

Direito e Jurisdição
v. 23, n. 47,
nov. 2019/fev. 2020
ISSN: 2177-8337



Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



Auditorium

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro: Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



EQUIPE EDITORIAL

Editores-Chefes:

Desembargador Federal Reis Friede – Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)/Presidente do TRF2 no biênio 2019/2021.

Juiz Federal Osair Victor de Oliveira Junior – Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Editora-Executiva:

Dra. Maria Geralda de Miranda - Pós-doutora em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)/Diretora Executiva do CCJF

Editor-Gerente:

Me. Eduardo Barbuto Bicalho – Doutorando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF)/Analista Judiciário no TRF2

Conselho Editorial:

Reis Friede, UNIRIO, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Andre Fontes, UNIRIO, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Maria Geralda de Miranda, UNISUAM, Centro Universitário Augurto Motta, Brasil

Carmen Sílvia Lima de Arruda, UFF, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Raquel Villardi, UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Adriano Rosa da Silva, USU, Universidade Santa Úrsula, Brasil

Alexandre Moraes da Rosa, UFSC, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, UNB, Universida de Brasília, Brasil

Antonio Baptista Gonçalves, PUC-SP, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Antonio Celso Baeta Minhoto, UNIMAR, Universidade de Marília, Brasil

Carlos Alberto Lima de Almeida, UNESA, Univesidade Estácio de Sá, Brasil

Carlos Alberto Lunelli, UCS, Universidade de Caxias do Sul, Brasil

Cláudio Lopes Maia, UFGO, Universidade Federal de Goiás, Brasil

Clayton Reis, UNICURITIBA, Centro Universitário Curitiba, Brasil

Cleyson de Moraes Mello, UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Denis de Castro Halis, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China

Elton Dias Xavier, UNIMONTES, Universidade Estadual de Montes Claros, Brasil

Heliana Maria Coutinho Hess, UNICAMP, Universidade de Campinas, Brasil

Janaína Rigo Santin, UPF, Universidade de Passo Fundo, Brasil

Jane Reis Gonçalves Pereira, UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

José Henrique Mouta Araújo, UNAMA, Universidade da Amazônia, Brasil

Karen Artur, UJFJ, Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil

Loussia Penha Musse Felix, UNB, Universidade de Brasília, Brasil

Marcus Lívio Gomes, UERJ, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho, Justiça Federal de 1º Grau no Rio de Janeiro, Brasil

Maria Stella Faria de Amorim, UFF, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Nalayne Mendonça Pinto, UFRRJ, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

Oswaldo Canela Junior, PUC-PR, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

Pedro Heitor Barros Geraldo, UFF, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Universidade de Coimbra, Portugal

Rodolfo Salassa Boix, Universidade de Córdoba, Argentina

Sérgio Augustin, UCS, Universidade de Caxias do Sul, Brasil

Thiago Bottino do Amaral, FGV, Fundação Getúlio Vargas, Brasil

Márcia T. Cavalcanti, Universidade Santa Úrsula, Brasil

Revisores Ad Hoc

Aldo Muro Jr., Instituto Federal de Goiás, Brasil, Universidade de Pisa, Itália

Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Cláudia Luiz Lourenço, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Brasil

Daniel Andrés Raizman, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Daniel Machado Gomes, Universidade Católica de Petrópolis, Brasil

Demetrius Nichele Macei, Centro Universitário Curitiba, Brasil

Érico Hack, Organização Paranaense de Ensino Técnico, Brasil

Isolda Lins Ribeiro, C.G. Jung Institut-Zurich, Suíça

Janssen Hiroshi Murayama, Fundação Getúlio Vargas, Brasil

Lauro Ericksen, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Lélio Maximino Lellis, Centro Universitário Adventista de São Paulo, Brasil

Luiz Ricardo Guimarães, Instituto de Ensino Superior de Bauru, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasil

Nádia Xavier Moreira, Universidade Veiga de Almeida, Brasil

Salomão Barros Ximenes, Universidade de São Paulo, Brasil

San Romanelli Assumpção, Universidade de São Paulo, Brasil

Sandro Schmitz dos Santos, Universidad Nacional de La Matanza, Argentina

Valdirene Ribeiro de Souza Falcão, Universidade Mackenzie, Brasil

Vitor Burgo, Universidade de São Paulo, Brasil

Corpo Técnico Editorial:

Tradução: Vitor Kifer, tradução Inglês e Espanhol, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Webdesign e Diagramação: Equipe Centro Cultural Justiça Federal, CCJF

Normalização: Biblioteca do Centro Cultural Justiça Federal, CCJF

Suporte Técnico: Setor de Tecnologia da Informação, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Colaboração Editorial: Amanda Alves, Aneli Beloni e Bruno Eduardo.

CONTATO

Equipe Revista da SJRJ

Av. Almirante Barroso, 78 – 3º andar Centro – Rio de Janeiro – RJ. CEP: 20031-001.

Telefone: (21) 3261-6405

revistaauditorium@sjrj.jus.br

Contato para Suporte Técnico:

Revista da SJRJ Apoio

Telefone: (21) 3261-6405

apoio.auditorium@sjrj.jus.br

DADOS PARA CATALOGAÇÃO

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro [recurso eletrônico] / Seção Judiciária do Rio de Janeiro. – Vol. 1, n. 1 (1994)- . – Dados eletrônicos. – Rio de Janeiro : Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994-
v. ; 21 cm.

Anual: 1994-2004

Quadrimestral: 2005-2014; 2018-

No ano de 2008 foram publicados apenas dois números, n. 22, 23. No ano de 2003, volume 10 possui edição especial, n. 10.

Suspensa, 2015-2017

Modo de acesso: Internet: 1994-2014: <<https://www.jfrj.jus.br/normas-e-publicacoes/publicacoes/revista-da-sjrj-1994-2014>>; 2018- :

<[revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj](https://www.revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj)>

No ano de 2018 a Revista voltou a ser publicada, desta vez em colaboração com o Centro Cultural Justiça Federal (CCJF), oportunidade na qual ganhou a marca Auditorium.

ISSN 2177-8337

1. Direito. 2. Legislação. 3. Jurisprudência. 4. Sociologia. 5. Cidadania. I. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. II. Centro Cultural Justiça Federal

SUMÁRIO

- 9** **Apresentação**
Os Editores
- | MENSAGEM
- 11** **Mensagem dos Dirigentes**
Reis Friede, Messod Azulay Neto e Osair Victor de Oliveira Jr.
- | ARTIGOS
- 13** **Hermenêutica Constitucional**
Reis Friede
- 33** **Os Princípios Norteadores do Processo Civil e sua Compatibilidade com a Criação e Aplicabilidade da Técnica de Julgamento Estendido**
Maria Angélica de Oliveira Santos Alves
- 50** **Reflexões Sobre a Natureza Jurídica do Processo Penal**
Marcos Afonso Johner e Ramiro Gomes von Saltiel
- 65** **Violação de Direitos Humanos no Sistema Penitenciário**
Felipe da Silva Rodrigues, Fabiana Delgado, Maria Geralda de Miranda e Reis Friede
- 96** **Status Legal da Eutanásia e Ortotanásia no Brasil**
Otávio Morato de Andrade
- 110** **Mediação de Conflitos: Dilemas e Desafios à Descentralização das Estruturas Jurisdicionais no Contexto do Movimento de Acesso à Justiça no Brasil**
Fabiana Alves Mascarenhas
- 135** **Mediação Extrajudicial de Conflitos Interempresariais: um Instrumento para o Exercício da Autonomia Privada das Empresas**
Kelly Aparecida Vale e René Vial
- 154** **A Mediação e a Arbitragem como Soluções de Conflitos no Âmbito do Direito Administrativo**
Paulo Roberto do Nascimento Teixeira
- 179** **A Percepção do Julgador sob a Perspectiva de Gênero como Elemento Integrante do Acesso à Justiça para as Mulheres**
Daniele Mendes de Melo

207 **Novo Constitucionalismo Latino Americano e o Respeito aos Povos Originários: A Questão dos Territórios Indígenas no Estado Plurinacional da Bolívia**

Anna Carolina Cunha Pinto e Cecília Bojarski Pires

229 **“Como Dizer Nós Senão Como Um ‘Se’, Igual a Todos e a Ninguém”**

Mariana Lourenço Monteiro

APRESENTAÇÃO

A Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ, em parceria com o Centro Cultural Justiça Federal, CCJF, e a Presidência do TRF2, apresenta a 47ª Edição da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, intitulada **Direito e Jurisdição**. A edição está composta por artigos que trazem importantes debates sobre Hermenêutica, Mediação, Cidadania e Políticas Públicas.

Abrindo esta edição, o artigo **Hermenêutica Constitucional** aborda o arcabouço de métodos e princípios a serem manejados pelo exegeta na tarefa interpretativa do texto constitucional.

Em **Os Princípios Norteadores do Processo Civil e sua Compatibilidade com a Criação e Aplicabilidade da Técnica de Julgamento Estendido**, a autora estuda a nova técnica de julgamento estendido prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 e sua compatibilidade com os princípios que regem o processo.

O artigo **Reflexões Sobre a Natureza Jurídica do Processo Penal** tem por objeto investigar o tema da natureza jurídica do processo penal, perpassando pelas obras de seus principais desenvolvedores: Bülow, Goldschmidt e Fazzalari.

Em **Violação de Direitos Humanos no Sistema Penitenciário**, objetiva-se demonstrar a ocorrência de violação dos Direitos Humanos no sistema prisional, praticada como objeto de correção ou abuso de poder.

Em sequência, o artigo **Status Legal da Eutanásia e Ortotanásia no Brasil** pretende formular uma síntese do tratamento legal dispensado a estes institutos em âmbito nacional, bem como examinar projetos legislativos e o debate público e doutrinário acerca do tema.

Mediação de Conflitos: Dilemas e Desafios à Descentralização das Estruturas Jurisdicionais no Contexto do Movimento de Acesso à Justiça no Brasil incita uma discussão sobre a mediação como ferramenta de solução de conflitos, especialmente na seara familiar, abordando os desafios impostos ao instituto pela cultura existente a partir da ideia de Estadania.

No artigo **Mediação Extrajudicial de Conflitos Interempresariais: um Instrumento para o Exercício da Autonomia Privada das Empresas**, objetiva-se apresentar os resultados de uma pesquisa que analisou o uso da mediação extrajudicial nos conflitos negociais entre empresários do município de Belo Horizonte, Minas Gerais.

A Mediação e a Arbitragem como Soluções de Conflitos no Âmbito do Direito Administrativo analisa a necessidade de eficiência na Administração Pública e o desenvolvimento de meios alternativos de conflitos no Direito Administrativo brasileiro, em especial a arbitragem e a mediação.

A Percepção do Julgador sob a Perspectiva de Gênero como Elemento Integrante do Acesso à Justiça para as Mulheres busca apresentar reflexões e acerca do acesso à justiça para as mulheres, em face do fazer jurisdicional destituído da perspectiva de gênero.

O trabalho **Novo Constitucionalismo Latino Americano e o Respeito aos Povos Originários: A Questão dos Territórios Indígenas no Estado Plurinacional da Bolívia** pretende analisar os dispositivos legais constantes ao ordenamento jurídico do Estado Plurinacional da Bolívia que regulamentam o tratamento dado aos territórios dos povos indígenas originários.

Fechando a presente edição, **“Como Dizer Nós Senão Como Um ‘Se’, Igual a Todos e a Ninguém”** busca realizar uma investigação teórica da forma pela qual a pós-modernização da economia global, nas últimas décadas do século XX, produziu profundos impactos sobre as formas de organização sócio-política das comunidades humanas, provocando “abalos sísmicos” na forma estatal que conhecemos.

Desejamos aos nossos autores e leitores uma boa leitura.

Os Editores.

MENSAGEM DOS DIRIGENTES

Os valores desta publicação está em assegurar a pluralidade de temas e de ideias concernentes ao Direito e à jurisdição, em cada número ofertado ao leitor. Há um criterioso processo de seleção de artigos, e que se manterá prevalente, tendo em conta que Direito e jurisdição são, por conceito e por natureza, inescapavelmente plurais. Tão plurais quanto o são os conflitos que atingem cidadãos e instituições, para cuja compreensão e pacificação foram criados.

Cabe salientar, todavia, que pluralidade temática e doutrinária não significa, em tal contexto, ausência de conexão entre as questões suscitadas e exploradas por diferentes vieses, nos artigos que compõem os sucessivos números e volumes deste periódico acadêmico. Pelo contrário: a complexidade imanente aos problemas explorados nos artigos é, exatamente, o laço que os junte.

Assim, é inevitável reconhecer que o amadurecimento científico acerca de questões afetas ao dia a dia em sociedade depende da observação crítica do papel desempenhado pelo Poder Público, em suas múltiplas – e igualmente complexas – esferas de atuação. Bem como a experiência histórica exige aceitar que a solução de quaisquer demandas sociais imbrica, em muitos pontos, na harmoniosa coordenação de ações sob o comando ou, ao menos, com a estreita participação dos Poderes da República.

Na presente edição da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, oferecemos ao leitor artigos que aprofundam o debate sobre Hermenêutica, Mediação, Cidadania e Políticas Públicas. Nesse sentido, fica evidente o interesse destas discussões serem trazidas para uma publicação que nasceu e se desenvolve no âmbito de uma Casa de Justiça. Esperamos que, ao fazê-lo, estejamos contribuindo para o aperfeiçoamento teórico referente a campo tão sensível à realidade do Brasil e dos brasileiros, mas, também, que estejamos propiciando elementos teóricos úteis a uma virtuosa aproximação entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, considerando que a elaboração e a execução de Políticas

Públicas e cidadania se relacionam com as atribuições constitucionais previstas para esses três pilares sobre os quais se assenta a República.

Desembargador Federal REIS FRIEDE
Presidente do TRF2

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Vice-Presidente do TRF2

Juiz Federal OSAIR VICTOR DE OLIVEIRA JR.
Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Reis Friede*

Resumo: As normas constitucionais não possuem um exclusivo conteúdo jurídico, exatamente por se tratar a Constituição de um texto com nítida feição política, sendo válido concluir que os problemas de interpretação constitucional são mais amplos e complexos do que aqueles afetos à lei comum, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência forjaram um arcabouço de métodos e princípios a serem manejados pelo exegeta quando da tarefa interpretativa do Texto Magno, tema que será abordado no presente artigo.

Palavras-chave: Hermenêutica Constitucional; Métodos de Interpretação; Princípios de Interpretação.

CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS

Abstract: The constitutional norms do not possess an exclusive legal content, due mainly to the fact that the Constitution is a text with a clear political feature. Therefore, we must conclude that the constitutional interpretation problems are broader and more complex than those regarding the ordinary law, this being the reason why the doctrine and the jurisprudence forged a framework of methods and principles to be handled by the interpreter when analyzing the constitutional text, a subject which will be developed on the current article.

Keywords: Constitutional Hermeneutics; Interpretation Methods; Interpretation Principles.

* Reis Friede é Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Correio eletrônico: reisfriede@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo da denominada hermenêutica constitucional cinge-se ao estudo e à sistematização dos processos aplicáveis no âmbito da Constituição para determinar, sobretudo, o sentido e o alcance das normas constitucionais de conteúdo político-jurídico. Não obstante alguns autores entenderem como termos sinônimos, o vocábulo **hermenêutica**, em essência, distingue-se do termo **interpretação**. Hermenêutica é, em última análise, a ciência que fornece a técnica e, acima de tudo, os princípios basilares segundo os quais o operador do Direito (magistrados, membros do Ministério Público, advogados, defensores, delegados de polícia) poderá apreender o verdadeiro sentido (jurídico-político) da norma constitucional sob exame. Interpretação, por sua vez, consiste unicamente em desvendar o real significado do regramento normativo ínsito na Constituição, tema que será objeto do presente artigo.

2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Segundo Barroso (2011, p. 292), a interpretação jurídica “consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas”. Assim, toda e qualquer norma jurídica deve ser interpretada através dos critérios hermenêuticos que, em essência, possuem um relativo cunho de generalidade. Ocorre, entretanto, que as normas constitucionais, de forma diversa dos demais regramentos normativos, não possuem um exclusivo conteúdo jurídico, exatamente por se tratar a Constituição de um texto com nítida feição política, sendo válido concluir que os problemas de interpretação constitucional, em certa medida, são mais amplos e complexos do que aqueles afetos à lei comum, até mesmo porque, sob certa ótica, também repercutem sobre todo o ordenamento jurídico.

Os problemas da interpretação constitucional são mais amplos do que aqueles da lei comum, pois repercutem em todo o Ordenamento jurídico. Segundo HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, a interpretação dos dispositivos constitucionais requer por parte do intérprete ou aplicador, particular sensibilidade que permite captar a essência, penetrar na profundidade e

compreender a orientação das disposições fundamentais, tendo em conta as condições sociais, econômicas e políticas existentes no momento em que se pretende chegar ao sentido dos preceitos supremos [...]. Os diversos conceitos de Constituição, a natureza específica das disposições fundamentais que estabelecem regras de conduta de caráter supremo e que servem de fundamento e base para as outras normas do Ordenamento Jurídico, contribuem para as diferenças entre a interpretação jurídica ordinária e a constitucional. (OLIVEIRA, 1979, p. 54).

Por essa específica razão, a interpretação dos dispositivos constitucionais demanda um amplo conhecimento não só dos princípios norteadores da hermenêutica constitucional (na qualidade de autênticos princípios regentes do sistema de valoração político-jurídica do Texto Constitucional), assim como dos denominados preceitos constitucionais presentes no âmbito da normatização sistêmica da Constituição. Ademais, cumpre consignar que as regras básicas de interpretação das leis infraconstitucionais são igualmente fundamentais no deslinde da correta exegese do Texto Constitucional.

Para a boa interpretação constitucional é preciso verificar, no interior do sistema, quais as normas que foram prestigiadas pelo legislador constituinte ao ponto de convertê-las em princípios regentes desse sistema de valoração. Impende examinar como o Constituinte posicionou determinados preceitos constitucionais. Alcançada, exegeticamente, essa valoração, é que teremos os princípios. Estes, como assinala CELSO BANDEIRA DE MELLO, são mais do que normas, servindo como vetores para soluções interpretativas. De modo que é preciso, para tal, conhecer cada sistema normativo. No nosso, ressaltam o princípio federativo; o do voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais. Essa saliência é extraída do art. 60, § 4º, do Texto Constitucional, que impede emenda tendente a abolir tais princípios. Por isso, a *interpretação de uma norma constitucional* levará em conta todo o *sistema*, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo Constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o Constituinte atribui às palavras do texto constitucional, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após a correta apreensão da principiologia que ampara aquela palavra. (TEMER, 1989, p. 25-26).

De fato, a tarefa do intérprete é buscar o sentido e o alcance da norma jurídica expressa no texto legal que a veicula. Para tanto, é necessário que seja reconstituído o pensamento legislativo de forma objetiva, desapassionada e equilibrada, cabendo ao intérprete manter-se sempre fiel à essência da lei.

Interpretar não é declarar o sentido histórico já inexistente na lei, mas aquilo que seja imanente e vivo, muitas vezes expresso em metáforas, que se esclarece à

medida que é colocado em conexão com outras normas. Na interpretação, o jurista deve ter sempre em mente o resultado prático que a lei visa atingir e os próprios princípios constitucionais fundamentais. Decerto, o objetivo da interpretação da lei é exatamente o de desentranhar o sentido atual da norma jurídica, que nem sempre será o mesmo da época em que a lei foi promulgada. Todavia, tal ato interpretativo não pode ser levado a extremos, chegando ao cúmulo de transformar o intérprete em legislador, sem a necessária legitimidade. De qualquer forma, a interpretação constitucional, particularizada no universo da interpretação jurídica, engloba uma série de métodos e princípios, os quais serão tratados nos itens seguintes.

3 MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Por interpretação das normas constitucionais, segundo Canotilho (1993, p. 212-213), entende-se o arcabouço de métodos elaborados pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas que, de um modo geral, revelam-se reciprocamente complementares, o que ressalta a natureza unitária da tarefa interpretativa. De acordo com a melhor doutrina sobre o assunto, os métodos empregados quando da exegese constitucional são os seguintes: método jurídico ou hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método hermenêutico concretizador, método científico-espiritual, método normativo-estruturante e método da comparação constitucional.

3.1 Método Jurídico ou Hermenêutico Clássico

Segundo o método sob exame, a Constituição, malgrado o *status* hierárquico (e supremo) por ela ocupado no ordenamento jurídico, deve ser concebida como uma verdadeira **lei**, devendo receber, por conseguinte, a incidência dos métodos interpretativos clássicos, a saber: gramatical (literal ou filológico), racional (ou lógico), sistemático, histórico, teleológico (ou sociológico).

Conforme explicam Mendes, Celho e Branco (2010, p. 161), a missão do intérprete seria, a partir do manejo dos referidos métodos, descobrir o verdadeiro significado das normas constitucionais.

3.2 Método Tópico-Problemático

O método tópico-problemático desenvolve-se a partir de uma premissa básica, qual seja, a que concebe a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, possibilitando, assim, diversas interpretações a respeito do Texto Constitucional, notadamente por ser este composto por normas polissêmicas.

A principal característica do método em comento reside no seu caráter prático, isto é, o intérprete, na busca por uma solução, parte do problema para a *norma*, conferindo à interpretação um viés eminentemente prático.

3.3 Método Hermenêutico Concretizador

Lenza discorrendo sobre o método em questão, aduz que:

Diferente do método tópico-problemático, que parte do caso concreto para a norma, o método hermenêutico-concretizador parte da Constituição para o problema, destacando-se os seguintes pressupostos interpretativos: pressupostos subjetivos: o intérprete vale-se de suas pré-compreensões sobre o tema para obter o sentido da norma; pressupostos objetivos: o intérprete atua como mediador entre a norma e a situação concreta, tendo como 'pano de fundo' a realidade social; círculo hermenêutico: é o 'movimento de ir e vir' do subjetivo para o objetivo, até que o intérprete chegue a uma compreensão da norma. O fato de se partir das pré-compreensões do intérprete pode distorcer não somente a realidade, como também o próprio sentido da norma. (LENZA, 2012, p. 154).

3.4. Método Científico-Espiritual

O modelo científico-espiritual considera a Constituição como um autêntico instrumento de integração (em sentido amplo), isto é, não a concebe somente sob a ótica jurídico-formal (a Lei Maior enquanto fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico), mas, igual e principalmente, sob o enfoque político-sociológico, vale dizer, como instrumento de construção, ordenação e preservação do

tecido social, razão pela a Constituição deve ser interpretada de modo extensivo e flexível. A propósito, lecionam Mendes, Coelho e Branco:

Sendo o Direito Constitucional uma positivação das possibilidades e funções próprias do mundo do espírito – um conjunto de normas que só se compreendem como referência a essas mesmas realidades espirituais, as quais, por seu turno, só se realizam, de forma plena e continuada, por força dessa positivação, que lhes confere normatividade –, por tudo isso, não deve o intérprete encarar a Constituição como um momento estático e permanente. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 165).

A partir da lição de Mendes, Coelho e Branco, pode-se inferir que tal método confere relevância não à literalidade do texto, mas, sim, à realidade social e aos valores subjacentes ao Texto Magno.

3.5 Método Normativo-Estruturante

Para o perfeito entendimento do método em questão, cumpre transcrever os ensinamentos de Canotilho a respeito da teoria estruturante, de Friedrich Müller:

Elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo; o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do *iceberg* normativo (F. MÜLLER), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um 'domínio normativo', isto é, um 'pedaço de realidade social' que o programa normativo só parcialmente contempla; conseqüentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa). (CANOTILHO, 2003, p. 1213).

Eros Grau, explanando sobre o processo formulado por Müller, propõe as seguintes etapas quando da tarefa interpretativa:

Inicialmente caminhamos do *texto da norma* até a *norma jurídica*. Em seguida caminhamos da *norma jurídica* até a *norma de decisão*, aquela que determina a solução do caso. Apenas então se dá a *concretização da norma*, ou seja, mediante a *produção de uma norma jurídica geral*, no quadro da solução de um caso determinado. (GRAU, 2005, p. 73).

Conforme explicado por Canotilho, Müller reconhece a inexistência de identidade entre norma e texto normativo, sendo este apenas a ponta do *iceberg* normativo, razão pela qual, segundo o método em tela, o intérprete deve levar em consideração outros fatores, além do Texto Constitucional, no momento de interpretar. Para tanto, deve seguir as seguintes fases, assim anotadas por Schier:

O primeiro momento – existência e averiguação semântica do texto e interpretação do texto com a respectiva atribuição de sentidos – resulta no chamado programa normativo; o segundo momento – existência e averiguação da componente fática, real, empírica (o problema posto a resolver) e interpretação dessa realidade fática – resulta no chamado domínio normativo e, por fim, da contextualização do programa normativo e domínio normativo, obtém-se a norma. A norma, aqui, seria, portanto, não o ponto de partida da interpretação e, sim, o produto final desta atividade. (SCHIER, 1999, p. 119-120).

