porta da cidade, cercada de uma muralha, tal qual uma fortaleza protetora que se estendia por todos que ali se situavam. (KI-ZERBO, 2009).

Conforme afirma Nascimento (2006 p. 33-51, grifo meu):

A África, ao contrário do que se imagina por falta de informações, tem sido palco de alguns dos maiores avanços tecnológicos da história: seja na prática agrícola, na criação de gado, na mineração, na arquitetura e na engenharia, com construções de grandes centros urbanos, e ainda na sofisticação da organização política, na prática da medicina e no avanço do conhecimento e da reflexão intelectual.

Percebe-se ainda que as formas de governo africanas, tomando por referência o entendimento de governo como o que se tem hoje para condução de um povo, de sua estrutura de gestão, podem ser consideradas muito complexas, algumas vezes baseadas numa ordem genealógica (clãs e linhagens); por processos iniciáticos (classe de idade); ou chefias vistas como Estados Tradicionais, conhecidas desde o século IV.

O avanço comercial e o contato com novos territórios, assim como em demais povos, fizeram também com que a África expandisse seu pensamento, deixando legados e conexões, que se voltam para o conceito de coletividade, em que a real ligação do conceito de coletivo, sob vista do povo africano, dá-se pela particularidade com que estabelece o grau de importância de ligação com a vida. Por isso a reflexão:

O indivíduo é considerado vivo porque tem um ascendente (é filho, neto de alguém), e quem vai

lhe garantir a finalidade e memória de sua vida e existência é a perspectiva de seu descendente (seu futuro filho e neto). Portanto, a noção de morte está concretamente ligada à de vida: morrer significa não procriar. Sem filhos, a linhagem familiar se extingue - vida e morte não são apenas biológicas, mas sociais principalmente. A existência do indivíduo se traduz através do seu ser-estar (o que implica em tempo e espaço ou lugar) no mundo, através do cotidiano, no trabalho ou no lazer, sempre conectado ao universo social, cósmico, natural e sobrenatural ao mesmo tempo, sendo impossível separar o que é concreto e espiritual, ou determinar o que é sagrado ou profano, na vida desses povos. Nesse contexto, o exercício da existência volta-se para questões que vão além do poder econômico, o que não exclui a preocupação social e individual com o status (disputado e atribuído a indivíduos de prestígio como sábios e dirigentes), já que ele é uma das chaves para que o grupo tenha uma estrutura para permanecer unido e forte visando ao advento de futuras gerações. Daí, a profusão de imagens antropomórficas esculpidas a que se chama de 'ancestrais', já que normalmente, mas nem sempre como se divulga através de publicações, eram relacionadas, e usadas, no culto de antepassados. Os chamados 'fetiches', aí colocados em oposição aos 'ancestrais', são objetos, esculpidos ou não, constituídos de vários materiais agregados. O conceito de fetiche é discutível, pois, significando 'coisa feita', é relacionado sempre à magia e à feitiçaria num sentido distorcido (SALUM, 2009, grifo meu).

A preocupação com a unidade, com a conexão ao universo social e principalmente com os ensinamentos de que a todos se deve envolver e em todas as atividades, gradualmente foi e é ainda a preocupação que se percebe entre os mantenedores da cultura africana. Isso, pois, reside na família enquanto valor para manutenção das próprias deliberações coletivas de bem-estar e harmonia social.

Para a visão conexa entre o legado africano ao povo brasileiro é o olhar acerca da Natureza e da relação do homem com a mesma, além de provocarem sua ligação direta homem-terra (solo):

O que ocorre, na verdade, é que na África tradicional a concepção de mundo é uma concepção de relação de forças naturais, sobrenaturais, humanas e cósmicas. Tudo que está presente para o Homem tem uma força relativa à força humana, que é o princípio da “força vital”, ou do axé - expressão iorubá usada no Brasil. As árvores, as pedras, as montanhas, os astros e planetas, exercem influência sobre a Terra e a vida dos humanos, e vice-versa (SALUM, 2009).

Frente a esse pensamento é constatável que não há um distanciamento entre uma civilização “X” ou “Y”, ao contrário, uma das únicas conclusões possíveis é exatamente que se pode perfeitamente pensar sobre a convergência dos pensamentos, feitas todas as devidas ressalvas temporais, espaciais mas, salvaguardando que a “filosofia popular africana” na verdade, coloca em questão a maestria do Ser Coletivo, do Ser em busca de sua compreensão na ação com o “todo”, com seu entorno.

Assim como o Direito permeia a busca de um bem-estar coletivo, conceitualmente falando, os povos africanos de forma particular lançaram alguns dos genes das discussões atinentes a essa problemática e, de forma irrefutável, fomentaram bases para que o pensamento viesse a dar o devido recorte e interpretação própria ao chamado “coletivo” dentro das sociedades. Por assim dizer:

A politização dos homens tornava-se um denominador cultural comum fazendo com que todos se identificassem com o lugar em que viviam, e com os cursos que o mesmo tomava. Logo, estabelecia-se um vínculo entre a Política e a Cidadania, a partir da identificação do coletivo para com o meio geográfico (MOREIRA, 2009).

Em sentido real, quando chegam ao Brasil os negros arrancados de suas terras de origem, os mesmos, então tratariam de criar sua identidade

com o novo local de morada e, desta feita, eis que Mãe Aninha torna-se um ícone feminino que demarcará fielmente tal pensamento.

2. IYÁ OBÁ BIYI (MÃE ANINHA): CENTELHA INSPIRADORA AO EFETIVO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

Aprofundando a análise, a vida de Mãe Aninha, e principalmente suas ações, não só reiteraram o posicionamento de Xangô histórico, por não aceitar ser cerceada de seu direito de culto, como também reviveu a necessidade de sobrevivência do mito, quando ao nascer para o Orixá Xangô, recebe a missão de dar nascimento a esse rei e seu legado em terras brasileiras, ou seja, o fogo que um dia acendeu-se na África, mais precisamente nas terras de Oyó, disseminou sua centelha no Brasil.

Mas, por que pensar da ligação direta da história factual e mítica de Xangô com a de Mãe Aninha?

Para responder a essa pergunta, sem muitas delongas, é importante demarcar a trajetória da mesma no Brasil, enfocando para tal desde sua origem até mesmo a forte condução que ela estabelece em busca de um ideal que permeia o beneficiar do coletivo, que hoje se conhece por Princípio Constitucional da Liberdade Religiosa.

Em 13 de julho de 1869 nascia, no Brasil, a negra Eugênia Anna Santos, que mais adiante se torna popularmente conhecida por Mãe Aninha. Seus pais, africanos, Sérgio dos Santos (chamado em grunci *Aniyó*), e *Lucinda Maria da Conceição* (chamada em grunci *Azambryió*). Esse registro, contudo somente foi realizado em 1937, pela própria Mãe Aninha, no cartório do subdistrito do Paço, em Salvador, onde se encontra divergência pois há aí a inclusão do sobrenome Santos, advindo dos pais. (SANTOS, DEOSCÓREDES, 1994. p. 9-12).

Seu percurso quanto portadora da ancestralidade e identidade africana, carrega o legado dos povos grunci e ketu, tanto que um dos adeptos do Candomblé, Pai Agenor Miranda da Rocha Esclarece: Os pais de *Eugênia Anna Santos* imprimiram-lhe um sentido religioso profundo, advindo das antigas tradições grunci. Iniciada ainda criança para Iá Grimborá, divindade da nação grunci, de seus pais africanos (SANTANA, 2006. p. 100).

Aproximadamente no ano de 1884, ou seja, com quinze anos, foi iniciada na nação ketu, uma das representações e guardiãs da cultura de

Oyó. Sua obrigação teria sido conduzida pela Iyalorixá Marcelina da Silva (Obá Tossi), Maria Júlia Figueiredo (filha de Iyanassô), Rodolpho Martins de Andrade (Bamboxê). Segundo alguns autores, após o falecimento de Maria Júlia Figueiredo, fez nova obrigação no Engenho Velho, com Teófila Bamboxê, tendo então, legitimidade de pertencimento a duas nações, haja vista que Xango havia dado dois nomes na terra de Tapa, ou seja, Ogodô (grunci) e Afonjá (ketu). (SANTOS, DEOSCOREDES, 1994, p. 9).

Esse foi o princípio de nascimento também do Ilê Axé Opô Afonjá, primeiramente na cidade do Rio de Janeiro (1895) e, posteriormente em Salvador (1910).

Vale esclarecer que não de um momento a outro uma adolescente se aventurou a liderar o que hoje se considera um patrimônio histórico da humanidade, ao contrário, até que tudo estivesse realmente organizado, Mãe Aninha, foi aos poucos e pacientemente convivendo e apreendendo o ensinamento de seus mais velhos, alicerçando sua postura firme, digna de seu Orixá, Xangô.

O desenvolvimento de Mãe Aninha, não ficará obviamente, atrelado a Xangô, tanto que sua primeira iniciação, para Iá Grimborá, uma divindade grunci, correspondente a Yemanjá, Iyamassê, qualidade que representa a mãe de Xangô. (WIKIPEDIA, 2013).

Aparentemente, pode até se pensar que toda essa construção tenha sido feita de forma pacífica, sem grandes intervenções do Estado. No entanto, isso não faz parte da realidade. Se existe realmente uma construção, essa se deve à presença de Mãe Aninha junto àqueles que acolhiam e mesmo iniciava, em seu terreiro, dando o sentido máximo de coletividade, proteção e sobrevivência de uma cultura e daqueles que lá viviam e conviviam.

Antes de tratar das perseguições, em meio a essa construção, cabe citar aqui que a comunidade afonjá originada, pela condução de Mãe Aninha, não só iniciou pessoas em sua casa, como também em casas de outras importantes autoridades, no temário Candomblé, demonstrando a profundidade e o sentido protetivo de todos e por todos seus praticantes.

Considerando que à época em que isso aconteceu ainda se presenciava, no Brasil, uma liberdade tardia de escravos e, como uma das consequências disso, se convivia com a falta de perspectiva dos mesmos, haja vista, que a maioria dos homens negros deparou-se com a falta de condições para serem absorvidos no mercado de trabalho, por serem

inaptos e desqualificados perante as exigências e transformações desse dito mercado. Não longe, pela sua própria condição racial, per si, já se colocava à marginalidade e preconceito social, da época. Logo, a tratativa matriarcal e mesmo a capacidade de lidar com tantas adversidades, vão fazer das mulheres, principalmente, nesse caso, do Candomblé, as gestoras de uma mudança, na busca pela sustentabilidade de um grupo. (OLIVEIRA, 2013).

Pensando assim, mulheres, em maioria, diferentemente dos homens, desde pequenas, numa cultura de cunho machista, cozinham, costumam, lavam, passam, engomam, cuidam de filhos e criam verdadeiros sistemas produtivos jamais pensados pelos homens, nesses momentos, raras exceções.

Desse pensamento, talvez esteja a explicação para que Mãe Aninha, definisse desde o começo uma hierarquia, uma ordem condicional à cultura da qual era herdeira, mas com destaque para as mulheres, uma perspectiva de gênero que despontava já daquela época, como se vê, tratado por Marcos Santana (2006):

1. Iyalorixá - Obá Biyi
2. Iyá Kekerê - Iwin Tonã
3. Iyá Dagã - Odé Gidé
4. Iyá Morô - Ayirá Bayi
5. Ossi Dagã - Oxum Muiywá
6. Otun Dagã - Maria Otun de Ossanhe
7. Ajimuda - Ojeladê
8. Balé Xangô - Bamboxê, Essa Obiticô / José Teodoro Pimentel
9. Êssa Oburô - Obá Saña / Tio Joaquim
10. Assobá - Bopê Oiá
11. Iyá Egbé - Airá Tola
12. Oganlá - Ajagun Tundê
13. Olopondá - Velha
14. Sobaloju - Obá Kayodê

Não fugindo de sua ancestralidade e ligação com Xangô, institui no Brasil, em 29 de junho de 1936, momento alusivo às festividades de tal Orixá, a tradição do Conselho ou Corpo de Obá (ministros de Xangô). “O restabelecimento da antiga tradição dos Obás de Xangô

veio a dar ainda maior prestígio ao Opô Afonjá e demonstrar as qualidades e conhecimentos da Iyalorixá Aninha (*Obá Biyi*)". (SANTOS, DEOSCÓREDES, 1994). Fato esse que demonstra como já se tratou nesse artigo, a efetiva correlação em administrar e mesmo conduzir as tradições, em consenso com o equilíbrio e harmonia da comunidade.

No mesmo ano, Mãe Aninha vem a fundar a Sociedade Cruz Santa, no Ilê Axé Opô Afonjá, com vista a melhor se relacionar com a comunidade e, sobretudo assegurar continuidade de existência, com seu eventual falecimento.

Sobre o histórico biográfico de Mãe Aninha, muito ainda haveria a se falar, mas nesse artigo, o objetivo é trazer efetivamente elementos que coadunem em posicioná-la como sujeito contributivo social, na construção da história do Brasil.

Essa construção guarda em sua trajetória fatos inusitados de perseguição, ainda que minimizada, em função do prestígio, que algumas casas de Candomblé, como foi o caso do Ilê Axé Opô Afonjá, dispunha, graças ao papel carismático e mesmo sábio concedido por Mãe Aninha.

Para se ter ideia, de 1920 a 1942, a Bahia, e suas casas de Candomblé, passaram a viver períodos que variavam entre a calmaria, no momento da mudança de um delegado, em alguma localidade onde estavam situadas e, a profunda agitação das invasões aos cultos, no momento das práticas.

Existe uma figura da época, ou seja, o Delegado Pedrito Azevedo Gordilho, o qual até a presente data é fonte de memória para tentar descrever o que efetivamente se vivenciava, no que tange às perseguições aos praticantes do Candomblé. Ao mesmo tempo, de forma controversa, associada a tal pessoa, existe também a tratativa de que ele teria sido um ogã (um cargo do Candomblé), que acabava por proteger tais práticas, por compartilhar de tal cultura. Enfim, se adepto ou não Pedrito foi tratado como homem de prática violenta e perseguidora do povo de terreiro da capital baiana. (LÜHNING, 1996).

Alguns registros encontrados relatam que, Candomblés como os do Opô Afonjá, Gantois e do Engenho Velho, amealharam tanto prestígio, que a ousadia de invasão policial para parar o culto era inexistente. No entanto, existe para a tradição oral do Afonjá um relato de que o mesmo não passou impune às chamadas "batidas", e assim a mesma foi descrita:

Vinte e nove de junho de 1912... Começou festa.
Horas tantas, o homenageado principal já chegara

- ouviu-se um tropel de cavalos; era a polícia que, a mando do 'Homem', vinha acabar com aquela manifestação de negros, 'coisa de gente ignorante, primitiva...' Xangô dançava tranquilamente. No melhor da dança, determinou a um Ogã que lhe trouxesse três rolos de linha: uma preta, uma vermelha e uma branca. Entoando cantigas, desenrolou os novelos, um a um. O barulho das patas dos animais estava mais e mais perto: sentia-se o cheiro de cavalos. Filhas de santo entravam em pânico, pensando no pior: surra dos policiais, atabaques furados, saias rasgadas. Aconteceu o encanto; os soldados se embrenharam mato adentro e 'nada de conseguirem achar o barracão do candomblé'; continuou a festança, com atabaques e fogos, comidas, bastante aruá e muita alegria" (Azevedo e Martins, 1988, p.23-4).

Curiosamente, o Candomblé do Opô Afonjá, segundo esse relato, apesar de passar pelo perigo iminente, astuciosamente e mesmo pela assertiva de serem as casas localizadas em locais de difícil acesso e mesmo afastadas da circulação, asseguravam o resguardo, em verdade a defesa da comunidade ali presente. Tanto assim que se ousa falar que isso é também uma sabedoria ancestral, tanto assim que os muros do reino de Oyó, na África, permitiam a todos protegidos saber quando se aproximava um inimigo, dando margem temporal para defenderem-se.

Em verdade, a alegativa para perseguição e coibição da prática do Candomblé advinha do Código Penal promulgado em 1890, o qual dispunha em seu Capítulo III, acerca dos crimes contra a saúde pública que:

Art. 156. Exercer a medicina em qualquer dos seus ramos, a arte dentaria ou a pharmacia; praticar a homeopathia, a dosimetria, o hypnotismo ou magnetismo animal, sem estar habilitado segundo as leis e regulamentos:

Penas – de prisão cellullar por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000.

Paragrapho unico. Pelos abusos commettidos no exercicio ilegal da medicina em geral, os seus

autores soffrerão, além das penas estabelecidas, as que forem impostas aos crimes a que derem causa.

Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilegios, usar de talismans e cartomancias para despertar sentimentos de odio ou amor, inculcar cura de molestias curaveis ou incuraveis, emfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica:

Penas – de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000.

§ 1º Si por influencia, ou em consequencia de qualquer destes meios, resultar ao paciente privação, ou alteração temporaria ou permanente, das faculdades psychicas:

Penas – de prisão cellular por um a seis annos e multa de 200\$ a 500\$000.

§ 2º Em igual pena, e mais na de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação, incorrerá o medico que directamente praticar qualquer dos actos acima referidos, ou assumir a responsabilidade delles.

Art. 158. Ministrarr, ou simplesmente prescrever, como meio curativo para uso interno ou externo, e sob qualquer fórma preparada, substancia de qualquer dos reinos da natureza, fazendo, ou exercendo assim, o officio do denominado curandeiro:

Penas – de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100\$ a 500\$000.

Parapho unico. Si o emprego de qualquer substancia resultar á pessoa privação, ou alteração temporaria ou permanente de suas faculdades psychicas ou funcções physiologicas, deformidade, ou inhabilitação do exercicio de órgão ou aparelho organico, ou, em summa, alguma enfermidade:

Penas – de prisão cellular por um a seis annos e multa de 200\$ a 500\$000.

Si resultar a morte:

Pena – de prisão cellular por seis a vinte e quatro annos.

Art. 159. Expôr á venda, ou ministrarr, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as

formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios:

Pena – de multa de 200\$ a 500\$000.

Em linhas gerais, o que se percebe é que na falta de argumento para concreta demonstração do direito à liberdade religiosa, presente nas Constituições de 1824 e 1891, entre o Império e a República, a forma de lidar com a situação era exatamente remeter a uma lei que viesse de algum modo restringir as práticas culturais, sob a alegativa de atentado à saúde pública.

De forma rotineira, as perseguições ocorriam muito por conta do que a mídia da época, em geral a imprensa escrita atribuía negativamente aos praticantes do Candomblé, mas que ainda que isso viesse a ser realizado, as casas trataram de construir estratégias para recontextualizar e descaracterizar o discurso sobre eles trazido nas páginas dos jornais.

Quando se falava que Pedrito perseguia e ao mesmo tempo ventilava-se a informação dele ser do Candomblé, na verdade, se instaurava a dúvida e ao mesmo tempo se distanciava o foco de atenção da prática africana, no Brasil. Isso porque se migrava a ideia de ser o Candomblé algo negativo, para algo que de alguma forma o repressor, conquistado para aquela prática vinha a se tornar o defensor da mesma. (LÜHNING, 1996).

Percebendo a possibilidade de reconstrução discursiva, muitas casas trataram de ter por perto personalidades ligadas a vários segmentos sociais e, principalmente atrair para o Candomblé os trabalhadores da polícia, vindo eles a se tornarem ou não filhos de santo. Relevante informar que muitos dos policiais da época tinham parentes que moravam nos arredores do local de culto ou mesmo eram negros, daí uma explicação significativa para a não consumação das perseguições de forma mais extrema, além é claro da contribuição dos mais abastados da sociedade baiana, que por alguma curiosidade acabavam por se aproximar e dar sustentação a toda uma formação cultural. (LÜHNING, 1996).

Esse fato pode ser condensado na incisiva participação de Jorge Amado, enquanto deputado, pelo Estado de São Paulo, ocasião em que virá ele, a propor a inclusão da liberdade de religião ou culto, junto à Constituição de 1946. Cabe salientar que essa propositiva não foi mero ato de solidariedade, muito pelo contrário, foi fruto de todo um movimento das principais Comunidades de Candomblé da Bahia,

exigindo a efetivação de seu direito à liberdade, não de forma diluída, como ocorria em constituições anteriores, as quais muitas das vezes limitavam a liberdade exigindo cumprimento de condicionantes que pudessem, na verdade funcionar como inibidores das práticas.

A inclusão do direito à liberdade de religião ou culto, em verdade, tem origem exatamente na perspicácia e visão política, ainda que não haja consciência real dessa nomenclatura, pela atitude movida por Mãe Aninha, quando fez com que o “opressor” sentisse um pouco de seu sistema de opressão, ao declarar acreditar que Jesus Cristo era negro, baseada na própria história da perseguição a tal ícone, o qual é levado em fuga para o Egito, terra Africana. (AZEVEDO, [?2000]).

3. IYÁ OBÁ BIYI (MÃE ANINHA): CENTELHA QUE INSTITUCIONALIZA UMA CONQUISTA

Logo em seguida, no compasso do “prestígio protetor” do povo do Candomblé, Mãe Aninha, aproveita o momento de se ter à frente do Estado da Bahia um governador que era simpatizante com das tradições advindas da África e, por assim dizer, como verdadeira interlocutora, busca a segurança necessária a seu povo, numa iniciativa que se transforma na segurança jurídica de culto a todo povo brasileiro. É quando em 1939, segundo narrativa de Mãe Stella (2000?), atual liderança religiosa do Ilê Axé Opô Afonjá, consegue que seja publicado o Decreto-lei n.º 1.202, de 8 de abril, no qual dispendo sobre a administração de Estados e dos Municípios, o artigo 22, parágrafo terceiro, trará ser “[...] vedado ao Estado e ao Município: estabelecer, subvencionar ou embargar o exercício de cultos religiosos”.

Curiosamente, em data anterior Mãe Aninha teria conversado como presidente Getúlio Vargas, por intermédio de agenda obtida, por dois de seus filhos de santo, o então Ministro Oswaldo Aranha- chefe da Casa Civil e do Ogã Jorge Manuel da Rocha.

Entre os exemplos de luta pela sobrevivência, em meio à condição de descendente de negros, frente a um país construído após um grande derramamento de sangue e, não longe impregnado de preconceitos e mesmo da imposição cultural do colonizador, Mãe Aninha revela sua importância enquanto construtora de uma dimensão pedagógica de poder e mesmo da construção do sujeito. Sujeito esse que ela se torna a

partir do momento que declina de recuar e obstina-se a ressurgir com a cultura africana e ser uma das precursoras na construção real de não só ler o direito, mas de ter o direito de liberdade para cultivar as divindades e história do povo que edifica sua identidade, mas também ajuda a construir a identidade de um povo, o povo brasileiro.

Segundo a visão do jurista Themístocles Brandão Cavalcanti: “a conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo, pois é ela verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação”. Seguindo essa linha, Mãe Aninha pode ser considerada a responsável por um processo de inclusão cultural do povo negro, pois sua iniciativa, leva um decreto a tornar-se não mais um item assegurado na Constituição, como outrora ocorria, mas sim como um princípio, um fundamento que permite ao direito se manifestar para aqueles que são sua fonte originária, ou seja, a sociedade.

A importância da atitude de Mãe Aninha alinha-se ao dar ao povo negro a possibilidade de ter “[...] o direito de cada um à verdadeira fé, concluindo que esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a ideia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial”. Em questão o respeito a essa liberdade também é base para um direito fundamental e inalienável do homem, [...] inclusive o direito de não acreditar nem professar nenhuma fé”. (MORAES, p. 75-76).