3.6 Método da Comparação Constitucional

Häberle (2001, p. 164) postula a “canonização” da comparação entre os vários ordenamentos constitucionais como mais um dos métodos de interpretação, além daqueles (métodos ou elementos) tradicionais desenvolvidos por SAVIGNY (gramatical, lógico, histórico e sistemático). É deste modo que o método comparativo constitucional, aliando os métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático ao Direito Comparado, objetiva buscar, nos diversos ordenamentos jurídicos existentes, a melhor direção interpretativa das normas constitucionais de um Estado.

4 PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A doutrina e a jurisprudência aludem, ainda, aos seguintes princípios de interpretação: princípio da unidade da Constituição, princípio da concordância prática ou harmonização, princípio do efeito integrador, princípio da força normativa, princípio da máxima efetividade ou eficiência e princípio da justeza ou da conformidade (exatidão ou correção) funcional.

4.1 Princípio da Unidade da Constituição

O princípio da unidade da Constituição, como a própria denominação sugere, preconiza que os dispositivos constitucionais devem ser analisados não de forma isolada, mas enquanto integrantes de um dado sistema unitário de regras e princípios. Demonstrando a aplicação concreta do princípio em epígrafe, transcreve-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Os postulados que informam a teoria do Ordenamento Jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de Direito Positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência.

O Ato das Disposições Transitórias, promulgado em 1988 pelo legislador constituinte, qualifica-se, juridicamente, como um estatuto de índole constitucional. A estrutura normativa que nele se acha consubstanciada ostenta, em consequência, a rigidez peculiar às regras inscritas no texto básico da Lei Fundamental da República. Disso decorre o reconhecimento de que inexistem, entre as normas inscritas no ADCT e os preceitos constantes da Carta Política, quaisquer desníveis ou desigualdades quanto à intensidade de sua eficácia ou à prevalência de sua autoridade. Situam-se, ambos, no mais elevado grau de positividade jurídica, impondo-se, no plano do ordenamento estatal, enquanto categorias normativas subordinantes, à observância compulsória de todos, especialmente dos órgãos que integram o aparelho de Estado.

Inexiste qualquer relação de antinomia real ou insuperável entre a norma inscrita no art. 33 do ADCT e os postulados da isonomia, da justa indenização, do direito adquirido e do pagamento mediante precatórios, consagrados pelas disposições permanentes da Constituição da República, eis que todas essas cláusulas normativas, inclusive aquelas de índole transitória, ostentam grau idêntico de eficácia e de autoridade jurídicas.

O preceito consubstanciado no art. 33 do ADCT – somente inaplicável aos créditos de natureza alimentar – compreende todos os precatórios judiciais pendentes de pagamento em 05.10.88, inclusive aqueles relativos a valores decorrentes de desapropriações efetivadas pelo Poder Público. (BRASIL, 1994a, p. 1).

Da leitura do julgado acima nota-se que a Corte Suprema, com base no princípio da unidade da Constituição, afastou a existência de qualquer hierarquia entre as normas que integram o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e as que se encontram no corpo do Texto Magno.

4.2 Princípio da Concordância Prática ou Harmonização

Objetiva-se, através princípio da concordância prática, harmonizar os bens jurídicos constitucionalmente tutelados, evitando-se, diante de eventual situação de conflito, o sacrifício de um deles. Com efeito, deve o intérprete, em casos assim, buscar uma solução que viabilize a realização de todos os bens jurídicos envolvidos e, ao mesmo tempo, adotar uma postura interpretativa que não acarrete a negação de nenhum deles.

4.3 Princípio do Efeito Integrador

Segundo o princípio do efeito integrador, quando da resolução de problemas jurídico-constitucionais, o operador do Direito deve priorizar soluções que conduzam à integração social e à unidade política. Afinal, a Constituição, além de estabelecer uma determinada ordem jurídica, necessita produzir e manter a coesão sociopolítica, enquanto autêntico pré-requisito ou mesmo condição de viabilidade de qualquer sistema jurídico (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 178).

4.4 Princípio da Força Normativa

De acordo com a ideia central contida no princípio da força normativa, deve-se conferir às normas constitucionais, quando da solução de problemas, a máxima aplicação e efetivação. Com base em tal raciocínio, a Suprema Corte tem empregado o princípio em questão em suas decisões, mormente para afastar interpretações divergentes da Constituição, evitando-se, deste modo, o enfraquecimento de sua força normativa, exatamente a conclusão obtida quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 560.626/RS, relatado pelo Min. Gilmar Mendes:

I. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de Direito Tributário, cuja disciplina é reservada à lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, b, da CF de 1988). *Interpretação que preserva a força normativa da Constituição*, que prevê

disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.

II. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias.

III. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes.

IV. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69.

V. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento. (BRASIL, 2008a, p. 1).

Em outra ocasião, o Pretório Excelso entendeu que a “manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.” (BRASIL, 2008b, não paginado).

4.5 Princípio da Máxima Efetividade ou Eficiência

Sobre o princípio em tela, discorre o professor Canotilho:

É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (*Thoma*), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). (CANOTILHO, 2003, p. 1.224).

Amparada no aludido princípio, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 124.137/BA decidiu que “o art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal, prestigiando a máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), dimensões elementares do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF)”, razão pela qual o mencionado dispositivo do Código de Processo Penal comum

deve ser igualmente observado no âmbito do processo penal militar, em detrimento da norma específica prevista no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69, Código de Processo Penal Militar. (BRASIL, 2016a, p. 1).

4.6 Princípios da Justeza ou da Conformidade (Exatidão ou Correção) Funcional

Segundo preconiza Novellino (2009, p. 79), o princípio em questão “atua no sentido de impedir que os órgãos encarregados da interpretação da Constituição, sobretudo o Tribunal Constitucional, cheguem a um resultado contrário ao esquema organizatório-funcional estabelecido por ela”, razão pela qual ao Supremo Tribunal Federal é vedado promover modificações quanto à sistemática de repartição de funções fixadas pelo próprio Texto Magno.

4.7 Princípio da Interpretação conforme a Constituição

O princípio da interpretação conforme a Constituição informa que, existindo várias interpretações possíveis para o texto jurídico impugnado, deve-se prestigiar aquela que esteja em consonância com a Carta da República, destacando, assim, o princípio da supremacia constitucional, de modo a afastar uma exegese contrária à Lei Magna. Na realidade, segundo a doutrina amplamente majoritária, tal figura não se resume a um simples princípio de interpretação constitucional. De fato, a interpretação conforme a Constituição encontra fundamento na presunção de que as leis, de um modo geral, são constitucionais. Significa dizer que, na dúvida, deve-se optar por uma dicção que seja coerente com a Carta da República. Da mesma forma, objetiva-se, a partir de tal princípio, viabilizar a manutenção do texto legal tido (inicialmente) por ofensivo à Constituição, conferindo-lhe um significado compatível com a Lei Magna.

Neste sentido, assevera o Ministro Gilmar Mendes que o Supremo Tribunal Federal, ao adotar “uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de certa expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário”, não procede de modo a afirmar “propriamente a ilegitimidade

da lei, limitando-se a ressaltar que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de um complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução teleológica).” (BRASIL, 2014a, p. 18).

Evita-se, desta feita, sua expulsão do âmbito do ordenamento jurídico, bem como as respectivas consequências jurídicas dela advindas. Afirma-se, ademais, que o emprego do princípio sob exame homenageia o modelo da separação dos poderes, uma vez que, por meio dele, o Poder Judiciário aproveita o texto legal elaborado pelo Poder Legislativo, dando-lhe uma interpretação condizente com a Constituição.

Trata-se, de qualquer forma, de um princípio que deve ser utilizado com o devido cuidado, mormente diante da impossibilidade de o Judiciário se transformar em legislador positivo, conforme assentado, inclusive, na jurisprudência do próprio Supremo, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063/DF, “a ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o STF, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar.” (BRASIL, 1994b, p. 4).

Assim, ante a existência de normas infraconstitucionais dotadas de vários significados possíveis, deve o exegeta preferir a interpretação que lhes confira um sentido compatível com a Constituição, preservando, por conseguinte, a autoridade do comando normativo e o princípio da separação dos poderes (NOVELINO, 2009, p. 75). A título de exemplo, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.203/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 30.10.2014, conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 5º da Lei nº 5.388/99, do Estado do Rio de Janeiro, para que a obrigação nele contida (entrega de declaração de bens, por agentes públicos estaduais, à Assembleia Legislativa) somente seja imposta aos administradores ou responsáveis por bens e valores públicos ligados ao Poder Legislativo. (BRASIL, 2014b).

Discorrendo sobre o assunto em questão, Lenza (2012, p. 158-159) adverte que o manejo do aludido princípio requer a observância dos seguintes aspectos fundamentais: a) “prevalência da Constituição: deve-se preferir a interpretação não

contrária à Constituição”; *b)* “conservação de normas: percebendo o intérprete que uma lei pode ser interpretada em conformidade com a Constituição, ele deve assim aplicá-la para evitar a sua não continuidade”; *c)* “exclusão da interpretação *contra legem*: o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição”; *d)* “espaço de interpretação: só se admite a interpretação conforme a Constituição se existir um espaço de decisão e, dentre as várias que se chegar, deverá ser aplicada aquela em conformidade com a Constituição”; *e)* “rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais: uma vez realizada a interpretação da norma, pelos vários métodos, se o juiz chegar a um resultado contrário à Constituição, em realidade, deverá declarar a inconstitucionalidade da norma, proibindo a sua correção contra a Constituição”; *f)* “o intérprete não pode atuar como legislador positivo: não se aceita a interpretação conforme a Constituição quando, pelo processo de hermenêutica, se obtiver uma regra nova e distinta daquela objetivada pelo legislador e com ela contraditória, em seu sentido literal ou objetivo. Deve-se, portanto, afastar qualquer interpretação em contradição com os objetivos pretendidos pelo legislador”.

4.8 Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade

Segundo Coelho (2007, p. 109), o princípio ora analisado, “em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins”.

Cumprido acrescentar, no referido catálogo axiológico anotado pelo citado autor, a denominada proibição de insuficiência. Assim, além da aludida proibição de *excesso*, admite-se a incidência do princípio da proporcionalidade não apenas como instrumento de controle contra eventuais excessos do Estado, mas, igualmente, como mecanismo contra a proteção estatal insuficiente, de modo a tutelar as denominadas liberdades positivas, isto é, aquelas que demandam do Estado não uma conduta omissiva, mas, em contraste, uma atuação positiva. A propósito, confira-se o julgado no Habeas Corpus 104.410/RS, abaixo:

Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. (BRASIL, 2012, p. 1).

Depreende-se do julgado acima que o princípio da proporcionalidade tem sido largamente empregado no que se refere à proteção dos direitos fundamentais, conforme explica, inclusive, o Ministro Gilmar Mendes, segundo o qual a aplicação do aludido princípio ocorre, por exemplo, quando se verifica uma “restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade”, raciocínio que, consoante leciona Gilmar Mendes, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.136/DF, opera-se da seguinte forma:

Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há de perquirir-se se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se *adequado*, isto é, apto para produzir o resultado desejado; *necessário*, isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz; e *proporcional em sentido estrito*, ou seja, se estabelece uma relação *ponderada* entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto. (BRASIL, 2014c, p. 2).

A transcrita jurisprudência da Corte Magna revela que a noção de proporcionalidade, além de ser um método racional para solucionar conflitos entre direitos fundamentais, abarca a análise de seus elementos constitutivos (**adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**), em relação aos quais, registre-se, não há consenso doutrinário, havendo as seguintes posições quanto ao número exigido: (dois elementos: **adequação e necessidade**), (três elementos: **adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**) e (quatro elementos: **pressuposto teleológico de legitimidade dos fins**

perseguidos, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Entendendo-se como correta a estrutura que abarca três elementos, o operador do Direito deverá, em primeiro lugar, analisar a **adequação** da medida, isto é, se a mesma é apta a produzir o resultado desejado. Em seguida, refletirá quanto à sua **necessidade**, vale dizer, se se trata, entre as medidas adequadas, do meio menos gravoso para se atingir o fim. Por fim, fará uma ponderação entre a intensidade da restrição promovida com o meio e a importância do atingimento do fim (**proporcionalidade em sentido estrito**).

A título de exemplo, cabe registrar que o Ministro Luís Roberto Barroso, quando de seu voto-vista no *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, julgamento em 29.11.2016, no qual se discutiu a constitucionalidade da criminalização do aborto, cogitou a respeito do princípio da proporcionalidade, desenvolvendo o seguinte raciocínio:

2. Violação ao princípio da proporcionalidade.

33. O legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá ter em conta dois vetores essenciais: o respeito aos direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual; e os deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais dos seus integrantes. Nesse ambiente, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e da insuficiência.

34. Cabe acrescentar, ainda, que o Código Penal brasileiro data de 1940. E, a despeito de inúmeras atualizações ao longo dos anos, em relação aos crimes aqui versados – arts. 124 a 128 – ele conserva a mesma redação. [...].

35. [...] na linha do que foi exposto acerca dos três subprincípios que dão conteúdo à proporcionalidade, a tipificação penal nesse caso somente estará então justificada se: (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).

2.1. Subprincípio da adequação

35. Em relação à adequação, é preciso analisar se e em que medida a criminalização protege a vida do feto. [...].

39. [...] a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, logo, é medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto. É preciso reconhecer, como fez o Tribunal Federal Alemão, que, considerando 'o sigilo relativo ao nascituro, sua impotência e sua dependência e ligação única com a mãe, as chances do Estado de protegê-lo

serão maiores se trabalhar em conjunto com a mãe', e não tratando a mulher que deseja abortar como uma criminosa.

2.2. Subprincípio da necessidade

40. Em relação à necessidade, é preciso verificar se há meio alternativo à criminalização que proteja igualmente o direito à vida do nascituro, mas que produza menor restrição aos direitos das mulheres. Como visto, a criminalização do aborto viola a autonomia, a integridade física e psíquica e os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, a igualdade de gênero, e produz impacto discriminatório sobre as mulheres pobres.

41. Nesse ponto, ainda que se pudesse atribuir uma mínima eficácia ao uso do direito penal como forma de evitar a interrupção da gestação, deve-se reconhecer que há outros instrumentos que são eficazes à proteção dos direitos do feto e, simultaneamente, menos lesivas aos direitos da mulher.

[...].

2.3. Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

43. Por fim, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, é preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto.

[...]. (BRASIL, 2016b, p. 13-17).

No referido *Habeas Corpus*, a Primeira Turma do Supremo, aplicando o princípio da proporcionalidade, estabeleceu um limite à atuação estatal (mormente no que concerne ao poder de criminalizar determinados comportamentos), entendendo que a restrição estabelecida no Código Penal quanto à prática abortiva antes do terceiro mês de gestação não encontra acolhida junto ao Texto Constitucional.

Ademais, conforme já decidiu a Corte Magna, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.551/MG, "o princípio da proporcionalidade acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais." (BRASIL, 2003, p. 3).

5 CONCLUSÃO

Conforme consignado, as normas constitucionais, de forma diversa dos demais regramentos normativos, não possuem um exclusivo conteúdo jurídico, exatamente por se tratar a Constituição de um texto com nítida feição política, sendo válido concluir que os problemas de interpretação constitucional, em certa medida, são mais amplos e complexos do que aqueles afetos à lei comum, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência forjaram um arcabouço de métodos (método jurídico ou

hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método hermenêutico concretizador, método científico-espiritual, método normativo-estruturante e método da comparação constitucional) e princípios (princípio da unidade da Constituição, princípio da concordância prática ou harmonização, princípio do efeito integrador, princípio da força normativa, princípio da máxima efetividade ou eficiência e princípio da justiça ou da conformidade) a serem manejados pelo exegeta quando da tarefa interpretativa do Texto Magno.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.203/RJ**. Lei nº 5.388/99 do Estado do Rio de Janeiro. CONAMP. Obrigação de entrega de declaração de bens à Assembleia Legislativa por agentes públicos estaduais. Competência atribuída ao Poder Legislativo sem o devido amparo constitucional. Vício de iniciativa. Parcial procedência. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Intimado: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Dias Toffoli, 30 de outubro de 2014b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7645033>. Acesso em: 31 de mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 124.137/BA**. Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. Penal e processual penal militar. Agressão a superior hierárquico. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Itamar Silva Moreno Relator: Min. Luiz Fux, 17 de maio de 2016a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11064728>. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 160.486/SP**. Precatório – Pagamento parcelado – ADCT, Art. 33 – Natureza Jurídica das normas integrantes do ADCT. Agravante: Município de Santos. Agravado: Santos e Ferreira LTDA. Relator: Min. Celso de Mello, 11 de outubro 1994a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213448>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 104.410/RS**. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (A) Tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais. Paciente: Aldori Lima ou Aldori de Lima. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Gilmar Mendes, 6 de março de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus nº 124.306/RJ**. Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre ordem concedida de ofício. Pacientes: Edilson dos Santos; Rosemre Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Relator: Min. Marco Aurélio, 29 de novembro de 2016b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.063/DF**. Lei nº 8.713/93 – Processo eleitoral de 1994. Requerente: Partido social Cristão. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 18 de maio de 1994b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026467>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.551/MG**. Taxa de expediente do Estado de Minas Gerais – DPVAT – Incidência da referida taxa sobre as sociedades seguradas. Requerente: Confederação Nacional do Comércio e outra. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello, 2 de abril de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266148>. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.136/DF**. Violação da liberdade de expressão. Inexistência. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Juízo de ponderação do legislador para limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte. Medida cautelar indeferida. Ação julgada improcedente. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 1 de julho de 2014c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088799>. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Reclamação nº 4.335/AC**. Progressão de regime. Crimes hediondos. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 20 de março de 2014a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 328.812/AM**. Reajustes de Remuneração, Proventos ou Pensão. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Maria Auxiliadora Santos Cabral dos Anjos. Relator: Min. Gilmar Mendes, 6 de março de 2008b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1978185>. Acesso em: 12 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 560.626/RS**. Prescrição e decadência tributárias. Matérias reservadas a lei complementar. Disciplina no Código Tributário Nacional. Recorrente: União. Recorrido: REDG - Consultoria Tributária Sociedade Civil LTDA. Relator: Min. Gilmar Mendes, 12 de junho de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=567931>. Acesso em: 12 mar. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, E. R. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação**: Aplicação do Direito. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, P. **El Estado Constitucional**. México: UNAM, 2001.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOVELINO, M. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, J. A. de. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

SCHIER, P. R. **Filtragem Constitucional**: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

TEMER, M. **Elementos de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

Recebido em 29/03/2020.

Aceito em 07/04/2020.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n47p33-49>

**OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO CIVIL E SUA
COMPATIBILIDADE COM A CRIAÇÃO E APLICABILIDADE DA TÉCNICA DE
JULGAMENTO ESTENDIDO**

***THE GUIDING PRINCIPLES OF CIVIL PROCEEDINGS AND THEIR
COMPATIBILITY WITH THE CREATION AND APPLICATION OF THE
EXTENDED JUDGMENT TECHNIQUE***

Maria Angélica de Oliveira Santos Alves*

Resumo: O presente artigo possui como objeto o estudo, utilizando pesquisas bibliográficas, da nova técnica de julgamento estendido prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 e sua compatibilidade com os princípios processuais. No tocante à estrutura, após a introdução, examina-se o papel da técnica de julgamento ampliado como substituta dos antigos embargos infringentes e por fim, apresenta-se a relação da técnica com os princípios processuais, que, com a tendência de constitucionalização do processo torna-se assunto indispensável para compreender os impactos do novo instituto.

Palavras-chave: Direito Processo Civil. Julgamento Estendido. Princípios processuais.

Abstract: The present article has as object the study, using bibliographic researches, of the new technique of extended judgment foreseen in article 942 of the Code of Civil Procedure of 2015 and his compatibility with the procedural principles. In the structure of the article, after the introduction, the extended judgment technique as a substitute for the old infringing embargoes is examined and, finally, the relation of the technique with the procedural principles is presented, which, with the tendency of constitutionalizing the process it becomes an indispensable subject to understand the impacts of the new institute.

Keywords: Civil Procedure Law. Extended Judgment. Procedural principles.

* Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). E-mail: mariaangelicadosa@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O sistema processual civil brasileiro sempre foi alvo de várias críticas, tendo como principal a alegação de que por ele não era apto para se alcançar a realização dos direitos reclamados, diante de uma demora exacerbada da resposta jurisdicional. Foi esse o contexto do Código de Processo Civil de 2015, onde inúmeras mudanças foram promovidas a fim de se atingir o que a muito era tido como seu principal defeito: a promoção de um processo célere, justo e que garantisse a segurança jurídica.

Nesse contexto, de necessária reforma processual, optou-se por suprimir os antigos embargos infringentes e em seu lugar criar uma nova técnica de ampliação do colegiado, que para fins didáticos será denominada no presente artigo de “julgamento estendido”.

Para estudar tal assunto, o presente artigo, se usará da metodologia descritiva, analisando a criação da técnica de julgamento estendido e destacando sua relação com os princípios norteadores do processo civil.

Quanto às fontes utilizadas para a realização do presente estudo, fora feito um levantamento bibliográfico nas doutrinas mais relevantes a respeito do tema, bem como de jurisprudências importantes.

Em um primeiro momento, foi realizada uma exposição a respeito da transição do recurso de embargos infringentes à atual técnica de julgamento estendido, apresentando suas noções gerais.

Por fim, com a tendência de constitucionalização dos princípios processuais, foi necessário analisar de que maneira tais preceitos influenciaram na criação da técnica e de que forma o julgamento estendido mostra-se compatível a eles.

2 A NOVA TÉCNICA DE JULGAMENTO ESTENDIDO COMO SUBSTITUTA DOS EMBARGOS INFRINGENTES

O Código de Processo Civil de 1973 tratava os embargos infringentes como um recurso idôneo para combater acórdãos proferidos de forma não unânime em apelações e ações rescisórias, tendo sua aplicação expandida para apelações em mandado de segurança e em processo de falência.

Os embargos infringentes durante toda sua vigência sofreram inúmeras contestações pelos doutrinadores e eram tidos como um recurso antiquado. Desde sua origem no direito lusitano, até a sua aplicação no texto jurídico nacional, os embargos infringentes foram sendo limitados com o tempo até sua extinção no atual Código de Processo Civil de 2015.

Os estudiosos de direito se dividiam quanto a função e aplicabilidade do instituto no âmbito nacional. Boa parte dos juristas interpretavam os embargos infringente como um excedente, levando em conta a disponibilidade recursal existente no direito pátrio e o entendimento cada vez mais pungente de que a celeridade processual deveria ser uma busca prioritária. Enquanto outros juristas advogavam pela positivação dos embargos infringentes como mais um meio de sanar possíveis vícios e injustiças presentes em decisões colegiadas, priorizado assim, a segurança jurídica.

Sobre sua aplicabilidade, Rodrigo da Cunha Lima Freire afirma que estatisticamente os embargos infringentes do CPC de 1973 nunca representaram um problema. Quanto a sua utilidade, porém, o instituto não se mostra vantajoso. Uma "apelação da apelação" ou uma "apelação da rescisória" serviria exclusivamente à quem sucumbiu, mas não ao sistema. "Se todos os julgamentos forem concluídos por votação não unânime, mas as turmas ou câmaras apresentarem um só entendimento a respeito da mesma matéria, estarão prestigiadas a segurança jurídica, a isonomia e a celeridade processual." (FREIRE, 2015).

Desde o início da elaboração do Anteprojeto do atual Código de Processo Civil, em 2010, especulavam os juristas sobre a presença dos embargos infringentes. Assim, na exposição de Motivos do Anteprojeto dizia o seguinte:

Uma das grandes alterações havidas no sistema recursal foi a supressão dos embargos infringentes. Há muito, doutrina da melhor qualidade vem propugnando pela necessidade de que sejam extintos. Em contrapartida a essa extinção, o relator terá o dever de declarar o voto vencido, sendo este considerado como parte integrante do acórdão, inclusive para fins de prequestionamento. (BRASIL, 2020).

Durante o processo legislativo que levou à criação do novo Código de Processo Civil, optou-se por uma postura intermediária, posto que, mesmo dando fim aos embargos infringentes, criou-se uma nova técnica para a continuidade do

juízo não unânime, visando com isso prestigiar a segurança jurídica, bem como promover a celeridade processual.

Dentre os objetivos do Novo Código de Processo Civil estava a facilitação dos procedimentos, abolindo formalidades ou atos dispensáveis, bem como a busca por uma maior efetividade, otimizando os resultados processuais. Assim, alguns institutos do processo civil, que iam de encontro à celeridade e eficiência, como alguns recursos, foram extintos ou mitigados - como no caso dos embargos infringentes.

A adoção da nova técnica de julgamento teve por finalidade o fornecimento de uma maior segurança jurídica e confiabilidade às questões divergentes, pois amplia o número de julgadores. O novo dispositivo "foi sensível ao fato de que a ausência de unanimidade pode constituir indício da necessidade de um maior aprofundamento da discussão a respeito da questão decidida, submeteu o resultado não unânime à ampliação do debate." (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 886).

Em virtude dessas considerações José Maria Câmara Júnior dispõe:

De toda sorte, o incidente de julgamento prolongado contribui para exaurir ou mitigar a divergência entre os julgadores que integram o mesmo órgão colegiado, consolidando a posição majoritária a partir de um procedimento simplificado, célere e automático. Como se vê, o artigo 942 não quer apenas permitir a inversão do resultado do julgamento não unânime, mas também pretende atingir uma maior homogeneidade de entendimento no órgão colegiado sobre determinada matéria, dissipando dúvidas e divergências internas, emprestando maior segurança jurídica e previsibilidade para o controle jurisdicional. Na verdade, sem alterar a gênese dos embargos infringentes, porquanto tanto o recurso que desaparece, quanto o incidente criado, possibilitam o reexame da matéria, decidida por maioria, e a consolidação de uma posição do órgão colegiado. Conclui-se, portanto, que a novidade está na imperatividade da regra, que assume caráter cogente para assegurar maior previsibilidade e segurança jurídica em relação ao controle jurisdicional desempenhado pelo órgão colegiado a partir da harmonização do resultado dos seus julgamentos. A técnica do artigo 942 quer acabar com a chamada "sorte da distribuição" e, com isso, assegura às partes o tratamento homogêneo do órgão colegiado para o julgamento da mesma tese jurídica. (CÂMARA JÚNIOR, 2017, p. 83).

Portanto, a extensão do julgamento, assim, objetiva a criação de decisões mais completas e justas pelos tribunais, tendo em vista a possibilidade de nova discussão da matéria submetida a um quórum maior que possibilitará um julgamento

mais estável, não sendo prejudicial a formalidade procedimental e acabando por evitar a procrastinação por meio de novos recursos.

3. DA COMPATIBILIDADE DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E A NOVA TÉCNICA DE JULGAMENTO ESTENDIDO

O Direito na atualidade se encontra num estado de constitucionalização, ou seja, sua adaptação visando um processo de adequação e integração à Constituição. Esse momento se dá como consequência do Neoconstitucionalismo, movimento que prevê a supremacia da Constituição e a necessidade de amoldamento das demais áreas do direito ao que é estabelecido na Lei Maior – que não será apenas um documento que dispõe metas, mas que busca sua efetividade. (SANTOS, 2016, p. 56).

Dalmo de Abreu Dallari afirma que:

Uma das mais importantes inovações introduzidas pelo neoconstitucionalismo foi o reconhecimento da natureza jurídica dos princípios referidos expressamente ou implícitos no texto constitucional, igualando-os, em termos de eficácia e imediata exigibilidade, as normas constitucionais'; de modo que os princípios jurídicos constitucionais deixaram de ser tratados como "recomendações ou sugestões" e passaram a ser "obrigatórios e exigíveis por meios jurídicos. (DALLARI, 2010, p. 320-321).

Conforme dispõe Eduardo Rodrigues dos Santos (2016, p. 66), nesse contexto, o direito processual, assim como os demais ramos do direito, tendo como marco a segunda metade do século XX, passou pelo momento de constitucionalização, fundamentando-se no paradigma do Estado Democrático de Direito e o humanismo ético.

Visa, portanto, deixar para trás o mero tecnicismo processual – fruto de um formalismo exacerbado, e exaltando o processo como direito-garantia, ou seja, como um instrumento assegurador da participação isonômica e efetiva de qualquer cidadão na fomentação da decisão jurisdicional.

De sorte que, tomando por base a Constituição Federal, após anos de debates nas Casas do Congresso Nacional, o Código de Processo Civil fora aprovado em 2015. Sendo ele elaborado com a finalidade de alcançar anseios tanto da população, quanto da comunidade jurídica. Buscou-se priorizar, para tanto, a

“isonomia nas decisões de casos similares e a efetividade, sem descurar das garantias processuais constitucionais, tendo como meta inafastável um resultado necessariamente justo.” (CARNEIRO, 2016, p. 73).

Tendo como objetivos dispostos no anteprojeto do novo diploma processual:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (BRASIL, 2020).

Em decorrência dos objetivos traçados no Código de Processo Civil alterações no sistema e procedimento recursal foram feitas, tendo como uma de suas principais mudanças a extinção do recurso de embargo de instrumento, objeto de divergência doutrinária desde sua introdução no processo civil nacional. Porém, como já destacado anteriormente, a supressão desse recurso deu origem a criação da técnica de ampliação do colegiado – conhecida como julgamento estendido.

No sistema jurídico dos Estados Democráticos de Direito, prevalece uma estrutura voltada a norma, sendo ela dividida em dois tipos, quais sejam: regras e princípios. Dessa forma, consoante o Código de Processo Civil de 2015 tenha sido elaborado nesse sistema, o atual diploma processual consolidou inúmeros princípios e regras fundamentais, tratando das mesmas, principalmente, em seus artigos iniciais – consagrando, portanto, o modelo constitucional processual civil nacional.

São vários os princípios informadores do processo civil dispostos na Constituição Federal de 1988 e trazidos pelo atual Código de Processo Civil, como forma de entender a influência dos princípios processuais constitucionais, mas sem a intenção de esgotar o tema, será exposto os principais princípios que justificam a criação da técnica de julgamento estendido, substituta do antigo embargo infringente.

3.1 Do princípio democrático

O processo judicial é uma forma sistemática de agir, indispensável ao exercício do poder de forma válida onde, ao fim, se espera que um juiz ou tribunal, com regular jurisdição, profira decisões sobre o direito acerca de uma pessoa ou propriedade.

Seu principal objetivo são a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, a eliminação de litígios e a pacificação social. Para além disso, o processo funciona também como um meio de se alcançar a efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

A Constituição da República Federativa do Brasil consolida em seu texto, fruto de um contexto sociopolítico pós golpe militar de 1964, um governo participativo o que rende ao texto da Lei Maior o título de "Constituição Cidadã", configurando um grande marco na história do país e consolidação de direitos e da própria democracia.

Neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana, o pluralismo político e a cidadania se apresentam como fundamentos da República de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, tendo a titularidade do poder o povo. Dessa forma, portanto, trata-se de norma de natureza estruturante da ordem jurídica, fundamental para a organização do poder, servido como orientador e limitador do exercício dele.

Em relação ao impacto do princípio democrático no caso da técnica de julgamento estendido poderia ser alegado que a ampliação do colegiado macula o princípio, tendo em vista que a votação poderia ter um fim por ter sido, apesar de não unânime, majoritária, o que não acontece com a aplicação da técnica.

Porém esse entendimento de afronta ao princípio democrático não deve prosperar, muito pelo contrário, tendo em vista que a ampliação do colegiado privilegia o princípio supracitado ao dispor que o julgamento não unânime seja ampliado de forma a fomentar o debate a respeito do tema, o que, em tese, acarretaria em um enriquecimento e qualificação da decisão judicial ao final do processo.

3.2 Do princípio da inafastabilidade do controle de jurisdição

O princípio da inafastabilidade do controle de jurisdição encontra-se a norma em questão prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Assim, tal princípio assegura a todos a possibilidade de acesso a justiça, quando o conflito não possa ser solucionado espontaneamente.

Trata-se de clara manifestação do Estado de Direito, que além de ser uma garantia de ingresso no Poder Judiciário de acordo com as pretensões e busca de reconhecimento e satisfação – protegendo direitos e garantias fundamentais, representa também uma garantia de outorga, a quem tiver razão, de uma tutela legal efetiva, adequada e tempestiva, bem como o impedimento de óbices ilegítimos à concessão da tutela eventualmente devida. (DINAMARCO; LOPES, 2017, p. 54).

O acesso à justiça é garantido pelo exercício do direito de ação, que permite ao interessado deduzir suas pretensões em juízo, para que sobre elas seja emitido um pronunciamento judicial. Esse direito sofre limitações que lhe são naturais e restringem sua amplitude, mas nem por isso constituem ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Por conseguinte, a técnica de julgamento estendido estimula o princípio da inafastabilidade do controle de jurisdição, já que a ampliação do colegiado possibilita que à parte obtenha uma nova análise de seu recurso (ou ação rescisória) em decorrência do julgamento não unânime sem necessidade de novo pagamento de custas processuais ou da assistência do advogado, sendo a aplicação da técnica automática.

Assim sendo, a técnica funciona, em tese, como uma potencializadora do direito de ação disposto como princípio constitucional, posto que tal princípio não só vislumbra assegurar um julgamento para as partes, mas um julgamento de qualidade, o que é um dos objetivos da ampliação do colegiado.

3.3 Do princípio do devido processo legal

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra o princípio do devido processo legal em seu artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o qual prevê que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", também estando disposto no artigo 7º do Código de Processo Civil de 2015.

Na visão de José Afonso da Silva (2005, p. 431-432), o princípio do devido processo legal em conjunto com o direito de acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, integram um ciclo indispensável para a possibilidade de fomento de garantias processuais. Desta forma, é dado ao processo formas instrumentais adequadas que possibilitam a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, para que seja dado a cada um o que lhe é seu de direito.

A técnica de julgamento estendido funciona como manifestação, dentre outras garantias, do princípio do devido processo legal, não sendo, portanto, contrário a este. Porém, para garantir tal harmonia é necessário que os Regimentos Internos dos Tribunais que venham a regular a matéria atuem em conformidade com os preceitos constitucionais e processuais.

3.4 Do princípio do contraditório e ampla defesa

De acordo com o artigo 5, LX da Constituição Brasileira Federativa do Brasil "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes". O assunto também encontra disposição no artigo 7º do Código de Processo Civil de 2015.

Pode-se extrair o conceito do princípio do contraditório da obra de Canuto Mendes de Almeida (1973, p. 82), o qual determina que se trata de uma ciência bilateral dos atos e termos que envolvem o processo, dando a possibilidade de contrariá-los, representando uma garantia dada às partes para que elas participem de forma efetiva da formação do convencimento do juiz. Encontrando amparo no devido processo legal.

Em sentido amplo, o contraditório relaciona-se com os atos praticados durante o processo, sendo resultado da participação ativa das partes. Conforme dispõe Edilson Mougnot Bonfim:

Relevante é que o juiz, antes de proferir cada decisão, ouça as partes, dando-lhes igual oportunidade para que se manifestem, apresentando argumentos e contra-argumentos. Destarte, o juiz, ao proferir a decisão, deve oferecer às partes oportunidade para que busquem, pela via da argumentação, ou juntando elementos de prova, se for o caso, influenciar a formação de sua convicção. (BONFIM, 2015, p. 91).

Diante do que fora apontado acima é notório que a bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo. Dessa forma, no processo haverá ao menos duas figuras que serão denominadas de partes: o autor e o réu. O autor instaurará a ação, mas a relação só será completa com o chamado do réu a juízo, dando a possibilidade de apresentação do contraditório, visto que somente pelo conjunto da parcialidade das partes é que o juiz poderá formar seu convencimento.

O princípio da ampla defesa, disposto conjuntamente com o princípio do contraditório no artigo 5, LV do texto constitucional, funciona como complemento daquele. Posto que, de forma efetiva, não seria possível uma relação processual sem o chamamento do réu para integrar o processo, não faria sentido se o mesmo não pudesse se apresentar para defesa de seu interesse.

Dessa forma, de acordo com o princípio da ampla defesa, é garantido que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma sentença sem ter tido a possibilidade de ser parte do processo do qual está provém, sendo indispensável, portanto, a efetiva possibilidade de participação na formação da decisão judicial.

Com relação à incidência dos princípios mencionados acima na técnica de julgamento estendido, o contraditório é a justificativa utilizada para possibilitar a nova sustentação oral em caso de ampliação do colegiado, com o intuito de tornar a questão o mais clara possível, em especial em relação aos novos julgadores.

Em casos onde o julgamento for designado para outra sessão, o contraditório permitirá às partes a apresentação de memoriais sobre a matéria objeto de divergência, dando ensejo a um debate mais hábil para aperfeiçoamento de uma nova decisão.

3.5 Do princípio da motivação das decisões

A fundamentação das decisões trata-se de uma exigência intransponível determinada pela Constituição Federal de 1988, conhecida como princípio da motivação e disposta no artigo 93, IX, da Lei Maior e no artigo 11, do Código de Processo Civil de 2015, ligando-se tanto aos preceitos de justiça e confiabilidade, tanto à concepção de cidadania e democracia.

Tendo em vista que o Estado Democrático de Direito caracteriza-se por ser o “Estado que se justifica”, o poder se auto limita a regras procedimentais específicas, sendo portanto a liberdade de convencimento do juiz limitada a uma motivação que objetiva promover transparência no exercício do poder pelo juiz, também do conhecimento pelas partes e o controle pelos órgãos superiores da Magistratura, bem como o controle feito pela opinião pública (DINAMARCO; LOPES, 2017, p. 72).

Na visão de Lenio Streck a fundamentação possui relação íntima com o princípio do contraditório, tendo papel de destaque no Estado Democrático de Direito, vez que deságua na “garantia que cada cidadão tem de que a decisão estará devidamente fundamentada e respeitará a dialética processual desenvolvida pelas partes.” (STRECK, 2009, p. 17-18).

Sendo a ausência da motivação fundamento para nulidade da decisão, conforme dispõe a Constituição Federal da República em seu artigo 93, II e o Código de Processo Civil no artigo 11.

Como visto, a motivação das decisões judiciais é elemento indispensável num Estado de Direito, sendo importante destacar que o que se almeja é a busca de uma motivação material e não formal, ou seja, materialmente falando a motivação consiste em um raciocínio idôneo com a finalidade de demonstrar que o alegado poderá ter sua veracidade aferida por meio de provas produzidas no processo.

Muitas vezes o que se constata na prática é a aplicação da motivação meramente formal, esvaziada de análise técnica precisa e decorrente da fase probatória, o que ocorre, por exemplo, em casos onde se replicam termos do dispositivo legal ou se utilizam de fórmulas genéricas utilizadas para inúmeros casos, muitas vezes diferentes em sua essência.

Nesse sentido ensina Paulo Henrique dos Santos Lucon:

A colegialidade faz parte da essência de um tribunal. Infelizmente, a realidade vem mostrando que em muitos casos ocorre um monólogo em certas turmas julgadoras e impera o julgamento monocrático. É uma realidade brasileira, que tem origem variada, mas principalmente na enorme quantidade de processos (100 milhões!). Julgamentos em massa, julgamentos automáticos vêm a colaborar com uma sensível perda da colegialidade. Quem participou de um colegiado sabe o que se está a falar. Com tal instituto, que é sim uma criação brasileira (e não há qualquer demérito nisso!) e se justifica pelas particularidades que temos, a divergência passa a ser uma atitude mais consciente, muito mais responsável, e permite, sem a menor dúvida, que o tribunal chegue a julgamentos dotados de infinita e superior qualidade. (LUCON, 2015).

Em se tratando da técnica de julgamento estendido a ampliação da colegialidade tem como um de seus fundamentos o enriquecimento do princípio da motivação das decisões judiciais, tendo em vista que tal instituto alarga o debate dos pontos objetos de divergência, fomentando assim uma discussão mais rica e completa.

3.6 Do princípio do juiz natural

A garantia do juiz natural versa sobre a obrigatoriedade de os atos praticados no exercício da função estatal jurisdição sejam realizados por juízes instituídos pela própria Constituição e competentes segundo a lei, sendo proibido o juízo extraordinário ou tribunal de exceção – aquele constituído posterior ao fato.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata do princípio do juiz natural no artigo 5º, incisos XXXVII, LIII e LIV.

Tal princípio configura-se, portanto, como um mandamento jurídico de densidade axiológica que consolida várias garantias em seu conteúdo. Assim, o princípio não deve ser reduzido como mero instrumento proibitivo de tribunais de exceção, visto se tratar de uma garantia complexa que dá origem a novos subprincípios indispensáveis para o Estado Democrático de Direito, possibilitando a garantia de preceitos fundamentais, com a dignidade, a liberdade e a ampla defesa. (SILVA, 2005, p. 117).

Conforme dispõe Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2013, p. 734) o fato de os julgadores serem de origem de Turma ou Câmara diversa poderia corromper o

princípio do juiz natural. Entendimento diverso é exposto por Fredie Didier Junior e Leonardo da Cunha (2016, p. 78), que discorrem que a definição adiantada, que funciona como um dos critérios objetivos para convocação dos novos julgadores que iram ampliar o colegiado está de acordo com tal princípio.

Diante da análise do princípio do juiz natural e de todo o exposto acima, adota-se no presente artigo o entendimento de que não há de se falar em mácula da garantia constitucional do juiz natural, posto que a essência do princípio é a promoção de um juiz imparcial e competente.

Como já abordado anteriormente, havendo julgamento não unânime haverá, de acordo com o artigo 942 do Código de Processo Civil, a interrupção do julgamento e serão convocados novos julgadores. Caberá ao regulamento interno do tribunal como será convocado esses novos integrantes.

Nesse contexto, o regimento interno deve estabelecer critérios prévios e objetivos para a convocação dos julgadores que irão integrar a ampliação do colegiado. É indispensável a determinação prévia para se atender o princípio do juiz natural e para a observância do contraditório.

Como exposto, o juiz competente para julgar os processos dirigidos ao Tribunal são os integrantes dos órgãos fracionários, órgãos este que não deve ser confundido com os juízes que o compõem, sendo a convocação dos julgadores determinada pelo regimento interno dos Tribunais de forma anterior ao julgamento – portanto não há de se falar em juízo de exceção.

3.7 Do princípio da celeridade processual e da segurança jurídica

A Emenda Constitucional n. 45/2004 incluiu no rol das garantias constitucionais do processo o princípio da celeridade processual. A celeridade caracteriza-se por dois aspectos principais: a razoabilidade na duração do processo e a celeridade em sua tramitação.

A análise feita no presente artigo não ignora o mérito da corrida contra o tempo travada no processo, mas, o trabalho em pauta tem o cuidado de destacar que o processo, de forma paradoxal, carece de tempo, tendo em vista o aumento da complexidade. Necessitando, portanto, de mais argumentos e debates.

Nelson Nery Júnior (2009, p. 314) argumenta que a celeridade desempenha também a função de promover os meios alternativos de solução de conflitos, como mecanismo idôneo a ensejar a redução da carga de demanda na justiça ordinária, reduzindo, assim, a duração do processo de maneira geral.

Podemos, diante das noções abordadas anteriormente, delimitar três critérios que devem ser analisados para se aferir qual é a duração razoável de um processo: a complexidade da causa; o comportamento dos litigantes; e forma de atuação do órgão do poder judiciário. (ZARIF, 2006, p. 144).

Assim, é completamente compreensível que causas que englobam maior complexidade, que demandam provas periciais mais completas tenham um tempo maior para a obtenção do provimento jurisdicional.

Dessa forma, não basta se preocupar unicamente com a solução do mérito, é necessário que essa solução seja alcançada em um tempo razoável, evitando-se procrastinações que vão de encontro a garantia do pleno acesso à justiça, conforme dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º, LXXVIII.

O autor também destaca que é necessário, para se determinar o que seria uma duração razoável, que se atendessem alguns critérios de análise, como por exemplo a natureza do processo e sua complexidade, a atuação das partes e de seus procuradores, a colaboração de atos administrativos para a elucidação do caso, dentre outros. (NERY JUNIOR, 2009, p. 315).

Apesar do julgamento estendido apresentar questionamentos em relação a sua compatibilidade com a celeridade processual, não se deve analisar a questão unilateralmente, o que se busca no processo judicial não é apenas uma decisão rápida, mas uma decisão que atenda a justiça de forma efetiva, consagrando ao final a satisfação não só da parte, mais também da sociedade.

Apesar da alegação que dispõe que a ampliação do colegiado poderia atrasar o andamento processual, segundo entendimento de Paulo Henrique dos Santos Lucon (2015) todos que tem experiência no foro têm consciência de que o atraso processual decorre do chamado "tempo de prateleira", sendo está física ou virtual, tratando-se no lapso temporal que o processo permanece inerte.

Sendo, por assim dizer, uma verdadeira paralisia processual decorrente de inúmeras fontes, dentre elas a má estruturação estatal. Por conseguinte, o tempo

investido na ampliação do colegiado não representaria grade espera diante do tempo total do processo.

O Poder Judiciário tem como uma de suas missões atender a celeridade processual, consagrada como garantia fundamental e ideal a ser alcançado pelo Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo que protege a segurança jurídica na tomada de suas decisões, promovendo a efetividade das normas processuais e enfatizando o papel da justiça perante a sociedade.

Nesse sentido, o princípio da celeridade fundamentou a supressão do recurso de embargos infringentes e sua substituição pelo uso da técnica de julgamento estendido, que de um lado garante a parte o direito de fazer prevalecer o voto vencido, com a ampliação do quórum de votação, e, do outro, acelera o processo, eliminando um recurso.

Criando-se, portanto, uma técnica de julgamento com o objetivo de simplificar o procedimento, não havendo necessidade de recorrer, nem prazo para contrarrazões. Assim, havendo divergência o processo continuará de forma automática, de uma maneira mais barata e célere, se distanciando de formalidades exacerbadas que acabam por prejudicar a duração razoável do processo.

Conclui-se, portanto, que tomando a celeridade como um meio e não como um fim, a técnica de julgamento estendido reúne a segurança jurídica e a celeridade nos processos, mas, para que seja alcançada sua plena efetividade, há necessidade de uma adequação do regimento interno dos tribunais para que estejam em conformidade com os atuais objetivos traçados pelo Novo Código de Processo Civil.

4 CONCLUSÃO

Esse artigo possibilitou compreender a trajetória que permeou a criação da técnica de julgamento estendido pelo Código de Processo Civil de 2015 em supressão aos antigos embargos infringentes. Com isso, pode-se perceber a necessidade de esclarecimento a respeito da influência que os princípios constitucionais causaram na nova técnica, bem como o seu papel para garantir preceitos constitucionais.

Foi possível concluir que a substituição dos embargos infringentes pela nova técnica de julgamento estendido consagrou vários objetivos do anteprojeto do atual

diploma processual, quais sejam: uma sintonia com a Constituição Federal, possibilidade de decisões mais próximas da realidade, imprimindo, por fim, um maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe mais coesão. Notória se faz a consagração dos princípios processuais abordados no presente estudo por meio da aplicação da ampliação do colegiado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

BONFIM, Edilson Mougénot. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Exposição de motivos do código de processo civil: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *In*: ABREU FILHO, Nylson Paim de (org.). **VADE MECUM**: interativo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020. Disponível em: http://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

CÂMARA JUNIOR, José Maria. Técnica de colegialidade do artigo 942 do CPC: extensão e profundidade da matéria submetida ao julgamento prolongado. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. **Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. No prelo.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das normas fundamentais do processo civil. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 57-104.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINAMARCO, Cândido; LOPES, Bruno. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **A problemática dos embargos infringentes no projeto do novo código de processo civil**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **A técnica da complementação do julgamento da apelação no novo CPC.** [S. /], 2015. Disponível em: <http://portalprocessual.com/a-tecnica-da-complementacao-do-julgamento-da-apelacao-no-novo-cpc/>. Acesso em: 21 jul. 2019.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Técnica criada no novo CPC permite decisões com mais qualidade. **Consultor Jurídico**, [S. /], p. 1-8, 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-fev-04/paulo-lucon-cpc-permite-decisoes-qualidade#_ftn5. Acesso em: 03 jul. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Princípios processuais constitucionais.** Salvador: JusPODIVM, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, constituição e processo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ZARIF, Cláudio Cintra. Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. *In*: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 139-145.

Recebido em 22/03/2020.

Aceito em 07/04/2020.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n47p50-64>

REFLEXÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO PENAL

REFLECTIONS ON THE NATURE OF THE CRIMINAL PROCEDURE

Marcos Afonso Johner*
Ramiro Gomes von Saltiel**

Resumo: É objeto de investigação do presente artigo o tema da natureza jurídica do processo penal. O objetivo a atingir é demonstrar a importância do tema e do estudo desta disciplina no âmbito da ciência do direito, perpassando pelas obras de seus principais desenvolvedores: Bülow, Goldschmidt e Fazzalari, revisando a bibliografia desses autores e de outros processualistas que escreveram sobre o tema.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Natureza Jurídica do Processo. Relação Jurídica. Situação Jurídica. Procedimento em contraditório.

Abstract: The object of the present paper is on the nature of the criminal procedure. The objective is to demonstrate the importance of the theme and the study of this discipline in science of law, passing through the works of its major developers: Bülow, Goldschmidt and Fazzalari, revisiting the bibliography of these authors and other ones who wrote about the same theme.

Keywords: Criminal Procedure. Nature of Criminal Procedure. Legal relation. Legal situation. Procedure in contradictory.

* Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Itapiranga/SC. E-mail: marcosjohner@yahoo.com.br.

** Mestrando em Ciências Criminais e especialista em Ciências Penais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: ramirovsaltiel@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O estudo sobre a natureza jurídica do processo penal é etapa obrigatória para o estudo das ciências criminais. O objeto a ser estudado transcende as fronteiras dogmáticas do processo penal enquanto instrumento para a aplicação da pena estatal, servindo, por exemplo, como crítica ao sistema de justiça criminal, às teorias da pena estudadas em direito penal etc.