Advém dessa máxima de Princípio Constitucional da Liberdade Religiosa, o qual Mãe Aninha soergue-se como legítima representante do povo em sua reclamação, toda uma carga de vários outros direitos ao povo negro, quando o reconduz a um lugar, não de figurante na construção histórica brasileira e de sua codificação legislativa, mas sim de um sujeito de direitos, não só de deveres. Abre-se aqui a perspectiva do povo afro-brasileiro ter a acessibilidade real ao calhamaço de condições que devem ser asseguradas pelo Estado, tal como moradia digna, alimentação, educação, saúde, trabalho, cultura, entre tantos outros.

O tratamento diferencial que proveio de um fluxo colonizador catequético civilizatório e opressor dá lugar à elevação do sujeito enquanto construtor e que intervém na realidade, tanto assim que nos dias de hoje o Brasil discute Políticas Públicas para Povos Tradicionais de Matriz Africana, tendo essa discussão sido deflagrada após vários avanços e retrocessos e, mesmo tentativas frustradas de desarticulação dos herdeiros

da cultura africana, no país.

Os direitos que antes o Estado Brasileiro construía quase que em totalidade, com olhar apenas nas parcelas elitistas da sociedade, passa a ter de discutir o enquadramento dessas demandas não mais de negros libertos, mas sim de filhos de uma nação tão rica em recursos e diversidade, historicamente entranhada na formação do povo brasileiro, a nação africana.

Ainda que com movimentos acanhados o Estado e suas instituições vêm a cada dia aprendendo a se compreender, sim se compreender, porque é formado por uma mescla, da qual o negro e sua cultura ainda têm em muito a serem valorizados e não folclorizados ou mesmo descartados em nome dos discursos embranquecedores que permeiam os Meios de Comunicação de Massa e toda a produção do aparelho ideológico dominante que insistem em negar toda uma cultura africana que tem no Brasil uma presença vital, em constante interação com todas as demais culturas que já existiam ou que também chegaram para formar a identidade do povo brasileiro.

Tendo ainda a citar que tais discursos embranquecedores e de tentativa de negação do povo negro vai ser um dos principais sustentáculos sobre os quais se erguem as manifestações de violência e intolerância que tentam que insistem em reviver as perseguições, enfaticamente como ocorreu noutrora.

A prova disso está no avanço do poder de outras designações religiosas que ampliam seu quantitativo nas bancadas do Congresso Nacional Constituinte, o que segundo a avaliação da Rede Afro Brasileira Sociocultural, tem incluído nas pautas projetos de lei “mascarados com a bandeira do meio ambiente, mas voltados ao ataque religioso aos povos de terreiro, proibindo a imolação de animais, oferendas em áreas públicas, bosques, e cemitérios; além da questão sonora”. Essa, uma tentativa clara de violação ao princípio, que sofre agravante quando se noticiam casos de agressões físicas, verbais e mesmo depredações patrimoniais. Não ficando por aqui, o advogado Thiago Hoshino chama a atenção para as violências do Estado:

Para mim, tão ou mais grave do que a violência explícita são os casos de violência institucional”. Ou seja, quando se utiliza o Estado e o poder econômico em diversas esferas para perseguição

das matrizes africanas. “As influências vão de juizes, a políticos, comerciantes, etc. A influência é tão grande que parece que eles leram Gramsci muito bem.

Com tudo que foi dito é preciso compreender que o processo é cíclico que a atitude de Mãe Aninha, tal qual a Lei Maria da Penha, serviu para posicionar o sujeito no real palco das discussões, mas também colocar Estado e Sociedade no processo inclusivo dos afro-descendentes, na seguridade de seus direitos.

CONCLUSÃO

Mãe Aninha (Iyá Obá Biyi) tinha razão ao dizer, em 3 de janeiro de 1938, às nove horas da manhã: “Não sabem o que perderam”. Essas palavras marcam o momento de sua passagem, de seu falecimento. Certamente, ela teria ainda muito por fazer, tantas coisas a deixar na história do povo brasileiro, em seu processo construtor.

A mulher negra do Candomblé deixa como legado mais que a propositura de decreto que foi aprovado ou uma conquista constitucional, deixa por assim dizer a possibilidade de realização das mulheres negras por meio da expressão de sua cultura, da construção participativa junto ao contexto político e social; faz enfim, com que a mulher negra que antes tinha um papel secundário de existência adquira autoestima, atravessando da senzala ao barracão, sai da camarinha do senhor, do papel servil de ama de leite, do arrimo das senhoras e da função de apenas domésticas inferiores para reconstrução de sua importância no Candomblé. O Candomblé como uma construção social libertadora.

Maria de Lourdes Siqueira vai dizer que:

Este sentimento de intimidade da mulher negra com a mitologia e com a ritualidade religiosas afro-brasileiras abre caminhos para que ela vai conhecendo, ampliando, recriando e transformando, numa forma de poder socialmente construído, assumindo papéis que vão se redefinindo a cada passo: ora mãe, ora educadora, ora curadora, estabelecendo relações sociais, políticas e mesmo diplomáticas.

Mãe Aninha foi um exemplo não só conhecedora dos segredos rituais afro, no Brasil, como também por meio de seus ensinamentos das práticas de administração, política de caráter social, humano e religioso. Não significando isso o menosprezo dos homens, mas sim atuando na construção de complemento.

O ser diferente para a cultura africana, a partir da cosmovisão do Candomblé, diverge do processo de exclusão, pois os ensinamentos do Orixá, daqueles para os quais se está a expressar a fé, são agregadores, coletivos, que propõem um renascimento, no Brasil, da estrutura apresentada nos reinos africanos, no caso o Reino de Oyó, onde Xangô era rei.

Obá Biyi é o reviver do mito de Xangô, no Brasil, que em meio a um processo de guerras e destruição insurge-se para reorganizar e preservar a cultura de um povo, garantir a sobrevivência frente a uma sociedade consumista e, por vezes autofágica, na busca de impor o poder da dominação.

Não se quer aqui dizer que Mãe Aninha foi a única responsável por essa grande construção, pois o direito foi também uma luta coletiva dos afrodescendentes. Entretanto, é indissociável o registro de valor histórico jurídico e do pioneirismo a ela atribuídos.

Ainda há muitas lutas a vencer, muitos caminhos a percorrer. O enfrentamento à intolerância religiosa, hoje, não só com o Candomblé, move o Brasil, gera datas comemorativas reflexivas, mas também faz de Mãe Aninha o símbolo da esperança de continuidade e propagação de novas centelhas, num movimento cíclico, permitindo que as conexões com o mito e com o sujeito renasçam a cada dia em outras várias localidades e inspirem novas conquistas ao povo negro e a todos aqueles que como ela sentiu, na memória ancestral e também na presencial, o perigo representado pelas várias investidas bárbaras da imposição pela extinção de sua cultura.

Assim como Xangô Afonjá não aceitou o suicídio como alternativo às adversidades, que as mulheres negras e todos afro-descendentes, possam ter caminho e iluminação para efetivamente manterem e ampliarem conquistas como a do direito à liberdade religiosa. Que Mãe Aninha seja centelha condutora de novas experiências, nas quais a cultura ancestral seja a base justa para se alcançar o merecido direito de ser humano, na integralidade do sujeito de direitos, em uma sociedade eivada de vícios e perseguições desconexas do que é a essência e amplitude do que é ser e humano.

IYÁ OBÁ BIYI (MOTHER ANINHA): INSPIRING SPARK TO ENFORCE THE RIGHT TO RELIGIOUS FREEDOM

ABSTRACT: This paper presents and discusses relevant aspects related to the emergence of the Constitutional Law on Religious Freedom in Brazil, from joints attaching to an illustrious representative of African culture known as Iya Oba Biyi (Mother Annie), founder of the yard Ile Axé Opo Afonjá, one of the historical heritage of mankind, located in Salvador, Bahia. Not far, this paper reports the establishment of a constitutional principle, in which the importance of the intervention of a representative of the traditions of African origin, played a key role, including discussions about raising the effective accessibility of the role of public policies, the black people, Brazil.

KEYWORDS: Right - Freedom. Consciousness. Principle. African matrices.

REFERÊNCIAS

APPIAH, Kwame Anthony. *Na casa de meu pai: a África na filosofia da cultura*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABN 10520*. Informação e documentação. Citações em documentos. Rio de Janeiro. Agosto, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023*. Informações e documentações. Referências e elaboração. Rio de Janeiro. Agosto, 2002.

BAMONY, Pierre. *Filosofia Africana*. fev. 2005. Disponível em: <http://www.castingblack.com.br/?secao=34808&categoria=34824&id_noticia=22281>. Acesso em: 29 nov. 2009.

BARBOSA, Henrique. *Perseguição aos terreiros de Candomblé na década de 1920*. jan.2013. Disponível em: <<http://bahia320102myblog.wordpress.com/perseguciao-aos-terreiros-de-candomble-na-decada-de-1920/>>. Acesso em: 15 de jan. 2013.

BENEVIDES, Maria Victoria. *Direitos humanos: desafios para o século*. In.____. Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-

- metodológico. Brasília. Ministério da Educação e Secretaria Especial dos Direitos Humanos; UFPB, 2007.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Educação e metodologia para os direitos humanos: cultura democrática, autonomia e ensino*. In: _____. *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológico*. Brasília. Ministério da Educação e Secretaria Especial dos Direitos Humanos; UFPB, 2007.
- BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 6.ed. rev. aum. São Paulo: Atlas, 2008.
- BRASIL. Constituição (1824). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: jan. 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 24 jan. 2013.
- BRASIL. Constituição (1846). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: jan. 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 24 jan. 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: jan. 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 24 jan. 2013.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*, 2008, Brasília, 2008. v 1.
- BRECHT, Bertolt; *O pão do povo*. Avulso. Porto Alegre: tradução de Jaime de Almeida e Victor Núñez, 1982.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002
- CARBONARI, Paulo César. *Sujeito de direitos humanos: questões abertas e em construção*. In: _____. *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológico*. Brasília. Ministério da Educação e Secretaria Especial dos Direitos Humanos; UFPB, 2007.
- CARBONARI, Paulo. *Direitos Humanos: sugestões pedagógicas*. Consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2000. Passo Fundo-RS: IFIBE, 2008, p. 19-22
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, 1999, v.1.
- CONFERÊNCIA ESTADUAL DE PROMOÇÃO À IGUALDADE RACIAL. 2., Aracaju. *Documento Base*. Aracaju. Secretaria de Estado do Trabalho, da Juventude, e da Promoção da Igualdade Social, 2009.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. 11., Brasília. *Relatório final*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DECLARAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS Organização das Nações Unidas (ONU). 1948.

DOWBOR, Ladislau. A redescoberta da África. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 de ago. 1982. Disponível em: <dowbor.org/08-82_redescobertadaafrica.doc - [Similares](#)>. Acesso em: 29 nov. 2009

ELHAJJI, Mohammed. *Da semiose hegemônica ocidental: globalização e convergência*. Rio de Janeiro: Eco-Rizhoma, 2001

FERNANDES, Sonia Regina Vieira. *Princípios fundamentais do direito e justiça*. abr. 2005. Disponível em: < <http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Artigos&file=display&jid=58> >. Acesso em: 29 nov. 2009.

FERNANDEZ, Atahualpa. *O Direito como estratégia adaptativa: origem, evolução e função do comportamento normativo*. ago. 2007. Disponível em: <www.amb.com.br/portal/.../o_futuro_do_direito_atahualpa_fernandez.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2009.

Filosofia Africana. *Jornal de Angola*, Angola, 15 jan. 2009. Disponível em: <paginasdefilosofia.blogspot.com/.../filosofia-africana.html>. Acesso em: 29 nov. 2009.

FONTANA, Cleder; et. al. A Utopia de Paulo Freire e Milton Santos: afinidades com relação à possibilidade de um mundo socialmente justo. [20--?]. Disponível em: <www.ceamecim.furg.br/~tusnski/paginas/paulofreire/.../p31.doc>. Acesso em: 29 nov.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 41. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Políticas dos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988: releitura de uma constituição dirigente Federal do Maranhão*, 2005. Originalmente apresentada como tese de doutorado, Maranhão, 2005. Disponível em: <ged1.capes.gov.br/CapesProcessos/919471-ARQ/919471_5.PDF>. Acesso em: 29 nov. 2009.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GSCHWENDTNER, Loacir. *Direitos Fundamentais. Jus Navigandi*,

- Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>>. Acesso em: 29 nov. 2009.
- GUIA DE LUTA CONTRA A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA E O RACISMO. Rio de Janeiro: CEAP, 2009.
- INSTITUTO DE ESTUDOS DA RELIGIÃO. *Comunicações ISER*. Rio de Janeiro; 2009.
- KI-ZERBO, Joseph. *História da África*. Portugal: Publicações Europa-América, 2009. v 1
- KI-ZERBO, Joseph. *História da África*. Portugal: Publicações Europa-América, 2009. v 2.
- KOERNER, Andrei. *Ordem política e sujeito de direito no debate sobre direitos humanos*. jan. 2004. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ln/n57/a05n57.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2009.
- LAGE, Renato; LÁVIA, Márcia. *Brasil – África: um elo de herança ancestral*. [Salvador]: [s.n], jan.2007. Disponível em: <www.uniblog.com.br/nacoeseaculturadacor/>. Acesso em: 29 nov. 2009.
- LEITE, Gisele. *O novo conceito de sujeito de direito*. fev. 2009. Disponível em: <<http://www.giseleite.prosaeverso.net>>. Acesso em: 29 nov. 2009.
- LEMOES, Daniel Dantas. *As perseguições do estado e da lei*. jan. 2013. Disponível em: <<http://www.blogdodanieldantas.com.br/2012/10/as-persegucoes-do-estado-e-da-lei.html>>. Acesso em: 24 jan. 2013.
- LIMA, Cláudia. *Antigos impérios africanos*. [S.l]: [s.n], out.2007. Disponível em: <www.claudialima.com.br/.../ANTIGOS_IMPERIOS_AFRICANOS.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2009.
- LIMA, Cláudia. *Ao norte da África o Egito*. [S.l]: [s.n], out.2007. Disponível em: <www.claudialima.com.br/.../AO_NORTE_DA_AFRICA_O_EGITO.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2009.
- LIMA, Cláudia. *Diaspora negra para o território brasileiro*. out. 2007. Disponível em:<www.claudialima.com.br/.../DIASPORA_NEGRA_PARA_O_TERRITORIO_BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2009.
- LUHNING, Angela. *Acabem com este santo, Pedrito vem aí*: mito e realidade da perseguição policial ao candomblé baiano entre 1920 e 1942. Revista USP, São Paulo. dez.- fev. 95/96.
- LUZ, Marco Aurélio. *Agadá*: dinâmica da civilização africano-brasileira. Salvador: Edufba, 2010.
- MACHADO, Vanda. *Mito dos orixás: uma perspectiva para educação de sujeitos autônomos e coletivos*. In: CONGRESSO NACIONAL

DE PESQUISADORES NEGROS. 2, São Carlos. *Anais*. São Carlos: Universidade Federal de São Carlos, set. 2002. Disponível em: <<http://152.92.152.60/web/olped/documentos/ppcor/0139.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MUNANGA, Kabengele. *Origem e histórico do quilombo na África*. In:____. Revista USP,[São Paulo]: [s.n.], dez.fev., 1995/1996. p.55-63. Disponível em: <www.usp.br/revistausp/28/04-kabe.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2009.

NASCIMENTO, Elisa Larkin. Introdução à história da África. Adaptação Lokeni Italofá. In:____. *Educação africanidades Brasil*. MEC – SECAD – UnB – CEAD – Faculdade de Educação: Brasília, 2006, p. 33-51. Disponível na Internet:<www.tradepar.com.br/.../nascimento-elisa-larkin-org--afrocentricidade-uma-abordagem-epistemologica-inovadora-vol-4-8587478265>. Acesso em: 29 nov. 2009.

NEVES, Josélia Gomes. *Paulo Freire e as questões do nosso tempo*. 2001. Disponível em: <www.pucsp.br/ecurriculum/artigos_v_3_n_2.../silvale_08.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2009.

NOIRTIN, Célia Regina Ferrari Faganello; et. al. *Proposta de mudança do status jurídico dos animais nas legislações do Brasil e da França*. ago. 2007. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/.../33134-41848-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2009.

OLIVEIRA, Eduardo David de. et. al. *A questão de gênero no Candomblé*. jan. 2013. Disponível em:< <http://www.ifil.org/Biblioteca/souza.htm>>. Acesso em: 24 jan. 2013.

OLIVEIRA, Eduardo. *Filosofia da ancestralidade: corpo e mito na filosofia da educação brasileira*. Curitiba: Gráfica Popular, 2007

PINTO, et. al. *Vade Mecum*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRANDI, Reginaldo. *Mitologia dos orixás*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). *A democracia na América Latina: rumo a uma democracia de cidadãs e cidadãos*. [S.I.]: LM&X, 2004.

REDE MANDACARUM. *Culto ancestral tradição iorubá*. jan. 2013. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/mandacarurn/os-orixas/panteao-dos-orixas/cultoancestraltradicaoioruba>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

REVISTA ÂMBITO JURÍDICO. *Multiculturalismo e Direito Internacional*. [São Paulo]: [s.n], [1993?]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5230>. Acesso em: 29 nov. 2009.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973

SADER, Emir. *Contexto histórico e educação em direitos humanos no Brasil: da ditadura à atualidade*. In. _____. *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológico*. Brasília. Ministério da Educação e Secretaria Especial dos Direitos Humanos; UFPB, 2007.

SALUM, Maria Heloísa Leuba. *Africa: culturas e sociedade*. 2005. Disponível em: <http://www.arteafricana.usp.br/codigos/textos_didaticos/002/africa_culturas_e_sociedades.html>. Acesso em: 29 nov. 2009.

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*. 1 vol. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Deoscóredes Maximiliano dos Santos. *História de um Terreiro Nagô*. São Paulo: Cartago&Forte, 1994.

SANTOS, Kleidson Nascimento dos Santos. *Sob a égide de um estado de direito social: eficácia dos direitos fundamentais sociais e ação estatal no constitucionalismo contemporâneo*. Porto Seguro, 2007. Disponível em: <www.pge.se.gov.br/modules/wfdownloads/visit.php?cid=1...>. Acesso em: 29 nov. 2009.

SANTOS, Leonardo Rodrigues dos. *A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2205, 15 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13149>>. Acesso em: 29 nov. 2009

SANTOS, Luiz de Melo. *Auto da criação do mundo*. Londrina: Corrente, 1996.

SANTOS, Milton. *Por uma geografia nova*. São Paulo: Edusp, 2002.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PROMOÇÃO A IGUALDADE RACIAL. *21 de janeiro um dia contra o racismo*. jan. 2013. Disponível em: <<http://www.>

seppir.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2013/01/21-de-janeiro-um-dia-contrao-racismo>. Acesso em: 21 jan.2013.

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – SEDH/PR. *Pesquisa de opinião pública: percepção sobre os direitos humanos no Brasil...*, 2008. Trienal.

SENADO FEDERAL. *Balanço de 2007 da Comissão de Direitos Humanos e legislação participativa*: 2007, Brasília, 2007. v 1.

SOUZA, Edileuza Penha de. *A ancestralidade africana de Mestre Didi expandindo a intelectualidade negra brasileira*. [Salvador]: [s.n],ago. 2008. Disponível em: <site.mason.vanderbilt.edu/files/.../Souza%20Edileuza%20Penha%20de.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2009.

SOUZA, João Carlos Pio de. *A origem africana da filosofia*. Ago. 2009. Disponível em: <joao-pio.blogspot.com/.../africa-berco-da-humanidade-e-da.html>. Acesso em: 29 nov. 2009.

STRECK, Danilo Romeu. *José Martí e a educação popular: um retorno às fontes*. In. _____. *Educação e Pesquisa*. São Paulo, v.34, n.1, p. 011-025, jan./abr. 2008. Disponível em: <<http://www.anped.org.br/reunioes/30ra/trabalhos/GT06-2894--Int.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2009.

STRECK, Danilo Romeu. *O fórum social mundial e a agenda da educação popular*. In. _____. *Revista Brasileira de Educação*. [S.l.]: UNISINOS, n. 26, p 58-181, maio.- ago. 2004. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rbedu/n26/n26a04.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2009.

TORRENS, Haradja. *Neo-positivismo e o positivismo jurídico nas doutrinas de Herbert Hart e Ronald Dworkin*. ago. 2009. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=haradja_torrens>. Acesso em: 29 nov. 2009.

TOSI, Giuseppe (org). *O significado e as consequências da Declaração Universal de 1948*. Direitos humanos: história, teoria e prática, João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2006.

TOSI, Giuseppe. *Liberdade, igualdade e fraternidade na construção dos direitos humanos*. In. _____. *Direitos Humanos: capacitação de educadores*. João Pessoa: Editora Universitária, 2008. v 1.

TOVAR, Leonardo Zehuri. *O papel dos princípios no ordenamento jurídico*. mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>> *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em: 29 nov. 2009.

TUFANO, Douglas. *Estudos de língua portuguesa: gramática*. 2.ed. ver. São Paulo: Moderna, 1990.

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SALVADOR. *As civilizações africanas no mundo antigo*. [2007?]. Disponível em: <<http://cjbb.sites.uol.com.br/Baqueiro2.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2009.

VERGER, Pierre Fatumbi.Orixás. *Orixás deuses iorubás na África e no novo mundo*. Rio de Janeiro: Corrupio, 2002.

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. *Eugênia Anna dos Santos*. jan.2013. Disponível em:<http://pt.wikipedia.org/wiki/Eug%C3%AAnia_Anna_Santos>. Acesso em: 15 de jan. 2013.

DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO E A FASE CONTENCIOSA DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Fabício Emmanuel Lima Santos*

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade abordar o tema decadência e prescrição no âmbito do Direito Tributário, em específico no tocante à fase contenciosa ou litigiosa do lançamento. A proposta é analisar a relação destes institutos jurídicos em face do crédito tributário apenas nesta fase do lançamento e suas consequências ao direito do Fisco, numa abordagem teórica com respaldo em doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Decadência. Prescrição. Crédito Tributário. Lançamento. Revisão.

ÁREA DO DIREITO: Tributário.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade abordar a temática acerca da incidência da decadência e da prescrição no Direito Tributário, através da contraposição de critérios interpretativos.

O objeto deste estudo se perfaz por um exame aprofundado dos aspectos da decadência e da prescrição sobre o crédito tributário, especificamente no tocante à fase litigiosa do lançamento.

A proposta do trabalho se desenvolve em torno do exame da legislação aplicável ao tema, junto à captação de estudos de diversos doutrinadores consagrados, bem como do entendimento formado no âmbito da jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, analisando e confrontando os raciocínios divergentes.

A importância do tema abordado se revela em face de não haver corrente firmemente dominante acerca deste, além de não haver estudos

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Aluno da Ejuse.

estritamente direcionados à temática abordada.

A relevância do Direito Tributário tem crescido no cenário jurídico nacional, tendo em vista o aumento na quantidade de estudiosos e profissionais nesta área do saber jurídico.

Assim, como tema deste trabalho, temos a análise dos institutos da decadência e da prescrição e a fase contenciosa do lançamento, plenamente justificável ante as controvérsias e necessidade de estudos que venham a contribuir na consolidação de entendimentos acerca da matéria.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DECADÊNCIA E DA PRESCRIÇÃO DO DIREITO DO FISCO AO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A diferença entre a decadência e a prescrição repousa no campo do direito a ser extinto, visto que aquele instituto atinge direito potestativo e a prescrição, direito de ação, sendo que, neste último, não o direito em si, mas sim a pretensão de exercê-lo.

Por sua vez, o Mestre Agnelo Amorim Filho, em seu famoso estudo sobre a decadência e a prescrição, leciona que, *in verbis*:

Os direitos potestativos, que são por excelência direito sem pretensão, porque insuscetíveis de violação, não podem dar origem ao prazo prescricional. Como a tutela dos direitos potestativos se dá através da ação constitutiva, esta sofre os efeitos da decadência sempre que fixado prazo especial para o exercício do direito, para assegurar a tranquilidade social.

(...)

Somente os direitos que envolvem prestação conduzem à prescrição porque somente esses são suscetíveis de violação, ensejando o nascimento da pretensão. E como a satisfação das pretensões só pode ser obtida através de ações condenatórias somente estas e todas elas se sujeitam aos efeitos da prescrição¹

No Direito Tributário, entretanto, ambos os institutos extinguem o

crédito tributário, conforme dispõe o art. 156, V, do Código Tributário Nacional.

A decadência, regida pelo art. 173 do CTN, é a perda do direito do Fisco em constituir o crédito tributário. Já a prescrição é a perda do exercício do direito de ação, pela inércia em cobrar o crédito definitivamente constituído, conforme art. 174, do CTN.

O ilustre professor Paulo de Barros Carvalho assim define decadência:

A decadência ou caducidade é tida como fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não exercício durante certo lapso de tempo. Para que as relações jurídicas não permaneçam indefinidamente, o sistema positivo estipula certo período a fim de que seus titulares de direitos subjetivos realizem os atos necessários à sua preservação, e perante a inércia manifestada pelo interessado, deixando fluir o tempo, fulmina a existência do direito, decretando-lhe a extinção.²

O marco temporal que separa a decadência da prescrição, em suma, é o lançamento, mais especificamente a constituição do crédito tributário e a sua constituição definitiva.

Em direito tributário, a decadência fulmina o direito potestativo de o Fisco constituir para si o crédito tributário pelo lançamento, conforme preceitua o art. 173, do CTN, que se dá no prazo de 5 anos.

O marco temporal que define a constituição do crédito é a notificação do lançamento ao sujeito passivo, pois, como processo administrativo que é, necessita de publicidade para que possa produzir seus efeitos, quais sejam declarar a obrigação e constituir o crédito tributário.

Muito embora a conclusão desta atividade administrativa, o crédito tributário constituído pelo lançamento pode ser revisado e alterado nas hipóteses previstas na lei, de forma que só após tal procedimento, é que se o tem por definitivo, ou seja, não pode mais ser administrativamente alterado.

A constituição definitiva do crédito tributário, nesta exegese, se dá com a revelia do sujeito passivo ou, após a revisão do lançamento, com decisão administrativa em definitivo.

Não satisfeita tal obrigação, nasce ao credor pretensão de manejar

ação visando resguardar seu direito violado, ou seja, exercer o direito de ação.

A prescrição, por sua vez, fulmina esta pretensão executória da Fazenda Pública, impossibilitando o exercício do direito de ação a satisfazer o crédito tributário não adimplido pelo devedor, nos termos do art. 174, do CTN.

Assim, dada a constituição definitiva sem a satisfação do débito, tem-se a lesão ao direito do Fisco, bem como a pretensão do exercício do direito de ação, pelo prazo de 5 anos.

3. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO E A FASE CONTENCIOSA DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A fase contenciosa do lançamento, partindo-se desta premissa, é assim entendida como aquela posterior à notificação do lançamento ao sujeito passivo, em que poderá haver a confirmação ou revisão deste, destinada, pois, ao exercício do contraditório, previsão do art. 145, do CTN, que versa:

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:
I - impugnação do sujeito passivo;
II - recurso de ofício;
III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

Ad argumentandum, de forma imprecisa, parte da doutrina e jurisprudência consideram a revisão como um verdadeiro lançamento, denominando-a de lançamento complementar (ou suplementar), o que não é apropriado, visto que tais atos possuem natureza diversa, e o produto da revisão reporta-se à mesma obrigação, sendo, sim, uma fase do mesmo lançamento.

A confirmação do lançamento, nesta exegese, se dá com o pagamento ou revelia do contribuinte, que é a inércia deste durante o prazo de adimplemento, denominado vencimento.

A revisão do lançamento, por sua vez, ocorre quando o contribuinte oferece impugnação ou, ainda, por iniciativa da própria Administração Pública, nos casos previstos em lei. Tal etapa se inicia, assim, com a

notificação do lançamento e tem seu término com a sua confirmação ou, em havendo revisão, com a notificação da decisão final administrativa.

Pode-se aferir, com isso, que o início da fase contenciosa coincide com a constituição do crédito tributário e o final deste ciclo é marco da constituição definitiva.

Neste diapasão, o termo final da decadência, no direito tributário, é a constituição do crédito e o termo inicial da prescrição é a constituição definitiva.

Desta forma, o início da fase contenciosa do lançamento coincide com o termo *ad quem* da decadência e o final da referida etapa inaugura o lustro prescricional, de modo que inexistente prazo extintivo de direito do Fisco na fase contenciosa do lançamento, por pura imprevisão legal, apesar de suscitar certa injustiça, ante as tamanhas vantagens em prol da Fazenda Pública.

Em sentido contrário a este vácuo jurídico, o professor Hugo de Brito Machado defende tese de que o prazo decadencial se estende até a sua constituição definitiva, entendimento deveras favorável ao contribuinte, visto que “o lançamento está consumando, e não se cogita mais de decadência, quando a determinação do crédito tributário não possa mais ser discutida na esfera administrativa”³.

De mesmo alvitre, Ruy Barbosa Nogueira entende que o prazo decadencial para a Fazenda concluir o lançamento continua a fluir até que se dê a notificação do sujeito passivo da decisão final do processo administrativo tributário⁴.

Segundo tal raciocínio, o crédito não estaria constituído com a notificação do lançamento, apenas se cogitando da constituição definitiva, a qual, ao passo que poria fim à decadência, iniciaria o prazo prescricional.

Muito embora notável o posicionamento acima, é de se entender mais coerente, de acordo com a sistemática legal, o entendimento de que há separação entre constituição do crédito e constituição definitiva, de modo que, no período contencioso, não flui prazo decadencial nem prescricional.

O doutrinador Ricardo Alexandre, sobre o tema, assevera que, *in verbis*:

Quando o sujeito passivo é notificado do lançamento, o crédito tributário está constituído

não havendo mais que se falar em decadência (salvo se o lançamento vier a ser anulado). Como o Fisco exerceu seu direito, não mais pode ser atingido por um instituto que faz perecer os direitos dos inertes.

Em face das garantias do contraditório e da ampla defesa, é possível que o sujeito passivo impugne o lançamento realizado, instaurando um litígio e inaugurando a fase contenciosa do lançamento, o que, conforme se deduz do art. 145, I, do CTN, pode gerar uma alteração do próprio lançamento realizado.

Pode-se afirmar, portanto, que, com a notificação, o crédito está constituído, mas não que ele está definitivamente constituído. Por conseguinte, tem-se uma situação em que não se conta decadência – porque a Administração já exerceu seu direito – nem prescrição por conta da ausência de definitividade do lançamento efetuado.⁵

Não pode se operar decadência, pois não há mais direito potestativo de constituir o crédito a ser exercido pelo Fisco quando este encerra sua atividade com a notificação do contribuinte, havendo sim, direito subjetivo ao próprio crédito.

Também não se pode, na etapa contenciosa, cogitar de prescrição, visto que esta apenas pode se operar sobre a pretensão que nasce da violação ao direito subjetivo do Fisco à satisfação do crédito tributário.

Deve-se frisar, ainda, que apesar das imensas vantagens concedidas ao Fisco, o prazo para confirmar ou impugnar, bem como a revisão do lançamento, que em geral ocorre por impugnação do sujeito passivo, são benefícios ao próprio contribuinte, de modo que este período não pode ser usado contra a Fazenda Pública.

Pensar diferente seria legitimar a impetração de recursos administrativos com o puro objetivo de se consumir o prazo decadencial.

Neste toar, é de se destacar relevante decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda na década de 80, em sede de Embargos em Recurso Extraordinário.

Na ocasião do julgamento do referido Recurso Extraordinário, havia sido prolatado acórdão no sentido de que a decadência alcançaria a fase

contenciosa do lançamento, nos seguintes termos:

CRÉDITO FISCAL. DECADÊNCIA. ENTRE O AUTO DE INFRAÇÃO E A DECISÃO FINAL PROFERIDA NA RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA DO CONTRIBUINTE FLUI O PRAZO QUINQUENAL DA DECADÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO PARA DEFERIR-SE O MANDADO DE SEGURANÇA.⁶

Entretanto, a referido *decisum* foi alvo de Embargos, através dos quais, seguindo vertente do então Ministro Moreira Alves, foi modificado o entendimento da Suprema Corte, vislumbrando-se, assim, a diferenciação entre constituição do crédito e constituição definitiva, bem como a não fruição de prazo extintivo de direito do Fisco neste interstício, assim ementado:

PRAZOS DE PRESCRIÇÃO E DE DECADÊNCIA EM DIREITO TRIBUTÁRIO. - Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do C.T.N.). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura; depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para a interposição do recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição do recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do fisco. - É esse o entendimento atual de ambas as turmas do S.T.F. Embargos de divergência conhecidos e recebidos.⁷

A referida ementa acima não foi de toda feliz em sua redação, haja

vista que omitiu a necessidade de notificação do lançamento, contudo tal tópico foi muito bem salientado no voto do Relator, o citado Ministro Moreira Alves, que, de forma bastante didática, muito bem delineou o entendimento aqui esposado sobre a inoperância da decadência e da prescrição na fase litigiosa do lançamento, do qual se extrai o seguinte trecho, *in verbis*:

O exercício desse direito ocorre – como se vê dos termos do art. 145 do CTN – com o lançamento (e o auto de infração é modalidade de lançamento) regularmente notificado até porque – como acentua Alberto Xavier, *Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro*, nº 57, pág. 150, São Paulo, 1977 – “ A notificação configura-se como requisito de perfeição do lançamento, o qual deve, portanto, considerar-se como um ato receptício”. Até aí flui o prazo de decadência.

Segue-se o prazo para o pagamento, ou, se houver impugnação pelo sujeito passivo, o lapso de tempo da tramitação do recurso administrativo até decisão final. Num e noutro desses períodos não flui, evidentemente, prazo de decadência, pois não há mais direito potestativo a ser exercido. E não flui, também, prazo de prescrição, pois este só começa a correr quando se viola o direito subjetivo de crédito do Fisco, o que só é possível ocorrer a partir do momento em que, sendo ele exigível, não é satisfeito pelo sujeito passivo. E isso se dá quando termina o prazo para pagamento, sem que o débito seja solvido, ou quando há inexecução da decisão final denegatória da impugnação. Nesse momento, dá-se a violação do direito subjetivo de crédito do Fisco, nascendo-lhe – em conformidade com a orientação seguida pelo Projeto de Código Civil ora em tramitação no Congresso (artigo 187: “violado o direito subjetivo, nasce a pretensão, a qual se extingue pela prescrição ...”) – a pretensão, que se extingue no término do prazo de prescrição, sem que se intente a ação judicial cabível.

[...]

A crítica que se tem feito a essa orientação, pela circunstância de que a própria Administração poderia, já que não sujeita a qualquer espécie de prazo extintivo durante a tramitação do recurso administrativo, procrastinar sua decisão final não procede, pois, além de argumentar com o patológico e não com o normal, desconhece a circunstância de que o recurso existe em favor do contribuinte, e não da Administração, e é direito daquele e não imposição desta. Ademais, se se quisesse criar prazo extintivo para coibir essa procrastinação, mister seria que a lei (que poderia, também, estabelecer que, após certo período de tempo, não fluiriam juros e correção monetária e, favor da Fazenda) se socorresse de outra modalidade de prazo que não o decadência ou de prescrição, pois a natureza de ambos não se amolda a esse fim.

De igual forma, o Superior Tribunal de Justiça, apesar de possuir bastante divergência acerca da decadência e da prescrição, acertadamente já proferiu decisões nos moldes acima, *ipsis litteris*:

TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO FISCAL.1. Decadência. A partir da notificação do contribuinte, (CTN, art. 145, i), o crédito tributário já existe - e não se pode falar em decadência do direito de constituí-lo, porque o direito foi exercido - mas ainda está sujeito a desconstituição na própria via administrativa, se for “impugnado”. A impugnação torna “litigioso” o crédito, tirando-lhe a “exequibilidade” (CTN, art. 151, III; quer dizer, o crédito tributário pendente de discussão não pode ser “cobrado”, razão pela qual também não se pode cogitar de prescrição, cujo prazo só inicia na data da sua constituição definitiva (CTN, art. 174). 2. Perempção. O tempo que decorre entre a notificação do lançamento fiscal e a decisão final da impugnação ou do recurso administrativo corre contra o contribuinte, que,

mantida a exigência fazendária, respondera pelo débito originário acrescido dos juros e da correção monetária; a demora na tramitação do processo-administrativo fiscal não implica a “perempção” do direito de constituir definitivamente o crédito tributário, instituto não previsto no Código Tributário Nacional. Recurso especial não conhecido.⁸

Estabelece o art. 174 do CTN que o prazo prescricional do crédito tributário começa a ser contado da data da sua constituição definitiva. Ora, a constituição definitiva do crédito tributário pressupõe a inexistência de discussão ou possibilidade de alteração do crédito. Ocorrendo a impugnação do crédito tributário na via administrativa, o prazo prescricional começa a ser contado a partir da apreciação, em definitivo, do recurso pela autoridade administrativa. Antes de haver ocorrido esse fato, não existe *dies a quo* do prazo prescricional, pois, na fase entre a notificação do lançamento e a solução do processo administrativo, não ocorrem nem a prescrição nem a decadência (REsp. 32.843/SP, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, DJ 26.10.1998, AgRg no AgRg no REsp. 973.808/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 17.11.2010, REsp. 1.113.959/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 11.03.2010, REsp. 1.141.562/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 04/03/2011)⁹

Quanto à revisão de ofício pela administração pública, hipóteses previstas nos incisos VIII e IX, do art. 149, do CTN, o parágrafo único deste artigo dispõe que “a revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública”, ou seja, dentro do prazo decadencial, o que não possui maiores dúvidas na doutrina e jurisprudência, como se observa do julgado abaixo, ressaltando-se que Ementa utiliza o termo lançamento complementar, quando o mais correto seria revisão de lançamento, *in verbis*:

AGRAVO. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO. IPTU. LANÇAMENTO DE DIFERENÇA DE VALORES DE IPTU. DECADÊNCIA CONFIGURADA. ARTIGO 149 DO CTN.

Verificada nova situação fática do imóvel, efetuado o lançamento complementar de IPTU após decorridos cinco para a constituição do crédito, resta operada a decadência. Inteligência do artigo 149, parágrafo único do CTN. Precedentes do TJRS. Agravo desprovido.¹⁰

Contudo, muito embora haja prazo para iniciar a revisão de ofício, inexistente prazo para seu término.

Por fim, deve-se ressaltar que a inexistência de prazo que obrigue o Fisco a concluir o processo de revisão do lançamento, não impede que este vazio seja suprido com a previsão legal futura de um dispositivo que estabeleça limite temporal nesta situação, o que seria de bom alvitre, primando-se, assim, pela segurança jurídica.

4. CONCLUSÃO

A fase contenciosa do lançamento corresponde ao momento em que o ato administrativo é submetido ao exercício do contraditório, podendo ser provocada a revisão do lançamento, nos termos do art. 145 do CTN.

O início da fase litigiosa coincide com a constituição do crédito (termo final da decadência) e o final deste ciclo é o marco da constituição definitiva (termo inicial da prescrição), de forma que não flui prazo extintivo de direito contra o Fisco nesse período.

Foi apresentada tese defendida por alguns doutrinadores, no sentido de que o prazo decadencial fluiria até a constituição definitiva do crédito tributário, estando a fase contenciosa sob os efeitos da decadência contra o Fisco.

Conclui-se que assiste razão ao posicionamento de que não flui decadência ou prescrição no período litigioso do lançamento, tendo em vista que este se traduz em um benefício ao contribuinte, não podendo ser oposto contra a Fazenda Pública.

No entanto, seria de bom alvitre que sobreviesse norma legal, a fim de estabelecer prazo para o Fisco concluir a revisão do lançamento, pondo

fim ao vazio jurídico existente, primando-se pela segurança jurídica.

DECADENCE AND PRESCRIPTION AND THE CONTENTIOUS PHASE OF THE LAUNCH OF THE TAX CREDIT

ABSTRACT: this work aims to address about the decadence and prescription, under the tax law, in particular with regard to litigation or contentious phase of the launch. The proposal is to analyze the relationship of these legal Institute in the face of the tax credit only at this stage of the release and its consequences to the tax law, a theoretical approach with support in the doctrine and jurisprudence of the Higher Courts.

KEYWORDS: Decay. Prescription. Tax Credit. Launch. Revision.

AREA Of LAW: Tax.

Notas

¹ AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis* – Revista de Processo Civil, vol. 3. São Paulo: Saraiva, p. 106;

² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 313;

³ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 217;

⁴ Cf. NOGUEIRA. Rui Barbosa. *Curso de direito tributário*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 325;

⁵ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 481;

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, RE 94462 / SP, Rel. Min. Soares Munoz, j. 30/06/1981, DJ 18/12/1981;

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos no recurso extraordinário nº 94.462/SP*. Relator Min. Moreira Alves, j. 06/10/1982, DJ 17/12/1982;

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP 53.467-SP*, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 30/09/1996;

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *AgRg no Agravo De Instrumento nº 1.336.961/SP*, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Maia Nunes Filho, j. 23/10/2012, DJe 13/11/2012;

¹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo nº 70048804769*, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 24/05/2012, DJe 29/05/2012.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis* – Revista de Processo Civil, vol. 3. São Paulo: Saraiva.
- BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualização Misabel Abreu Derzi. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do Ministério da Justiça, 1972.
- BERGAMINI, Adolpho. *Certidão negativa de débitos* – Implicações da Súmula nº. 446 do STJ – Questionamentos sobre sua validade. *Revista de estudos tributários*. São Paulo, v.76, p. 13, Nov - dez 2010.
- CAMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- _____. *Da prescrição e da decadência*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1939, p. 133.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. Ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Curso de direito constitucional tributário*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Direito tributário* – Fundamento Jurídicos da Incidência, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Direito tributário* – Linguagem e método, 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2008.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 20ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- _____; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Lançamento tributário e decadência*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*.

São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. vol. VI. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954.

NOGUEIRA, Rui Barbosa. *Curso de direito tributário*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de direito tributário*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

CYBERCRIMES: A FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA TERRITORAL NOS DELITOS CIBERNÉTICOS

Alessandra Cristina de Mendonça Siqueira*

RESUMO: Em tempos de uma sociedade digital, o instituto jurídico padece de atualização, a fim de se adequar às novas realidades. Atualmente, a internet é de tamanha importância, que até mesmo foi declarada, pela ONU, como um direito fundamental, no sentido de que todos devem ter acesso à mesma. No entanto, no meio dualístico que é o cenário cibernético, encontra-se também a face negra da sociedade, no constante cometimento de crimes e delitos. Não se deve apenas aplicar o direito usual, os regramentos utilizados de forma corriqueira na “sociedade real”, o trato com os crimes eletrônicos devem ser diferenciados, uma vez que suas formas também diversas são. No entanto, como deverá ser aplicado o direito em casos eletrônicos? E mais especificamente, como fixar a competência para julgamento de referentes casos quando todas as regras usuais têm falhas? É justamente este o enfoque do presente trabalho, que vem indicar saídas efetivas para o tratamento de situações que tendem a se multiplicar pelo Judiciário brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Internet. Crimes Eletrônicos. Fixação de Competência. Crimes Digitais. Direito Cibernético.

1. INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico, especialmente no meio digital, instaura um novo paradigma no que se refere ao fluxo de informações e relações entre indivíduos. Atualmente, a tecnologia e as informações enquadram-se em um ritmo tão frenético, que é praticamente impossível para o homem acompanhar.

O ser humano, dotado de inteligência, é particularmente ávido por novas informações, e a inovação trazida pela internet, provou um

* Advogada. Aluna da Escola Judicial de Sergipe (Ejuse). Bacharela em Direito pela Universidade Tiradentes. Membro do ISOC-BR e ISOC – Internet Society. Membro do ICAAN . Membro do CGI – Comitê Gestor da Internet no Brasil.

cataclismo na forma de comunicação empregada pelos indivíduos. De repente, não mais se precisa estar no mesmo local, ou ao menos na mesma hora para comunicar-se com outrem. Ao contrário, a qualquer momento, uma determinada pode se comunicar com outra, quando quiser, na hora que quiser, por meio da rede mundial de computadores.

Essa imediatividade e descentralização foi o que elevou a internet ao que ela é hoje: indispensável para a vida moderna. A sociedade atual encontra-se tão ligada à internet e seus efeitos, que hoje é chamada de “Era Digital”. É impossível imaginar o cotidiano sem o uso de instrumentos cibernéticos, como por exemplo, o *e-mail*. As relações interpessoais foram levadas ao ambiente cibernético, e as informações cruzam o mundo quase que instantaneamente. A ideia é que todos os aspectos de relações pessoais foram levados ao ambiente do ciberespaço.

De acordo com Pierre Lévy, o ciberespaço é o “espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores” (1999, p.92). Alega o autor que este tornar-se-á o principal meio de comunicação e memória da humanidade, o que é realmente fácil de perceber que está se tornando realidade. Continua o referido autor, afirmando acerca deste espaço virtual:

O ciberespaço encoraja um estilo de relacionamento quase independente dos lugares geográficos (telecomunicação e telepresença) e da coincidência dos tempos (comunicação assíncrona) (...) a extensão do ciberespaço acompanha e acelera uma virtualização geral da economia e da sociedade” (LÉVY, 1999, p.49)

É fácil perceber porque hoje a sociedade é circundada pelo ambiente virtual: por causa da facilidade e da imediatividade. De fato, como dito em linhas anteriores, as relações humanas foram transferidas também para o espaço digital. Isto inclui também a atuação de forma negativa. Assim bem preleciona a doutrina acerca do assunto:

O surgimento da era digital tem suscitado a necessidade de repensar importantes aspectos relativos à organização social, à democracia, à tecnologia, à privacidade, à liberdade e observa-se

que muitos enfoques não apresentam a sofisticação teórica que semelhantes problemas requerem; esterilizam-se obnubilados pela retórica, pela ideologia e pela ingenuidade.”

(LORENZETTI *in* ALMEDINA, 1993, p.19)

Como já fornecido, a internet se traduz em uma extensão da vida “real”. Todos os aspectos foram traduzidos para o ambiente cibernético, incluindo-se, também, as violações aos direitos de outrem. Ocorre, no entanto, que o meio virtual inclui uma agravante: muitas vezes, a ameaça ocorre de maneira velada, e sem deixar rastros.

O direito, no entanto não consegue, por muitas vezes, seguir o ritmo frenético que é o ambiente digital, fornecendo, assim, uma tutela frustrada e improficua. Entretanto, o que fazer para administrar o uso da internet pela sociedade, sem que haja uma manifestação autoritária na mesma? E como intercambiar a velocidade do meio digital com o arcabouço normativo da dogmática jurídica? São questões como essa que se afiguram como de difícil resolução no cenário jurídico – social da atualidade.