Mais do que isto, o estudo científico a respeito da natureza jurídica do processo é uma forma de compreendê-lo enquanto fenômeno que se desenvolve através do direito. É preciso ter em mente que, uma vez que o Direito Penal (e, portanto, a pena criminal) não pode ser aplicado de forma autônoma, ao contrário de instrumentos de direito privado civilístico (contratos, por exemplo), o que alavanca o direito processual penal como instrumento de realização e fiscalização da democracia.

E não só: é também a natureza deste instrumento que possibilita entender não apenas quando o processo se perfectibiliza, mas quando ele não se perfectibiliza. Isto é, o estudo de disciplinas como o ato processual defeituoso, v.g., nulidades, depende umbilicalmente daquilo que se entende como sendo a natureza jurídica do processo.

Estas concepções são trazidas a partir de uma ótica garantista do direito processual penal, em que se entende o processo penal enquanto necessário para a aplicação da pena (princípio da necessidade) e como instrumento de proteção das garantias fundamentais do indivíduo (legitimação pela instrumentalidade do processo). (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 60 e 64).

Tendo dito isto, o presente texto abordará o trabalho de três autores cujas obras são essenciais à compreensão da natureza jurídica do processo, a saber: Oskar von Bülow, James Goldschmidt e Elio Fazzalari, delineando suas principais contribuições para o estudo em questão.

2 OSKAR VON BÜLOW: O PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

O jurista alemão Oskar von Bülow publicou sua principal obra, *Die lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungen* em 1868, da qual utilizaremos a tradução para o espanhol em Bülow (1964). Nela, é desenvolvido (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 192; GLOECKNER, 2010, p. 41-42) o conceito de processo enquanto relação jurídica, tornando-se a concepção doutrinal mais influente, sendo até hoje a mais utilizada cientificamente (mesmo que tenha sido muito criticada). Como notáveis influenciados encontram-se nomes como os de Wach, Chiovenda, Carnelutti e Rocco. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 194-195; BOBBIO, 2016, p. 37-44 e 71).

Um dos grandes méritos a se notar na obra de Bülow (1964, p. 1-2) foi a sua labuta em separar o direito processual do material; ou melhor, em demonstrar como o primeiro não depende do segundo, como seguidamente se afirmou na história. Era de praxe tratar o processo como um caminho percorrido pelo direito material, e apenas isto, sem entender o processo enquanto ramo autônomo do direito público, com suas próprias regulações, direitos, garantias e obrigações.

É fácil perceber o estado da arte da questão ao reparar que, no processo romano, mesmo quando se falava em “obrigação processual”, não se estava a falar do processo como uma relação jurídica, por exemplo, senão que o seu conteúdo era puramente material. Conforme Goldschmidt (1961, p. 19), “[...] os romanos não diferenciavam entre o conteúdo material ou processual de uma alegação ou resolução”.¹

Essa indistinção, aliás, era o que dava à *actio* romana o conceito de direito material em movimento, ou seja, quando o autor ingressava em juízo para pedir aquilo que lhe era de direito. Daí a total impropriedade de falar em uma “ação penal”, uma vez que o requerente, Ministério Público, não possui direito subjetivo algum de punição (*ius puniendi*), senão uma mera pretensão acusatória perante o acusado (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 102-103; GLOECKNER, 2011, p. 48).

A noção de processo enquanto relação jurídica trouxe uma superação da visão romana. A relação jurídica se distingue das demais relações de direito, sendo

¹ “[...] los romanos no diferenciaron entre el contenido material o procesal de una alegación o resolución”.

própria do direito processual. Uma vez em juízo, as partes (conceito especialmente enriquecido nesta teoria) e o juiz contraem entre si mútuas obrigações processuais, o que, naturalmente, gera direitos processuais (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 192).

O fato de o processo gerar direitos e obrigações entre as partes é o centro de gravidade da teoria, formulando-se a tão visualizada imagem do triângulo, em cujas pontas encontram-se cada uma das partes e, na ponta de cima, o juiz.

Esta contribuição também representou uma evolução em termos de processo penal, que era, até então, utilizado para fins de defesa social, em que a intervenção do Estado era irrestrita e outorgada perante o réu (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 191).

Em sua obra, além de fornecer as bases para as relações jurídicas que permeiam o processo, Bülow também ofereceu seus próprios fundamentos para as condições para a constituição de uma relação jurídica e o modo como sua não observância acarretaria nulidade. A estas condições chamou expressamente “pressupostos processuais”,² (BÜLOW, 1964, p. 5-7) cujo exame era atribuição do juiz, que poderia decidir pela ausência de pressupostos (parte incapaz, por exemplo), não precisando ser provocado para decidir, podendo fazê-lo de ofício, em respeito à natureza pública do processo (BÜLOW, 1964, p. 293).

A partir daí firmou bases para reformar o conceito que se tinha, até então, de exceções dilatórias, estas que carregavam em si eminente cunho de direito civil material. Bülow demonstrou que era possível que o demandado, em sua primeira manifestação processual, demonstrasse vícios não apenas no direito pretendido pelo autor, mas no processo em si, de modo que essas exceções eram “exceções processuais”, e não simplesmente dilatórias (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 17). Esta constatação representou um grande avanço para a ciência processual.

Interessante ressaltar que as noções de Bülow (1964, p. 6) detinham uma finalidade de tornar-se uma “concepção total” para o processo (uma noção tipicamente científica da época, fruto de uma concepção totalizante da modernidade,

² Seriam elas: “1) a competência, capacidade e imparcialidade do tribunal, a capacidade processual das partes [...] e a legitimação de seu representante; 2) as qualidades próprias e imprescindíveis de uma matéria litigiosa civil, 3) a redação e comunicação (ou notificação) da demanda e a obrigação do autor pelas cauções processuais, 4) a ordem entre vários processos”. Original da tradução espanhola: “1) la competencia, capacidad e insospechabilidad del tribunal, la capacidad procesal de las partes [...] y la legitimación de su representante, 2) las cualidades propias e imprescindibles de una materia litigiosa civil, 3) la redacción y comunicación (o notificación) de la demanda y la obligación del actor por las cauciones procesales, 4) el orden entre varios procesos”.

conforme Gauer (2001, p. 12, 57 e 77), de modo a explicá-lo, fosse qual fosse a sua natureza. Uma forma de esmiuçar dogmaticamente as categorias gerais do processo, tal como os requisitos constitutivos de uma relação jurídica privada ou de um delito-tipo (o *Tatbestand*, que, em termos atuais, constitui o conceito de tipo).

No Brasil, há larga aceitação doutrinária no sentido do processo penal enquanto relação jurídica, especialmente por parte da Escola de São Paulo e da doutrina de teoria geral do processo (GLOECKNER, 2011). Mas esta concepção de processo apresenta suas próprias defasagens, a começar pela explicação purista que dá a um fenômeno que, além de jurídico, é social; a explicação para o largo aceitação se dá nas contingências históricas que circundavam Bülow: segunda metade do século XIX, em que o direito sofria uma era de codificações e de pretensão cientificista (GLOECKNER, 2011).

A questão histórica não prejudica a teoria unicamente no sentido de desatualização cronológica; em termos de ciência jurídica, há muito para se criticar. Isso porque a ciência do direito, em especial as ciências criminais, não pode ser fechada em si, alheia ao contexto social do qual faz parte. O direito deve se valer da interdisciplinaridade, assim como o direito processual penal.

Nesse sentido, a ideia de relação jurídica apresenta uma visão estática e engessada do fenômeno processual, em muito devedora do pensamento liberal dos iluministas e da concepção mítica do juiz boca de lei, presente na obra de tantos autores daquele tempo, como no clássico escrito de BECCARIA (2011, p. 29), que falava em silogismo judicial.

O processo, contudo, é dinâmico; acompanha as movimentações da sociedade em determinado contexto histórico, estando sujeito a confluências político-criminais (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 65 e 78; GLOECKNER, 2010, p. 48; DIAS, 2007, p. 18). Daí se torna sintomático dizer que o processo penal atua como uma verdadeira regra da democracia: enquanto em um regime democrático os direitos e garantias fundamentais do acusado devem ser protegidos, um Estado totalitário se serve do direito penal para fins de defesa social e higienização.

Essa visão estática, com aparência de neutralidade, permite que se utilizem conceitos de direito privado e civil no processo penal. O gênero negócio jurídico, ao transformar-se em relação jurídica, carrega em sua essência a ideia de pretensão

jurídica, discorrendo daí a autorização para falar-se em pretensão punitiva. Já dissemos: o objeto do processo penal é a pretensão acusatória: o Estado não tem o direito de punir quem quer que seja antes de sentença condenatória transitada em julgado (BADARÓ, 2015, p. 58).

A teoria do processo como relação jurídica seguidamente se utiliza de termos civilísticos e privatísticos (ALONSO, 1997, p. 203 e 206) para desnaturar a qualidade intrinsecamente garantidora do processo penal (TOURINHO FILHO, 2007, p. 6 e 8-11), nisto, é evidente a semelhança com a doutrina da teoria geral do processo, tão difundida em doutrina nacional.

Criticando essa visão privatista que a relação jurídica processual propõe, Goldschmidt (1961, p. 20-21) é certo em avisar que o processo não gera direitos subjetivos entre as partes, tal como uma relação privada. Isto porque se trata de um direito público, que impõe ao Estado o dever de administrar a Justiça, daí emanando a Jurisdição e dando ao juiz um papel importante, qual seja o de pronunciamento jurisdicional, que não deixa de ser uma obrigação perante os cidadãos e o próprio Estado.³

Enfim, a obra de Bülow representa um verdadeiro marco no estudo do direito processual, merecendo reconhecimento. No entanto, é uma visão que precisa ser superada, especialmente pelo jurista que se debruça no campo do processo penal.

3 JAMES GOLDSCHMIDT: O PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA

Uma das principais contribuições para evidenciar os equívocos da teoria da relação jurídica de Bülow – notadamente em se tratando de processo penal – adveio de James Goldschmidt, que partiu da noção de processo como um conjunto de situações processuais, por meio das quais as partes visam a uma sentença definitiva favorável, para explicar e justificar a complexa fenomenologia processual. Desse

³ O autor também ressalta que havia, no direito romano, um dever de colaboração perante a *litis contestatio*. Tal obrigação, também, é um total anacronismo em tempos de um Estado liberal e democrático; o que há, ao revés, é uma “carga” da qual as partes podem se desincumbir, mediante seu próprio interesse, a fim de lograr êxito no pronunciamento final, a sentença, conforme se verá no item 2 deste artigo.

modo, de acordo com Lopes Júnior (2017, p. 196), Goldschmidt nega a existência de direitos e obrigações processuais, além de considerar que os pressupostos a que se refere Bülow são, na realidade, pressupostos de uma sentença de fundo.

Goldschmidt (1961, p. 50) parte de uma consideração estática e dinâmica do direito. Para o autor, as normas jurídicas têm uma dupla natureza: por um lado, representam imperativos dirigidos ao cidadão, correspondendo ao lado estático do direito, em analogia às normas materiais; por outro viés, apresentam-se como medidas de juízo para o juiz, caracterizadas pela sua dinamicidade, que se mostra necessária para estabelecer as categorias adequadas à compreensão dos nexos processuais (ALONSO, 1997, p. 197).

Nesse sentido, Goldschmidt (1961, p. 55) esclarece que o juiz aplica a lei não só para obedecê-la, mas com caráter profissional, de tal forma que eventuais erros de interpretação não configuram violações de deveres inerentes ao cargo (porquanto a possibilidade da via recursal), diferentemente do que aconteceria num caso de prevaricação, por exemplo, em que o juiz está sujeito, como qualquer outra pessoa, aos imperativos legais.

O fato de o processo constituir um feixe de situações jurídicas, e não de relações, resulta claramente do poder soberano exercido pelo juiz, poder este cuja existência e atividade é, nem mais, nem menos, condição para que se produzam nexos jurídicos (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 56). Estes nexos, por sua vez, decorrem da consideração do direito (ou das normas legais) como medida, de que resulta aos indivíduos o caráter de promessas ou ameaças da conduta do juiz, o que desemboca, em última análise, numa sentença de conteúdo determinado, com o efeito de que a pretensão da parte valha para o futuro diante dos tribunais, como juridicamente fundada ou infundada (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 57).

Os nexos jurídicos recém-mencionados ora conformam a expectativa de uma sentença favorável, cuja concretização depende da prática de um ato processual da parte interessada,⁴ (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 197) ora conformam a perspectiva de uma sentença desfavorável, que depende da omissão da parte (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 57-58).

⁴ "As expectativas de uma sentença favorável dependerão normalmente da prática com êxito de um ato processual anterior realizado pela parte interessada (liberação de cargas)".

A vantagem que se obtém de um ato processual e, conseqüentemente, de uma sentença favorável, representa possibilidades à parte interessada (o autor tem a possibilidade de produzir as provas para atestar o direito que demanda; o réu tem a possibilidade de opor as exceções que reputar cabíveis etc.). De outro lado, quando se pretende evitar prejuízos (uma sentença desfavorável), fala-se, então, em cargas processuais: o autor tem, v.g., a carga da prova dos fatos que alegar (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 58-59). O próprio Goldschmidt (1961, p. 93) assenta que há uma relação estreita entre cargas e possibilidades, já que cada possibilidade apresenta uma carga à pessoa que dela não se aproveita; daí que a ocasião obriga (impõe uma carga), e a mais grave culpa contra si próprio é deixar passar a ocasião.

Diante disso, Goldschmidt (1961, p. 59-60) considera como direitos no sentido processual do termo:⁵ a) a vantagem processual (sentença favorável), comparada aos direitos relativos, porque há, por parte do Juiz, vinculação de satisfazê-las; b) a dispensa de uma carga processual, comparada aos direitos absolutos, pois põe a salvo a liberdade da parte interessada contra qualquer prejuízo; c) a possibilidade de atuar com êxito, comparada aos direitos constitutivos. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 198). Por outro lado, a noção de carga corresponderia ao conceito material de dever ou de obrigação, já que representa a necessidade de uma atuação para prevenir um prejuízo processual (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 60), com a advertência de que, no sentido processual do termo, carga e obrigação não constituem sinônimos, sendo aquela o conceito característico da dinâmica processual.

Abre-se um parêntese para especificar que, no processo penal, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, tendo em vista não apenas que a primeira afirmação é realizada na peça acusatória, mas também pelo fato de que o réu está protegido pela presunção de inocência, motivo pelo qual é equivocado falar-se de distribuição do ônus da prova no processo penal (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 199). O que (co)existe, aqui, com a noção de carga – indo além da ideia inicial de

⁵ O autor adverte, porém, que, "na realidade, não se trata de direitos propriamente ditos, mas de situações que poderiam denominar-se com a palavra francesa: chances". Original da tradução espanhola: "En realidad, no se trata de derechos propiamente dichos, sino de situaciones que podrían denominarse con la palabra francesa: chances". Assim sendo, "diante de uma chance, a parte pode liberar-se de uma carga processual e caminhar em direção a uma sentença favorável (expectativa), ou não se liberar, e, com isso, aumentar a possibilidade de uma sentença desfavorável (perspectiva)".

situação jurídica –, é a assunção de riscos pela defesa; vale dizer, a omissão da defesa potencializa a perspectiva (ou o risco) de uma sentença desfavorável, o que se deve, fundamentalmente, à epistemologia da incerteza (HAWKING, 2015, p. 77-78; PRIGOGINE, 1996, p. 13; SANTOS, 1995, p. 37) que rege a atividade processual e o fato de a sentença ser um ato de convencimento (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 199).

Daí que, fechando o parêntese, as categorias processuais (expectativas e perspectivas), baseadas em normas jurídicas tendentes a alcançar uma decisão judicial futura, constituam uma situação jurídica, entendida como o estado de uma pessoa desde o ponto de vista da sentença judicial, o que se espera de acordo com apoio nas normas jurídicas (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 62). Dessa forma, o processo como situação jurídica reduz a um denominador comum a exigência abstrata de cada cidadão (administração da justiça pelo Estado) e a exigência concreta do titular que postula em juízo (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 63-64). A exigência abstrata produz expectativas próximas e certas de que o juiz atue observando as leis, e expectativas remotas e incertas de uma sentença favorável. Por isso, depende da parte valer-se das possibilidades durante o processo, principalmente em caso de expectativas remotas e incertas (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 64).

Tendo isso em vista, é possível entender o porquê de o feixe de situações jurídicas materiais que desencadeiam expectativas e perspectivas de uma decisão judicial futura refletir uma consideração dinâmica de processo, ligada à ideia de vantagem (possibilidade) e prejuízo (carga) (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 64-65).

Goldschmidt (1961, p. 65), para distinguir a perspectiva dinâmica da estática, recorre às relações entre Estados: em tempos de paz, a relação de um Estado com os seus territórios e súditos é estática; de outro lado, em tempos de guerra essa relação é dinâmica, atribuindo ao Estado expectativas, possibilidades e cargas. O descuido do Estado pode acarretar no seu aniquilamento; mas, ao aproveitar-se da possibilidade, pode ser vitorioso e desfrutar das vantagens daí decorrentes.

As principais objeções, e as correspondentes respostas, à concepção de Goldschmidt podem ser assim sintetizadas: a) o conceito de situação jurídica é sociológico, e não jurídico (LÉVI-STRAUSS, 1952). O autor procurou responder à crítica ao argumento de que o conceito de expectativa processual carece de índole

sociológica tanto quanto o homônimo no campo do Direito Civil, já reconhecido há muito tempo (GOLDSCHMIDT, 1961, p. 65). Além do mais, atualmente inexistente receio de assumir o caráter sociológico e demonstrar a sua absoluta necessidade (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 79 e 203; DIAS, 1999, p. 24); b) a substituição do conceito de relação jurídica pelo de situação jurídica aniquiladora a unidade do processo. Goldschmidt (1961, p. 67) rebate esta objeção afirmando que a unidade do processo é garantida pelo seu objeto, qual seja o direito material, que se desenvolve em situações processuais.

É preciso consignar que um dos principais críticos de Goldschmidt foi o processualista italiano Piero Calamandrei. Este autor teve, igualmente, a ideia de reconhecer a dinamicidade do processo, formulando sua concepção de processo como jogo. Inicialmente, ele opôs diversas críticas às ideias de Goldschmidt; mas, com o tempo, reconheceu os seus próprios equívocos, destinando elogios a ele e lhe atribuindo a célebre alcunha de "mestre do liberalismo processual" (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 205).

4 ELIO FAZZALARI: O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Elio Fazzalari é um autor que se inspirou, inescapavelmente, na produção teórica de Goldschmidt, desenvolvendo suas contribuições em cima da base fundada por ele, dando continuidade à sua obra. A constatação é feita por Lopes Júnior (2017, p. 221), que acrescenta que isto nunca foi admitido nem pelo autor nem por seus seguidores, quicá pelo fato de o doutrinador italiano ter desenvolvido sua obra no âmbito do processo civil e da teoria geral do processo (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 40).

No centro de sua argumentação, encontra-se a rediscussão da categoria do processo enquanto espécie do gênero procedimento (este conceito que havia sido enxugado desde Bülow, sem preocupação em distinções qualitativas). O procedimento, portanto, para que possa ser chamado processo, deve passar pelo necessário crivo do direito fundamental ao contraditório entre as partes, em paridade de armas. O processo deixa assim de ser apenas uma sucessão de atos

(GLOECKNER, 2010, p. 98-99), também superando o malsinado “*clichê*” da relação jurídica formalizada por Bülow.

Essa reafirmação do processo como espécie diante do gênero procedimento foi de especial relevância pelo fato de a doutrina processualística estar, num primeiro momento, muito atrelada ao processo administrativo, sendo daí herdado o conceito de “mera sucessão de atos”. Embora a teoria de Bülow seja posterior a esse momento, ela não forneceu críticas a tais noções⁶ (FAZZALARI, 1975, p. 23-24).

Esta concepção, de *sequenza di atti* (sequência de atos), é inerente ao instituto do “procedimento”, que, quando previsto por lei, não é por ela disciplinada. Mesmo assim, FAZZALARI (1975, p. 26) elenca requisitos para que um procedimento, em abstrato, possa ser considerado como tal, trazendo à sua estrutura uma série de normas que regulam determinadas condutas e posições subjetivas dos sujeitos, na qual uma é necessária para a sequência de outra.

Já o processo, quando previsto, recebe sua própria disciplina especial, além da mera previsão procedimental, ganhando corpo principiológico etc. (FAZZALARI, 1975, p. 23-24). No direito processual penal entra em cena o seu maior protagonista: o contraditório travado entre as partes, interessadas no resultado final⁷ (FAZZALARI, 1975, p. 29).

Fazzalari tece muitas críticas à doutrina processual, inclusive a italiana, por ter dado demasiado crédito à frágil noção bülowiana de relação jurídica e dos conceitos privatísticos desenvolvidos pela escola pandectista. Embora Bülow tenha admitido haver uma complexidade na relação jurídica, tratava-se de tentar enxergar

⁶ “Mais adiante os processualistas constataram a utilidade deste último esquema para a sistematização das atividades jurisdicionais, podendo assim abandonar o desgastado e inapropriado *clichê* da ‘relação jurídica processual’. É, enfim, de ontem a aquisição da noção de ‘processo’, por longo tempo tratado de modo quase atemático, para um próprio significado técnico, aderindo à realidade normativa: significado distinto, mas não desvinculado da noção de procedimento”. Original em italiano: “Successivamente i ‘processualisti’ hanno constatato l’utilità di quest’ultimo schema per la sistemazione delle attività giurisdizionali, potendo così abbandonare il logoro e inadatto *cliché* del ‘rapporto giuridico processuale’. È, infine di ieri l’acquisto alla nozione di ‘processo’, per così lungo tempo adoperata in modo quasi informe, di un proprio significato tecnico, aderente alla realtà normativa: significato distinto, ma non disgiunto dalla nozione di procedimento”.

⁷ “[...] o procedimento compreende o ‘contraditório’, se faz também mais articulado e complexo, e do gênero ‘procedimento’ é facultado incluir a espécie ‘processo’”. Original italiano: “[...] il procedimento comprende il ‘contradittorio’, si fa quindi più articolato e complesso, e dal *genus* ‘procedimento’ è consentito enucleare la specie ‘processo’”.

dinâmica em um conceito meramente estático, ou “mera convenção linguística”. (GLOECKNER, 2010, p. 100).

Enquanto o núcleo fundante da estrutura dialética do procedimento – o princípio do contraditório – seja reconhecidamente um dos princípios fundantes do processo penal, é preciso anotar que, em determinado momento, pensava-se que qualquer ato, ainda que isolado, fosse suficiente para a produção de efeitos apoiado em Aroldo Plínio Gonçalves (GLOECKNER, 2010, p. 101). A semelhança com o processo de matriz inquisitiva é evidente.

O contraditório, exercido em paridade de armas, onde interessado e contra-interessado possuem total simetria, é núcleo fundante não apenas do processo, como da democracia. E, nesse cenário, a forma assume papel de garantia, devendo ser respeitada em sua integralidade para a validação do ato processual; em caso oposto, haverá ato processual inválido, e, portanto uma nulidade (GLOECKNER, 2010, p. 102), sendo que, em função da teoria da contaminação, a validade do ato subsequente depende da validade do ato anterior⁸ (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 40; FAZZALARI, 1975, p. 35).

Além disso, o contraditório, na concepção de Fazzalari, deve ser visto em duas dimensões, sejam elas a da informação e a da reação (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 223). Significa dizer que as partes têm o direito de ser informadas a respeito dos atos processuais e de a eles se oporem em caso de discordância, de forma a possibilitar a substancial igualdade entre elas.

Ressalte-se que, em processo penal, a participação do acusado possui menor necessidade. Isso porque a verdadeira carga probatória fica a cargo da acusação (na linguagem de Goldschmidt), podendo o acusado se manter em silêncio, sendo presumidamente inocente até sentença condenatória transitada em julgado e não tendo dever algum perante a acusação que lhe é feita (GLOECKNER, 2010, p. 105).

O trabalho de Fazzalari, embora desenvolvido essencialmente em âmbito de processo civil, traz eminentes contribuições ao direito processual penal. Embora não

⁸ “Novamente: como anotado, o regime de validade e eficácia de qualquer ato do processo, incluindo o final, é afetado pela regularidade ou irregularidade do ato que o precedete, e influencia a validade e eficácia do ato ou dos atos que seguirem, incluído o último” Original italiano: “Ancora: come rilevato, il regime di validità ed eficácia di ciascun atto del processo, e di quello finale, risente dela regolarità o irregolarità dell’atto che lo precede, e influisce sulla validità e sull’eficacia dell’ato o degli atti che seguono, quello finale compreso”.

se prenda à dogmática criminal, o autor faz questão de ressaltar a separação do Estado entre Ministério Público (acusador) e Juiz (julgador), sendo que cabe, ao primeiro, o papel de requerente, que pede a pronúncia jurisdicional em desfavor do acusado (FAZZALARI, 1975, p. 102). É evidente a consonância do pensamento do autor italiano com o fundamento teórico de instrumentalidade constitucional e a pretensão acusatória.

O autor também faz uma breve regressão histórica, demonstrando os três modelos de processo penal conhecidos: acusatório, inquisitório e misto. Neste último, a iniciativa processual não se dá pelo julgador: a *azione penale* é oferecida pelo *pubblico ministero*. Mesmo assim, a instrução se dá de modo inquisitório, isto é, com notório poder judicial sobre a instrução processual. (FAZZALARI, 1975, p. 102-103; COUTINHO, 1998, p. 165-167). E comenta: embora a doutrina venha buscando por um novo modelo, totalmente acusatório, o modelo italiano era ainda misto (ao menos, à época em que escrevia o autor).

A título de conclusão deste tópico, ressaltamos que é preciso realizar uma leitura conjunta das obras de Goldschmidt e Fazzalari. É esta leitura compartilhada que possibilitará alcançar, em completude, aquilo que mencionamos na introdução deste texto, isto é, a noção do processo penal como instrumento constitucional de proteção dos direitos e garantias fundamentais do hipossuficiente (acusado), regido pelo princípio dispositivo, em um sistema acusatório e democrático.

5 CONCLUSÃO

O presente texto se ocupou de dissertar brevemente acerca da natureza jurídica do processo, reafirmando a importância do estudo do tema e das suas consequências práticas para o direito processual penal.

Tomou-se por base a concepção de instrumentalidade constitucional do processo penal enquanto legitimadora da intervenção do Estado, mediante sua pretensão acusatória (e não *ius puniendi*, pois ausente o direito de punir sem o processo). Da obrigatoriedade do processo penal jurisdicional deriva, pois, o conceito de princípio da necessidade.

Após tratar de três dos mais influentes autores para o tema (Bülow, Goldschmidt e Fazzalari), ressaltou-se o quanto o conceito de processo como relação jurídica se encontra defasado, ainda que permaneça pouco questionado por grande parte da doutrina brasileira.

As ideias de Goldschmidt, pelo contrário, fazem perceber a complexidade e a dinamicidade do processo penal, tornando-se imprescindíveis cientificamente. Daí a importância da obra de Fazzalari, que deu continuidade às noções goldschmidtianas.

Enfim, não buscou este escrito senão reafirmar aquilo que se quer para um processo penal democrático. Se é por ele que se mede como um determinado Estado utiliza de seu poder de punir, somente com o respeito às garantias e direitos fundamentais da parte hipossuficiente (acusado) poder-se-á estar diante de um Estado democrático de direito, respeitador das regras do jogo.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Pedro Aragonese. **Proceso y derecho procesal**: introducción. 2. ed. Madrid: EDERSA, 1997.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

BÜLOW, Oskar von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtstein. Buenos Aires: EJE, 1964.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral, tomo I : questões fundamentais, a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1975.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma**: para além da racionalidade histórica. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2001.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. **Revista sistema penal e violência**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 47-61, 2011. Disponível em:
http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11379/2/Inaplicabilidade_do_Conceito_de_Acao_ao_Processo_Penal.pdf. Acesso em: 22 set. 2019.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades**: processo penal e instrumentalidade constitucional. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2010.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**: teoria general del proceso. 2. ed. Buenos Aires: EJE, 1961.

HAWKING, Stephen. **Uma breve história do tempo**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Raça e história**. Tradução: Inácia Canelas. Lisboa: Editorial Presença: Martins Fontes, 1952. Disponível em: <http://bit.ly/raca-e-historia-c-levi-strauss>. Acesso em: 15 nov. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Recebido em 18/03/2020.

Aceito em 24/03/2020.

VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

VIOLATION OF HUMAN RIGHTS IN THE PRISON SYSTEM

Felipe da Silva Rodrigues*

Fabiana Delgado**

Maria Geralda de Miranda***

Reis Friede****

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a ocorrência de violação dos Direitos Humanos no sistema prisional, praticada como objeto de correção ou abuso de poder. Apresenta um pouco do contexto histórico e da evolução dos Direitos Humanos e do Princípio da Dignidade Humana. A violação dos direitos humanos fundamentais cometida por membros do sistema penitenciário constitui uma afronta aos princípios constitucionais e à Declaração Universal dos Direitos Humanos. As vítimas são os presos e seus parentes, geralmente pessoas pobres sem influência econômica, social ou política, que são detidos como acusados ou suspeitos de crimes e que geralmente têm dificuldade em acessar a justiça por falta de informação e / ou instrução. As violações dos direitos humanos têm inibido o desenvolvimento de investigações criminais científicas. Várias regras argumentam que os presos devem ser tratados com dignidade e respeito e não devem ser submetidos a tortura ou tratamento cruel. A prática de violação de direitos gera descrença na recuperação de presos, nas instituições e nas políticas de segurança pública. O treinamento e o aprimoramento dos profissionais de segurança prisional são importantes para que eles percebam que são garantidores de direitos, que devem cumprir e fazer cumprir as leis, tratados e convenções de Direitos Humanos. A prisão deve ser um ambiente humanizado, com respeito aos direitos fundamentais, e a punição não deve ser uma maneira de agravar o sofrimento do prisioneiro. Deve haver maior participação e controle social junto às ouvidorias e corregedorias. É importante que exista confiança social nos órgãos e agentes penitenciários, a fim de serem mais eficazes na prevenção de crimes e na proteção dos direitos dos presos.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Dignidade da pessoa Humana, Direitos do preso, Violação, Sistema penitenciário.

* Servidor do Poder Judiciário Federal, ocupante do cargo de Agente de Segurança Judiciária, Ex-Fuzileiro Naval, Ex-Bombeiro Militar, graduado em Fisioterapia pela UNESA, Bacharel em Direito pela UNISUAM, pós-graduado em Segurança Pública, interesse nas áreas de Direitos Humanos, Segurança Pública e Direito do Trabalho.

** Mestranda em Desenvolvimento Local pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM.

*** Pós-doutora em políticas públicas pela UERJ e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM.

**** Reis Friede é Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Correio eletrônico: reisfriede@hotmail.com.

Abstract: This paper aims to demonstrate the occurrence of violation of Human Rights within the prison system, practiced as an object of correction or abuse of power. It presents a little of the historical context and evolution of Human Rights and the Principle of Human Dignity. The violation of fundamental human rights committed by members of the prison system constituted an affront to constitutional principles and the Universal Declaration of Human Rights. The victims are the prisoners and their relatives, usually poor people with no economic, social or political influence, who are detained as accused or suspected of crimes and who generally have difficulty accessing justice for lack of information and / or instruction. Human rights violations have been inhibiting the development of scientific criminal investigation. Several rules argue that prisoners should be treated with dignity and respect and should not be subjected to torture or cruel treatment. The practice of this violation leads to disbelief in the recovery of the prisoner, institutions and public security policies. Training and improvement of prison security professionals is important for them to realize that they are rights guarantors, who must comply with and enforce human rights laws, treaties and conventions. Prison should be a humanized environment with respect for Fundamental Rights and punishment should not be a way to aggravate the suffering of the prisoner. There must be greater participation and social control with the ombudsmen and Internal Affairs. It is important that there is societal trust in prison organs and agents in order to be more effective in preventing crimes and violating the rights of prisoners.

Keywords: Human Rights, Dignity of the Human Person, Rights of the Prisoner, Violation, Penitentiary System.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é um estudo na área dos Direitos Humanos, que tem por objetivo demonstrar a ocorrência de violação de direitos fundamentais dentro do sistema penitenciário. O assunto é abordado de forma ampla, porém objetiva, com uma breve análise histórica dos direitos humanos e do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Aponta-se as condutas violadoras de direitos praticadas no sistema prisional e as características das vítimas mais frequentes, bem como as normas e políticas públicas que objetivam acabar com a violação de direitos fundamentais dentro do sistema penitenciário.

O estudo objetiva também demonstrar a necessidade de uma formação e aperfeiçoamento dos profissionais do setor direcionada para a proteção e garantia dos direitos fundamentais do indivíduo como forma de prevenir e combater a violação de direitos básicos da pessoa. Concluímos, apontando a necessidade de uma participação social onde o cidadão, além de acreditar no trabalho dos órgãos envolvidos, deve cobrar qualidade, resultados e transparência nas ações realizadas, podendo ainda contribuir com denúncias de desvios de conduta e de abusos de poder realizadas junto às Ouvidorias e Corregedorias. Mostra-se que é preciso direcionar ações para um problema específico, juntamente com um esforço de repensar, redirecionar e intensificar as ações de prevenção e combate da tortura e violação de direitos cometida no sistema carcerário.

Embasado em pesquisa bibliográfica, aborda de forma descritiva o tema a partir de fontes disponíveis nas bibliotecas e na internet, tais como: livros, artigos, peças processuais, doutrina e legislação.

Os direitos fundamentais são garantidos e defendidos para todos os povos em qualquer tempo, possuem caráter inviolável, atemporal e universal, estando diretamente ligados a uma história de lutas contra injustiças. Os direitos fundamentais advêm da própria natureza humana, sendo conhecidos também como direitos humanos, direitos da pessoa humana, direitos dos homens, direitos individuais, direitos do homem e do cidadão, direitos naturais, entre outros.

Nossa Carta Magna de 1988 prevê por todo seu texto que os direitos fundamentais devem ser garantidos pelo Estado e por qualquer de seus poderes devendo ser respeitado por todos.

Necessário apontar que a transformação da humanidade foi marcada por importantes momentos históricos como a revolução industrial e a, que consolidaram os ideais de igualdade entre os homens, mais especificamente na positivação de direitos civis e políticos. Assim, imprescindível a análise histórica dos direitos humanos como garantia fundamental do homem reconhecido como sujeito de direitos.

2 HISTÓRICO DIREITOS HUMANOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Dignidade Humana é composta por um conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção.

Sarlet (2015) destaca que “a ideia de dignidade da pessoa humana, resulta da convergência de diversas doutrinas e concepções de mundo que vêm sendo construídas desde longas datas na cultura ocidental”.

Comparato (2010) e Aragão (2001) apontam que as primeiras concepções de direito fundamental repousavam na idade antiga e média, ora difundida no divino (cristianismo), e ora na natureza racional. Surgiu daí a concepção do direito natural de que certas garantias eram inerentes ao homem. Algumas destas leis naturais materializaram-se em documentos como o Código de Hamurabi, a Lei das XII Tábuas e as Leis Mosaicas.

Em 1879 foi descoberto nas ruínas da Babilônia, o cilindro de Ciro, um cilindro de argila, em língua acádica e com escrita cuneiforme, que passou a ser considerado por muitos como a primeira carta de direitos humanos. O cilindro continha as declarações do Rei Ciro datadas de 539 a.C., que determinava o livramento dos homens da escravidão e estabelecia a igualdade racial e o direito a escolha de uma religião (MIGUEL, 2016).

Castilho (2012) destaca que para melhor compreender a evolução história dos Direitos Humanos, é necessário destacar alguns acontecimentos passados que contribuíram para a classificação dos direitos fundamentais em dimensões.

Helisane Mahlke (2017, p. 26) aponta que os Direitos Humanos podem ser classificados em 6 dimensões que contribuíram para o seu surgimento.

Em 1215 houve a elaboração da Carta Magna, documento de grande importância no processo da Declaração de Direitos Humanos. A carta tinha o escopo de proteger o povo das arbitrariedades do rei João da Inglaterra, e previa o direito de a igreja ficar livre da interferência do governo, o direito de liberdade para que todos cidadãos pudessem possuir e herdar propriedades, e também de proteção contra impostos excessivos. A Carta Magna buscava a liberdade e a proteção do indivíduo contra os abusos do Estado.

Em 1689, surgiu o *Bill of Rights*, fruto da "Revolução Gloriosa" ocorrida na Inglaterra no mesmo período, que retirava parte do poder do monarca, transferindo esse poder para o Parlamento, como representantes do povo (MAHLKE, 2017, p. 13).

Em 1776 com o surgimento da Declaração de Independência dos Estados Unidos, os direitos previstos na Carta Magna e no *Bill of Rights* foram reconhecidos e fortalecidos. A importância histórica da Declaração de Independência é por ser o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social (COMPARATO, 2010, p. 119).

Outro marco importante foi a Revolução Francesa, considerada a mais notória delas. Teve como objetivos fazer com que todos os franceses fossem iguais perante a lei, melhorar as condições econômicas, separar o Estado da Igreja e estabelecer as divisões dos poderes. Silva (2017) destaca que a revolução contribuiu para a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, trazendo a ideia de liberdade e igualdade da Declaração de Independência dos Estados Unidos e ampliando os direitos com a ideia de fraternidade. No entendimento de Fabio Konder Comparato, o artigo I da Declaração de Independência Americana "é o registro de nascimento dos Direitos Humanos na

história”, vindo a consolidar a ideia de igualdade entre os homens, também presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (COMPARATO, 2010, p. 62)

Piovesan (2014) assinala que esses documentos (a Carta Magna, o *Bill of Rights*, a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), contribuíram para o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão (liberdades públicas, direitos civis e políticos).

Com a Revolução Francesa e a Revolução Industrial, surgiram outros documentos como as Constituições Mexicana de 1917, que foi a primeira a reconhecer os direitos dos Trabalhadores; a Constituição Alemã de Weimar em 1919, que consagrava uma série de direitos como educação, trabalho, saúde e liberdade religiosa; e ainda a Constituição do Brasil de 1934 e o Tratado de Versalhes, que juntos, deram origem aos direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais, culturais e econômicos que nasceram com o princípio da igualdade). (MAHLKE, 2017, p. 28).

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão objetivam a fraternidade e a solidariedade, são direitos de proteção, comunicação e do meio ambiente, de forma difuso e coletiva. Buscam a proteção do meio ambiente e de grupos humanos como a infância, a juventude, a família, o povo e a nação (SARLET, 2011, p. 48).

Mahlke (2017, p. 28) diz que os direitos de quarta dimensão são aqueles advindos da afirmação de uma cidadania global, necessidade emergente no mundo atual por causa do processo de transnacionalização de bens, valores, informação e, principalmente, das próprias pessoas. Engloba as transformações advindas da ciência, da tecnologia e informação, assegurando o direito à dignidade humana em face das transformações e modificações da sociedade globalizada.

Os direitos de quinta dimensão seriam aqueles relativos ao direito à paz e que pertencem a toda humanidade. Já os direitos de sexta dimensão seriam aqueles relacionados à bioética, à manipulação genética e demais direitos tocados pelo avanço das pesquisas científicas e pela evolução tecnológica.

Voltando ao pós Segunda Guerra Mundial, importante destacar a Carta das Nações Unidas, como resultado da Conferência de São Francisco e do surgimento da

Organização das Nações Unidas – ONU em 1945, que marcam uma nova fase na proteção dos Direitos Humanos (MAHLKE, 2017, p. 16).

Em 1948 foi promulgada a Declaração Universal de Direitos Humanos, que trouxe a ideia de direitos universais e confirmou a tríade liberdade, igualdade e fraternidade. Trata-se de um instrumento pelo qual os Estados-Nação estão comprometidos a observarem os direitos comuns a todos os homens. Essa declaração constitui o principal documento de proteção aos direitos humanos, sobretudo porque é a partir dela que o indivíduo passa a ser considerado sujeito de direitos no plano internacional (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Outros documentos internacionais importantes foram o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Sociais e Econômicos em 1966, e ainda a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica em 1969, que visavam uma tentativa política de reafirmar direitos que eram violados pelos mesmos dirigentes que diziam defendê-los.

Em 1993, a Declaração de Viena (Conferência Mundial dos Direitos Humanos) demonstrou grande apoio internacional à promoção e fortalecimento da democracia e dos direitos humanos, realçando uma concepção contemporânea dos Direitos Humanos caracterizado pela universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.

Ricardo Castilho (2012) explica que a concepção mais atual de Direitos Humanos está expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo a qual, os Direitos Humanos pertencem à pessoa humana, não precisando de lei para regulamentá-lo. Para Castilho, “o direito humano é o respeito que cada pessoa deve ter com o próximo, devendo ter sempre em mente que cada pessoa é um ser, devendo todos serem tratados com dignidade.” (CASTILHO, 2012, p. 11-12).

No plano nacional, os Direitos Humanos foram expressamente internalizados e elevados a um status constitucional, dando a estes direitos a nomenclatura de direitos e garantias fundamentais, estando inserido neste rol aquele que é considerado o princípio basilar de todo o ordenamento jurídico e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a Dignidade da Pessoa Humana.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consagrado no artigo 1º, inciso III da Constituição da República de 1988, previsto no rol das garantias fundamentais, é considerado um princípio máximo do Estado Democrático de Direito. Esse princípio visa um valor espiritual, moral, inerente a pessoa, ou seja, todo e quaisquer ser humano é dotado dessas condições.

A dignidade humana é um direito fundamental de todo indivíduo, destina-se a assegurar sem qualquer distinção, o respeito à integridade física e moral previsto no artigo 5º, XLIX da CF/88. Cabe ao Estado, representado por seus agentes a obrigação de proporcionar dignidade a seus cidadãos.

Os Direitos Humanos são os direitos e liberdades básicas de todas as pessoas, fincados no Princípio do respeito, que segundo a obra "Fundamentação da metafísica dos costumes" de Immanuel Kant, possui características como a privacidade, veracidade e autonomia da vontade (KANT, 2009). A dignidade humana está intimamente ligada ao respeito, princípio que deve ser observado a todas as pessoas. Esse princípio é fruto de conquistas que atravessaram a história da humanidade como por exemplo a Segunda Guerra Mundial onde ocorreu sem limites grande desrespeito ao ser humano.

O objetivo dos Direitos Humanos é preservar a dignidade da pessoa, protegendo-a contra o arbítrio do Estado e proporcionar a melhor condição de vida para permitir o livre desenvolvimento das atividades humanas. Toda pessoa é um ser moral e racional, são universais, logo, deve ser aplicado a todos; sem discriminação de raça, cor, sexo ou religião.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, traz consigo uma gama de direitos e atributos necessários para sustentar a dignidade da vida em sociedade, tendo como elementos básicos para a sobrevivência: o saneamento básico; a saúde; o emprego; a segurança pública; entre outros, todos essenciais para a garantia fundamental em nossa constituição.

Segundo Castilho (2012, p. 12-14) existe grande discussão sobre a terminologia correta para designar Direitos Humanos, sendo aceito e utilizado várias expressões tais como: direitos individuais, direitos humanos, direito público

subjetivo, liberdades fundamentais, liberdade pública, direitos fundamentais do homem ou direitos humanos fundamentais.

Castilho (2012, p. 106-108) relata que nossa constituição é um dos documentos mais democráticos do mundo e, apesar disso, carecemos muito de cidadania pois, em termos de direitos humanos, tudo o que está previsto na Carta Magna é muito diferente da realidade. A prática e teoria guardam ainda enorme distância entre si.

Existem duas concepções quanto a natureza dos direitos da pessoa humana. Uma concepção tradicional, aponta que a natureza humana teve sua origem no jus naturalismo na Grécia antiga, onde os gregos acreditavam que o poder advinha do cosmos (deuses), passando para uma visão mais clássica de que o direito natural seria produto da própria razão humana. Na concepção tradicional, os direitos naturais (*Ius* naturalismo) independem de legislação, são inerentes a pessoa humana e necessários para a sobrevivência, não foram criados pelo Estado, que apenas os reconheceu como direitos preexistentes e decorrentes da própria condição humana.

Numa segunda concepção, são direitos positivados (*Ius* positivismo), estabelecidos em lei, que só existem na medida em que são incorporados ao direito positivo de um determinado Estado.

Mahlke (2017, p. 10) aponta que os "Direitos Humanos podem ser considerados como um conjunto de valores comuns à humanidade, entendidos individual ou coletivamente, considerados inerentes à natureza humana e, portanto, não cabe ao direito constituí-los, mas apenas declará-los, são inalienáveis e imprescritíveis por princípio".

Os Direitos Humanos compreendem a cidadania, que conforme explicado por Mahlke:

É um conjunto de direitos que confere a possibilidade de participar ativamente da vida política e do governo. A cidadania implica a convivência em uma ordem democrática, em que o indivíduo se vê integrado ao meio social, goza de participação da vida pública de seu Estado e tem, por ele e pelos demais, sua dignidade respeitada. A cidadania compreende o exercício de direitos e deveres fundamentais, que lhe permitem existir, desenvolver-se e participar plenamente da vida, associando-se às características naturais do ser humano e os meios de que este pode se valer para preservá-la no âmbito da organização social (MAHLKE, 2017, p. 158).

2 DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PRISIONAL

Nosso país está entre as democracias mais influentes nos assuntos regionais e globais, mas continua a enfrentar desafios sérios de direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), possui a ideia central de garantir um conjunto básico de direitos e liberdades válidos em qualquer território, independentemente de sua organização política.

No entendimento de Comparato (2010) a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, possui em seus 30 artigos o objetivo principal de evitar que o ser humano seja tratado como objeto descartável, além de procurar criar condições concretas para evitar a repetição de fatos que marcaram a história da humanidade.

É notório a existência de desigualdade social da população, inclusive no sistema carcerário. Não é de hoje que estudos como o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), demonstram que a maior parte da população carcerária é de pessoas negras ou pardas, de baixa renda, com pouco estudo e geralmente morador de comunidades e periferias. Esse também é o perfil de quem mais sofre violação dos seus direitos básicos como pessoa dentro do sistema carcerário, seja através de um tratamento verbal inadequado ou pela privação de exercer seus direitos mais básicos como pessoa (BRASIL, 2019).

O artigo 5º de nossa Constituição Federal resguarda o ser humano pouco importando se honesto ou desonesto, visto que os direitos humanos vestem todos os indivíduos, assim foram concebidos e nesse prisma devem ser observados (NUCCI, 2016, p. 55).

Nossa Constituição Federal determina em seu artigo 3º, inciso XLI, que "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"; e no Artigo. 5º, inciso XLI, que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

A pena de privação da liberdade é o recurso utilizado pelo Estado com objetivo de punir e ressocializar aqueles que cometeram crimes. O objetivo do

Estado é manter a convivência em sociedade pacífica, bem como proteger certos bens jurídicos. Assim, quando uma pessoa é presa, o único direito fundamental que deve ser restrito pelo Estado é o direito à liberdade, sendo a pessoa retirada do convívio em sociedade como forma de se manter e promover a defesa social.

O principal objetivo é recuperar e reintegrar o detento à sociedade, conforme previsto no artigo 1º da Lei de Execução Penal: "Art. 1º - A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do internado." (BRASIL, 1984, não paginado).

Atualmente, fatores éticos, sociais e materiais contribuem para a falência da prisão em seus objetivos punitivo e ressocializador. Quando uma pessoa é presa e levada ao cárcere, ela sofrerá muitas outras violações de diversos direitos básicos da pessoa humana, além de sofrer preconceitos e humilhações por quem deveria fazer cumprir a lei. Podemos dizer que atualmente a prisão ao invés de ressocializar, acaba por desmoralizar, denigrir e aperfeiçoar o condenado na vida do crime.

Parte da sociedade brasileira enxerga o preso como um criminoso sem correção, a sociedade não acredita na recuperação do detento e acaba por aceitar que o mesmo seja tratado de maneira árdua, em condições desumanas e como animal dentro do cárcere.

O Estado tem o dever de garantir o "mínimo existencial", ou seja, aquilo que é necessário para que uma pessoa tenha assegurada sua sobrevivência a uma vida digna, mesmo estando privada de sua liberdade. O preso condenado enquanto recluso nas penitenciárias é possuidor de direitos, deve ter garantido pelo Estado o mínimo exigido para o respeito à dignidade da pessoa humana e a defesa de seus direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença que o condenou. É por isso, que o Código Penal, em seu artigo 38, assegura que o preso conserva todos seus direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito a sua integridade física e moral. Ainda, o artigo 59, regula que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 1940).

Considerando que vivemos em uma sociedade na qual presenciamos diversos episódios de preconceito e violência, construir uma cultura de direitos humanos é fundamental. Assim como é papel do Estado construir políticas públicas capazes de proporcionar um ambiente de garantia de direitos, que promovam a equidade e a inclusão. A falta de apoio e o desinteresse de governos, a má administração carcerária e o desrespeito à legislação acabam por contribuir com os problemas carcerários como a superlotação, a deterioração da estrutura, a corrupção dos agentes penitenciários, a presença de entorpecentes, rebeliões, motins, dentre outros. Tais problemas demonstram que a finalidade de recuperar o detento está cada vez mais distante.

2.1 O Agente de Segurança Prisional como Garantidor e Violador de Direitos

Nucci (2016, p. 52) aponta que as ações do Estado são desenvolvidas por pessoas, os chamados agentes públicos, que estão submetidos a uma série de leis que determinam como devem se comportar e quais são as punições cabíveis em caso de descumprimento dessas obrigações. Assim, o agente de segurança prisional no exercício do cargo ou função, possui obrigação de atuar dentro dos parâmetros estabelecidos em lei, sob pena de incorrer em crime de abuso de autoridade.

A ação do agente de segurança deve ser compreendida como uma atividade desempenhada pelas autoridades legalmente investidas nas funções públicas e dotados de competência para a ação preventiva e repressiva, visando garantir a ordem pública e os direitos da pessoa como cidadão.

Observa-se que quando houver oposição de um infrator, a coercibilidade do ato de polícia irá justificar o emprego da força devendo sempre se manter nos limites da lei utilizando somente a força necessária, onde o excesso praticado poderá configurar abuso de autoridade ou a ocorrência de outros crimes.