2. OS CRIMES DIGITAIS

Apesar, no entanto, da rede mundial de computadores servir como um meio catalisador de lutas contra as injustiças sociais, e proteção dos direitos humanos, de forma também incisiva, o cenário virtual se afigura como um dos maiores meios de violação desses mesmos direitos, enfatizando a dialética na rede, como uma das grandes problemáticas do mundo moderno.

Como dito em situações anteriores, os direitos humanos são aqueles inerentes a todos, pelo simples fato de serem humanos, e independem de raça, sexo, nacionalidade, religião, ou seja, não é ligado a nenhuma condição para existir. Os direitos que são considerados como humanos, fundamentais, são inúmeros, dentre os quais podemos citar o direito à vida, à liberdade (em suas acepções, como a liberdade de locomoção, opinião, expressão), o direito ao trabalho, a uma vida digna, à educação, dentre outros.

Ocorre que, ao mesmo tempo que situações de violações destes direitos ocorrem no cenário da vida real, estas situações também são transportadas para o organismo virtual. As violações aos direitos humanos que ocorrem

no ambiente cibernético são muitas: desde violações à liberdade de expressão, à privacidade, até o cometimento de crimes como pedofilia, tráfico, *ciberbullying*.

De acordo com indicadores retirados do sítio *Safernet*, os crimes mais comuns cometidos pela internet são: intolerância religiosa, racismo, neonazismo, tráfico de pessoas, pornografia infantil, xenofobia, apologia e incitação a crimes contra vida, homofobia, pedofilia.

Somente no primeiro semestre de 2012, ainda de acordo com o referido sítio, foram recebidas 10715 denúncias de pornografia infantil na rede, 1633 denúncias de crime de racismo, 3452 de apologia e incitação de crimes contra vida, 2071 de homofobia, 1132 de xenofobia, 685 de intolerância religiosa, 665 de neonazismo, 128 de tráfico de pessoas.

As estatísticas são alarmantes pelo motivo de que nem todos que sofrem violações em seus direitos procuram algum tipo de solução para os casos e punição para os agressores, como também não são todos usuários da internet que sabem existir veículos de denúncia de referidos crimes contra os direitos humanos praticados por meio da internet. Portanto, essas estatísticas, em números absolutos, devem ser muito maiores.

Apesar, no entanto, de haver inúmeras violações por meio digital, também está crescendo a consciência social a respeito destes. A impunidade virtual vem diminuindo aos poucos, movida especialmente aliança entre sociedade e Poder Público. Um dos casos mais emblemáticos dessa associação, ocorreu em 25 de maio de 2012, com a assinatura do Termo de Mútua Cooperação Técnica, Científica e Operacional entre o Ministério Público de Goiás e a ONG *Safernet Brasil*.

O trabalho pioneiro desta ONG é receber denúncias acerca de crimes cometidos contra os direitos humanos pela internet, a qual se considera uma das primeiras no Brasil com esse intuito. Com a assinatura do referido termo, observa-se que o Poder Público está prestando atenção no fato da internet ser um veículo catalisador de forma ampliadora dessas violações, devendo seus autores punidos, a fim de que não se aplique à internet o fato desta ser um “território sem lei”, como muitos a consideram.

O presente termo foi uma atitude de extrema importância para o cenário brasileiro no que se refere à punição destes crimes cometidos no meio cibernético, visto que tem a finalidade de unir esforços para prevenir e combater os crimes cibernéticos contra os direitos

humanos fundamentais, centralizando o recebimento, processamento, encaminhamento e acompanhamento on-line de notícias de crimes contra os direitos humanos, praticados com o uso da rede mundial de computadores no Brasil.

A verdade é que a internet é um dos meios mais fáceis de violação de direitos humanos. Com o simples acesso à rede, e finalidade ilícita, inúmeros crimes podem ser cometidos com um simples clique. Por muito tempo estes crimes ficaram impunes, pelo fato de o direito não saber como lidar com as novas tecnologias e seu impacto no cenário jurídico. Contudo, aos poucos isso vem mudando, e o poder público vem agindo para tornar o ambiente digital, acima de tudo, um ambiente saudável.

3. O DIREITO BRASILEIRO E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM POR MEIO DIGITAL – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Por muito tempo foram poucas as ações ingressas ao Poder Judiciário com temas que tratavam de violações aos direitos humanos por meio digital. Contudo, com o crescimento acelerado da internet, também cresceram as ações envolvendo estes temas, apesar de que de modo tímido. Ainda está imbuído no critério comum que os crimes cometidos por meio da internet não são puníveis no “mundo real”.

Ocorrido um fato violador de direitos humanos na internet, a punição daquele causador deve ocorrer. Muitos dos casos que vão ao Poder Judiciário, é relativo ao uso de imagens, ou a crimes contra honra. Nestes casos, constatado que realmente existe a violação à honra ou à imagem de outrem, o sítio, ou o comentário feito será retirado do ar.

Segue abaixo uma ementa esclarecedora acerca da situação em apreço.

RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. REDES SOCIAIS. MENSAGEM OFENSIVA. CIÊNCIA PELO PROVEDOR. REMOÇÃO. PRAZO.

1. A velocidade com que as informações circulam no meio virtual torna indispensável que medidas tendentes a coibir a divulgação de conteúdos depreciativos e aviltantes sejam adotadas célere e enfaticamente, de sorte a potencialmente reduzir a disseminação do insulto, minimizando os nefastos

efeitos inerentes a dados dessa natureza.

2. Uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

3. Nesse prazo de 24 horas, não está o provedor obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso.

4. O diferimento da análise do teor das denúncias não significa que o provedor poderá postergá-la por tempo indeterminado, deixando sem satisfação o usuário cujo perfil venha a ser provisoriamente suspenso. Cabe ao provedor, o mais breve possível, dar uma solução final para o conflito, confirmando a remoção definitiva da página de conteúdo ofensivo ou, ausente indício de ilegalidade, recolocando-a no ar, adotando, nessa última hipótese, as providências legais cabíveis contra os que abusarem da prerrogativa de denunciar.

5. Recurso especial a que se nega provimento. (L N° 1.323.754 – RJ (2012/0005748-4) RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI, julgado em 28/08/2012)

Observa-se que, ante o indício de uma violação desse esteio, a página é retirada do ar até posterior constatação. Interessante frisar que no constante à responsabilização de servidores, existem algumas divergências: Teria o provedor que fazer uma verificação prévia do que é postado pelo usuário? Ou será que ele não teria nenhuma responsabilização perante o que o usuário posta em seus servidores? E se houvesse uma fiscalização prévia, esta não ofenderia a liberdade de expressão e privacidade de cada um?

Também o Superior Tribunal de Justiça se manifestou acerca do assunto, com o seguinte entendimento:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO.

1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.
2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.
3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.
4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.
5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa.

6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido.

7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página - a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.

9. Recurso especial provido. (REsp 1316921 / RJ RECURSO ESPECIAL 2011/0307909-6, Ministra NANCY ANDRIGHI (1118), julgado 26/06/2012)

Com a referida análise da jurisprudência recente, pode-se observar os ensinamentos sedimentados pela jurisprudência da alta Corte Brasileira acerca de alguns aspectos: primeiramente, acerca da responsabilização dos provedores de internet: esta inexistente quando da inserção de dados pelos usuários em seus servidores, porém, passa a existir quando do descumprimento de uma ordem judicial, ou seja, não é responsável o servidor quando o usuário publica algum artigo que ataque a honra de outrem, por exemplo.

Porém, a partir do momento que há uma ordem judicial de suspensão desse artigo para posterior constatação se o referido conteúdo ofendeu ou não a honra, o servidor é obrigado a acatar uma ordem judicial, sob pena de ser responsabilizado caso não o fizer.

Situação semelhante ocorreu durante as eleições brasileiras de 2012, quando, por determinação judicial, foi preso, pela Polícia Federal, o representante da empresa Google no Brasil. A situação teve início quando uma ordem judicial proveniente do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul mandou que o YouTube (o qual faz parte do Google) retirasse de suas páginas vídeos eleitorais postados em seus provedores que criticavam um determinado candidato a prefeito.

Parece que o entendimento jurisprudencial do Brasil se encontra em consonância com o que dispõe as determinações internacionais acerca da responsabilidade na internet. No sentido de que não determina que deva haver uma fiscalização prévia dos servidores, desta forma prioriza a liberdade dos usuários de postarem o que quiserem, sem que haja nenhuma censura prévia.

Obviamente, alguns servidores têm suas políticas próprias sobre o que pode ser ou não divulgado, a depender de sua natureza. Contudo, o fato de não serem responsabilizados por conteúdos que estão inseridos em seus provedores, desde que não sejam seus autores, é uma determinação da liberdade inerente à própria internet. De modo lógico, somente haverá a responsabilização quando desobedecer alguma ordem judicial, como aconteceu no caso previamente exposto.

Desta forma, observa-se, que o Brasil encontra-se com uma forma de pensamento muito afim ao que se espera de um governo democrático, no sentido de que reconhece a importância da internet como veículo de luta e atuação na proteção dos direitos humanos, mantendo a sua liberdade inerente do modo mais amplo possível, fazendo assim com que a rede não perca a sua característica essencial, de uma comunicação essencial entre a sociedade.

4. A PROBLEMÁTICA REFERENTE À FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA DOS CRIMES ELETRÔNICOS

4.1 A COMPETÊNCIA NO PROCESSO PENAL

A jurisdição, esta entendida como uma função, um poder-dever do

Estado, aqui definido como um terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo (DIDIER, 2012), é una e indivisível. No entanto, não existem condições para que, em concreto, apenas um Estado-Juiz julgar todas as lides descarrilhadas na sociedade, motivo pelo qual se cria a “competência”.

A competência é descrita como o âmbito, delimitado pelo Poder Legislativo dentro do qual o órgão exerce seu Poder Jurisdicional. Ou seja, é em razão desta divisão que se consegue exercer a jurisdição de modo mais completo e eficiente.

Em matéria processual penal, a competência apresenta três prismas diferentes, critérios para ajudar em sua fixação, quais sejam:

- a) *Ratione Materiae* – destaca-se pela leitura do artigo 69, III do CPP c/c artigo 74 do digesto processual, a fim de ficar a competência em razão da natureza da infração. Esta competência em razão da natureza infracional, será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência referente ao Tribunal do Júri.
- b) *Ratione Personae* – determinada no artigo 69, III, a competência é considerada em razão das funções realizadas por determinada pessoa. É denominado de “foro de prerrogativa de função”
- c) *Ratione Loci* – descrita no artigo 69, incisos I e II do Código de Processo Penal, a competência é fixada em razão do local da consumação do delito ou do domicílio/residência do réu.

Estes três critérios descritos acima, são denominados de “competência material”. No entanto, nas regras de fixação de competência, também existe a chamada “competência funcional”, a qual leva em conta como elemento de distribuição os atos processuais praticados, devendo ser analisada sobre os aspectos de: fase do processo; objeto do juízo e grau de jurisdição.

O artigo 70 do Digesto Processual, traz à baila a regra para a fixação da competência, *in verbis*:

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumir a infração, ou, no

caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

§1º Se, iniciada a execução no território nacional, a infração se consumir fora dele, a competência será determinada pelo lugar em que tiver sido praticado, no Brasil, o último ato de execução.

§2º Quando o último ato de execução for praticado fora do território nacional, será competente o juiz do lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir seu resultado.

§3º Quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições, ou quando incerta a jurisdição por ter sido consumada ou tentada nas divisas de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.

Se a questão de fixação de competência já se encontra tortuosa nos demais crimes, então muito mais complicada a *questio* quando fala-se de delitos eletrônicos ou virtuais. Isto porque, como o próprio nome já exemplifica, apesar de ter um resultado naturalístico, a sua ação é feita virtualmente. Como determinar a competência de um crime cometido por meio da internet, em outro país, que venha a atingir dezenas de pessoas, em vários lugares do globo? Qual o juízo competente para intentar a ação penal de um delito que começa em um determinado país, está inserido em um servidor de um segundo Estado, e extingue-se em um terceiro?

Primeiramente, cumpre ressaltar que, embora parte da doutrina discorde, é pacífico o entendimento de que o simples fato do delito ter sido cometido pela rede mundial de computadores não atrai, por si só, a competência da Justiça Federal, ou seja, a regra é que a competência seja da Justiça Estadual, exceto, logicamente, se o crime ofenda interesse da União.

Um dos casos emblemáticos dessa decisão da Corte Superior, foi o julgamento de Conflito de Competência 121.431-SE, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, o qual foi julgado em 11/04/2012. O caso em concreto tratou-se de publicação de caráter ofensivo de uma ex-mulher contra o cônjuge. Na questão em tela, a Corte julgou pela competência da Justiça Estadual, e somente será competência da Justiça Federal caso verificada algumas das hipóteses descritas nos incisos IV e V do artigo 109, CF.

Diferente será, como dito anteriormente, em casos que envolvam o

interesse da União, a exemplo da divulgação de imagens pornográficas de crianças e adolescentes em página da internet, onde a competência será da Justiça Federal, como já decidida pela Corte Superior. No caso:

(...)3. No presente caso, há hipótese de atração de competência da Justiça Federal, uma vez que o fato de haver um usuário do Orkut, supostamente praticando delitos de divulgação de imagens pornográficas de crianças e adolescentes, configura uma das situações previstas no art. 109 da Constituição Federal.

4. Além do mais, é importante ressaltar que a divulgação de imagens pornográficas, envolvendo crianças e adolescentes por meio do Orkut, provavelmente não se restringiu a uma comunicação eletrônica entre pessoas residentes no Brasil, uma vez que qualquer pessoa, em qualquer lugar do mundo, desde que conectada à internet e pertencente ao dito sítio de relacionamento, poderá acessar a página publicada com tais conteúdos pedófilos-pornográficos, verificando-se, portanto, cumprido o requisito da transnacionalidade exigido para atrair a competência da Justiça Federal. (...) (CC 111.338/TO, Rel.Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 23/06/-10)

Uma vez definida a competência da Justiça Estadual ou Federal, aplicável ao caso concreto, deve-se haver a determinação da competência territorial.

Em regra, a competência territorial determinar-se-á pelo local onde o servidor está hospedado:

**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.
CRIME CONTRA A HONRA. CALÚNIA.
OFENSAS PUBLICADAS EM *BLOG* NA
INTERNET. COMPETÊNCIA DO LOCAL ONDE
ESTÁ SEDIADO O SERVIDOR QUE HOSPEDA
O *BLOG*.**

1. O art. 6º do Código Penal dispõe que o local do crime é aquele em que se realizou qualquer dos atos

que compõem o *iter criminis*. Nos delitos virtuais, tais atos podem ser praticados em vários locais.

2. Nesse aspecto, esta Corte Superior de Justiça já se pronunciou no sentido de que a competência territorial se firma pelo local em que se localize o provedor do *site* onde se hospeda o *blog*, no qual foi publicado o texto calunioso.

3. Na hipótese, tratando-se de queixa-crime que imputa prática do crime de calúnia, decorrente de divulgação de carta em *blog*, na *internet*, o foro para processamento e julgamento da ação é o do lugar do ato delituoso, ou seja, de onde partiu a publicação do texto tido por calunioso. Como o *blog* denominado Tribuna Livre do Juca está hospedado na empresa NetRevenda (netrevenda.com), sediada em São Paulo, é do Juízo Paulista, ora suscitante, a competência para o feito em questão.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal do Foro Central da Barra Funda - São Paulo/SP, o suscitante. (CC 125.125/SP. Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira, Terceira Seção, julgado em 12/12/2012)

No entanto, em decisões mais recentes, percebe-se a tendência em fixar a competência a partir do local em que partiram as ofensas, como visto na lide em questão abaixo:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE RACISMO PRATICADO POR INTERMÉDIO DE MENSAGENS TROCADAS EM REDE SOCIAL DA INTERNET. USUÁRIOS DOMICILIADOS EM LOCALIDADES DISTINTAS. INVESTIGAÇÃO DESMEMBRADA. CONEXÃO INSTRUMENTAL. EXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA FIRMADA PELA PREVENÇÃO EM FAVOR DO JUÍZO ONDE AS INVESTIGAÇÕES TIVERAM INÍCIO.

1. A competência para processar e julgar o crime de racismo praticado na rede mundial de computadores estabelece-se pelo local de onde

partiram as manifestações tidas por racistas. Precedente da Terceira Seção.

2. No caso, o procedimento criminal (quebra de sigilo telemático) teve início na Seção Judiciária de São Paulo e culminou na identificação de alguns usuários que, embora domiciliados em localidades distintas, trocavam mensagens em comunidades virtuais específicas, supostamente racistas. O feito foi desmembrado em outros treze procedimentos, distribuídos a outras seções judiciárias, sob o fundamento de que cada manifestação constituía crime autônomo.

3. Não obstante cada mensagem em si configure crime único, há conexão probatória entre as condutas sob apuração, pois a circunstância em que os crimes foram praticados - troca de mensagens em comunidade virtual - implica o estabelecimento de uma relação de confiança, mesmo que precária, cujo viés pode facilitar a identificação da autoria.

4. Caracterizada a conexão instrumental, firma-se a competência pela prevenção, no caso, em favor do Juízo Federal de São Paulo - SJ/SP, onde as investigações tiveram início. Cabendo a este comunicar o resultado do julgamento aos demais juízes federais para onde os feitos desmembrados foram remetidos, a fim de que restituam os autos, ressalvada a existência de eventual sentença proferida (art.82 do CPP).

5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, o suscitante.(CC 119926/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 04/02/2013)

No entanto, apesar de algumas decisões em caso concreto, observa-se que a jurisprudência pátria ainda engatinha em certos temas, especialmente no que se refere aos delitos eletrônicos. Não obstante as decisões envolvendo a competência, nenhuma delas realmente foi a favor da vítima, isto porque, o autor das ofensas pode viver em um lugar diferente da vítima. E como ficaria a competência neste caso? Partindo

do pressuposto que a competência territorial do julgamento de crimes eletrônicos seja referente ao local de onde partiram as ofensas, como fazer com o caso onde as ofensas partiram de um Estado, a vítima resida em outro? E caso seja do local do servidor, caso o mesmo esteja hospedado em outro país, como ficaria fixação da competência, então?

Parece que a ideia mais acertada seria a criação de uma legislação a fim de dirimir exatamente essas dúvidas e, mais ainda, classificando a regra como o domicílio da vítima para ser territorialmente competente em intentar a Ação cabível.

5. CONCLUSÃO

O novo milênio trouxe para a humanidade inovações que até então eram apenas palco de ficção científica. A Revolução Industrial deu origem à nova era de Revoluções Tecnológicas, sendo a internet, o seu palco principal. A importância da internet na sociedade é tamanha, que esta criou o seu espelho naquela, criando uma verdadeira “sociedade digital”, onde os aspectos modernos foram trazidos da “vida real” para o cenário virtual, com igual importância, dando origem à chamada “era digital”.

Faz-se necessário, portanto, repensar todos os critérios que hoje se tem acerca da sociedade moderna, visto que, a internet se traduz em um espelho da mesma, suas regras são diferentes. Deve-se repensar a respeito de aspectos importantes como relativos à organização social, democracia, e direitos fundamentais como o direito à privacidade.

A verdade é que o direito se manteve inerte ante as inovações tecnológicas trazidas para o cenário virtual, portanto, se faz mais do que necessário um estudo aprofundado acerca dos seus liames para que possa aplicar no cenário virtual as regras do mundo “real”.

O brocardo jurídico que manifesta o pensamento de que “onde há sociedade, há direito”, é de importância real nessa situação, visto que a internet não pode ser tratada como um território onde as pessoas façam suas próprias leis, sem a observação estatal. Não existe a autorregulamentação no território cibernético, visto que isso iria se traduzir em uma anarquia telemática.

Como lidar com um ambiente dualístico que promove um ambiente propício a atos contra os direitos humanos, ao passo que se consagra em um instrumento de luta a fim de proteger esses mesmos direitos? Quais

realmente são os reflexos da internet na ordem jurídica contemporânea? E como o direito pode realmente se igualar ao dinamismo da cibernética, de forma que suas normas sejam eficazes às relações digitais?

CYBERCRIMES: SETTING THE JURISDICTION IN CYBERNETICS FELONIES

ABSTRACT: Today, we live in a modern society, where the law needs to be updated in order to become modern. The internet is such a big movement, that it became an fundamental law, by the ONU, meaning that everyone should have access to that. Meanwhile, in a dualistic environment, reveals the dark side of the society, meaning that it commits crimes and felonies. We should not apply the same normal law that we apply everyday with the “real life society”, the cybercrimes should be treated in a very different way, because its forms are also diverse. But, how we should apply the law in electronic cases? And even, how we should see the jurisdiction in these cases, when all the usual rules fails? This is the focus of the present work, which comes to indicate effective ways out in order to treat that situations that became more and more frequent in the Judicial system.

KEYWORDS: Internet. Cybercrimes. Jurisdiction. Digital Crimes. Cyberlaw.

BIBLIOGRAFIA

ARAS, Vladimir. *Crimes de informática. Uma nova criminalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out.

BEPPLER, Daniela. *Internet e informatização: implicações no universo jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de (coords.) *Direitos humanos: entre a utopia e a contemporaneidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL, Lei do Software. *Lei nº 9.609*, de 19 de fevereiro de 1998. Brasília, DF. Presidência da República – Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/Leis/L9609.htm>.

Acesso em 16 de outubro de 2012.

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

CORREA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da internet*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Direito Eletrônico. 5 mar. 2009. Disponível em www.justicaedireito.blogspot.com.br/2009/03/direito-eletronico.html. Acesso em 13 set. 2013

A FUNÇÃO SOCIAL E A INOPONIBILIDADE DA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS NOS CONTRATOS PÚBLICOS

Luiz Gustavo de Oliveira Ramos*

RESUMO: O confronto entre a função social e a inoponibilidade da *Exceptio Non Adimpleti Contractus*, uma das cláusulas exorbitantes admitidas aos contratos celebrados pela Administração Pública, é o objeto deste estudo, motivado pela possibilidade de invocação dessa prerrogativa afrontar direitos socioeconômicos, especialmente no cenário corrente de avanços, de incorporação de técnicas de gerência e controle modernas - ampliando o conceito de Estado estruturado -, de maior presença do Judiciário e sua inafastabilidade. Prima-se entender o alcance desta cláusula nas relações contratuais que a Administração estabelece com particulares sem afrontar o viés social mínimo necessário e compreender a noção de interesse público; tais circunstâncias parecem estabelecer uma certa inquietude na doutrina e na jurisprudência pátria, ponderando-se que a última tem reiteradamente ratificado o uso dessa e de outras cláusulas, porém impondo novos limites. O presente estudo assumirá uma abordagem bibliográfica, tendo a legislação e a doutrina pátria como principais vetores.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusulas Exorbitantes. *Exceptio Non Adimpleti Contractus*. Função Social. Contratos Públicos.