A Portaria Interministerial nº 4226, de 31 de dezembro de 2010, estabelece diretrizes sobre o uso da força por agentes de segurança pública, considera que o direito à segurança pública deve ser exercido com cidadania demandando a sedimentação de políticas públicas de segurança pautadas no respeito aos direitos

humanos. A portaria nº 4226 prevê ainda que a atividade do agente de segurança deve ser pautada nos princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência (BRASIL, 2011).

Dentro desse contexto, um grande avanço foi a criação das armas não letais para minimizar as mortes e os danos de ferimentos às pessoas, uma vez que estas armas foram projetadas para incapacitar as pessoas temporariamente, com o objetivo de preservar vidas e não causar grande sofrimento nas pessoas.

Como explicado por Mahlke (2017), cidadania implica no exercício de direitos e deveres fundamentais do indivíduo na participação da vida pública de seu Estado com respeito a sua dignidade.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144, estabelece que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, devendo ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. A Constituição refere-se aos órgãos encarregados de assegurar a paz e o bem-estar à sociedade, tendo em vista, que no Estado Democrático de Direito, o grande enfoque da segurança pública destina-se a prevenir a ocorrência de infrações penais.

Nas palavras de Guilherme de Sousa Nucci: "Segurança Pública é justamente a sensação de bem-estar de uma comunidade, certos os seus moradores de que terão uma vida tranquila e pacífica, livres de aborrecimentos trazidos justamente pela convivência com outras pessoas." (NUCCI, 2016, p. 47).

A segurança pública não é atividade ou responsabilidade exclusiva da polícia civil ou militar. Cuida-se de dever de todos, em particular dos órgãos realmente vinculados à Justiça Criminal, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Judiciário (NUCCI, 2016, p. 48).

A Portaria Interministerial nº 4226 regula que é necessário que os membros da segurança pública sejam bem treinados para que não tenham a intenção de matar ou ferir gravemente os agressores e para também tentar diminuir o número de vítimas em confronto.

O Código de Conduta das Nações Unidas, instrumento adotado por intermédio da Resolução nº 34/169, de 17 de dezembro de 1979, da Assembleia

Geral das Nações Unidas, no seu art. 3º, diz: "os funcionários encarregados pela aplicação da lei podem fazer uso da força quando estritamente necessária e até a extensão requerida para o cumprimento do seu dever" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1979, p. 1).

A Resolução da ONU, nº 34/169, diz: "o nível de força a ser utilizado poderá ser sempre proporcional ao nível de resistência oferecida. Como o uso da arma de fogo é sempre uma medida extrema, há cinco níveis de força a serem utilizados antes da arma de fogo" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1979, p. 1).

Vejamos:

Nível 1 – Presença física, Nível 2 – Verbalização, Nível 3 – Controle de contato ou controle de mãos livre (técnicas de imobilização e condução), Nível 4 – Técnicas de submissão (uso de agentes químicos), Nível 5 – Técnicas defensivas não letais (gases, equipamentos de impacto controlado e imobilizações mais severas) e Nível 6 – Força letal (somente em situações extremas).

Importante frisar que existe uma gama de leis, tratados e normas que protegem o direito do preso enquanto pessoa humana, porém, quando esta gama de procedimentos não é cumprida por quem deveria, acaba por contribuir para o cenário de caos e terror que se tem no sistema penitenciário.

A estrutura do sistema carcerário parece eficaz quando diante de tantas normas existentes, mas na verdade a má aplicação delas é que acaba por produzir um efeito diferente do esperado, ou seja, não atinge os resultados para os quais foram criadas.

Quando um agente do sistema carcerário viola a lei, ele não só viola a dignidade da pessoa humana como coloca uma barreira à eficaz atuação de seu órgão de segurança, o que acaba por trazer efeitos negativos que podem diminuir a confiança da sociedade, isolando a atuação do órgão ou do agente da comunidade, o que acaba por provocar críticas negativas por parte da comunidade nacional e internacional.

A conduta negativa de um agente prisional causa lesão a direitos fundamentais da pessoa, ela pode ser caracterizada por atos comissivos ou

omissivos, podendo causar ainda danos materiais ou morais a quem foi coagido ou teve sua dignidade violada.

No cenário carcerário as autoridades que deveriam garantir os direitos dos presos parecem atuar com descaso deixando de garantir os direitos à vida e à integridade do indivíduo sobre o qual exercem custódia.

A violação de direitos é praticada em vários setores pelas autoridades responsáveis por sustentar e aplicar a lei. Os agentes de segurança prisional, que são os responsáveis pelo ofício de guarda, vigilância, prevenção e combate à violência, são os mesmos que ignoram os direitos fundamentais do cidadão e acabam por praticar a conduta ilegal através de abusos e arbitrariedades que ferem os direitos fundamentais da pessoa humana.

Não é de hoje que ocorre a violação de direitos humanos, tal pratica sempre existiu, havendo ainda épocas de total retrocessos na garantia desses direitos. Castilho, em sua obra *Direitos Humanos*, destaca que:

A ditadura militar foi um dos grandes fatores que contribuíram para a baixa evolução dos direitos humanos no Brasil; pois, enquanto em outros países o direito humano era o centro das atenções e, em todo momento, buscava-se aperfeiçoar tais direitos, aqui no Brasil o que se vivia era a ditadura militar, pois o que se via durante esse período era o total desrespeito à pessoa, violando totalmente o direito do cidadão, o que demonstrava um total descaso aos direitos humanos. (CASTILHO, 2012, p. 106).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, importante documento na proteção dos direitos humanos fundamentais, em seu artigo 1º, afirma que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

A Declaração traz ainda em seu artigo 3º, a vedação a tratamento desumano, cruel ou degradante, como a proibição da prática da tortura.

Conforme a Lei 9.455, de 07 de abril de 1997, que define os crimes de tortura, o artigo 1º, I e II, dispõem que constitui crime de tortura constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; para provocar ação ou omissão de natureza criminoso; e em razão

de discriminação racial ou religiosa. Como também, submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. (BRASIL, 1997).

Assim, nas palavras de Rabeschini (2014), tortura é a forma mais desumana e degradante a qual um ser humano submete outro, produzindo dor, pânico, desgastes moral e emocional ou desequilíbrio psíquico, provocando lesões, contusões funcionalmente anormais do corpo ou das faculdades mentais, bem como, causando prejuízo a moral. A consumação do crime de tortura se dá tão somente com a simples ocorrência do resultado dor física ou mental; bastando que a vítima sofra, portanto não é necessário que o agente tenha conseguido seu objetivo.

Conforme recente notícia da Procuradoria da República no Pará, datada de 02 de setembro de 2019, O Ministério Público Federal – MPF, aponta que a tortura ainda é utilizada como castigo e como forma de se manter a ordem e disciplina nos ambientes prisionais. A matéria intitulada “MPF recomenda apuração de denúncias de prática de tortura pela Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária no PA” mostra relatos que indicam a ocorrência de uma série de violações a normas nacionais e internacionais no tratamento dos presos (PARÁ, 2019).

2.2 Violação de Direitos do Preso e Ex-Detentos

O dever do Estado em punir visa manter o equilíbrio e a ordem social. A sanção penal deve buscar a aplicação da pena sem descuidar da função ressocializadora onde o Estado deve garantir o mínimo exigido para o respeito à dignidade da pessoa humana e a defesa de outros direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença condenatória.

O preso, que geralmente integra a classe menos favorecida, já possui diminuída suas expectativas de vida, e ao passar por tratamento desumano e condições precárias dentro do sistema prisional terá aumentado ainda mais seu sentimento de revolta. Com isso, são comuns as rebeliões com brigas de facções rivais que deixam muitos mortos, com presos decapitados, queimados e

esquartejados. Toda essa situação diminui as chances de recuperação do indivíduo, podendo levar a altos índices de reincidência, uma vez que nossas prisões são ambientes degradantes e violadores dos direitos humanos.

No artigo “Os direitos humanos e as degradantes prisões brasileiras”, publicado em 26 de fevereiro de 2019 no site DireitoNet, o autor discute a situação prisional brasileira a partir dos Mutirões do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, realizados em 2014, que constatou condições degradantes nos cárceres em diversas regiões do território nacional. Segundo o autor, o CNJ descreve nossas instituições prisionais como chocantes e medievais, que permitem a absoluta e recorrente degradação da dignidade humana (FRIEDE, 2019).

A matéria “Violentas, prisões do Brasil têm imagem internacional de inferno medieval”, disponibilizada em 25 de maio de 2019 no Blog do Brasilianismo, aponta recentes repercussões internacionais sobre as prisões brasileiras, bem como as últimas rebeliões e massacres ocorridos nas penitenciárias do país.

Os direitos essenciais do apenado estão presentes em documentos internacionais admitidos pelo ordenamento jurídico, como prevê o Pacto de São José da Costa Rica, Decreto Nº 678/92 (BRASIL, 1992), a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e Lei de Execuções Penais, nº 7.210/84 (BRASIL, 1984).

Vale salientar que a Constituição Federal, estipula em seu artigo 5º, incisos III, XLIX e XLVII, respectivamente:

Art. 5º. ...
III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;
“XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”;
“XLVII - não haverá penas:
[...]
e) cruéis. (BRASIL, 1988, não paginado).

A Lei de Execuções Penais (LEP), Lei 7.210/84, em seu artigo 10, garante a assistência ao preso como dever do Estado, tanto ao preso como ao internado, estendendo-se à figura do egresso. (BRASIL, 1984).

Os artigos 11 e 12 elencam que a assistência ao preso deve fornecer saúde, assistência jurídica, educacional, social e religiosa, alimentação, vestuário e higiene.

O artigo 40 impõe a todas as autoridades o respeito a integridade física e moral dos condenados e presos provisórios.

Já o artigo 41 aponta 16 incisos que constituem os direitos do preso. Nesse rol se incluem o direito ao trabalho e remuneração, direito à previdência social, direito de exercer atividades intelectuais e artísticas com a finalidade de humanizar o cumprimento da pena.

A Resolução nº 14, do Conselho Nacional De Política Criminal E Penitenciária (1994), estabelece as regras mínimas para o tratamento de presos no Brasil, em seu artigo 9º, dispõe que os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação. O artigo 10 aponta que os locais devem possuir janelas amplas para permitir a circulação de ar fresco, instalações sanitárias adequadas e instalações para um banho em temperatura adequada ao clima. Porém, não é isso que acontece, vez que na maioria das penitenciárias existe superlotação, fazendo com que o espaço fique reduzido, a limpeza e higiene escassa e a dignidade humana mais uma vez vilipendiada.

Contudo, nada do que é previsto na legislação pertinente acontece, nosso sistema carcerário é visto como forma de pena cruel, uma vez que não há somente o cerceamento da liberdade, mas também tratamento hostil, banal e totalmente desumano.

É certo que a maioria das instalações que abrigam presos são precárias, o que é um verdadeiro choque entre a letra da lei e a realidade.

Nas penitenciárias brasileiras é crescente o número de presos que se amontoam em espaços minúsculo, consequência da superlotação, as carceragens são precárias e sem infraestrutura digna para um ser humano, os presos sofrem maus tratos e acabam sendo vítimas de outras violências quando ocorrem motins, rebeliões e massacres.

Greco (2011, p. 210) aponta que devido a superlotação, existe a figura do preso chamado "preso morcego", que seria o detento que, em razão da impossibilidade de dormir deitado no chão da sua cela, dorme em pé, com seus pulsos amarrados nas grades. Ocorre ainda dos presos se revezam para dormir, ou

seja, o período de sono é dividido em turnos, por ser impossível que todos, ao mesmo tempo, possam deitar-se para descansar. Tais fatos também configuram um cumprimento cruel e desumano da condenação.

Para o Desembargador Orlando Perri, do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, as prisões de hoje são “verdadeiros calabouços medievais”. Perri cita que os problemas vivenciados nos presídios vão desde a superlotação que obriga presos a revezarem espaço para dormir no chão do banheiro até celas sem saída de ar e luz. Em uma cela de 18 m² com capacidade para oito pessoas, foi verificado 30 presos. Afirma ainda, que há indicadores que 80% são dos encarcerados são reincidentes no estado. Eles saem piores do que entraram porque os presídios estão dominados por organizações criminosas (PERRI, 2019).

As instalações precárias e insalubres do sistema penitenciário são desqualificadas para qualquer finalidade. As penitenciárias são caracterizadas pela violência e superlotação, as celas são quentes, fedorentas e sem a ventilação adequada, não possuem água potável e sanitários higienizados. Os presos convivem com ratos, dormem junto de privadas, possuem higiene limitada, o direito a intimidade é violado, são espancados como forma de punição e correção, ocupam celas superlotadas onde são vítimas uns dos outros, são submetidos a relações sexuais, e estão propensos a doenças sexualmente transmissíveis que se proliferam devido à falta de assistência preventiva e curativa da saúde. Um lugar assim jamais servirá como local para recuperar e ressocializar pessoas.

Conforme o Relatório Nacional sobre a população feminina no Brasil, INFOPEN Mulheres, publicado em 2014 pelo Ministério da Justiça, através do Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil possui a quinta maior população carcerária feminina do mundo, onde a maioria das mulheres presas cumpre pena pelo crime de tráfico de drogas. Do total de unidades prisionais no Brasil, apenas 103 são exclusivamente femininas, 239 mistas e 1.070 masculinas, sendo comum o uso de unidades masculinas para abrigarem mulheres (BRASIL, 2014). Assim, é preciso uma mudança urgente de visão sobre o sistema prisional feminino, de modo a compreendermos a essência humana das mulheres encarceradas, de forma a fazer

valer os direitos garantidos pelas regras de Bangkok aprovadas em 2010. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Outra violação é a desproporcionalidade da aplicação da pena. As prisões cautelares são mantidas sem o motivo adequado e por mais tempo do que o previsto. Tal questão é mais uma afronta a lei já que a assistência jurídica, como o caso da Defensoria Pública, é direito do preso. Muitos presos que já deveriam estar soltos continuam presos, dessa feita, a pena perdeu seu caráter punitivo e passou a ser uma tortura por manter aquele que teria direito a liberdade em péssimas condições que se encontra o sistema penitenciário por mais tempo que deveria

O acesso à justiça, mais um direito essencial, também é ameaçado pela burocracia, morosidade, e ineficiência do Estado. A numerosa quantidade de processos e a legislação que não é cumprida impedem uma resposta célere por parte do Estado quanto à garantia desse direito. Existe grande relação intrínseca entre a desigualdade social e o acesso à justiça ou à falta dele. Evidentemente, a garantia constitucional da Defensoria Pública é um elemento importante para promover o acesso à justiça da população menos favorecida.

Os agentes de segurança prisional também praticam agressões físicas e verbais, colocam apelidos em presos e cometem maus tratos físico e/ou psicológico. Nesse contexto, o preso possui direito de ser chamado por seu nome, trata-se de direito da personalidade que abriga a dignidade da pessoa humana. Nossa carta magna, o Código Civil, a LEP e a Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que fixa as regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil, defendem que o preso deve ser chamado por seu nome. Esse tratamento deve ser respeitado por agentes prisionais e todos que possuam contato com o preso no âmbito do sistema penitenciário. O uso de apelidos, números ou outros nomes ofensivos caracterizam conotação vexatória e humilhante. (BRASIL, 1994).

Bittencourt (2018) aponta que nosso sistema carcerário constitui pura sanção criminal, auxiliando na destruição moral, física e psicológica do preso, que pode vir a apresentar depressão, desespero, ansiedade, raiva, alucinações, claustrofobia e, em médio prazo, psicoses e distúrbios afetivos profundos e irreversíveis.

Para Soares e Mello (2016), o Estado deveria aplicar medidas políticas socioeducativas com a intenção de melhorar a condição social do preso, vez que não adianta somente castigar o mesmo, mas sim dar ao preso, condições para que eles possam ser reintegrados à sociedade.

Não é difícil perceber que o Estado acaba por cometer um crime diante do apenado, submetendo-o a condições sub-humanas e não se preocupando com o retorno do preso à sociedade.

O ex-detento, somente por já ter sido um recluso do sistema prisional, vai sofrer preconceitos por onde for, ele vai sofrer desprezo e falta de oportunidades, o que acaba por contribuir para sua reincidência.

No entendimento de Soares e Mello (2016) seria um erro considerar que as altas taxas de reincidência demonstram o fracasso do sistema penal, vez que é um indicador insuficiente se comparado com a recaída do ex-detento por conta de outros fatores pessoais e sociais. É por isso, que na maioria das vezes a reinserção em sociedade, nem acontece, sendo notório que a sociedade repudia o retorno do apenado ao meio social, uma vez que sua reinserção será influenciada por seu passado e por sua ficha criminal.

É importante que se analise a ressocialização do apenado através do trabalho, defendendo o embasamento de que todas as pessoas possuem o mesmo grau de dignidade, respeito e observância dos Direitos Humanos nos principais instrumentos normativos e na legislação vigente.

2.3 Violação de Direitos de Pessoas Ligadas ao Preso

No sistema prisional não é só o preso que sofre a violação de direitos, seus familiares também sofrem violações e desrespeitos. No caso da mulher, a violação de direitos pode ocorrer numa revista pessoal realizada por um agente do sexo masculino que venha a constranger a pessoa revistada com comportamentos inadequados ou contrariando o artigo 249 do CPP que dispõem: Art. 249. A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.

Ocorria também a violação da intimidade, do corpo, da dignidade e da honra da mulher nas revistas íntimas realizadas nos estabelecimentos prisionais. Nessas revistas, os familiares de presos precisam se despir e fazer movimentos de agachamento ou abertura de pernas e genitálias para que os agentes prisionais verifiquem se não há nada de proibido no interior de seus órgãos. Este procedimento também era executado em mulheres de idade mais avançada, bem como em crianças e adolescentes (PAULA; SANTANA, 2012).

Vale ressaltar que a constituição federal, em seu artigo 5º, inciso III, sempre proibiu qualquer tratamento desumano ou degradante e o inciso X do mesmo artigo proíbe a violação à intimidade, a vida privada e a honra.

Mariath numa análise sobre a revista íntima, denominada até pouco tempo como vexatória, consignou em seu trabalho limites da revista corporal no âmbito do sistema penitenciário o seguinte entendimento:

Tal busca, também conhecida como revista vexatória, consiste no desnudamento do ser humano diante de terceiros, com a exposição das partes íntimas (genitália), chegando, não raras vezes, a ocorrer a penetração do dedo do executor da medida no interior do ânus e/ou da vagina da pessoa revistada, tudo em nome da (in) segurança. Vê-se, pois, que a revista íntima pode ser direta ou indireta, vez que o simples fato de se despir diante de terceiros, ainda que não haja qualquer contato físico destes com o revistado, gera na imensa maioria das pessoas uma sensação de enorme desconforto, conduzindo-as a imenso constrangimento pela exposição das partes íntimas de seu corpo (MARIATH, 2013, p. 5).

Como forma de solucionar tal problema, o Estado buscou a melhor execução de suas normas através de políticas públicas de investimento, como a compra de detectores de metais e aparelhos de raio-x corporal.

Um grande avanço para garantia e defesa desses direitos fundamentais foram leis regionais, como a Lei 15.552/2014 do Estado de São Paulo (2014), que proibiu a realização da revista íntima de visitantes nos estabelecimentos prisionais em todo e qualquer situação, e a Lei 7010/2015 do Estado do Rio de Janeiro (2015), que priorizou o respeito à dignidade humana e proibiu a revista íntima, determinando que o procedimento de revista seja realizado por procedimento mecânico através de detectores de metais, aparelhos de raio-x e outras tecnologias que preservem a integridade física, psicológica e moral do revistado.

Com isso, a Lei 13.271/16, foi a primeira regra de alcance nacional a vedar a revista íntima em todo país. A lei teve seu artigo 3º vetado, justamente para evitar uma interpretação errônea que pudesses permitir a revista íntima nos estabelecimentos prisionais. (BRASIL, 2016).

Desta forma, atualmente não mais se admite a revista íntima fazendo com que o visitante retire a roupa e realize agachamentos ou saltos, bem como seja submetido a exames clínicos invasivos.

Vale ressaltar, que nossos tribunais já eram unânimes em sustentar que qualquer prova obtida por meio de revista vexatória era considerada ilícita, uma vez que feria direitos e garantias individuais como o direito à intimidade, ao respeito à dignidade da pessoa humana e a vedação de tratamento desumano e degradante. Nessa esteira, citamos o julgado da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. TENTATIVA DE INGRESSO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. REVISTA VEXATÓRIA. ILICITUDE DA PROVA. ABSOLVIÇÃO. A ré, segundo a denúncia, trazia consigo, para o fim de entrega ao consumo de terceiro, 53,3g de cocaína, na oportunidade em que tentava ingressar na Penitenciária Estadual do Jacuí, para visitar apenado, ocasião em que foi flagrada, durante revista íntima, com a droga inserida no interior da vagina. Após acionado o detector de metais, a ré foi submetida a desnudamento e, procedida à revista íntima, foi retirada, do interior de sua vagina, a droga supramencionada. Ocorrência de revista íntima vexatória. Ofensa à inviolabilidade da intimidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO, POR MAIORIA. RELATOR VENCIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2019, não paginado).

Em menores pode ocorrer a violação de direitos da criança e do adolescente quando em visita aos pais encarcerados. A exigência da revista íntima em menores causou conflito com preceitos constitucionais e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), haja vista que violava o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 227 da CF que dispõem:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1990, não paginado).

Já o artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente veda qualquer tipo de tratamento desumano, degradante, aterrorizante ou vexatório aos menores impúberes. (BRASIL, 1990).

Quanto aos idosos, temos como previsão legal o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03, que em seu artigo 10, parágrafo 3º prevê: "É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor." (BRASIL, 2003, não paginado).

4 CONCLUSÃO

O estudo analisou a existência da violação de Direitos Humanos no sistema carcerário, tanto pela estrutura prisional, como pela conduta dos agentes do estado e de outros presos.

A prisão, que possui como uma de suas vertentes a ressocialização daquele que infringiu as regras da sociedade, embora não seja, deveria ser um ambiente humanizado, com respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

O condenado é merecedor de respeito pelo Estado e pela sociedade devendo ser assegurado sua proteção de qualquer ato desumano, degradante e de condições precárias, trata-se de um direito fundamental para sua existência. São direitos mínimos e necessários do condenado ter uma condição de vida digna dentro da prisão.

A ONU tem contribuído com vários diplomas legais, tratados e pactos dos quais nosso país é signatário, os quais possuem o objetivo de proteger o apenado das imoralidades e violações de direitos fundamentais.

As regras estudadas estabelecem que todos os presos devem ser tratados com dignidade e respeito, não podendo ser submetidos a tortura ou tratamento cruel. A pena de privação da liberdade não deve servir para agravar o sofrimento da pessoa presa, vez que um dos objetivos da pena é a reintegração do preso à sociedade.

A harmonização entre direitos humanos e a atuação do agente prisional, só irá ocorrer quando os mesmos se conscientizarem de que eles são garantidores de

direitos, que devem cumprir e fazer cumprir todas as leis, tratados e convenções de direitos humanos.

A administração penitenciária deve voltar-se para a desburocratização de seus procedimentos e descentralização de suas ações. O modelo deve ser amplo e de maior continuidade, atualizado no mesmo espaço de tempo possível através de trabalhos estratégicos e diagnósticos realizados sobre as ações que envolvem a violentas ações de tortura no país.

Deve haver um melhor aproveitamento das instituições de detenção, deve existir total adequação dessas instituições aos moldes constitucionais do Estado Democrático de Direito atual.

A formação do agente de segurança prisional deve priorizar o juízo moral, de ciências humanísticas e a tecnologia. O currículo para a formação deve abordar conhecimentos técnicos de relacionamento interpessoal, valores éticos, condução rápida de processos de raciocínio e tomada de decisões, todos importantes para que o profissional atue com base na lei e na ordem hierárquica.

É necessário adotar um novo paradigma de capacitação do profissional de segurança, é preciso trabalhar conteúdos e dinâmicas auto referenciadas, o foco primário da formação não deve ser somente sobre o preso, mas sobre o próprio agente e sua forma de relacionar-se consigo, com os outros e com o universo.

A melhor forma para assegurar a defesa dessa garantia é através da participação e controle social junto de ações integradas com outros órgãos, contando ainda com a participação social na fiscalização do trabalho dos presídios junto às ouvidorias e corregedorias.

As organizações da sociedade civil, por sua parte, devem se dedicar a promover ações para ampliar o acesso da população carcerária á justiça, assim como prevenir e controlar o abuso de poder, o uso excessivo da força e a discriminação nas instituições do Sistema de Justiça Criminal.

O respeito por parte dos órgãos de segurança reforça a eficácia da atuação dos próprios profissionais, pois, quando se verifica que a pessoa, mesmo quando presa é protegida, respeitada e tem seus direitos defendidos, a confiança da população no órgão aumenta, o que acaba por contribuir na cooperação entre

ambos, objetivando a resolução pacífica de conflitos. É necessário um processo abrangente de inclusão social, destacando a importância da solidariedade social com o envolvimento de toda a sociedade, que deve ocorrer através de políticas sociais ativas. É mister ressaltar que a função da sociedade é de extrema importância na ressocialização dos detentos, visto que não seria eficiente a adoção de todas as medidas ressocializadoras e de reintegração do detento à sociedade se a mesma não estiver disposta a oferecer uma nova oportunidade ao ex-detento.

Para que medidas alternativas sejam tomadas e deem certo, se faz necessário a união de sociedade e das autoridades, visto que para a eficácia da ressocialização, o binômio sociedade/autoridade precisa estar alinhado. Somente o investimento das autoridades nas instituições prisionais sem o apoio da sociedade, ou vice-versa, não será suficiente para que o ex-detento se insira novamente na sociedade.

A comunidade deve enxergar os direitos humanos como aliados contra qualquer forma de opressão.

No entanto, antes de executar medidas alternativas deve-se primeiramente respeitar a lei vigente, pois, é através desta a forma correta de manter a ordem e evitar que as penitenciárias sejam uma verdadeira escola para a formação de marginais.

É necessária uma pretensão do Estado para dissociar o indivíduo pobre e negro, morador das periferias da criminalidade, afastando o preconceito e descriminalização.

Os agentes e órgãos de segurança devem ser vistos como parte integrante de uma comunidade, servindo de exemplo de obediência e respeito às leis para outros grupos sociais, levando a uma maior eficácia na prevenção de crimes e violação de direitos.

É importante o uso da ética profissional no sentido de preservar e proteger os direitos humanos, respeitando sempre os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade.

Deve haver um fortalecimento institucional para conseguir uma intervenção interdisciplinar coordenada, oportuna e continua através dos diferentes programas que visam garantir o direito do cidadão como pessoa de direitos.

É fundamental o desenvolvimento de ações que busquem a ressocialização dos presos por meio da educação, do trabalho e formação profissional, e outras assistências de natureza reparadora moral, espiritual, social, esportiva e de saúde, visando à melhoria das condições de vida, lembrando que apenas este movimento não basta, mas já é um incentivo. Dar um tratamento digno ao sentenciado diminui as chances de violência dentro dos presídios e diminui a reincidência proporcionando chances ao voltar convívio social. Promover penas alternativas, formação profissional, e permitir o monitoramento eletrônico dos presos já evitaria que o sistema prisional continue em crise.

A própria legislação penal prevê meios para que o preso seja capacitado profissionalmente, permitindo que tenham oportunidade de aprender uma profissão, poder trabalhar, e através do trabalho obter a redução da sua pena, além de tentar mostrar que o trabalho é uma saída para sua sobrevivência, sem que cometa crimes.

Por fim, destaca-se que a capacitação e o treinamento constante dos operadores dos sistemas de Segurança e Justiça são passos imperativos para reduzir o uso abusivo de poder contra o encarcerado, bem como melhora a qualidade do serviço público prestado, e responsabilizar o torturador.

O caminho é extenso e a vigilância há que ser constante, não só por alguns signatários, mas por cada cidadão.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos Humanos: do mundo Antigo ao Brasil de todos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral**. 24. ed. São Paulo, Saraiva, 2018. v.1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997.** Define os crimes de tortura, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.271, de 15 de abril de 2016.** Dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambientes prisionais. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13271.htm. Acesso em: 24 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciária – Infopen Mulheres.** Brasília, DF: Departamento Penitenciário Nacional, 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf/view>. Acesso em: 04 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direitos Humanos. **Portaria Interministerial nº 4.226, de 31 de dezembro de 2010.** Brasília, DF: 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-portaria-ministerial.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualização junho de 2017**. Brasília DF: 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf/view>. Data de acesso: 20 out. 2019.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção sinopses jurídicas, 30).

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília, DF: Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, 2016. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/documento-regras-de-bangkok.pdf>. Acesso em: 09 out. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. **Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994**. Fixa as regras mínimas para o tratamento do preso no Brasil. Brasília, DF: CNPCP, 1994. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/resolucoes/1994/resolucao14de11denovembro1994.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRIEDE, Reis. Os Direitos Humanos e As Degradantes Prisões Brasileiras. **DireitoNet**, [S.l.], 26 fev. 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11063/Os-direitos-humanos-e-as-degradantes-prisoas-brasileiras>. Acesso em: 29 dez. 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

MAHLKE, Helisane. **Direitos Humanos**. Londrina: Educacional S.A., 2017.

MARIATH, Carlos Roberto. **Limites da Revista Corporal no Âmbito do Sistema Penitenciário**. 2013. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13588-13589-1-PB.pdf>. Data de acesso: 15 mai 2019.

MIGUEL, Pedro. **Você sabe o que é o Cilindro de Ciro? Breves considerações sobre a Primeira Carta de Direitos Humanos reconhecida pela ONU**. [S.l.],

2016. Disponível em: <https://pedromiiguel.jusbrasil.com.br/artigos/386326597/voce-sabe-o-que-e-o-cilindro-de-ciro>. Acesso em: 17 jun. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos Humanos Versus Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Paris: Secretaria da Assembléia-Geral da ONU, 1948. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>. Acesso em: 23 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Código de Conduta Para os Funcionários Responsáveis Pela Aplicação da Lei**. Adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas através da Resolução nº 34/169. [S.l.], 1979. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/CAOCri_ControleExtAtivPol/C%C3%B3digo%20de%20Conduta%20para%20os%20Funcion%C3%A1rios%20Respons%C3%A1veis%20pela%20Aplica%C3%A7%C3%A3o%20da%20Lei_2.pdf . Acesso em: 11 nov. 2019.

PARÁ. Procuradoria da República no Pará. **MPF recomenda apuração de denúncias de prática de tortura pela Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária no PA**. Pará, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/noticias-pa/mpf-recomenda-apuracao-de-denuncias-de-pratica-de-tortura-pela-forca-tarefa-de-intervencao-penitenciaria-no-pa>. Acesso em: 28 nov. 2019.

PAULA, Ana Carolina Medeiros Costa; SANTANA, Isael José. Mulheres: A Violação dos Direitos Fundamentais por Meio da Revista Íntima. **Revista LEVS**, [S.l.], n. 9, 2012. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/2291>. Acesso em: 2 jul. 2019.

PERRI, Orlando. Calabouço Medieval: Déficit de agentes gera instabilidade em presídios de MT, diz desembargador. **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.], 26 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-26/deficit-agentes-gera-incerteza-presidios-mt-desembargador>. Acesso em: 28 nov. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RABESCHINI, André Gomes. **Lei de Tortura**: Lei nº 9.455/97. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 13, n. 1218, dez. 2014. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3906/lei-tortura-lei-n-9-45597#sobre>. Acesso em: 15 nov. 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Lei n. 7.010, de 26 de maio de 2015**. Dispõe sobre o sistema de revista de visitantes nos estabelecimentos prisionais do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://gov->

rj.jusbrasil.com.br/legislacao/191596255/lei-7010-15-rio-de-janeiro-rj. Acesso em: 13 ago. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Criminal. **Apelação Crime nº 70080578297**. Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, 17 de abril de 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/708600721/apelacao-crime-acr-70080578297-rs?ref=serp>. Acesso em: 20 out. 2019.

SÃO PAULO (Estado). **Lei n. 15.552, de 12 de agosto de 2014**. Proíbe a revista íntima dos visitantes nos estabelecimentos prisionais e dá outras providências. São Paulo: Assembleia Legislativa do estado de São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2014/lei-15552-12.08.2014.html>. Acesso em: 26 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Rev. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, Renata Custódio de Oliveira Domingueti. Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal: Evolução Histórica e Dimensões. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 20, n. 160, maio 2017. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18902. Acesso em: 21 ago. 2019.

SOARES, Ikaro Luan Porto; MELLO, Anaína Clara de. A Ressocialização do Preso Frente ao Sistema Penitenciário Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Penal**, João Pessoa, ano I, n. 1, jun. 2016. Disponível em: <http://www.rbdp.com.br/artigos/01/03.html>. Acesso em: 18 nov. 2019.

Recebido em 12/02/2019.

Aceito em 07/04/2019.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n47p96-109>**STATUS LEGAL DA EUTANÁSIA E ORTOTANÁSIA NO BRASIL*****LEGAL STATUS OF EUTHANASIA AND ORTHOTHANASIA IN BRAZIL***

Otávio Morato de Andrade*

Resumo: O envelhecimento da população é um fenômeno mundial, resultante de transformações sociais e avanços científicos, sobretudo no campo da medicina. Todavia, o crescimento da expectativa de vida é acompanhado do aumento de doenças crônicas e incapacitantes, como a esclerose múltipla e a doença de Alzheimer. Neste contexto, o desejo de evitar o sofrimento tem suscitado debates sobre a autonomia do paciente para tomar decisões sobre a sua própria morte. Na maior parte do mundo, a eutanásia é ilegal. Alguns países legalizaram a prática, equiparando-a à morte natural, sem consequências penais aos envolvidos. Em outros, o assunto tem sido intensamente discutido. No Brasil, a eutanásia é ilícita e a ortotanásia, embora permitida, não é regulamentada. Este estudo pretende formular uma síntese do tratamento legal dispensado a estes institutos em âmbito nacional. Também examinaremos projetos legislativos, o debate público e doutrinário acerca do tema.

Palavras-chave: Bioética. Eutanásia. Ortotanásia. Direito a morrer. Autonomia pessoal. Livre-arbítrio.

Abstract: The aging of the population is a worldwide phenomenon, resulting from social transformations and scientific advances, especially in the field of Medicine. However, the increase in life expectancy is accompanied by an increase in chronic and disabling diseases, such as multiple sclerosis and Alzheimer's disease. In this context, the desire to avoid suffering has sparked debates about the patients' autonomy to make decisions about their own death. In most parts of the world, euthanasia is illegal. Some countries have legalized the practice, equating it with natural death, without criminal consequences to those involved. In others, the subject has been intensely discussed. In Brazil, euthanasia is illegal and orthothanasia, although allowed, is not regulated. This study aims to formulate a synthesis of the legal treatment given to these institutes at a national level. We will also examine legislative projects and the public and doctrinal debate on the subject.

Keywords: Bioethics. Euthanasia. Orthothanasia. Right to die. Personal autonomy. Freewill.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialização em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: otaviomorato@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O cientista e filósofo Francis Bacon (1561-1626) foi o primeiro autor na história moderna a usar a nomenclatura "eutanásia". De acordo com Dowbiggin (2005, p. 23): "Bacon emprega o termo em sua concepção etimológica, isto é, para significar uma morte fácil através da mitigação da dor".

O tema tem atingido o público através de grandes polêmicas judiciais, em processos famosos como o de Terri Schiavo (nos Estados Unidos da América), Eluana Englaro (na Itália) e, mais recentemente, no caso María José Carrasco (na Espanha). A legalização em alguns países, como a Holanda e Bélgica, fez com que a eutanásia passasse a ser constantemente debatida por parlamentares a nível global. (MORATO, 2019).

A grande controvérsia desta discussão é se o procedimento de eutanásia deve ser aceito e incorporado ao ordenamento legal. O debate perpassa conceitos jurídicos, éticos, espirituais e culturais da sociedade civilizada.

Antes de examinar o tratamento legal dado a estes institutos no Brasil, perpassaremos o conceito de eutanásia em seu sentido amplo. Na literatura médica, é possível encontrar uma vasta gama de subdivisões e espécies da eutanásia (eutanásia ativa, eutanásia passiva, eutanásia voluntária, eutanásia não-voluntária, eutanásia involuntária etc.). Todavia, para a análise proposta, não será necessária a exposição de todas essas ramificações, mas sim a correta compreensão das dimensões fundamentais de eutanásia e ortotanásia.

2 EUTANÁSIA: UM CONCEITO AMPLO

A eutanásia vem das palavras gregas: "eu" (bom, verdadeiro) e "thanatos" (morte). Desta junção, colhe-se a essência do instituto: "boa morte" (CHAO et al., 2002, p. 130).

Um estudo do Comitê de Ética Médica da Câmara dos Lordes (PARLAMENTO DO REINO UNIDO, 2004), designado pelo parlamento para discutir o assunto, conceituou a eutanásia como "uma intervenção deliberada, empreendida com a intenção expressa de acabar com uma vida, para aliviar o sofrimento intratável".

Neste sentido, sem prejuízo de outras classificações, o termo “eutanásia” pode ser usado de maneira genérica para se referir ao suicídio assistido, à eutanásia voluntária ativa, à eutanásia não-voluntária e à eutanásia passiva. (ABREU, 2015). Também é utilizado para referir-se à mistanásia (do grego, junção de mis ‘miserável’ + thanatos ‘morte’), também chamada de “eutanásia social”, que atinge “à grande massa de doentes e deficientes que não chegam à condição de pacientes, visto que estes não têm acesso efetivo ao sistema de saúde” (MASSA; MASSA, 2019, p. 11).

Entre as diversas classificações possíveis, a que mais nos interessa é a distinção entre eutanásia ativa, eutanásia passiva e ortotanásia.

2.1 Eutanásia ativa e passiva

A eutanásia ativa é a forma mais comum e mais controvertida de eutanásia. De acordo com a Enciclopédia Stanford (YOUNG, 1996), ela se dá quando o médico atua diretamente na morte do paciente, situação que tipicamente envolve a administração intravenosa de uma substância letal. Neste sentido, o médico deve proporcionar a morte ao solicitante através de meios dignos e indolores, desde que seja dado o consentimento prévio e expresso do paciente.

Já eutanásia passiva, tal como a ativa, tem por objetivo colocar fim aos sofrimentos, promovendo a morte através de uma conduta omissiva. A distinção está no meio empregado, suspendendo-se as condutas médicas que ainda eram cabíveis, e que, aplicadas, poderiam beneficiar o paciente.

A eutanásia é alvo de veemente contestação, sobretudo entre os setores mais conservadores da sociedade. Alguns críticos argumentam que a prática não respeita a inviolabilidade do direito à vida, e que seria, portanto, uma ofensa aos direitos fundamentais e inadmissível à luz do diploma constitucional (TAVARES, 2018).

Há também argumentos de natureza religiosa, alicerçados na vontade divina, como aduz o arcebispo Dom Manuel Delson (2018, não paginado): “Obviamente que tal reflexo da cultura de morte emana da perda de fé que assola o homem moderno. Pretende-se viver como se Deus não existisse, e como se Ele não fosse mais o fundamento da existência humana.”

Por fim, alguns censores da eutanásia expressam o temor de que ela possa ser utilizada de maneira precipitada ou arbitrária por familiares de pacientes debilitados, ou mesmo que seja irresponsavelmente estendida a crianças, pessoas com incapacidades mentais ou portadores de doenças não terminais (TAN, 2017).

2.2 Ortotanásia

De acordo com André Mendes do Espírito Santo (2009, p. 9), “a ortotanásia tem seu nome proveniente de radicais gregos: orthos (reto, correto) e thanatos (morte). Indica, assim, a morte a seu tempo, ou a morte no tempo correto, nem antes nem depois da hora”.

A ortotanásia se difere da eutanásia passiva (SANTOS, 2015). José Roberto Goldim (2004, p. 1) assevera que a ortotanásia não antecipa o fim, mas aceita a mortalidade no tempo certo, fornecendo os cuidados necessários e meios regulares para que o paciente não sofra. Neste sentido, enquanto na eutanásia passiva são omitidos procedimentos objetivando-se a morte do paciente, a ortotanásia consiste na utilização de condutas médicas restritivas, sem a intenção de matar, mas de não prolongar o sofrimento físico.

Desta forma, a prática decorre da “decisão de não estender artificialmente o processo de vida além dos padrões naturais” (NUCCI, 2017, p. 51). Para Maria Elisa Villas-Bôas (2008, p. 61) “o desejo não é matar, mas sim evitar prolongar indevidamente a situação de esgotamento físico – o que caracteriza a ortotanásia”.

Se comparada à eutanásia, a ortotanásia encontra menos objeções nos setores conservadores da sociedade, uma vez que até mesmo religiões (como a Católica, através da Carta Encíclica *Evangelium vitae* de 1995) já reconheceram a ideia de proporcionar um curso natural à vida, sem postergá-la excessivamente por meio de intervenções artificiais.

3 STATUS LEGAL DA EUTANÁSIA NO BRASIL

O sistema normativo penal brasileiro não tem legislação específica no que tange à eutanásia. Ante a ausência de um tipo penal particular, a prática pode ser

eventualmente enquadrada como auxílio ao suicídio, homicídio praticado por motivo piedoso ou até mesmo como omissão de socorro.

O primeiro código criminal brasileiro (BRASIL, 1830, não paginado), previa o crime de auxílio ao suicídio, caracterizado no artigo 196: "Ajudar alguém a suicidar-se ou fornecer-lhe meios para esse fim", cuja punição era de prisão por dois a seis anos.

Mais adiante, o diploma penal de 1890, em seu artigo 299, alterou para quatro anos a pena máxima concernente ao crime de assistência em suicídio. Já o Código Penal de 1940, atualmente em vigência, restaurou a previsão de pena de reclusão de dois a seis anos ao agente que "induzir ou instigar alguém a suicidar-se", conforme o artigo 122.

Há também a possibilidade do enfoque da eutanásia a partir do art. 121 do Código Penal, equiparando-a ao crime de homicídio, nos seguintes termos: "Matar alguém. Pena: reclusão, de seis a vinte anos." (BRASIL, 1940, não paginado). Não existe qualquer excludente de ilicitude apta a eximir a punição do agente ativo que realiza esta conduta.

Consta apenas uma atenuante inculpada no § 1º do referido artigo, que prevê a possibilidade de minoração da pena "se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima", ato este chamado pela doutrina penal de "homicídio privilegiado". (BRASIL, 1940, não paginado).

Além da possível interpretação da eutanásia à luz dos artigos 121 e 122, parte da doutrina faz alusão a crime de omissão de socorro, consubstanciado, no caso, na falta de prestação de assistência à "pessoa inválida ou ferida", nos termos do art. 135 do código penal. (DODGE, 1999). A omissão de socorro tem prevista a sanção de detenção de um a seis meses ou multa.

Neste diapasão, quem pratica a eutanásia incorrerá criminalmente no artigo 121, parágrafo primeiro, artigo 122 ou no artigo 135, todos do Código Penal vigente, a depender das particularidades do caso concreto.

Desta forma, embora não haja legislação específica para a eutanásia no ordenamento pátrio, Tavares (2018) entende que a punição do instituto tem base

legal, partindo-se de uma ponderação de princípios onde a inviolabilidade do direito à vida deve preponderar sobre a dignidade:

Assim, de um lado, não se pode validamente exigir, do Estado ou de terceiros, a provocação da morte para atenuar sofrimentos. De outra parte, igualmente não se admite a cessação do prolongamento artificial (por aparelhos) da vida de alguém, que dele dependa. Em uma palavra, a eutanásia é considerada homicídio. Há, aqui, uma prevalência do direito à vida, em detrimento da dignidade. (TAVARES, 2018, p. 50).

É por isso que, ao analisar a legislação existente sobre eutanásia no Brasil, Raquel Dodge (1999) conclui pela ilicitude absoluta da prática, não havendo, no ordenamento pátrio, dispositivo legal apto a convalidar o instituto, mesmo nos casos em que há consentimento do paciente:

A eutanásia sempre foi considerada conduta ilícita no Direito brasileiro. É crime, tal o grau de rejeição à sua prática, em coerência com os valores fundamentais que estruturam o ordenamento jurídico do país, notadamente o respeito à vida humana. Por isso, o consentimento do paciente à prática da eutanásia ou a motivação piedosa de quem a pratica não retiram a ilicitude do ato, tampouco exoneram de culpa quem a praticou. (DODGE, 1999, p. 6).

4 SITUAÇÃO LEGAL DA ORTOTANÁSIA NO BRASIL

No que tange ao status da ortotanásia, Eduardo Cabette (2013, p. 20) preleciona a inoportunidade de tipicidade quanto à figura, afastando as figuras do homicídio, do auxílio ao suicídio e da omissão, uma vez que: "Nessas circunstâncias a conduta não se dirige nem causa a morte da vítima, apenas e tão-somente atua na proteção do bem jurídico 'dignidade da pessoa humana', de modo que não ostenta qualquer reprovabilidade jurídica."

Em 2006, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou a Resolução nº 1.805, possibilitando que o médico limite ou suspenda "procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal." (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006). Como discutiremos adiante, a legalidade desta resolução sofreu contestação do Ministério Público Federal, mas posteriormente foi confirmada por sentença judicial em primeira instância.

Desta forma, no Brasil a ortotanásia é permitida e praticada, embora não haja uma legislação clara nesse sentido. Para João Paulo Orsini Martinelli (2015, p.

3), “em tese, não haveria necessidade de qualquer alteração na legislação, pois os direitos à liberdade e à dignidade humana estão previstos na Constituição Federal e devem ser aplicados na interpretação do Código Penal”.

Embora a prática da ortotanásia seja socialmente aceita e esteja respaldada pela comunidade médica, entendemos que sua expressa previsão em lei como fato atípico (ou lícito), teria o condão de dirimir controvérsias, evitando polêmicas e suspeitas infundadas sobre condutas médicas, tal qual ocorreu no caso da Resolução de 1.805 do CFM, que apresentaremos a seguir.

4.1 A ortotanásia e a Resolução nº 1.805/2006 do CFM

Em 2006, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou a Resolução nº 1.805, possibilitando que o médico suspenda “procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal”.

A norma foi questionada pelo Ministério Público Federal, que defendeu que o direito à vida é indisponível, de modo que só pode ser restringido por lei em sentido estrito. Argumentou, ademais, que a resolução teria natureza inconstitucional, tendo em vista que afrontava o direito à vida.

É interessante notar que o próprio MPF pôs em xeque a conduta dos profissionais que praticavam a ortotanásia, ao aduzir, erroneamente, que a prática configurava crime. O *parquet* conseguiu, em sede de antecipação de tutela, a suspensão liminar do dispositivo, nos autos da ação de nº 2007.34.00.014809-3.

Posteriormente, a Procuradoria Geral da República manifestou-se no sentido de que “a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretado o Código Penal à luz da Constituição Federal”.

Em dezembro de 2010, o próprio Ministério Público Federal mudou seu entendimento e a liminar suspensiva foi derrubada. Reconheceu-se que a permissão para a interrupção do tratamento a pedido do doente em estado terminal não fere a Lei Maior de 1988. O magistrado acolheu a argumentação do CFM e da PGR, e julgou a demanda como improcedente.

Posteriormente, o CFM publicou um novo Código de Ética Médica, que passou ao largo de temas polêmicos como a ortotanásia. Segundo Luiz Flávio Gomes

(2009) “apesar da atualidade da discussão em torno da eutanásia, ortotanásia e morte assistida (suicídio assistido), sobre esses controvertidos temas o novo Código de Ética nada disse.”

5 DEBATE PÚBLICO

Ao contrário do que ocorre na Europa, a eutanásia não ocupa um grande espaço no debate público brasileiro. O tema não teve proeminência, por exemplo, nos pleitos presidenciais pós-democratização. Nas eleições de 2018, pautas como a corrupção, descriminalização o uso da maconha, redução da maioria penal, casamento das pessoas do mesmo sexo e legalização do aborto dominaram os debates eleitorais (KAWAGUTI, 2014).

Além de não figurar entre os temas mais debatidos no Brasil, a legalização da eutanásia também conta com baixa adesão popular. Em pesquisa de 2007, apenas 36% dos brasileiros se posicionaram a favor da eutanásia. A reprovação da prática é maior entre os que ganham menos e entre os menos escolarizados, mostra a pesquisa. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2007). Entre os que declaram ter renda salarial mensal de até dois salários mínimos, o índice de aprovação cai para 27%.

Em que pese a não aceitação da eutanásia pelo ordenamento legal vigente, há doutrinadores que defendem vigorosamente o instituto. Neste sentido, Pessini e Bertachini (2004, p. 14) argumentam que: “Aliviar a dor e o sofrimento é considerado um dever médico, mesmo quando as intervenções implicam que a vida pode ser abreviada como consequência”.

Na mesma linha, o penalista Luiz Flávio Gomes (2007) assevera que:

Na nossa opinião (...) desde que esgotados todos os recursos terapêuticos possíveis e desde que cercada a morte de certas condições razoáveis (anuência do paciente, que está em estado terminal, sendo vítima de grande sofrimento, inviabilidade de vida futura atestada por médicos, etc.), a eutanásia (morte ativa), a morte assistida (suicídio auxiliado por terceiro) e a ortotanásia (cessação do tratamento) não podem ser enfocadas como um fato materialmente típico porque não constitui um ato desvalioso, ou seja, contra a dignidade humana, senão, ao contrário, em favor dela.

6 PERSPECTIVAS ATUAIS E PROJETOS LEGISLATIVOS

As tentativas de tipificação ou legalização da eutanásia ainda não lograram sucesso pelo Legiferante. Uma iniciativa de lei no Senado, Projeto nº 125, de 1996 (BRASIL, 1996) que pretendia “autorizar a prática da morte sem dor em casos específicos”, foi arquivada ao final da legislatura.