INTRODUÇÃO

As cláusulas exorbitantes proporcionam à Administração Pública certa vantagem quando estabelece relações contratuais com terceiros particulares ou entidades administrativas. A relevância dessas cláusulas embasa-se na (I) necessidade de uma eficiente prestação de serviços, efetivação de obras e aquisição / fornecimento de bens que visem

* Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela FaSe, Faculdade Estácio de Sergipe, Aracaju/SE; Graduado em Direito pela FaSe, 2011; Pós-graduado em Docência no Ensino Superior pela FaSe, 2009; Graduado em Sistemas de Informação pela UNIT, Universidade Tiradentes, 2005, Aracaju / SE. E-mail: lugusth@gmail.com.

alcançar o bem-estar social e na (II) submissão de quem deve zelar pela coisa pública ao princípio da supremacia do interesse público perante o particular, fundamento recorrente na doutrina - espinha dorsal do regime jurídico administrativo. Reside, inclusive, na própria noção de interesse público uma certa celeuma, abordada mais adiante.

Regidos especialmente pela Lei 8.666 de 1993, os contratos públicos são hoje os principais instrumentos disponíveis para a Administração Pública exercer grande parte de suas competências, estabelecidas principalmente pela Constituição Federal de 1988 e pelo ordenamento jurídico, das quais o Estado não pode esquivar-se por força de normas-princípios, como a legalidade administrativa, e dos fundamentos histórico-jurídico-sociais que legitimam sua existência.

Com o advento do Estado Social, todavia, passou-se a existir uma real necessidade de transferência, especialmente para pessoas jurídicas de direito privado, da execução de serviços, obras e fornecimento de bens, mediante contrato e processo licitatório, necessários ao funcionamento da máquina estatal, por se compreender que a estrutura da Administração, embora robusta, não seja capaz de atender ao crescente numerário de administrados e garantir o mínimo essencial em prol da dignidade da pessoa humana; tarefa nada fácil que comumente esbarra nos discursos retóricos da reserva do possível.

Para Moreira Neto (2007, p.437), a ampliação de um espaço público não estatal, condicionou o Estado a concentrar-se no desempenho das atividades essenciais, que lhe são próprias, e buscar a sociedade para atuação de inúmeras formas no campo econômico, “ante a percepção de que é cada vez mais aguda a escassez de recursos públicos para realizar investimentos necessários”.

Neste recitar, houve a necessidade de se construir mecanismos que permitissem uma eficiente atuação da Administração Pública, dentre os quais, excedentes ao direito comum, a imposição de certas vantagens nas relações contratuais, que logo passaram a ser reconhecidas como cláusulas exorbitantes¹.

O presente texto não adentrará no vasto solo de discussão permeado pelo elenco das cláusulas derogatórias, contudo, dentre as convidadas, uma parece ser a protagonista, sob os holofotes deste estudo, pois, ao falar-se de contratos e função social, a inoponibilidade da *Exceptio Non Adimpleti Contractus* é a que mais aparenta bater de frente com

a paridade de defesas e equilíbrio contratual, terreno aberto para o exercício desmoderado de gestores, notadamente nos contratos privados da administração, segundo os fundamentos e argumentos que serão apresentados no decorrer deste artigo.

Aparenta, *a priori*, (I), pois, blindar uma parte contra a defesa de outra parece desequilibrar a relação contratual e a invocação da cláusula através de uma mera fundamentação na supremacia do interesse público, de forma absoluta e sem preservar garantias individuais, tende a afrontar a boa-fé objetiva.

Aparenta (II) afrontar, pois há situações, geradas pela inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido, que transpassam o proporcional e o razoável quando a Administração Pública invoca a referida cláusula sob o manto do interesse público, podendo levar o particular a suportar uma carga que a primeira vista não condiz com a função social dos contratos, ou seja, de forma irrazoável desequilibra a relação, exorbitante ao próprio direito administrativo.

1. A CLÁUSULA “*EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*”

Em termos de conceituação, com base civil, Gagliano e Filho (2008, p.255) pronunciam que “a exceção do contrato não cumprido consiste em um meio de defesa pelo qual a parte demandada pela execução de um contrato pode arguir que deixou de cumpri-lo pelo fato de outra ainda também não ter satisfeito a prestação correspondente”.

Para Carvalho Filho (2009, p.189), a exceção do contrato não cumprido significa que “uma parte contratante não pode exigir da outra o cumprimento de sua obrigação sem que ela mesma tenha cumprido a sua”.

Embora a conceituação para a esfera do direito público pouco diferencie-se da privada, a cláusula naquela seara é mitigada em relação ao particular contratado, não podendo esquivar-se da prestação de serviço ajustado ainda que a Administração mantenha-se inadimplente.

O sustento teórico, fundamento mais exteriorizado, é o princípio da continuidade, derivado da supremacia do interesse público, sendo mais importante que o interesse particular, no entender de Carvalho Filho (Op. Cit., p. 189).

A exceção do contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus* -, usualmente invocada

nos ajustes de Direito Privado, não se aplica, em princípio, aos contratos administrativos quando a falta é da Administração. Esta, todavia, pode sempre arguir a exceção em seu favor, diante da inadimplência do particular contratado [...] Impede-o (o particular, grifo nosso) o princípio maior da continuidade do serviço público, que veda a paralisação da execução do contrato mesmo diante da omissão ou atraso da Administração no cumprimento das prestações a seu cargo (MEIRELLES, 2010, p.220).

Quanto ao cabimento da exceção do contrato não cumprido, é interessante conhecer a posição da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, que no Informativo 430 (abril de 2010) desta Corte, expôs:

[...] segundo a doutrina, a exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o contrato não especificar a quem primeiro cabe cumprir a obrigação. Assim, estabelecido em que ordem deve dar-se o adimplemento, o contratante que primeiro deve cumprir suas obrigações não pode recusar-se ao fundamento de que o outro não satisfará a que lhe cabe, mas o que detém a prerrogativa de por último realizar a obrigação pode sim postergá-la, enquanto não vir cumprida a obrigação imposta ao outro [...]. Anote-se que se deve guardar certa proporcionalidade entre a recusa de cumprir a obrigação de um e a inadimplência do outro, pois não se fala em exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é mínimo e parcial (REsp 981.750-MG).

A inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido em face da Administração Pública como regra é um dos notáveis exemplos de demonstração de poderes, privilégios, expressão de Carvalho Filho (2009, p.185), admitidos aos contratos públicos, cuja teorização buscou fundamento na proteção ao interesse público e a não sujeição a possíveis prejuízos que porventura venham existir “se, cumprindo sua parte a priori,

o particular não o faria a posteriori”, admitindo-se que a Administração obste-se do “dever de cumprir suas obrigações sem que o particular contratado o faça anteriormente”, como elucida Padilha (2009).

Até pouco tempo atrás, o contratado submetia-se a uma imposição total de não invocar a exceção contra a Administração Pública e continuava assumindo os riscos e ônus da prestação do serviço público, execução de obra ou fornecimento diante do interesse público que não poderia, em hipótese alguma, ser maculado. A regra, portanto, era que a Administração poderia invocar em absoluto esta exceção face ao contratado, mas o inverso era defeso, mesmo nos contratos da administração, regidos pelo direito privado.

Entretanto, o rigor da inoponibilidade da *Exceptio Non Adimpleti Contractus* contra a Administração, como explicitam Meirelles (2008, p.219) e Di Pietro (2008, p.260), com o passar do tempo veio sendo atenuado pela doutrina e jurisprudência em alguns casos. Citam: 1) quando a inadimplência do Poder Público cria um encargo extraordinário e insuportável por um longo tempo, forçando o contratado a financiar o objeto do contrato por conta própria; 2) quando a inadimplência da Administração impeça de fato e diretamente a execução do serviço ou obra, nas situações que exigem primeiro uma atuação daquela, sem a qual o contrato não possa caminhar; 3) quando o contrato não tenha por objeto a execução de um serviço público, não se aplicando o princípio da continuidade.

Essa doutrina sofre hoje algum abrandamento, pois já se aceita que a *Exceptio Non Adimpleti Contractus* seja invocada pelo particular contra a Administração, embora sem a mesma amplitude que apresenta no direito privado. Nesse, os interesses das partes são equivalentes e se colocam no mesmo pé de igualdade; no contrato administrativo, os interesses das partes são diversos, devendo, em determinadas circunstâncias, prevalecer o interesse público que incube, em princípio, à Administração proteger. Por isso, o particular deve, como regra, dar continuidade ao contrato, evitando de, *sponte sua*, paralisar a execução do contrato, já que a rescisão unilateral é prerrogativa da Administração; o que o particular pode e deve fazer, até mesmo

para acautelar seus interesses, é pleitear a rescisão, administrativa ou judicialmente, aguardando que ela seja deferida (DI PIETRO, 1998, p.232).

A legislação geral dos contratos públicos, Lei 8.666 de 1993, traz as situações em que o particular poderá suspender a execução do contrato no Art. 78, incisos XV e XVI. Porém, a doutrina e jurisprudência não permitiram que este rol fosse considerado taxativo, e ao contrário, adicionaram construções que também proporcionariam ao particular o direito invocar tal exceção. Segundo Carvalho Filho (2009, p.190), em situações especiais,

se o prejudicado, mesmo antes do prazo (90 dias, grifo nosso), ficar impedido de dar continuidade ao contrato por força da falta de pagamento, tem ele direito à rescisão do contrato com culpa da Administração. Fora daí, é admitir-se a ruína do contratado por falta contratual imputada à outra parte, o que parece ser inteiramente iníquo e injurídico.

Entretanto, embora autorizada pela legislação ou pela doutrina/jurisprudência, entende-se que esta suspensão não poderá acontecer logo que a Administração Pública suste sua contraprestação. Deve, em princípio, ocorrer:

[...] após o particular requerer, administrativa ou judicialmente, podendo cumular com a rescisão do contrato e pagamento de perdas e danos, dando continuidade à sua execução, até que obtenha ordem da autoridade competente (administrativa ou judicial) para paralisá-lo. Isso porque a Lei nº 8.666 só prevê a possibilidade de rescisão unilateral por parte da Administração, nos termos do seu art. 79, inciso I, não dando tal faculdade ao contratado (SANTOS, 2009).

Interessante notar que, para alguns doutrinadores, a via judicial é a única saída. Neste sentido enfatiza Carvalho Filho (2009, p.190):

Ocorrendo tal situação excepcional, o interessado pode recorrer à via judicial e, por meio de ação cautelar, formular pretensão no sentido de lhe ser conferida tutela preventiva imediata, com o deferimento de medida liminar para o fim de ser o contratado autorizado a suspender o objeto do contrato, evitando-se que futuramente possa a Administração inadimplente imputar-lhe conduta culposa recíproca. Segundo nos parece, esse é o único caminho a ser seguido para impedir que a Administração, que está descumprindo obrigação contratual, se locuplete de sua própria torpeza.

Outrossim, é relevante perceber que a jurisprudência vem ampliando a necessidade de instauração de um processo administrativo, antes do Poder Público promover a rescisão unilateral do contrato. Há a necessidade de averiguar primeiro a responsabilidade contratual, sob pena de enriquecimento ilícito de qualquer das partes, o que é amplamente vedado pelo ordenamento jurídico. Assim podemos extrair do seguinte julgado:

ACÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. SERVIÇOS DE PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO PELO MUNICÍPIO, SEM A INSTAURAÇÃO DE REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO. PROVA NOS AUTOS A INDICAR DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO. OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO EM SALDAR A PARTE CONCLUÍDA DA OBRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL DA PRESTAÇÃO PARCIAL DA OBRA CONTRATADA.

Havendo prova substancial da dívida, e reconhecimento por parte da Administração, por parte do Secretário Municipal responsável à época dos fatos, confirmando ter a contratada concluído parte da obra, não pode esta última furta-se ao pagamento do serviço prestado, na parte concluída, sob o argumento de rescisão unilateral do contrato,

sem a realização de procedimento administrativo para tanto, sob pena de configurar caso de enriquecimento ilícito da Administração. Prova dos autos a indicar a inadimplência de obrigações assumidas pela Municipalidade, no tocante a preparação do terreno para a realização das obras. Aplicação do princípio da *exceptio non adimpleti contractus*. Ante a verificação da culpa concorrente do Município para a inexecução do contrato, impõe-se a ele o dever de liberar os valores caucionados pela autora, como garantia do contrato. Procedência parcial da ação. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO, COM EXPLICITAÇÃO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70013774120, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Henrique Osvaldo Poeta Roenick, Julgado em 26/04/2006).

Não é novidade que certas atuações de gestores públicos possam trazer à tona interesses no mínimo diversos dos relevantes à coletividade, porém revestidos por um manto chamado “interesse público”. Valendo-se da estrutura estatal e da política representativa, os gestores podem fazer prevalecer, especialmente em forma de eloquentes discursos, os próprios interesses, sendo de difícil prova a afronta à finalidade pública.

Dá já se aponta uma importante razão para submeter a Administração Pública à necessidade de instauração de um processo administrativo antes de invocar, especialmente, a rescisão unilateral do contrato, produzindo-se prova da concretude do interesse público, ou seja, da real conveniência e oportunidade, da impropriedade da prestação do particular e do prejuízo ou dano à sociedade, dentre outras situações que poderiam ser levantadas.

2. A FUNÇÃO SOCIAL, OS CONTRATOS PÚBLICOS E O INTERESSE PÚBLICO

Um particular, v.g., pessoa jurídica ainda se consolidando no mercado competitivo, faz grande investimento e preparativos para vencer uma licitação, do tipo técnica e preço na modalidade concorrência, e, logo que vencida, mais outros para executar a demanda. Pouco tempo após

o início da prestação do contrato é surpreendido pela Administração Pública que susta sua contraprestação, rescinde o contrato unilateralmente e fundamenta sua decisão com base no interesse público; ou, em outra possibilidade, apropria-se do objeto do contrato. Neste cenário, estaria o particular correndo possíveis riscos financeiros e, talvez, nem as devidas indenizações pudessem esquivá-lo de um dano maior. No bem dizer de Pietro (2010, p.271), na hipótese de interesse público, “rescindindo antes do termo ajustado, rompe-se o equilíbrio e a Administração é obrigada a compensar pecuniariamente o prejudicado”.

Não se questiona aqui a autonomia da vontade, preservada precipuamente, visto não existir a obrigação de o particular participar da licitação, submetendo-se às regras do edital; menos ainda a necessária adjudicação do objeto do contrato, dada a discricionariedade da Administração Pública, que pode retroceder com fulcro na conveniência e oportunidade. A problemática surge a partir da efetiva adjudicação e a assinatura do contrato; do respectivo início da execução e do prazo que a legislação oferece para o particular opor, se for o caso, nas situações previstas, a exceção do contrato.

Questionando-se sobre a possibilidade de o particular invocar a *Exceptio Non Adimpleti Contractus* em face da Administração Pública, ponderam Gagliano e Filho (2008, p.262), que a comunidade de fato não pode ficar prejudicada pela paralisação da execução de um serviço necessário, mas por outro lado não se afigura justo beneficiar-se o Estado à custa do particular, em situações onde se deveria averiguar a razoabilidade da prestação, levando em conta a desproporção entre o sacrifício e o interesse público pretendido, podendo “impossibilitar a execução do contrato ou causar ao contratado um desequilíbrio econômico de tal monta que não seria razoável exigir que o mesmo fosse suportado”.

Diante do confronto entre a função social e a cláusula em foco dois grandes problemas surgem e devem ser analisados: (I) há fortemente na doutrina uma distinção entre (a) contratos administrativos, totalmente inseridos no regime jurídico de direito público e por vezes entendidos não como contratos propriamente ditos, mas como atos administrativos unilaterais e (b) contratos da administração, adotando-se a teoria mista, regidos por um direito privado mitigado, já que a legislação pertinente aos contratos públicos, no artigo 62, § 3º, inciso I da Lei 8.666 de 1993, permite a presença das cláusulas exorbitantes nestes últimos, ainda que

a Administração Pública aceite celebrar contratos regidos pelo direito comum, v.g., contratos de locação para alocação de uma repartição pública, de compra e venda, de doação, de permuta e outros do gênero. (II) A fundamentação para a invocação das cláusulas exorbitantes em torno do princípio da supremacia do interesse público, questionando-se *a priori* se o mesmo de fato trata-se de uma norma-princípio, ainda que implícita, e a complexa noção do interesse público.

2.1. PROBLEMA 1 – OS CONTRATOS PÚBLICOS

O primeiro problema tem origem na própria doutrina, quanto à conceituação e distinção de contratos públicos. Existem ao menos três teorias sobre a origem dos contratos públicos, não sendo as mesmas objeto deste estudo, no entanto, a teoria amplamente adotada, conhecida como teoria mista, defende que a Administração pode celebrar contratos totalmente regidos pelo direito público e também contratos de direito privado, embora mitigado. Justamente no ponto atenuado do direito privado que reside certa dificuldade de diferenciação entre os contratos administrativos, como bem versa Pietro (2010, p.256):

Embora de regimes jurídicos diversos, nem sempre é fácil a distinção entre os contratos privados da Administração e os contratos administrativos, pois, como os primeiros têm regime de direito privado parcialmente derogado pelo direito público, essa derrogação lhes imprime algumas características que também existem nos da segunda categoria.

Não parece razoável que contratos celebrados perante o regime privado, em que se deveria prevalecer a bilateralidade - contratos são atos jurídicos bilaterais -, sejam derogados ao ponto da “Administração Pública utilizar-se essencialmente de atos administrativos unilaterais, com características exorbitantes do direito comum, tais como as prerrogativas e sujeições que constituem o regime administrativo”, segundo PIETRO (Op. Cit., p.254), ainda que o objeto do contrato seja comum, comerciável, com afastamento do princípio da continuidade, impondo-se ao particular, v.g., mero locador, a possibilidade de ver seu bem imóvel sediando uma repartição pública sem a devida contraprestação pecuniária, inclusive de

difícil aferição do interesse público na inadimplência da Administração.

A questão apontada ganha maior relevância - ainda que nos contratos de regime jurídico de direito público -, diante da invocação das prerrogativas que, em tese, deveria ocorrer com base na proporcionalidade e razoabilidade, pois aparenta o inverso e imoderado em relação ao particular locador.

Quanto à compatibilização da função social com a inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido, há de se analisar que de fato certas competências públicas não podem ser promovidas por contratos sem prerrogativas especiais, pois, visando-se a persecução do bem-estar social, não poderia a Administração ficar a esperar pelo particular, sem que diante da situação possa ter um maior controle, afinal são atividades estatais próprias. Todavia, ainda que se mencione contrato administrativo, cujo objeto é um serviço ou obra pública essencial, o cumprimento ou não da função social deve ser aferido na própria atuação da Administração Pública, observando a razoabilidade e a proporcionalidade, como também na fundamentação da decisão que suspende a contraprestação ou mesmo rescinde o contrato.

Neste sentido, entende Mello (2007, p.609) que o contrato puro e simples jamais poderia ser a via idônea para propiciar ao administrado senhoria sobre a disponibilidade de serviço ou utilização de bem público, pois não se poderia envolver em uma relação contratual um bem ou serviço fora do comércio, ou seja, não passível de ser um objeto de avença.

Por outro lado, a Lei 8.666 de 1993, estendeu as principais prerrogativas da Administração aos contratos por ela celebrados perante o regime jurídico de direito privado, porém, não determina o momento e em qual medida aquelas poderiam ser invocadas, abrindo espaço para que gestor decida, de forma discricionária, quando invocar. Trata-se, portanto, de uma situação temerosa por, inclusive, afrontar a segurança jurídica.

Observando-se que a função social visa aproximar as partes, objetivando a boa-fé, o equilíbrio, evitando-se o abuso de direito e enriquecimento ilícito, torna-se inaceitável deixar um contrato de direito privado, mesmo regulando um objeto de menor complexidade, sem uma normatização mais objetiva e clara, pondo na mão de uma das partes um poder decisório desmoderado. Encontra-se dificuldade de compreensão quanto ao interesse público no inadimplemento da Administração Pública, inserindo-se, ademais, nesta questão a atual face

que o Estado moderno possui nas grandes Democracias, ou seja, com grande autonomia gerencial, administrativa, orçamentária, tributária, financeira e funcional.

Na pertinente lição de Medauar (2009, p.221), cabe à Administração tomar todas as providências ao seu alcance para que o contrato seja bem executado, competindo à mesma o atendimento do interesse público. Portanto, excluindo-se as faltas do particular - que autorizem outras atitudes como a rescisão unilateral, v.g., -, a Administração tem que promover o planejamento orçamentário, a licitação, a contratação, a fiscalização e os pertinentes procedimentos para acompanhar a execução do contrato de início ao fim, não fazendo sentido que por culpa da mesma, invoque as prerrogativas diante do manto acalentador do interesse público.

2.2. PROBLEMA 2 – A NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO

O segundo problema parte da própria fundamentação do interesse público. É notório que maior parte da doutrina brasileira sustenta a presença da supremacia do interesse público como princípio implícito ao texto constitucional. A forte participação de renomados doutrinadores na defesa deste princípio parece o tornar algo incontestável. Na parte que toca este texto, é o principal fundamento das cláusulas exorbitantes.

A problemática, entretanto, reside na própria noção de interesse público e, em qual medida, pode ser protegido o interesse individual e se realmente pode ser considerada uma norma-princípio: a supremacia do interesse público perante o privado.

Quanto à noção, Celso Antônio Bandeira de Mello rejeita qualquer dissociação completa entre os conceitos (público e privado). Para este autor (2010, p.181), a noção de interesse público não é tão simples, não podendo ser considerada uma categoria contraposta à de interesse privado, individual. É, no entanto, para o autor, acertado afirmar que o interesse público representa o interesse do todo, do conjunto social, não se confundindo ainda com o somatório dos interesse individuais; todavia não é autônomo, posto que não é desvinculado dos interesses de cada umas das partes que compõem o todo. Para Mello (2010, p.182) interesse público nada mais é que “a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade”.

Outrossim, defende Celso Antônio Bandeira de Mello (Op. Cit., p.182) que não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de direito público, posto que o Estado, além de subjetivar aquele interesse, é pessoa jurídica, no universo jurídico concorrente com todos os demais sujeitos de direito, e pode ter interesses que lhe são particulares, concebidos em suas meras individualidades encarnadas no Estado enquanto pessoa. Contudo, esses últimos interesses não são públicos e similares, não iguais, aos individuais, pois o Estado só pode defender seu interesse privado, secundário, quando não se chocar com os interesses públicos propriamente ditos, primários, e coincidir com a realização deles.

Gustavo Binenbojm (2008, p.70) critica a posição do clássico doutrinador supracitado questionando o sentido da prevalência de um interesse se um não é mais que uma dimensão do outro. Afirma, ainda, que “a dita norma de prevalência não esclarece a questão mais importante da dicotomia público/privado [...]: qual a justa medida da prevalência de um sem que haja a ablação total do outro?”

Para Hely Lopes Meirelles, interpretado por Gustavo Binenbojm (Op. Cit., p.71), “o direito privado e público encontrariam na relação entre seus sujeitos de direito a sua principal distinção, visto que o primeiro basear-se-ia na paridade entre referidos sujeitos, [...] o segundo pautaria dita relação no princípio da Supremacia do interesse público sobre o privado”. Nota-se que estão bastante difundidas na doutrina argumentações que procuram justificar a existência de privilégios e prerrogativas para a Administração Pública com base no referido interesse público, enquanto princípio sempre a ser observado.

Defende-se que as normas administrativas, na iminência de um conflito entre o direito do indivíduo e o da coletividade, sustentam a prevalência do interesse público, uma vez que a finalidade crucial da Administração Pública é a persecução do bem comum, bem-estar social.

Todavia, a ideia, de sempre prevalência do interesse público perante o particular, parece confrontar-se com a técnica de ponderação de princípios, enquanto parâmetro para a definição de norma-princípio, e a própria Constituição Federal - enquanto garantidora e também restritiva de direitos individuais, como artéria sensível da própria dignidade da pessoa humana -, aponta claramente não ser possível que um considerado princípio afaste totalmente outro.

Com efeito, na Constituição são encontrados os fundamentos para a restrição de direitos individuais em prol de interesses da coletividade. Ora, se é a Constituição que, explícita ou implicitamente, estabelece quando e em que medida direitos individuais podem ser restringidos, (I) o fundamento da restrição é a norma constitucional específica, e não o dito princípio e (II) a medida da restrição, conforme permitida pela Constituição, é dada por uma norma de proporção e preservação recíproca dos interesses em conflito, e não de prevalência a priori do coletivo sobre o individual (BINENBOJM, 2008, p.75).

Observando que a Constituição brasileira está voltada para a proteção dos interesses individuais com base em princípios, considerando-se a supremacia do interesse público também um princípio, seria insustentável a subsunção do primeiro, pois o estaríamos considerando como uma mera norma-regra, afastando-se completamente da ponderação, ainda que nenhum seja efetivamente retirado do ordenamento jurídico diante de uma colisão. Todavia, a doutrina majoritária parece sustentar que na presença de um conflito entre o interesse individual e o público, deve esse último sempre prevalecer. Para Binenbojm (Op. Cit., 76), interpretando Humberto Bergman Ávila, “fica claro o divórcio entre a regra abstrata de prevalência absoluta em favor do interesse público e a aplicação gradual dos princípios proporcionada pelo caráter abstrato dos mesmos”.

Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que “o princípio da supremacia do interesse público” também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: a uma, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; a duas, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo “princípio”; e a três, por demonstrar-se incompatível com os postulados normativos erigidos pela ordem constitucional (BINENBOJM apud HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, 2008, p. 76).

Moreira Neto (2007, p.438), interpretando Sabino Cassese, destaca que “nenhum interesse é, em tese, absoluto, nem goza, essencialmente, de supremacia, pois a sua proteção jurídica dependerá sempre do juízo de ponderação de interesses”.

Há uma interessante ponte entre o interesse público e a função social, no sentido de buscar uma certa proporcionalidade entre os interesses das partes na relação de um contrato, observando-se a dicotomia público/privado. Todavia, ainda que haja inúmeros argumentos em defesa da supremacia do interesse público, ainda que a doutrina majoritária defenda privilégios para a Administração Pública com aquele fundamento, o interesse privado não pode severamente ser ignorado, tolhido.

Não há como conciliar no ordenamento jurídico um “princípio” que, ignorando as nuances do caso concreto, pré-estabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público. O “princípio” em si afasta o processo de ponderação, fechando as portas para os interesses privados que estejam envolvidos. Dê-se destaque, outrossim, ao fato da fórmula pré-concebida presente no “princípio” ir de encontro ao dever de fundamentação (“dever de explicitação das premissas”) a que se sujeitam os Poderes do Estado (BINENBOJM, 2008, p.78).

Não parece suficiente crer que a Administração Pública estaria atendendo à função social do contrato sob o fundamento de uma não bem definida noção de interesse público.

Interesse Público não pode tudo comportar. Ao se falar em interesse público, necessidade pública, pretende-se, reiteradas vezes, preencher o conceito de qualquer maneira. É isso que se vem passando na prática. Entretanto, interesse público, necessidade pública, não são palavras vazias de conteúdo, palavras que não tenham núcleo semântico mínimo. Não se pode dizer que o interesse público é o escolhido pelo administrador. *Interesse Público* só pode ser o qualificado pela norma. Interesse público

nada tem a ver com o interesse do administrador (FIGUEIREDO, 2008, p.531).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atual conjectura, onde, para celebrar-se um contrato que atenda uma finalidade pública, não se demonstra mais justificável, após todo processo licitatório - mesmo quando inexigível ou dispensado por lei -, planejamento, previsão orçamentária, empenho, fiscalização, etc., a Administração Pública sustar sua contraprestação e exigir que o particular suporte sozinho por um determinado prazo a execução do contrato.

Ainda que recaia sobre o particular (pessoa física ou jurídica) a responsabilidade de não comprometer um serviço, obra pública ou fornecimento, tocando-se neste ponto a submissão ao princípio da continuidade, não há como retirar da Administração Pública – titular do serviço, bem ou obra -, salvo em situações excepcionais já previstas em lei, sua própria culpa quando escusa-se de cumprir sua prestação sem uma cabal fundamentação, ou seja, sem invocar a qualquer sombra o interesse público. Situação que deve autorizar de logo o particular a buscar o Judiciário sem ser necessário suportar sozinho os ricos e ônus, posto que não pode rescindir unilateralmente o contrato, especialmente naqueles de prestação continuada.

A própria noção de interesse público não pode mais ser considerada absoluta, um remédio para todos os males dos gestores públicos, visto que a Constituição Federal estabelece garantias individuais que só podem ser restringidas por ela própria ou por um processo de ponderação de princípios diante de uma colisão de interesses, ou seja, ainda que se prevaleça o público, o privado não pode ser totalmente tolhido.

Portanto, conclui-se que a inoponibilidade da *Exceptio Non Adimpleti Contractus* não encontra compatibilidade com a função social na medida que é aplicada de forma desmoderada.

Dada a importância dos objetos: serviços e obras públicas essenciais, o contrato administrativo típico, desde que se observe a razoabilidade e a proporcionalidade, deve permanecer com privilégios com fulcro na persecução do bem social, observando-se as garantias individuais. Porém, não há como sustentar tal vantagem perante os contratos da administração atípicos em relação à função social, pois há evidente

afrontamento aos princípios norteadores dos contratos de direito privado, reforçando-se com o argumento de que os objetos dos contratos atípicos encontrarem-se amplamente no comércio e não são regidos pelo princípio da continuidade.

Outrossim, a rescisão unilateral do contrato por parte da Administração Pública com a necessária instauração de um processo administrativo, como vem exigindo a jurisprudência, aponta-se como uma medida justa para se evitar abusos, pois, nem sempre a decisão de resolver o contrato antecipadamente, invocando a exceção e em seguida a rescisão unilateral, estaria realmente revestida de interesses públicos primários imaculados.

THE SOCIAL FUNCTION AND THE UNENFORCEABILITY OF THE *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* IN THE PUBLIC CONTRACTS

ABSTRACT: The confrontation between the social function and unenforceability of the *Exceptio Non Adimpleti Contractus*, one of the exorbitant clauses admitted to contracts celebrated by Public Administration, is the object of this study, motivated by the possibility of invoking this prerogative affronts socio-economic rights, especially in the current scenario of progress, incorporation of advanced technical and managerial control - expanding the concept of structured State - the presence of Judiciary and its not exclusion. Therefore, it's important to understand the notion of public interest and this clause' scope in contractual relationships that the Administration established with private without confronting the minimal social bias necessary; this situation seems to establish a certain restlessness in the homeland's doctrine and jurisprudence, highlighting that the latter has repeatedly ratified the use of this and another clauses, but imposing new limits. This study will take an approach literature, and law and doctrine homeland as main vectors.

KEYWORDS: Exorbitant clauses. *Exceptio Non Adimpleti Contractus*. Social Function. Public Contracts.

Notas

¹ Tendo em vista a presença da Administração, percebeu-se que nem todos os preceitos de teoria

do contrato privado aplicavam-se ao contrato administrativo. Os aspectos que fugiam daquela teoria foram então denominados de *cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum*. Nessa expressão, direito comum significava sobretudo o direito civil; o termo “derrogatórias” expressava que tais cláusulas aboliavam ou deixavam de lado preceitos vigentes para o contrato privado; o vocábulo “exorbitantes” significava que excediam ou se desviavam do direito privado. Com o tempo a expressão foi reduzida para cláusulas exorbitantes e se consagrou como tal, designando as notas características do contrato administrativo, os aspectos essenciais do seu regime jurídico (MEDAUAR, 2009, p.219).

REFERÊNCIAS

- BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional - Artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- _____. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*, volume IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009).
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PADILHA, Ana Maria. O inadimplemento culposo e suas implicações

no âmbito dos contratos administrativos. *Âmbito jurídico*, Rio Grande, 69, 1 out. 2009. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6803>. Acesso em: 1 mar. 2012.

SANTOS, Dennys Carneiro Rocha dos. Contrato administrativo e a aplicação da exceção do contrato não cumprido. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2242, 21 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13368>>. Acesso em: 23 fev. 2012.

VULNERABILIDADE NA ÓTICA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH): APORTE NECESSÁRIO PARA A HUMANIZAÇÃO DO HOMEM NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Eduardo Teles de Oliveira*

RESUMO: A vulnerabilidade é um conceito em latente construção, que luta pelo abandono da visão utópica e pseudofilosófica no seu enfrentamento. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) desponta como pioneira na criação de um emaranhado de medidas pragmáticas de atuação positiva na tutela fático-concreta dos vulneráveis, sempre primando pela maior proteção dos direitos naturais daqueles com características peculiares de vulneração. A problemática é afrontada em duas frentes, uma social e outra estatal, entretanto, o objetivo é único: o efetivo respeito às diferenças, sem necessariamente descaracterizá-las. É nesse meio criativo que surge um turbilhão de questionamentos acerca da afirmação dos direitos humanos na pós-modernidade, principalmente diante da falta de personalidade de uma fase histórica, com feições mais de retrocesso, que de progresso, em decorrência de uma globalização fragmentária que insiste em excluir o “diferente” de qualquer ordem.

PALAVRAS-CHAVES: Vulnerabilidade. Direitos humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Pós-modernidade.

“[...] Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades” (SANTOS, 1997).

* Bacharel em Direito graduado na Universidade Tiradentes - UNIT, pós-graduado em Direito do Estado pela Faculdade Social da Bahia, técnico judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe - TJSE, na função de Auxiliar de Juiz, lotado na 3ª Vara Cível (Fazenda Pública) da Comarca de Aracaju-SE.

INTRODUÇÃO

O conceito de vulnerabilidade perpassou por uma ascensão histórica. Suas raízes, fundamentalmente remotas, descambaram na visão ampla e vanguardista da mais recente doutrina do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a invidiosa contribuição dos emblemáticos e louváveis julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (ainda que, rotineiramente criticados por aqueles - os quais denomino “naturais pessimistas” - que deixam o fulgor da contrariedade subjugar a simplicidade da compreensão).

Tais balizas conceituais, em que pese já indubitavelmente consolidadas nas relações macro-internacionais, são de conhecimento tímido e de aplicação superficial no âmbito micro-local, na (des)medida em que a vulnerabilidade é vista como um conjunto de elucubrações figurativas e utópicas. Muitas vezes essa visão decorre do conhecimento raso sobre os meandros tema; outras, devido à resistência e a pouca (ou nenhuma) crença nos direitos humanos como uma realidade palpável, daqueles com predileções arcaicas e egoísticas.

A vulnerabilidade é um conceito em polvorosa construção. Malgrado, já se desprende há muito da falsa impressão de se resumir a digressões obsoletas e lacônicas ou a falácias meramente filosóficas. Em verdade, o dito tema encontra espeque ainda nos primórdios, no compasso em que remonta conceitos clássicos, pretorianos.

Os Direitos Humanos (até então, apenas nominados Direitos Naturais) datam sua origem ainda nos discursos dos sofistas da Grécia pré-socrática. Esse surgimento veio acompanhado, naturalmente, ao desvalor racional a esse próprio conjunto de direitos naturais aí postos. Daí a expressão gritante da vulnerabilidade proveniente da segregação daqueles então considerados “cidadãos gregos”, nobres detentores de todos os direitos na sua expressão máxima, dos reles “povos bárbaros”, componentes da escória anti-intelectual, os considerados “pouco humanos”.

José Augusto Lindgren Alves, no seu artigo “A desumanização do humano”, parte integrante da obra *Os Direitos Humanos na pós-mordenidade*, recorda que,

[...] em Atenas os cidadãos detentores dos Direitos Naturais representavam menos de 50%

do total, sendo os demais escravos. E que parte dos ensinamentos de Aristóteles, assim como de Platão, justificavam convictamente tais desigualdades. [...] Afirmava Aristóteles, na sua Política: 'Os indivíduos que são tão inferiores aos demais quanto o corpo é inferior à alma, e os animais inferiores aos homens, são escravos por natureza' (ALVES, 2005, p.05).

Em outra passagem, ainda enfatizando o cerne histórico da vulnerabilidade vista pela ótica do “desigual”, o Lindgren Alves (2005, p.06) acrescenta que “Os habitantes pré-colombianos das Américas eram considerados subumanos, ainda que tão civilizados quanto os astecas e outros povos mexicanos, aos olhos de seus ‘conquistadores’. Podiam, assim, ser escravizados ‘com naturalidade’, malgrado os esforços em contrário de um frei Bartolomé de las casas ou de um padre Antônio Vieira”.

Numa realidade mais recente, a condição de desigualdade desumana e intolerante é avistável, com obviedade que dispensa sensibilidade moral - sem qualquer rigor cronológico -, na xenofobia segregadora dos africanos na Europa; no genocídio dos *tutsis* e *hutus* de Ruanda; no *apartheid* sul-africano liderado pelos *Afrikaners*; no extermínio nazista dos judeus na Alemanha do holocausto; na “limpeza étnica” da antiga República socialista iugoslava da Bósnia-Herzegovina; na brutalidade dos “islamistas” argelinos; no antifeminismo dos talibãs do Afeganistão; na “clitoridectomia” feminina de países africanos; na segregação discriminatória dos negros pelo “*Ku Klux Klan*” norte-americano; no anti-homossexualismo mundial; além de outros e outros panoramas de inferiorização, exclusão ou subjugação do “diferente”!

Conforme se infere, a condição de vulnerabilidade (quase que virulenta) daqueles caricaturalmente referidos como “socialmente diferentes”, sujeitos ao fenômeno constante da desumanização, advêm de entranhas históricas (ou pré-históricas). O panorama atual é desolador, porém, ligeiramente distinto, com vistas ao papel alargado do Estado na proteção e promoção de condições dignas aos vulneráveis, contra, não só, as ameaças atemporais aos Direitos Humanos, como também as patologias da era contemporânea; além da sequência de lutas promovidas pelos defensores dessa frente, animados por um imperativo ético-moral merecedor de reconhecimento.

CAMINHOS DA HUMANIZAÇÃO NOS RUMOS DA PÓS-MODERNIDADE

Já em tempos modernos, precisamente no pós 2ª Guerra Mundial, afloraram numerosos e significativos tratados, acordos e convenções internacionais, que ratificaram o ideário de proteção à vulnerabilidade, com a migração paulatina da essência até então jusnaturalista - direitos humanos como atributos naturais e intrínsecos de todo ser humano² -, para a veia mais efetiva e massificadora do positivismo. Entretanto, para Norberto Bobbio, na sua doutrina do positivismo jurídico, mais especificamente no estudo da Teoria Imperativista da Norma Jurídica (característica fundamental da corrente juspositivista), fica claro que,

[...] o esquema imperativista é inútil, se considerarmos, em lugar do ordenamento estatal, o internacional. Este último se exprime, não só mediante costumes, mas também por meio de tratados que fundam relações bi ou plurilaterais. Ora, os tratados são expressão de vontade determinante e pessoal, mas falta neles um outro elemento característico do comando, a *relação de subordinação*, visto que as relações internacionais são estabelecidas em base paritária (BOBBIO, 2006, p.181).

Inobstante a tais ilações, é certo que esse ambiente de reconstrução e o clima de alicerçamento contribuiram para a reformulação das bases da dignidade da pessoa humana, apesar de levar consigo as chagas e escaras de um período obscuro de latente e vergonhoso retrocesso. A Declaração Universal dos Direitos Humanos - tratada pelo Diplomata brasileiro, José Augusto Lindgren Alves, no seu nascedouro, com a pitoresca extração do vocábulo “Universal”³ - datada de 1948, descambou em inegáveis e inocultáveis séries de vitórias, logradas em sua pós-edição, produtos de aguerridas batalhas contra a relutância de um poder recrudescente. Entretanto, como bem ressalta Fábio Konder Comparato,

[...] a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi regida sob o impacto das atrocidades cometidas

durante a Segunda Guerra Mundial. A revelação desses horrores só começou a ser feita – e de forma muito parcial, ou seja, com omissão de tudo o que se referia à União Soviética e dos vários abusos cometidos pelas potências ocidentais durante a guerra – após o encerramento das hostilidades. Além disso, nem todos os membros das Nações Unidas, à época, partilhavam por inteiro as convicções expressas no documento: embora aprovado por unanimidade, os países comunistas (União Soviética, Ucrânia e Rússia Branca, Tchecoslováquia, Polônia e Iugoslávia), a Arábia Saudita e a África do Sul abstiveram-se de votar (COMPARATO, 2008, p.15).

Não se questiona, é certo, que por muito tempo as políticas de Direitos Humanos se espraíram a bem dos interesses econômicos e geopolíticos do capitalismo hegemônico (como muitas vezes ainda assim se observa). Os discursos humanitários coabitaram com as atrocidades dos Estados autoritários. Porém, é bem verdade que muitos militantes e organizações não governamentais, com importância ímpar, se engajaram (e se engajam) na luta hercúlea da promoção e proteção de balizas contra as práticas excludentes e políticas discriminatórias, marcando o início de um novo período na história da humanidade.

O surgimento da DUDH, ainda que vista como inédito avanço social, conforme assinala Gustavo Venturi (2009, p.27), foi resultado da atualização e ampliação de documentos percussores, a exemplo do *Bill of rights* inglês (1689), produto da Revolução Gloriosa; a *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789), com origem na Revolução Francesa, e por fim, os *Bills of rights* das ex-colônias norte-americanas (1791). Posteriormente a sua proclamação, a Declaração Universal se desdobrou em dois importantes pactos internacionais (Dos Direitos Cívicos e Políticos; e, dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966), que viabilizaram proliferação dos princípios então consagrados, além de uma série de tratados e convenções que viriam *a posteriori*.

Apesar da dificultosa, porém satisfatória construção de uma legislação internacional em direitos humanos, tais documentos se fragilizavam no tocante à real universalização dos Direitos aí consagrados. Ainda quando

formalmente inaugurados, a visão simbólica dificultava o reconhecimento prático e a capacidade de mutação efetiva da realidade. Entretanto, os entraves na afirmação de direitos universalizáveis não impediram, por completo, a sua expansão e assimilação irreversíveis.

O ideário da universalização dos Direitos Humanos ganhou força propulsora na *Conferência Mundial sobre Direitos Humanos*, ocorrida em Viena em 1993. Sem dúvida, a Declaração de Viena constitui documento mais abrangente na esfera internacional, posto que, adotada consensualmente por representantes de Estados de todo o mundo. Diante disto, suas feições recrudesceram as críticas inflamadas (que tanto padece a DUDH) contra o imperialismo ocidental, em que pese, todavia sobreviver pontuais e resistentes críticas - a exemplo do irretocável Boaventura de Souza Santos⁴ - invocadas com base no multiculturalismo e na ideia da globalização contra-hegemônica.

Na oportunidade, ao final da Conferência, fora adotado pela comunidade internacional documento mais abrangente sobre Direitos Humanos, subscrito por 171 países, intitulado “Declaração e Programa de Ação de Viena”⁵. Exalou-se do seu texto características do pós-Guerra Fria, com a superação parcial dos entraves e embaraços da ideia de soberania nacional “westfaliana” e a valorização de direitos universais (ainda que freados pelo multiculturalismo), a exemplo do que preceitua o seu art. 5º,

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Nesse caminho de propagação dos Direitos Humanos, a noção de vulnerabilidade se investiu em roupagem de escala mundial, e seu

significado, ainda que em níveis rasos semântico-literais⁶, já se estendeu ao vocabulário popular como parte do vernáculo habitual e prosaico. Por via de consequência, passou a povoar as metanarrativas figurativas da globalização político-econômica, como instrumento de massificação.

Daí é que os estudiosos e pensadores contemporâneos se arriscaram nos meandros do tema, na busca de conceituações vislumbráveis no plano pragmático, descartando as antigas regras da retórica ortodoxa, de aplicação dificultosa e pouco objetiva. É bem verdade que o discurso ainda é romântico, mais sentimental que racional, o que, *a priori*, resulta relevante para a concretização dos Direitos Humanos nas garras e amarras do mundo contemporâneo-globalizado, destarte, não parece lapidado ao ponto de se encerrar num fim em si mesmo.

A fim de mergulhar na proposta apresentada, evitando elucubrações deslocadas, importa adentrar nos meandros da vulnerabilidade no âmbito latino-americano, mais especificamente no desenvolvimento intelecto-científico angariado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na entrelinhas dos seus relevantes julgados, que não permitiram que os entraves da efetividade embarreirassem o desarrocho da matéria.

VULNERABILIDADE NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O sistema interamericano de direitos humanos, conforme apresentado por Fernando G. Jayme (2005, p.63), trilhou sua caminhada no momento em que os Estados americanos soberanos “estruturaram um sistema regional de promoção e proteção dos direitos humanos, mediante um processo evolutivo consubstanciado na adoção de diferentes instrumentos internacionais”. A concretização de tal sistema, notadamente, se aflorou com a instituição de órgãos internacionais comprometidos a curar e subsidiar a implementação e respeito a esses direitos.

Essencial para a efetividade do sistema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão supremo da jurisdição internacional das Américas, surgiu com uma proposta sócio-filosófica bem definida, ainda que pragmaticamente inconsistente. A nobreza de suas pretensões não escondia o desconforto do pantanoso âmbito da efetivação dos seus julgados, malgrado o visível esforço das regras de cunho principiológico incrustadas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto

São José da Costa Rica, celebrado em 22 de novembro de 1969).

Composta por sete Juízes eleitos pela maioria absoluta dos Estados-parte da Convenção, a Corte prima pelo reconhecimento dos direitos e liberdades dos indivíduos, e não por cancelar a faculdade dos Estados em fazê-lo. A jurisdição contenciosa da Corte se condiciona ao consentimento voluntário dos Estados soberanos, ou seja, os *fallos* dotados de definitividade e irrecorribilidade somente alcançam os Estados que se submeteram, a qualquer tempo, a jurisdição contenciosa internacional. Neste sentido, Fernando G. Jayme, oportunamente, esclarece que,

O exercício da jurisdição contenciosa da Corte está condicionada a uma questão preliminar fundamental: O consentimento do Estado. Adirir à cláusula facultativa de reconhecimento da competência contenciosa da Corte significa que o Estado está, a partir de então, vinculado à Convenção em sua integralidade. O consentimento confere ao Estado capacidade processual; o Estado participa do processo na qualidade de parte, comprometendo-se com a proteção integral dos direitos humanos estabelecida no sistema interamericano. A aceitação da competência da Corte é por prazo indefinido, com caráter geral (JAYME, 2005, p. 90).

A despeito disso, as maiores dificuldades se apresentam, em verdade, na medida em que inexistem meios de coerção aptos a impor ao Estado obediência e cumprimento das decisões proferidas. Com vistas a essa ausência de meios coativos, a Corte Interamericana supervisiona o cumprimento de suas inapeláveis decisões, por meio de uma das faculdades inerentes a sua função jurisdicional, em conformidade com os artigos 67 e 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁷ (tendo reconhecida tal competência obrigatória pelo Brasil no ano de 1998).

Neste íterim, os Estados-parte devem assegurar a implementação a nível interno do todo disposto nas decisões do Tribunal, sob pena de macular a efetividade dos julgados, e ferir de morte os objetivos delineados e acatados no reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte. Mormente, o sobredito acompanhamento se extrai das

diuturnas supervisões do cumprimento de sentença, que exteriorizam a problemática da implementação das disposições decididas⁸.

Em que pese a dificuldade de cumprimento das decisões, em razão da ausência de força cogente dos julgados, a contribuição brindada no campo científico é louvável. A função jurisdicional da CIDH mostrou-se facilitadora e, inclusive, incentivadora da penetração (ainda que tímida) dos Direitos Humanos nas dependências dos Estados-partes integrantes do cone sul do Continente Americano.

A função pedagógica da Corte se evidencia no sentido de inculcar uma cultura de respeito e reconhecimento a esses direitos caros. Nesse rumo, apesar da porta ainda se encontrar ligeiramente entreaberta, o feixe de luz que adentra os rincões obscuros dos países ditos “em desenvolvimento” é, no mínimo, acalentador. Os ares de esperança tomam corpo, ainda que o otimismo não é a palavra de ordem.

Nesse meio criativo, o estudo da vulnerabilidade ganhou propulsão significativa, na medida em que desabrochou nos textos de diversos e importantes julgados, através de uma malha argumentativa de visível relevância. Em uma série notáveis decisões, a Corte IDH, sem se valer de discricões puramente retóricas, analisa a relevância da condição de “vulnerabilidade” das pretensas vítimas, a fim de pontuar mecanismos concretos, assecuratórios do respeito e garantia dos seus direitos.

Com a devida pertinência, o comentário de fundo do boletim de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, publicado pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade do Chile⁹, enfatiza que a Corte tem se abnegado a conceituar e a identificar a vulnerabilidade e suas causas, imbuída, principalmente, pelo maior risco que se submetem certos sujeitos ou grupos a sofrerem violações de seus direitos, seja em decorrência de um contexto discriminatório ou mesmo condição específica de desamparo.

No paradigmático caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, julgado pelo Tribunal em 2005, delineou-se premissa que acompanha, extrínseca ou intrinsecamente, todos os julgamentos que envolvem vítimas em condição de vulnerabilidade. Para a Corte, a aplicação e exercício do direito não podem subjugar as reais condições ou circunstâncias dos vulneráveis na situação fático-concreta, na medida em que “[...] *Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte*

*del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos*¹⁰.

Essa proteção especial é exigível, notadamente, em decorrência das particularidades as quais se submetem os vulneráveis, sejam sociais, sejam econômicas, ou de qualquer outra ordem, muitas vezes advindas de patologias sociais crônicas, contextos históricos de discriminação ou marginalização. Diante disto, incumbe não só a sociedade, como também o Estado, o dever de propiciar quadros de atenção prioritária, a fim de garantir uma equiparação às condições mínimas de vida digna, e eliminar posições que dificultem ou impeçam o desenvolvimento dos direitos inerentes à pessoa humana.

Por certo, nos dias atuais, o contexto fático reclama o desaparecimento do paradigma de justiça cega aos “judiciáveis”, cedendo espaço a veiculação de situações reais que permitem o gozo e exercício integral dos direitos essenciais a todas as pessoas, de forma igualitária e equânime, a partir da exclusão das diferenças, e minimização das desfigurações materiais.

A fim de possibilitar uma tutela de proteção judicial dos direitos, a partir de um tratamento de respeitabilidade, a Corte interamericana identificou características daqueles que se encontram afetados a uma situação de vulnerabilidade, extraída no confronto de seus julgados e nas palavras dos seus Juízes-membros.

Nesse mesmo rumo, os Estados Iberoamericanos subscreveram, em 2008, as “100 regras de Brasília sobre acesso a justiça de pessoas em condição de vulnerabilidade”, com a criação de balizas mais concretas e palpáveis na identificação das vítimas de violações aos direitos humanos, dotadas de características peculiares, a fim de possibilitar, por conseguinte, a efetiva proteção especial indicada na jurisprudência da Corte. Com isso, observa-se uma transposição real de conceito análogo construído em sede internacional, para a aplicação em uma realidade local, permitindo a interpenetração vertical das balizas e arestas delimitadas na Corte IDH.

Com efeito, nas 100 regras de Brasília, consagrou-se umas das conceituações mais emblemáticas acerca do tema, em razão de sua completude e concisão, nos seguintes termos,

Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales,

*económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*¹¹.

Ademais, essa condição específica, segundo conceituação da própria Corte, é considerada agravada quando concorrem mais de um fator de vulnerabilidade na figura de um mesmo titular de direitos¹². Destarte, o número de fatores que ensejam essa condição especial se mostra diretamente proporcional com a suscetibilidade de violações reais. Na medida em que se agravam as causas de risco, reclama-se, por óbvio, uma maior atenção e proteção sócio-estatal.

A fim de propiciar a efetiva tutela especial, a Corte IDH, no estudo da vulnerabilidade, define noções de posição negativa e positiva do Estado perante os indivíduos e grupos dotados dessa condição de fragilidade. A primeira posição, não menos importante, é a de abstenção estatal, a fim de que se porte de forma a não agravar ou favorecer situações de vulnerabilidade. No relevante julgado do Caso “Pedroza e outros vs. Venezuela”, em janeiro de 2009, o Tribunal máximo dos direitos humanos nas Américas, elimina qualquer dúvida, ao definir que, “*el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad*”¹³.

Mais relevante e vanguardista, por sua vez, é a exigência da atuação pró-ativa do Estado. A Corte IDH, em muitos dos seus julgados, evidencia a posição do ente estatal de “garante” na adoção de medidas positivas que visem a proteção dos sujeitos de direitos, não bastando sua abstenção na violação dos direitos humanos. Em julgado emblemático, o tribunal reafirma esse valoroso entendimento, ao definir que “[...] *no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, [...]*”¹⁴.

Em outra passagem, na sentença proferida na resolução do caso “Comunidade indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, a Corte solidifica o precedente,

Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el

*objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”.*¹⁵

Essas medidas, concretas e orientadas a satisfação do direito à vida digna, devem, necessariamente, ganhar força no contexto do vulnerável, a fim de reverter as condições de debilidade em que estão inseridos, até mesmo quando decorrentes de atuações e práticas advindas de terceiros particulares. Portanto, segundo a Corte, no caso em que as autoridades internas conheçam da condição de vulnerabilidade, ou mesmo de sua suposta iminência, devem atuar animadas na inibição dos fatores de risco, excluindo a vulneração existente, ou evitando que ela se concretize.

A premissa criada - de ordem mais pragmática que teórica - é simples e descarta qualquer esforço mais expansivo tendente a compreendê-la: O Estado tem a obrigação de garantir, através de medidas imperativo-positivas, *in totum*, os direitos dos indivíduos e grupos sujeitos a condição de vulnerabilidade, preferivelmente de forma preventiva, a fim de evitar e corrigir quaisquer distorções; ademais, ao conhecer dessas circunstâncias de risco iminente, e ao subsistir situação de razoabilidade material tendente a evitá-la, surge, por via de consequência, responsabilidade internacional do Estado diante da atuação de terceiros alheios ao aparelho estatal na violação de direitos¹⁶; por fim, a Corte ainda sinaliza que, a violação dos direitos humanos de vítima em situação de vulnerabilidade, gera repercussão no âmbito material, através de reparações dos danos causados ou não evitados.¹⁷

Diante do sobredito, a partir de análise acurada do repositório jurisprudencial da Corte IDH, conclui-se que a violação crônica aos direitos dos “diferentes” é uma problemática que assume duas frentes: uma social e outra estatal. Social, na medida em que cabe à sociedade civil¹⁸ – enquanto conjunto de pessoas que compartilham propósitos - a eliminação prática e efetiva da anacrônica visão (pré)conceituosa

e marginalizadora das peculiaridades identitárias, que relega à posição de inferioridade discriminatória sujeitos dignos de direitos, única e tão somente por não se enquadrarem num padrão social inventado. Estatal, no tocante sua posição de garante, abstendo-se de maneira a não agravar ou criar situações de desvelada vulnerabilidade, e atuando positivamente através de medidas reais para minimização e exclusão de condições discrepantes de violações de direito, promovendo, mais que nada, a inclusão social, econômica, política e de toda ordem.

CONCLUSÃO

A visão dos Direitos Humanos na dita pós-modernidade é, tristemente, pouco otimista. O surgimento sequencial de certas ideologias que traduzem fielmente modelos importados, em sua maioria, possui aparência libertadora, porém essência prioritariamente política. Através de metanarrativas totalitaristas, mais restringe, que abrange. Particulariza; fragmentaliza.

Porém, se encerrar na jaula de uma pseudofilosofia, sem dúvida, não é o objetivo querido. Ratificar antigos métodos arcaicos, tão pouco. A situação reclama efetividade. A filosofia epistemológica pós-moderna apenas contribui contraditoriamente para descaracterizar os Direitos Humanos em sua essência, com a criação emaranhados facilitadores para a desumanização do humano, para a exclusão fragmentária. Segundo Norberto Bobbio (1992, p.24), “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

É de se ressaltar que os direitos humanos, ainda que forçosa e veementemente violados, jamais se dotaram de força tão mobilizadora alhures, como se observa no presente. Apesar de sofrerem com o conjunto de tratados e convenções meramente recomendatórias, órfãos de força cogente, as vitórias são louváveis, sem dúvida. Porém, a efetividade e o vigor sempre sonhados reverberam tão somente em situações pontuais. Os direitos humanos são utilizados como paliativos para casos específicos, para subgrupos fragmentários, e não como instrumento de ordem integrativa. Neste sentido, Lindgren Alves, reflete criticamente acerca da urgente necessidade de resgate dos direitos humanos,

Embora vivamos um período que se revela pós-moderno num sentido contrário ao que desejariam os críticos libertários do racionalismo iluminista, e os direitos humanos sejam intimamente ligados à ideia da modernidade, tais direitos, em seu conjunto claramente indivisível, continuam a ser a melhor fonte de inspiração diretiva de que se dispõe atualmente para a ação social e política. São eles, ao que tudo indica, a única utopia secular universalista que pode persistir nesta época desprovida de “grandes narrativas” como a sentiu Lyotard, mas repleta de metadiscursos messiânicos violentos, misticismos e credences compensatórias da desesperança no mundo. Por isso, sem esquecer crueldades e abusos perpetrados em outras áreas, os direitos humanos precisam ser resgatados em primeiro lugar no ocidente. Foi ele que os disseminou como ideia, construída por sua História, tendo por base a Razão (termos hoje duvidosos, que já não merecem maiúsculas). As violações, truculentas ou sutis, como todos os atentados, sanguinários e destrutivos, devem ser combatidas de forma não-seletiva, assumindo-se e corrigindo os erros próprios, táticos e sistêmicos, que delas são causas diretas, indiretas, ostensivas ou profundas. O abandono dos direitos humanos em nome de uma segurança que todos sabemos ilusória tem sido a maior vitória do terror ensandecido (ALVES, 2005, p.217/218).

Nessa conjectura, necessário se faz a forçosa evolução em dois pontos cruciais para a formação da coluna vertebral e ramificações nervosas no âmbito local da humanização do homem: A criação de um sistema nacional de proteção e promoção daqueles em condição de vulnerabilidade e a conscientização sócio-local de respeito ao “diferente”, devolvendo-lhes uma posição de equiparação, sem descaracterizá-los.

Primeiro. Mary Robinson (2008, p.14), ex-titular da Alta Comissária para direitos humanos, ao definir as lições para o trabalho pró-ativo na concretização de uma malha estrutural local de direitos humanos, pontua como um dos desafios objetivados a construção de sistemas de

proteção nacional, mais especificamente, “[...] arranjos institucionais que, sob a égide regulamentadora do ordenamento jurídico nacional e inspiração nos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, têm como objetivo garantir o exercício e a proteção dos direitos humanos dos cidadãos”.

Esse sistema de promoção e proteção, a ser estruturado pelo Estado, deve contar com mecanismos que propiciem o aparelhamento de medidas protetivo-positivas de intervenção direta na erradicação e minimização das condições de vulnerabilidade, com a absterção de (pré)juízos discriminatórios, e adoção de (pós)juízos identitários e desmitificatórios.

A sensibilidade na observância dos postulados veiculados nas decisões da Corte e a sua transposição prática no estudo dos conflitos pontuais roga urgência peculiar. Os grupos vulneráveis, conjunto de indivíduos historicamente discriminados e relegados a uma posição de inferioridade, reclamam uma abnegação diuturna na promoção, proteção e proliferação de uma tutela sócio-político-jurídica diferenciada, na medida de suas desigualdades.

Segundo. A aplicação efetiva do modelo de respeito ao vulnerável, em descarte à inocuidade de outrora, depende a transposição dos sobreditos conceitos e fórmulas para o nível local. Há que extraí-los dos monólogos massificadores, e transpô-los aos diálogos cotidianos e interrelacionais.

As relações subjetivo-controvertidas devem ser micro-observadas com as lentes ópticas do “*discrímen*”, tendo em vista que, sopesar os patamares valorativos que se impõem entre as partes é, por via de consequência, reequipará-las em posição de igualdade (ou pseudo-igualdade), ou mesmo desequipará-las, com fundamento no respeito à “diferença”.

A conscientização deve ser social. Para tanto é necessário o abandono dos discursos prolixos e intrinsecamente falsos ou vagos, com vistas a desbaratar um problema infelizmente mais apriorístico, que casuístico – um problema estrutural. Sob pena de encarnarmos milhões de eternos “Bolsonaros” ^[19] que, através de discursos desmedidos - com respaldo na chancela do voto popular -, assenta a educação como suporte para o preconceito, reconhecendo uma desigualdade discriminatória e exclusiva; como se o nível de instrução fosse inversamente proporcional ao respeito às diferenças (!).

Superados esses pontos demarcativos para humanização do vulnerável, vê-se que a realidade não é necessariamente das mais simplórias. A

pós-modernidade, com o abandono do “antigo” modelo modernista do pós-guerra, surge como um período de transição e construção de novos paradigmas, com o embate (aparentemente eterno) entre a valorização do multiculturalismo e universalização dos direitos humanos, inseridos numa conjectura de globalização-fragmentária.

O direito à diferença, é certo, se mostra tão importante quanto o direito à igualdade. É preciso descortinar exclusões sociais unicamente assentadas na marginalização de grupos com identidades peculiares; na medida em que são traços que os caracterizam, mas não os destituem do espaço de sujeitos dignos de direitos. A partir do momento em que a diferença é entendida como identidade, desaparece a discriminação excludora e aflora a discriminação identitária, surge, então, a inclusão.

Valho-me do pensador italiano, Norberto Bobbio (1992, p.45), que, com o seu brilhantismo peculiar e lucidez incontestada, delinea a problemática como ainda indefinida, porém longe de ser utópica, na medida em que, o entrave na concretização dos “Direitos dos homens”, e, por conseguinte, da proteção do vulnerável, “[...] não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica.

Lindgren Alves, sem perífrases ou delongas, localiza os direitos humanos na pós-modernidade, com olhar decepcionado, porém auspicioso,

Os direitos humanos parecem, de fato, na época contemporânea, lembranças fantasmagóricas do universalismo iluminista, rejeitado pelos fatos e por teorias que se propõem, ou se propunham, corretivas. Eles são, efetivamente, um recurso magro, quase etéreo. Mas são ainda um recurso *que existe dentro do sistema*. Ainda que não possamos romper com este, dos direitos humanos podemos dispor como instrumento legítimo para, pelo menos, encaminhar o *status quo* em direção positiva. Até porque a denúncia de seu desprezo ainda tem eco nos *media*, essenciais para se produzir aquilo que se deseja real na massa de

simulacros típicos de nossa era. E eles, os direitos humanos, ainda podem ser eficazes, se reencarados a sério com a visão abrangente dos documentos internacionais adotados, que nunca foram seguidos (ALVES, 2005, p.246).

Diante da realidade pouco esperançosa, apesar do já considerado avanço na “humanização do homem”, é fácil recordar com nostalgia antigas ideias e teorias, outrora vistas com desconfiança e engodo. Entretanto, os direitos humanos ainda podem ser instrumentalizados de maneira tal a propiciar medidas eficazes e visíveis (a exemplo do devotamento periódico da Corte IDH), desde que vistos aos olhos da seriedade e abnegação, com a urgência que eles reclamam.

VULNERABILIDAD EN LA ÓPTICA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH): APORTE NECESARIO PARA LA HUMANIZACIÓN DEL HOMBRE EN LA SOCIEDADE CONTEMPORÁNEA

RESUMÉN: La vulnerabilidad es un concepto en latente construcción, que lucha por el abandono de la visión utópica y pseudofilosófica en su enfrentamiento. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) despunta como pionera en la creación de un enmarañado de medidas pragmáticas de actuación positiva en la tutela factico-concreta de los vulnerables, siempre primando por la mayor protección de los derechos naturales de aquellos con características peculiares de vulneración. La problemática es afrontada en dos frentes, una social y otra estatal, entretanto, el objetivo es único: el efectivo respecto a las diferencias, sin necesariamente descaracterizarlas. É en ese medio creativo que surge un remolino de cuestionamientos acerca de la afirmación de los derechos humanos en la pos-modernidad, principalmente delante de la falta de personalidad de una fase histórica, con cara más de retroceso, que de progreso, en razón de una globalización fragmentaria que insiste en excluir el “diferente” de cualquier ordene.

PALABRAS CLAVES: Vulnerabilidad. Derechos humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pos-modernidad.

Notas

¹ Exemplos extraídos da obra: ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 02; 07/09; 29.

² “Os direitos humanos são atributos naturais de todos os seres humanos, que nascem com eles e que a sociedade, os Estados, os governos ou quem quer que seja não podem restringir com legitimidade” (DALLARI, 2008. p.09).

³ “Adotada, assim, sem consenso num foro então composto de apenas 56 Estados, ocidentais ou ocidentalizados, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não foi, portanto, ao nascer, “Universal” sequer para os que participaram de sua gestão. Mas razão tinha, nessas condições, os que dela não participaram – a grande maioria Estados hoje independentes – ao rotularem o documento como ‘produto do ocidente.’” (ALVES, 2005. p.24).

⁴ “É sabido que os Direitos Humanos não são universais na sua aplicação. Serão os direitos humanos universais, enquanto artefato cultural, um tipo de invariável cultural ou transcultural, parte de uma cultura global? A minha resposta é não. Apenas a cultura ocidental tende a formulá-lo como universais. Por outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental”. (SANTOS, 2009. p. 13).

⁵ Documento resultante da *II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos* convocada pela ONU, ocorrida em Viena, de 14 a 25 de junho de 1993.

⁶ “*Vulnerável*. 1. Que pode ser vulnerado. 2. Diz-se do ponto pelo qual alguém ou algo pode ser atacado”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: O minidicionário da língua portuguesa*. 04. ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2000. p.718.

⁷ *Artículo n. 67* “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”. *Artículo n. 68* “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”. CIDH. *Convención americana sobre derechos humanos*. San José: 1969.

⁸ “La obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias del Tribunal corresponde a un principio básico del Derecho Internacional, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado. Los Estados Parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos”. **CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS**. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Caso Ticona vs. Bolívia. San José: Secretaria de la Corte, j. 23.02.2011, p. 03/04.

⁹ “[...] La Corte IDH ha tendido a conceptualizar la vulnerabilidad y a identificar sus causas, fundamentalmente, en base al mayor peligro y riesgo cierto que corren ciertas personas de padecer una violación de sus derechos o de que su ejercicio resulte ilusorio; sea que ello provenga de un contexto de discriminación o de una situación/condición específica de

desvalimiento”. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, UNIVERSIDAD DE CHILE. *Boletín de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: <http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/boletin/7/boletin_1-2010.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2011.

¹⁰ *CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS*. Sentencia. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. San José: Secretaria de La Corte, j. 30.11.2005. par. 147. p.30.

¹¹ Documento aprovado na *XIV Cúpula Judicial Iberoamericana*, realizada em Brasília, em 2008, com a participação de Cortes Superiores de Justiça dos Países Iberoamericanos, Associação Iberoamericana de Ministérios Públicos (AIAMP), Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEP), Federação Iberoamericana de Ombudsman (FIO) e União Iberoamericana de Colégios de Advogados (UIBA).

¹² “La Corte valora positivamente la existencia de diversas acciones y cursos de capacitación desarrollados por el Estado. Al respecto, considera que los mismo [...] deben poner énfasis en la atención de presuntas víctimas de violación sexual, particularmente cuando pertenecen a grupos en situación de mayor vulnerabilidad como las mujeres indígenas”. *CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS*. Sentencia. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. San José: Secretaria de la Corte, j. 30.08. 2010, par. 259.

¹³ *CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS*. Sentencia. Caso Pedroza y outros vs. Venezuela. San José: Secretaria de la Corte: j. 28.01. 2009. p. 34, par. 118.

¹⁴ *CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS*. Sentencia. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. San José: Secretaria de la Corte: j. 04.07. 2006, p. 101, par. 30.

¹⁵ *CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS*. Sentencia. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. San José: Secretaria da la Corte, j. 17.06.2005. Par. 162. p. 88

¹⁶ “[Los deberes de los Estados] de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionadas al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado e a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo [...]”. *CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS*. Sentencia. Caso González y otras (“Campo Algodanero”) vs. México. San José: Secretaria de la Corte, j. 16.11.2009, par. 280.

¹⁷ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, UNIVERSIDAD DE CHILE. *Boletín de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: <http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/boletin/7/boletin_1-2010.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2011.

¹⁸ Norberto Bobbio, ao discorrer criticamente acerca da sociedade civil na visão de Marx, como linguagem mais corrente, vale-se das seguintes palavras, “A sociedade civil compreende todo o conjunto das relações materiais entre os indivíduos, no interior de um determinado grau de desenvolvimento das forças produtivas. Ela compreende todo o conjunto da vida comercial e industrial de um grau de desenvolvimento e, portanto, transcende o Estado e nação, embora, por outro lado, tenha novamente de se afirmar em relação ao exterior como nacionalidade e de se organizar em relação ao interior como Estado”. BOBBIO, Norberto; tradução Cláudio Nelson Coutinho. *O conceito de sociedade civil*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1982. p. 31/32.

¹⁹ O Deputado Federal Jair Bolsonaro (PP-RJ), eleito legitimamente pela vontade popular pela sexta vez com mais de 120 mil votos, ao ser questionado pela cantora Petra Gil, artista negra, sobre qual seria sua reação se um filho seu namorasse uma mulher da raça negra, proferiu a seguinte e lamentável resposta, no dia 28/03/2011, em programa da rede bandeirantes: “Eu não corro esse risco e meus filhos foram muito bem-educados. E não vieram de um ambiente como lamentavelmente é o teu”.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*.
Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- _____; tradução Cláudio Nelson Coutinho. *O conceito de sociedade civil*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1982.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, UNIVERSIDAD DE CHILE. *Boletín de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: <http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/boletin/7/boletin_1-2010.pdf>. Acesso em: 25 de abril de 2011.
- CIDH. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José: 1969.
- COMPARATO, Fábio Konder. Os 60 anos de Declaração e nossa Constituição. *Brasil Direitos Humanos, 2008: A realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2008.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Caso Ticona vs. Bolívia. San José: Secretaria de la Corte, j. 23.02.2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentencia. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. San José: Secretaria de la Corte, j. 30.11.2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentencia. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. San José: Secretaria de la Corte, j. 30.08.2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentencia. Caso Pedroza y otros vs. Venezuela. San José: Secretaria de la Corte, j. 28.01.2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentencia. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. San José: Secretaria de la Corte, j. 17.06.2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentencia. Caso González y otras (“Campo Algodanero”) vs. México. San José: Secretaria de la Corte, j. 16.11.2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos humanos: sessenta anos de conquistas. *Revista Direitos Humanos*. 01. ed. Brasília: SEDH, 2008.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: O*

minidicionário da língua portuguesa. 04. ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2000. p.718.

JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROBINSON, Mary. Concretizando nossos compromissos. *Revista Direitos Humanos*. 01. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo, Editora Cortez, 1997.

_____. Direitos Humanos: O desafio da interculturalidade. *Revista Direitos Humanos*. 02. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2009.

VENTURI, Gustavo. A construção de Direitos Humanos universais. *Revista Direitos Humanos*. 03. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2009.

O DANO MORAL PLEITEADO PELO ENTE PÚBLICO

Carlos Adolfo Costa Prado Neto*

RESUMO: O presente trabalho tem o condão de analisar a possibilidade da ocorrência de danos morais sofridos pela pessoa jurídica de direito público, abordando, mediante pesquisa doutrinária e jurisprudencial, aspectos gerais dos temas que envolvem o abalo imaterial, destacando que, por se tratar de matéria ainda não pacificada, a reparação civil deve ser averiguada em atenção à situação posta em solução do Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Ente Público. Dano moral. Constitucionalização. Direitos da Personalidade. Pessoa Jurídica.

1. INTRODUÇÃO

O dano moral sofrido por pessoa jurídica de direito público é um tema recente e ainda não sedimentado, muito embora tenha sido enfrentado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, julgado este no qual era analisado, também, o exercício da liberdade de imprensa.

No intuito de demonstrar a importância da reparação por dano extrapatrimonial, o presente trabalho irá abordar os aspectos acerca da constitucionalização do direito civil e dos direitos da personalidade, traçando, inclusive, os pontos históricos para alcançar a melhor compreensão do tema.

Ademais, a responsabilidade civil também será aqui analisada para, em seguida, ingressar na seara do dano moral sofrido pela pessoa jurídica. Ultrapassadas tais premissas, será abordada a chance de o ente público ser indenizado quando sofrer abalo imaterial, o que, como restará consignado, será possível após análise cuidadosa de cada caso concreto.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

* Bacharel em Direito pela Universidade Tiradenres (Unit), pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhangueria (Uniderp), advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, nº 6.949/SE.

Os direitos fundamentais decorrem da própria essência humana e, portanto, são indispensáveis à existência digna, justa e livre de toda pessoa natural. Cediço é que tais direitos ganharam importância após as barbáries ocorridas na época da Segunda Guerra Mundial, no intuito de resguardar os direitos da sociedade em geral.

Nesse passo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, elenca um rol extenso e meramente exemplificativo dos direitos fundamentais de forma implícita e explícita, trazendo, ainda, garantias para assegurar o cumprimento desses direitos. É neste momento que surge a ligação com os direitos fundamentais.

Sobre o assunto Ana Paula Asfor justifica:

Os direitos da personalidade encontram-se intimamente ligados aos direitos fundamentais, tendo em vista que todo aquele que tem personalidade merece uma proteção fundamental. Tal proteção fundamental são os próprios direitos da personalidade e estes constituem proteção necessária para que a pessoa possa exercer a sua essência com dignidade. É por essa razão que a doutrina moderna afirma que os direitos da personalidade devem ser examinados a propósito da constitucionalização do direito civil. (ASFOR, Ana Paula, 2013)

Esse fenômeno chamado Constitucionalização do Direito Civil, em breves palavras, seria a ambivalência entre as disposições previstas na Constituição Federal e no Código Civil, necessária para proteger a pessoa humana das relações travadas com a sociedade, Estado e, ainda, dos efeitos advindos da globalização.

César Fiuza (2010, p. 118), de forma esclarecedora, assevera:

Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas

do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram feitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

Dentro de tal ótica, percebe-se que o fenômeno em questão não retira a importância de nenhum dos diplomas. Pelo contrário. Em verdade, há uma complementação, levando-se em conta, de um lado, as normas civilistas e, de outro, os direitos fundamentais, tudo sopesado de bom senso, a fim de evitar arbitrariedades. Trata-se, pois, da técnica da ponderação desenvolvida por Robert Alexy (2008), na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, traduzida por Virgílio Afonso da Silva.

Sobre o assunto, o Enunciado nº 274, da *IV Jornada de Direito Civil*, dispõe:

Art. 11 – Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Assim, evidente é a relação entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, pois, não obstante possuam conceitos independentes, ambos protegem os valores da pessoa humana e, em alguns casos, um direito pode figurar como fundamental e da personalidade ao mesmo tempo ou o inverso também é possível.

Entretanto, é de bom alvitre destacar que, apesar da larga zona de similitude, as perspectivas dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais são, no geral, distintas, já que estas possuem um âmbito público, a favor do cidadão perante o Estado, ligados intimamente ao

que alguns doutrinadores chamam de liberdades públicas. Àqueles estão presentes nas relações privadas, por se tratarem de direitos pessoais. Vejamos, pois, os ensinamentos de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2010, p. 145):

Em outras palavras, enquanto os direitos da personalidade afirmam a proteção avançada da pessoa humana, estabelecendo condutas negativas da coletividade (*obrigação de não fazer*, isto é, não violar a personalidade de outrem), as liberdades públicas funcionam a partir de garantias constitucionais impondo condutas positivas ao Estado para que estejam assegurados os direitos da personalidade.

Sob tal ponto, necessário se faz frisar que o termo “liberdades públicas” é demasiadamente restrito, já que se referem tão somente aos direitos de primeira geração, razão pela qual, Alexandre de Moraes (2010, p. 128), prefere o chamar de “direitos humanos”, os quais são genéricos e indefinidos.

Em arremate ao ponto analisado, não se pode confundir a Constitucionalização do Direito Civil (Direito Civil-Constitucional) com a publicização do Direito Civil, pois, enquanto a primeira não altera a natureza da norma jurídica quando da migração das regras e princípios fundamentais, a segunda possui o intuito de nivelar a posição das partes após o impacto dos efeitos provocados na sociedade.

3. DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: ASPECTOS RELEVANTES

A preocupação com a vida humana surge no século XIII com a promulgação da Carta Maior, de João Sem-Terra e, com as declarações de direitos, no século XVIII, restou demonstrada a proteção contra os abusos do poder estatal, garantindo, inclusive, integridade física, tudo fruto do Cristianismo, Jusnaturalismo e Iluminismo, conforme ensina FIUZA (2010, p. 169).

Nesta época, o termo “pessoa” passou a ser utilizado pelos juristas ligado à ideia daquele ser capaz juridicamente, época em que passou

a ser ligado ao conceito de homem, do qual era dissociado à época da escravidão, na qual o homem era tratado como coisa, incapaz de figurar numa relação jurídica em posição diferente de um objeto (PEREIRA, 1999, p. 142).

Desta forma, a pessoa começa a ser tratada como sujeito de direitos, a qual é capaz de contrair direitos e deveres, o que fora ratificado com o advento do Código Civil de 2002, tal como fazia o mesmo diploma de 1916. Ainda, importante ressaltar que a Carta Maior tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, sendo esta o bem supremo da ordem jurídica, inexistindo valor que possa superar àquele atribuído à pessoa humana.

É neste sentido que destacamos que a partir de meados do século XX, a doutrina passou a admitir a existência dos direitos da personalidade sob a ótica de direitos subjetivos. Trata-se da maior inovação do Novo Código Civil, os quais tem o condão de valorizar a pessoa natural e impondo limites aos particulares e ao Estado, a fim de que os direitos privados sejam resguardados.

Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2010, p. 137) sintetizam: “*Os direitos da personalidade estão, inexoravelmente, unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade*”.

Os direitos da personalidade figuram como uma categoria especial de direitos subjetivos, sendo essenciais e imprescindíveis à vida em sociedade e, por isso, a pessoa humana é composta de diversos atributos:

(...) a personalidade é composta de atributos, tais como a vida, a honra, o nome, a capacidade, o estado, o corpo físico, a psiquê, a dignidade, etc. Atributos são elementos componentes, em outras palavras, o material que é composto um objeto. A pessoa humana é composta de todo esse material, ou seja, de todos esses atributos. O que se chama de direitos da personalidade são, na verdade, direitos decorrentes desses atributos, visando à proteção e à promoção da pessoa humana e de sua dignidade. Essa visão moderna de que a honra, o nome, a vida etc. integram a pessoa é fundamental para a positivação da proteção e da promoção do

ser humano e para a compreensão e a garantia da igualdade, pelo menos em termos formais. (FIUZA, 2010, p. 172)

No tocante à classificação, percebe-se que o Diploma Civil de 2002 dispõe tímida e genericamente acerca dos direitos da personalidade, nos artigos 11 a 21, não exaurindo, por outro lado, o rol ali constante. Sobre o assunto, pode-se afirmar que existem duas categorias: os direitos à integridade física, no qual encontramos o direito à vida, ao corpo e ao cadáver; e os direitos à integridade moral, em que se destaca os demais atributos acima mencionados, quais sejam, o direito à honra, à liberdade, ao nome, à moral e à imagem.

O artigo 11, do Código Civil estabelece que “*com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária*”.

Entende-se, portanto, que os direitos da personalidade não são transferíveis hereditariamente, porém, extrai-se que a tutela é mantida mesmo após a morte (FIUZA, 2010, p. 173).

A renúncia ao seu direito também é impossível. O que pode acontecer é uma limitação ao seu exercício, como dispõe o Enunciado 4, da *Jornada de Direito Civil*, desde que não seja de forma absoluta e genérica. Destaca-se, por outro lado, que o titular pode, simplesmente, não exercer um direito, o que não se encaixaria na ideia de limitação ou, tampouco, de renúncia.

Dentre outras características dos direitos da personalidade, podemos destacar a generalidade, pois são concedidos a toda pessoa. Também são direitos absolutos, já que são exigíveis e oponíveis contra todos. A impenhorabilidade é outra característica que merece ser lembrada, uma vez que se tratam de direitos que não podem ser dados em garantia. Os direitos da personalidade também são inalienáveis, ou seja, intransferíveis a terceiros; e, ainda, são essenciais e necessários.

O Projeto de Lei 699/2011, antigo Projeto 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiuza, propõe a inclusão das citadas características no art. 11, do Código Civil.

4. A REPARAÇÃO CIVIL – DO DANO MORAL

Muito se tem falado em dano moral nos últimos tempos, mais precisamente na “indústria” do instituto, que vem ganhando fama entre

a sociedade e os veículos de informação.

Caio Mário da Silva Pereira (1999, p. 1) explica que a reparação do dano existe desde o Código de Hamurabi, elaborado por volta de 1.700 a.C., o qual foi o primeiro compilado de leis que dispunha sobre a reprovação a danos sofridos pela sociedade, já que, à época, a retribuição do mal causado era feita de acordo com a pena de Talião, conhecida pela máxima “olho por olho, dente por dente”.

O doutrinador continua afirmando que foi aprovada a “Lex Aquilia de Damno”, entre o final do século III e início do século II a.C., cuja ideia era a responsabilização daquele que praticou o dano mediante a existência da culpa. Contudo, se o agente agisse sem culpa, estaria isento de qualquer responsabilização. (PEREIRA, 1999, p. 3 a 6)

No Brasil, foi em 1966 que o Supremo Tribunal Federal admitiu, de maneira inédita, a indenização por dano moral, não obstante a jurisprudência tenha permanecido modesta até a promulgação da Carta Magna de 1988, quando, em virtude do disposto no artigo 5º, incisos V e X, a reparação por abalo imaterial se reputa incontestável.

O Código Civil Brasileiro, apesar de ter sofrido influência do conceito de responsabilidade civil aquiliana, dispõe, também, que, aquele que lesar alguém ficará obrigado a indenizar o prejuízo, seja de ordem moral ou material, conforme estabelece o art. 927, do Código Civil.

Dentro de tal contexto, podemos afirmar que o termo responsabilidade exprime a ideia de contraprestação e, pelo instituto da “responsabilidade civil” entende-se:

(...) como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). (DINIZ, 2001, p. 34)

Percebe-se, portanto, que a legislação civil prevê, não só a responsabilização por culpa, como também por dolo. São as chamadas responsabilidades objetiva e subjetiva.

Diz-se ser subjetiva a responsabilidade baseada na culpa do agente

causador do ilícito, culpa esta que deve ser demonstrada pela vítima, presumindo-se, assim, o pressuposto do dano indenizável. Trata-se da teoria clássica, também chamada teoria da culpa ou subjetiva.

Por outro lado, a lei prevê a obrigação de reparar o dano independente de culpa, bastando, para a caracterização da teoria objetiva ou do risco, a prova do dano e do nexo de causalidade para a responsabilização do agente. Ressalte-se que, em alguns casos a culpa é presumida (responsabilidade objetiva imprópria) e, em outros, a prova da culpa é prescindível (responsabilidade civil objetiva propriamente dita).

Cedição é que a responsabilidade civil pode surgir pelo inadimplemento de uma obrigação legal, a chamada responsabilidade contratual; ou pela ocorrência de um ato ilícito, como se depreende da leitura dos arts. 186 e 187, do Código Civil. Esta, diz respeito à responsabilidade extracontratual, a qual possui como consequência o dever de indenizar decorrente da prática de ato ilícito, acaso preenchidos os requisitos para tanto.

Prevalece na doutrina o entendimento de que os pressupostos do dever de indenizar são: ação ou omissão do agente (conduta), dano experimentado pela vítima e nexo de causalidade.

Sobre o primeiro elemento, a conduta humana, verifica-se que se trata do “*ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado*”. (DINIZ, 2001, p. 37)

No tocante ao dano ou prejuízo, constata-se que a reparação do dano surge como forma de compensar a vítima pelos prejuízos oriundos do ato lesivo que veio a sofrer. De forma resumida, pode-se asseverar que sem dano, ainda que a conduta tenha sido ilícita, não há o que reparar. Outras não são as palavras do ilustre doutrinador Carvalho Filho (2008, p. 520), o qual esclarece que A responsabilidade civil “*tem como pressuposto o dano (ou prejuízo). Significa dizer que o sujeito só é civilmente responsável se sua conduta, ou outro fato, provocar dano a terceiro. Sem dano, inexistente responsabilidade civil*”.

O dano é classificado em moral (extrapatrimonial) ou material (patrimonial) e sua reparação pode ser feita pela restauração do bem danificado, pela substituição do objeto e, a mais comum entre elas, pela indenização. É nítido que, comprovada a responsabilidade, haverá a aplicação de uma sanção, cuja natureza varia de acordo com o campo

jurídico.

No caso da responsabilidade civil, a sanção aplicável é a indenização e a reparação pecuniária deve ser feita da forma a minimizar os prejuízos causados ao lesado, no intuito de recompor ao patrimônio do ofendido aquilo que teve que desembolsar, perdeu ou deixou de ganhar com a ocorrência do ato lesivo.

Por fim, quanto ao nexo de causalidade, percebe-se que também se trata de um elemento indispensável para fazer nascer a obrigação de indenizar. Em outras palavras, é o liame jurídico entre a conduta e o dano, pois, se aquela não estiver relacionada ao comportamento do agente causador do dano, não há que se falar em obrigação de indenizar.

5. O DANO MORAL PLEITEADO PELO ENTE PÚBLICO

Questão recente e polêmica tem sido suscitada na seara jurídica, qual seja, a possibilidade de o ente público requerer dano moral em virtude de ofensa a sua imagem.

Indubitavelmente, resta pacificada a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral, consoante, inclusive, estabelece a Súmula 227, do Superior Tribunal de Justiça, quando ofendida sua honra objetiva, ou seja, quando seu conceito social, reputação, for abalado por ato ilícito, o que prejudica, de certa forma, seu patrimônio.

Difere do abalo moral sofrido pela pessoa natural, a qual possui atributos biopsíquicos e pode ser acometida pelo dano moral *in re ipsa*, aquele que independe de comprovação do prejuízo por ser dor íntima, intimamente ligado à esfera individual do indivíduo. Não obstante isso, deve-se destacar que a Corte Superior já se manifestou no sentido de acolher a tese de dano moral *in re ipsa* sofrido por pessoa jurídica, a ver:

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. VERBETE N. 227, SÚMULA/STJ. “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (Verbetes 227, Súmula/STJ). Na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto. Recurso especial conhecido e

provido. (STJ - REsp: 331517 GO 2001/0080766-0, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 27/11/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.03.2002 p. 292)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. DANO IN RE IPSA, AINDA QUE SOFRIDO POR PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 83/STJ. 1. Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregulares em cadastros de inadimplentes, o dano moral configura-se *in re ipsa*, prescindindo de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica. 2. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula 83/STJ). 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ - AgRg no Ag: 1261225 PR 2009/0241982-3, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 09/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/08/2011)

Tais julgados corroboram, de forma brilhante, com o entendimento de que a intenção do instituto é proteger a imagem do lesado e a sua imagem perante a sociedade, senão vejamos:

Quem, por falsas notícias, por atitudes alarmistas ou tendenciosas, prejudica a boa imagem de uma empresa perante o público consumidor de determinados produtos, causa, sem dúvida, dano à mesma, que não é mensurado apenas no aspecto econômico, mas também em termos morais; não porque uma empresa possa “sofrer” ou “sentir dor”, mas porque seu nome, sua marca, suas características em geral, pensamente construídos pelo labor, se veem conspurcados de uma hora para outra, com dor e sofrimento para as pessoas naturais associadas na mesma pessoa jurídica criada por ficção do direito). (CAHALI. 2005. p. 382-383)

Certo é que o dano sofrido pela pessoa jurídica se revela idônea a prejudicar sua credibilidade, o que, obviamente, poderá importar na responsabilização do agente, haja vista tratar-se de abalo imaterial. Assim, presentes os elementos caracterizadores do dano moral (conduta, dano e nexa causal), inexistente óbice para que o ente público seja indenizado quando violada a sua honra objetiva, ou seja, quando for ferida a sua imagem, sua reputação.

Posicionamento contrário fora adotado pela Corte Superior quando do julgamento do REsp 1258389, ocorrido em 17/12/2013. No caso concreto, o Município de João Pessoa ingressou com ação contra Rádio e Televisão Paraibana Ltda, alegando que fora imputado à Secretaria de Educação e ao seu secretário a prática de maus tratos contra alunos da rede pública, tendo sido permitido, ainda, que um ouvinte chamasse o prefeito de “ditador”.

Fora prolatada decisão de improcedência, a qual fora confirmada em segundo grau, sob o fundamento de que, no caso em concreto, o exercício do direito à liberdade de imprensa pauta-se dentro da licitude.

No Superior Tribunal de Justiça, o resultado não fora diferente. O Eminent Relator Luís Felipe Salomão ressaltou a possibilidade de pessoa jurídica sofrer dano moral, mas isso somente é possível quando se tratar de ente privado, o qual aponta um desgaste econômico da imagem da empresa, em virtude da divulgação de informações desabonadoras.

O ministro ressaltou, ainda, os riscos de se franquear ao ente estatal o direito de ser reparado moralmente pelo particular, podendo causar uma subversão da essência dos direitos fundamentais. E continuou:

Eventuais ataques ilegítimos a pessoas jurídicas de direito público podem e devem ser solucionados pelas vias legais expressamente consagradas no ordenamento, notadamente por sanções administrativas ou mesmo penais; soluções que, aliás, se harmonizam muito mais com a exigência constitucional da estrita observância, pela administração pública, do princípio da legalidade, segundo o qual não lhe é dado fazer nada além do que a lei expressamente autoriza

Com efeito, deve-se levar em consideração que o caso supramencionado tem peculiaridades que o difere da questão ora defendida, como a

liberdade de imprensa, que não merece ser tolhida, sob pena de restar caracterizada censura.

Todavia, com a máxima vênia aos termos do voto do Relator, não se pode olvidar que a ideia é a mesma dos casos em que a pessoa jurídica de direito privado sofre abalo extrapatrimonial.

Isto porque, ainda que não exista um descrédito econômico, o alcance da honra objetiva do ente público se mostra suficiente para caracterizar o dano moral, surgindo, daí, o direito à reparação.

Decerto, sanções administrativas e penais são insuficientes para sanar prejuízos causados por ofensas ilegítimas, que deverão ser demonstradas a contento para acolhimento do pleito indenizatório.

Leão (2007) sintetiza:

Assim, pouco importa a causa da lesão ou quem seja a vítima do gravame, se pessoa física ou jurídica, o importante é saber qual foi o resultado da ofensa: se decorreu prejuízo material, a lesão será patrimonial; se, ao contrário, decorreu um prejuízo não patrimonial, mas uma lesão verificável, será uma ofensa moral. Deste modo, não se pode excluir, de plano, as pessoas jurídicas da reparabilidade por dano moral; a solução está em se identificar, no exame de cada caso concreto, a existência de um dano puramente moral, ligado à honra objetiva, ou seja, concernente à parte social do patrimônio não-econômico da pessoa jurídica lesada, que mereça indenização nesse aspecto.

A própria Carta Maior não faz distinção sobre pessoa natural ou jurídica, consoante se denota do disposto no art. 5º, inciso X, senão vejamos da transcrição a seguir: “*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*”.

Neste diapasão, não se pode defender, de maneira geral, o não cabimento dos danos morais quando pleiteados por ente público, devendo o julgador se ater às nuances do caso em concreto, até mesmo porque à pessoa jurídica de direito público não deixaram de ser conferidos determinados direitos à personalidade, como a honra objetiva.

6. CONCLUSÃO

É dentro da perspectiva de que o direito é uma ciência constantemente mutável que deixamos claro que a questão do dano moral sofrido por ente público merece uma análise acurada e individual partindo do caso concreto, já que o simples fato de que inexistir interesse lucrativo não tem o condão de afastar o reconhecimento do abalo imaterial.

Não há dúvidas, por outro lado, de que a questão prática deve ser atentamente analisada, a fim de não contribuir com o fomento da “indústria” da indenização por danos morais, a qual vem crescendo gradativamente com a banalização do instituto.

Indiscutível é que a Constituição Federal de 1988 tutela o direito à reparação civil quando a honra da pessoa for violada e, no caso de a honra objetiva do ente público ser atingida, estando patente o prejuízo de ordem moral, é evidente o seu direito de ser ressarcido moralmente, alcançando, assim, o bem-estar social através da prática da justiça.

THE MORAL DAMAGES CLAIMED BY THE PUBLIC ENTITY

ABSTRACT: The present work has the power to examine the possibility of the occurrence of material damage suffered by the legal entity of public law, addressing, through doctrinal and jurisprudential research, general aspects of issues involving intangible concussion, noting that, because it is still raw not pacified, civil repair must be ascertained in attention to the situation of the judiciary brought into solution.

KEYWORDS: Public Entity. Material damage. Constitutionalization. Personality Rights. Corporations.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ASFOR, Ana Paula. *O dano moral e os direitos da personalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3628, 7 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24649>>. Acesso em: 23 jan. 2014.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Ed. revista dos Tribunais, 2005.

Enunciados da Jornada de Direito Civil.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito civil. Teoria Geral*, 8ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 14. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LEÃO, Danilo Felix Louza. *Possibilidade do pedido de dano moral por pessoas jurídicas e a sua mensuração*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1434, 5 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9978>>. Acesso em: 6 fev. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Revista Trimestral de Jurisprudência – 39/38-44 <http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/listarRevistaTrimestral.asp>

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *As funções da responsabilidade civil*. Disponível em www.academico.direito-rio.fgv.br. Acesso em 21 mai. 2012.