Já o projeto de Lei nº 236/12 (BRASIL, 2012) do Senado Federal (novo Código Penal) inovou ao trazer, em seu artigo 122, a tipificação da eutanásia, nos seguintes termos: “Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena – prisão, de dois a quatro anos”

O anteprojeto do Código Penal também prevê (§ 2º) a exclusão de ilicitude em casos de ortotanásia, ou seja, naqueles em que “o autor deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave e irreversível”, desde que haja consentimento do paciente e que a enfermidade seja confirmada por outros dois médicos.

Os projetos de Lei 3002/2008 (BRASIL, 2008) e 6715/2009 (BRASIL, 2009), que têm o objetivo de alterar o diploma criminal para inserir a ortotanásia como excludente de ilicitude, tramitam no Congresso Nacional há mais de dez anos, sem movimentações relevantes nos últimos meses.

Em fevereiro de 2018, um projeto de lei de autoria do senador Pedro Chaves (PSC/MS), propôs emendar o texto do Código Penal, acrescentando, a seu Artigo 13 (que trata dos crimes de omissão), o seguinte dispositivo:

§ 3º Não se considera omissão penalmente relevante a falta de instituição de suporte de vida ou a não realização de tratamento ou procedimento médico ou odontológico recusados expressamente pelo paciente ou, nos casos em que o paciente não possa expressar sua vontade, por seu representante legal.

Na prática, a norma pretende isentar penalmente os médicos que pratiquem a eutanásia passiva e a ortotanásia, viabilizando procedimentos omissivos que possam viabilizar abreviar a vida do paciente com uma doença terminal e/ou incurável.

De acordo com o senador, a proposta seria capaz de dirimir os conflitos existentes na relação médico-paciente. Argumenta, ademais que:

[...] tal medida oferecerá maior proteção aos pacientes, os quais, ao conhecerem melhor os seus direitos, poderão participar ativamente das decisões a respeito de seu tratamento. De outro lado, cremos também que o projeto, caso aprovado, será um importante instrumento de amparo à atividade do médico, visto que, ao tornar claras as responsabilidades dos pacientes quanto às suas escolhas terapêuticas, respaldará o médico na hipótese de eventuais questionamentos.

Mais recentemente, em fevereiro de 2019, o deputado federal Alexandre Padilha (PT-SP), ex-ministro da saúde, apresentou o PL 352/2019 (BRASIL, 2019) com o mesmo objetivo. A proposição tramita na Câmara dos Deputados.

Ao nosso sentir, a inserção destas espécies no sistema normativo (por exemplo, a criação do tipo penal “eutanásia” e a permissão expressa para a ortotanásia), poderia contribuir para uma leitura mais clara destes institutos, facilitando a aplicação da lei.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática da eutanásia é polêmica e está longe de ser pacificada. Todavia, com o envelhecimento da população e a busca por uma medicina mais humanizada, este será um tema cada vez mais presente no cotidiano da nossa sociedade.

Embora a eutanásia não esteja expressamente prevista em nosso ordenamento jurídico, a leitura do diploma penal à luz das premissas insculpidas na Constituição de 1988 possibilita a sua caracterização como homicídio ou auxílio ao suicídio. Por isso, o consentimento do paciente ou a motivação piedosa de quem pratica a eutanásia não afastam a ilicitude do ato, tampouco isentam de culpa o agente.

No que concerne à ortotanásia, embora não exista isenção expressa no Código Penal, a melhor doutrina tem entendido pela inocorrência de tipicidade desta figura, à luz do princípio constitucional da dignidade humana. Neste diapasão, a prática tem sido socialmente aceita e praticada pela comunidade médica.

Há alguns projetos de lei que pretendem tipificar a conduta da eutanásia e outros vários com a ideia de explicitar categoricamente a licitude da ortotanásia. Entendemos que a introdução destes institutos na legislação é importante para fornecer mais segurança à relação médico-paciente e contribuir para uma aplicação mais correta e efetiva da lei.

REFERÊNCIAS

ABREU, F. S. Eutanásia e legislação penal. **Rev Âmbito Jurídico**, [S. /], ano 19, n. 141, 2015. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16522. Acesso em: 16 maio 2019.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro: Império do Brasil, 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3002/2008**. Regulamenta a prática da ortotanásia no território nacional brasileiro. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=38661>. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 352/2019**. Dispõe sobre o consentimento informado e instruções prévias de vontade sobre tratamento de enfermidade em fase terminal de vida. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190904>. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6715/2009**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46532>. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 125/1996**. Autoriza a prática a morte sem dor nos casos em que especifica e da outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1996. Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27928>. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 236/2012**. Reforma do Código Penal Brasileiro. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 15 maio 2019.

CABETTE, E. L. S. **Eutanásia e ortotanásia**: comentários à Resolução 1.805/2006 CFM - aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2013.

CHAO, D. V.; Chan N. Y.; Chan W. Y. Euthanasia revisited. **Rev. Family Practice**, [S. l.], v. 2, p. 128–134, 2002.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM 1.805/2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p. 169, 2006.

DELSON, D. M. **A eutanásia golpeia o rosto de Cristo**. [S. l.], 2018. Disponível: <http://www.cnbb.org.br/a-eutanasia-golpeia-o-rosto-de-cristo/>. Acesso em: 15 maio 2019.

DODGE, R. E. F. Eutanásia - aspectos jurídicos. **Revista Bioética**, [S. l.], v. 7, n. 1, 1999. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/299. Acesso em: 15 maio 2019.

DOWBIGGIN, I. **A concise history of euthanasia**: life, death, god, and medicine. Lanham: Rowman & Littlefield, 2005.

ESPÍRITO SANTO, A. M. **Ortotanásia e o direito à vida digna**. São Paulo: PUC-SP; 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp086624.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Eutanásia é reprovada por 57% da população, aponta pesquisa**. São Paulo, 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0804200703.htm>. Acesso em: 15 maio 2019.

GOLDIM, J. R. **Princípio do respeito à pessoa ou da autonomia**. Porto Alegre, 2004.

GOMES, L. F. **Eutanásia e o novo código de ética médica.** [S. /], 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1971344/eutanasia-e-o-novo-codigo-de-etica-medica>. Acesso em: 15 maio 2019.

GOMES, L. F. **Eutanásia, morte assistida e ortotanásia - dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte?** [S. /], 2007. Disponível em: <http://www.portalacademus.pro.br/Conteudo/Artigo/1196/eutanasia-morte-assistida-e-ortotanasia-dono-da-vida-o-ser-humano-e-tambem-dono-da-sua-propria-morte>. Acesso em: 15 maio 2019.

KAWAGUTI, L. Defendida na eleição, redução da maioria penal divide até simpatizantes. **BBC Brasil**, São Paulo, 23 out. 2014. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141020_reducao_maioridade_lk. Acesso em: 15 maio 2019.

MARTINELLI, J. P. **A ortotanásia e o direito penal brasileiro.** São Paulo: IBCCRIM, 2015. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/artigo/10507-A-ortotanasia-e-o-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 15 maio 2019.

MASSA, M. S. P.; MASSA, L. M. Eutanásia e mistanásia: a hipocrisia do estado. **Rev. Âmbito Jurídico.** [S. /], n. 181, p. 1-27, 2019. Disponível em https://ambitojuridico.com.br/cadernos/biodireito/eutanasia-e-mistanasia-a-hipocrisia-do-estado/#_ftnref61. Acesso em: 1 ago. 2019.

MORATO, O. Ortotanásia no Brasil: limites éticos e legais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 24, n. 5868, 2019.

NUCCI, G. S. **Código penal comentado.** 17 ed. Rio de Janeiro: Forense; 2017. PARLAMENTO DO REINO UNIDO. **Comitê de Ética Médica da Câmara dos Lordes.** [S. /], 2004. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldselect/ldasdy/86/4120202.htm>. Acesso em: 16 maio 2019.

PESSINI L.; BERTACHINI, L. **Humanização e cuidados paliativos.** São Paulo: Loyola, 2004.

SANTOS, S. B. **Direitos fundamentais e ortotanásia:** entre a saúde e a autonomia do paciente terminal. Curitiba: Unibrasil, 2015.

TAN, S. H. The case against physician-assisted suicide and voluntary active euthanasia: a jurisprudential consideration. **Singapore Academy of Law Journal**, [S. /], p. 275-400, 2017. Disponível em: https://ink.library.smu.edu.sg/cgi/viewcontent.cgi?article=4224&context=sol_research. Acesso em: 16 maio 2019.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. VILLAS-BÔAS, M. E. A ortotanásia e o direito penal brasileiro. **Revista Bioética**, [S. /], v. 16, n. 1, p. 61-83, 2008.

YOUNG, R. Voluntary euthanasia. *In*: THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. Metaphysics Research Lab, 1996. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/euthanasia-voluntary/>. Acesso em: 15 maio 2019.

Recebido em 28/01/2020.

Aceito em 07/04/2020.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n47p110-134>**MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: DILEMAS E DESAFIOS À DESCENTRALIZAÇÃO DAS ESTRUTURAS JURISDICIONAIS NO CONTEXTO DO MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL*****CONFLICT MEDIATION: DILEMMAS AND CHALLENGES TO DECENTRALIZING JURISDICTIONAL STRUCTURES IN THE CONTEXT OF THE MOVEMENT OF ACCESS TO JUSTICE IN BRAZIL***

Fabiana Alves Mascarenhas*

Resumo: O presente artigo incita uma discussão sobre a mediação como ferramenta de solução de conflitos, especialmente na seara familiar, abordando os desafios impostos ao instituto pela cultura existente a partir da ideia de Estadania. Lança-se um olhar sobre a necessidade de, no atual momento de crise da Justiça, consequência da própria crise do Estado, priorizar um método mais humanístico que garanta, com maior qualidade, a obtenção da Justiça, em sua ampla acepção. A hipótese é de que torna-se essencial estimular este agir comunicativo em uma sociedade marcada pelo individualismo, pelo conflito, pela relação adversarial e competitiva. Sugere-se o deslocamento da ênfase da solução do conflito do Poder Judiciário brasileiro para os próprios sujeitos da relação, tendo como marcos teóricos a cultura da pacificação social com justiça, a democracia constitucional-deliberativa e o princípio da intervenção mínima do Estado e da máxima cooperação entre as partes. Tornar a Justiça atingível aos cidadãos é a melhor maneira de fazer com que a mesma seja valorizada e perseguida pelos mesmos, consolidando um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Acesso à Justiça. Mediação de Conflitos. Crise do Judiciário.

Abstract: The following paper encourages a discussion of the institute of mediation as a tool to resolving conflicts, especially in the family area, addressing the difficulties of the institute because of the culture rooted from the idea of Estadania. A glance is launched at the necessity of, at the present moment of crisis at Judiciary, result of the own crisis of the state, prioritize a more humanistic method that guarantees, with higher quality, the attainment of Justice. The hypothesis is that becomes essential to stimulate this communicative action in a society marked by individualism, by the conflict, by the adversarial and competitive relationship, in other words, the predominance of the instrumental action. It is suggested to dislocate the emphasis of the process solutions for its own subjects, taking as theoretical frameworks the culture of peace, a deliberative-constitutional democracy, and the principle of minimum intervention of the state and maximum cooperation between the parties. Make the ideal of Justice attainable for citizens is the better way of making it prized and pursued by them, consolidating a true democratic state.

Key Words: Access to Justice. Mediation of Conflicts. Crisis at Judiciary.

* Doutorado e Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professora de Direito Processual do Centro de Ensino Superior de Valença (UNIFAA) e da Faculdade Vértice (UNIVERTIX). E-mail: famascarenhas@live.com.

1 INTRODUÇÃO

Subsiste-se um contexto existencial delicado, com a eclosão de uma globalização desenfreada, onde barreiras geográficas são suprimidas devido à velocidade com que os dados circulam, tendências são disseminadas à razão de segundos, a informação por vezes se torna mais poderosa que os bens materiais e o poder político é por vezes utilizado beirando o totalitarismo.

Neste enredo, entre as tensões dialéticas da modernidade ocidental, e da crise que as atravessa, sobra pouco espaço para a valorização do material humano, e coloca-se o problema de saber como tornar os direitos humanos um recurso político ao mesmo tempo cultural e global, efetivando a inclusão do outro, dirimindo as diferenças e instituindo o diálogo como instrumento de emancipação social.

Graças ao exposto, a vida em sociedade tem se tornado mais complexa e as relações humanas mais latentes, logo, os dissensos são acentuados, e o aparato estatal não encontra vazão para garantir, com eficiência, a pacificação social.

O movimento de Acesso à Justiça refletiu-se de maneira peculiar em nossas fronteiras, e é baseado neste pano de fundo que o artigo pretende justificar a consolidação do uso dos métodos adequados de solução de conflitos, neste caso específico, a mediação, prática regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro que nutre grande potencial na construção de uma sociedade mais consciente e hábil a perseguir o ideal de seus direitos.

Será feita uma abordagem, dentro da atual crise no sistema Judiciário, dos benefícios da mediação e suas características, especialmente na seara dos conflitos de família, tomando o conceito de "agir comunicativo", de Habermas, como legitimador de uma relação entre sujeitos iguais no diálogo, no sentido da construção de um espaço público democrático.

Traça-se um perfil sobre as características e o perfil do profissional de mediação, para que seja ele o meio eficaz de desconstrução de conflitos e construção de oportunidades de consenso e, conseqüentemente, ferramenta de pacificação social.

Precisa-se acreditar que o diálogo consiste no instrumento eficaz para garantir a prática da cidadania, tornando os ideais da Justiça verdadeiramente acessíveis aos cidadãos.

2 O MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

Observa-se um momento de aguda crise em nosso sistema Judiciário. Há uma efetiva sobrecarga de demandas frente ao número de juízes e auxiliares, além de se contar com um processo muito complexo, que de tão formal acaba se distanciando do cidadão comum (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 156). As decisões “por atacado”, muito mais amparadas na jurisprudência do que na análise dos casos em concreto, juntamente à morosidade da Justiça têm como consequências a perda da efetividade das decisões jurídicas, a impunidade, a sensação de injustiça e a descrença gradativa nas instituições jurídicas como promotoras de estabilidade social, requisitos estes que obstam o exercício efetivo da democracia, uma vez que o garantidor da realização dos direitos individuais é o Estado, por meio do próprio Judiciário.

Este é o ponto de partida para entender a aclamada crise da jurisdição a partir da crise do próprio Estado, onde incapaz de impor uma regulação social, e aprisionado entre um nível internacional mais proativo e um nível infranacional que procura libertar-se de sua tutela, este se encontra em uma crise de legitimidade. (ROTH, 1996).

E é neste cenário que surge a necessidade de uma reestruturação do acesso à Justiça. Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

(...) acesso à justiça quer dizer “acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à manifestação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos. (MARINONI, 2000, p. 28).

O tema do Acesso à Justiça é um debate que converge diretamente para as questões que relacionam o processo, em seu aspecto formal, com a justiça social, e

consiste de um dos pontos centrais da moderna processualística, pressupondo um alargamento e aprofundamento de seus objetivos e métodos.

Cappelletti e Garth delinearão o desenvolvimento e surgimento de uma nova e compreensiva abordagem dos problemas que esse acesso significa nas sociedades contemporâneas, originando-se, talvez, da ruptura da crença tradicional na confiabilidade das instituições jurídicas, e inspirando-se no desejo de tornar efetivos, e não meramente simbólicos, os direitos do cidadão comum:

(...) O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às *reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “*enfoque de acesso à justiça*” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (...) Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 31 e 67-68).

Daí concluírem, Cappelletti e Garth, que no que se refere ao mundo Ocidental, a questão do acesso à Justiça conheceu uma sequência de três grandes movimentos, que impulsionaram, sem discriminação, tanto os países da *civil law* como os da *common law*, a partir de 1960.

Batizado a partir da metáfora das três “ondas”, o “*access to justice movement*”¹ teve como primeiro foco da pretendida democratização o incentivo às

¹ No plano acadêmico, tal movimento justificou o *Florence Project*, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, conjuntamente com o Conselho Nacional de Pesquisa da Itália, e patrocinado pela Ford Foundation (1978). Contando com 23 países, onde grandes juristas montaram um relatório e responderam a questionários, tal projeto consistiu de grande estímulo à academia internacional no sentido da implantação de novos mecanismos de acesso ao Poder Judiciário, e discussão de possíveis soluções técnicas para os problemas de seus sistemas jurídicos, promovendo um enorme intercâmbio de experiências e grande base para os movimentos reformistas que se seguiram. Tal projeto não contou com referências brasileiras sobre o tema, enquanto outros países da América Latina, como Chile, Colômbia, México e Uruguai, se fizeram representar.

iniciativas que visassem uma assistência judiciária a litigantes de baixa renda, sem condições de prover um advogado, essencial em um universo de leis e procedimentos complexos, no intento de ajuizar uma causa.

Em um segundo momento, o movimento convergiu na necessidade de se superar a concepção individualista do processo, visto apenas como interesse de duas partes, introduzindo reformas que permitissem um novo panorama sobre os denominados direitos difusos, interesses coletivos ou grupais que vinculam importantes assuntos de política pública². Tal fenômeno, associado à determinada falência do sistema *welfareano* de proteção social, impulsionou a consciência de que o governo não conseguiria, sozinho, garantir e preservar a defesa dos interesses públicos.

Sobre este novo cenário, atestam Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Carvalho, Manuel Melo e Marcelo Burgos:

(...) Pode-se dizer que as novas circunstâncias históricas vividas a partir dos anos 1970, e que, entre outras características, se notabilizaram por desestruturar os mecanismos pelos quais a política *welfareana* afirmava o primado do bem-comum sobre a fragmentação mercantil, trouxeram à tona não apenas um vasto continente de atores e de direitos ainda não contemplados por políticas públicas, como também uma profunda deslegitimação das instituições governamentais para o desempenho eficaz de tais políticas. É nesse contexto que os sistemas jurídicos terão seu conteúdo simbólico ampliado, sendo convocados a exercer a posição independente de um "advogado do povo" contra o *establishment* ou contra o próprio Estado, na defesa de interesses não representados dos consumidores, do meio ambiente, dos idosos, das crianças, entre outros. (VIANNA et al., 1999, p. 159).

A terceira e última "onda", finalmente, foca no reconhecimento da importância das reformas anteriores, mas tem um alcance muito mais amplo, no sentido de tornar efetivas referidas propostas. O caminho parte no intento de promover alternativas e reformas nos tribunais, buscando economia de tempo e dinheiro, além de uma adequação procedimental no tratamento de determinadas demandas, em que os tribunais fazem parte de um conjunto integrado de meios de resolução de conflitos, fomentando a ampliação dos laços entre o Judiciário e a

² Na obra de M. Cappelletti e B. Garth, os direitos públicos são tratados com pouca diferenciação em relação aos chamados direitos difusos, sendo ambos caracterizados como aqueles que, embora vitais a determinados grupos, não propiciam a fácil organização de seus reclamantes e, por isso, tendem a não ser representados.

população, e expondo o tecido social à intervenção do direito, seus procedimentos e instituições (FUX; BATISTA, 1999, p. 9).

A questão é que este movimento, apesar de ter atingido a realidade ocidental como um todo, refletiu-se de maneira diversa entre os países desenvolvidos e aqueles ainda em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, que, partindo da sequencia trina proposta, teria atingido a terceira grande onda de democratização do acesso à Justiça sem que conhecesse uma real eficácia em sua assistência judiciária, e sem grandes avanços no tocante à proteção dos direitos difusos. Neste sentido, dentro do movimento mundial para o estabelecimento de uma justiça coexistencial, baseada na conciliação, em critérios de igualdade social distributiva e na participação da comunidade diretamente interessada na questão controversa, a peculiaridade da experiência brasileira reside no fato de ter sido concebida em um movimento de auto reforma do Judiciário, sem qualquer mobilização por parte da sociedade e sequer dos seus setores organizados na luta pela democratização do país, e em um momento histórico onde as organizações populares se encontravam sob os efeitos negativos do longo período de vigência do regime militar (VIANNA et al., 1999, p. 159).

Outro ponto a ser levantado reside, ao contrário da expectativa de Marshall (MARSHALL, 1967), no fato de que a construção de direitos civis, no Brasil, deveria pressupor a prévia conquista de direitos sociais. A partir dessa constatação, temos a paradoxal realidade em que a população brasileira consegue absorver os direitos ditos do século XX, ou seja, os sociais e coletivos, porém carece de conscientização a respeito de seus direitos individuais.

Logo, de acordo com a análise de Eliane Junqueira, a questão emergente, por volta de 1980, época em que o interesse brasileiro foi despertado para a temática da ampliação do acesso à Justiça, não deve ser procurada na essência do movimento, mas sim no processo de abertura política e social que se iniciava. Diferente do que acontecia em outros países, a principal preocupação nacional não era a ampliação do *welfare state*, além da expansão dos direitos alcançados por minorias étnicas e sexuais, mas sim a necessidade de se levar à população um conjunto de direitos básicos até então inacessíveis, fruto da marginalização sócio-econômica das populações carentes, da exclusão político-jurídica decorrente do

regime pós 1964, como também em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro (JUNQUEIRA, 1996, p. 389-390).

Este caminho percorrido às avessas, proveniente da passagem de regimes ora autoritários para regimes democráticos, que se resume na dificuldade de materialização de um extenso rol de novos direitos constitucionalizados, cuja efetivação dependeria de políticas públicas e sociais consistentes, abre espaço para um inchaço na litigação, com o Judiciário atuando como alternativa para alcançar direitos. O cidadão vai buscar, através do Judiciário, algo que deveria ter sido proposto espontaneamente, através da Administração Pública. Tal litigação, então, está conectada não somente à cultura jurídica e política de determinado país, mas também com o grau de efetividade de concretização dos direitos em determinada população, além da existência de uma estrutura administrativa que respalde tal concretização.

Segundo Boaventura de Souza Santos:

(...) Ao abandonar o *low profile* institucional, o judiciário assume-se como poder político, colocando-se em confronto com os outros poderes do Estado, em especial com o executivo. Esta proeminência e, conseqüentemente, o confronto com a classe política e com outros órgãos de poder soberano manifestaram-se sobretudo em três campos: no garantismo de direitos, no controle da legalidade e dos abusos do poder e na judicialização da política. (SANTOS, 2011, p. 22).

Tal judicialização da política, tendência de transferência de poder decisório do Poder Executivo e Poder Legislativo para o Judiciário, perpassa todo o discurso jurídico do pós guerra e início do século XXI. Nas palavras de Garapon, explicitando e criticando tal fenômeno:

(...) O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a Justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. (...) O sucesso é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o déficit democrático de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo

que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto. (...) É, portanto, aí, na evolução do imaginário democrático, que se devem buscar as raízes profundas da ascensão do juiz. (GARAPON, 2001, p. 47-48).

3 DILEMAS ATUAIS DO JUDICIÁRIO

Muitas questões podem ser colocadas quando o assunto em pauta aborda as dificuldades do sistema Judiciário brasileiro, principalmente na seara procedimental, pois as transformações sofridas pelos tribunais ao longo do tempo lhes confere uma posição oscilante e ambígua.

Uma vez que o novo modelo de desenvolvimento se assenta nas regras do mercado e dos contratos privados, a estabilidade pretendida passa a depender de um sistema Judiciário eficaz, rápido e independente. Tal fato somado à explosão de litigiosidade proveniente do novo marco constitucional e da redemocratização, leva a um grande dilema, o da qualidade e quantidade no que toca ao desempenho dos tribunais.

Grande parte do problema está calcado no paradigma reformista denominado Estado-empresário, que obriga a Administração Pública a responder a critérios de eficiência, eficácia, criatividade, metas, competitividade, parâmetros até então próprios do universo empresarial.

A adequação dos procedimentos jurisdicionais a fim de que qualquer sujeito de direitos obtenha uma resposta do Estado justa e efetiva, realizada no menor tempo possível, tem suscitado debates em todas as esferas da sociedade civil organizada, como atestam Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

(...) Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. (...) A Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 20-21).

Ainda nesta esteira, corrobora Luiz Otávio Linhares Renault:

(...) não se pode mais conceber uma possível efetividade do direito material sem a efetividade do direito processual. Não se tolera mais a ineficácia do direito material, pela falta de resultado do processo. O direito material não

pode se frustrar no bojo do processo. Se o tempo sempre invadiu a vida do homem, agora ele invade também a vida do processo e exige uma resposta efetiva, que não seja a demora. (RENAULT, 2003, p. 273).

Porém, há que se ter cautela, pois uma vez que a morosidade³ se torna um problema estrutural, a desconfiança generaliza-se, influenciando as percepções sociais acerca da Justiça. Por outro lado, não se deve associar ganhos de celeridade com maior eficácia ou maior qualidade no funcionamento dos tribunais. É importante ter em mente que uma justiça rápida não é o sinônimo de uma boa justiça, portanto, esta não deve tornar-se um fim em si mesmo (SANTOS, 2011, p. 44).

O ponto é que não há como desafogar o Judiciário por atos administrativos, de gestão ou de disponibilidade de verbas. É preciso admitir que se faz necessária uma substancial mudança de mentalidade acerca desta realidade, definida como consciência de que os problemas são todos ligados numa rede subjacente global, e por isso, de maneira alguma constituem fatos isolados autônomos (BARBOSA, 2004, p. 387).

Tal mudança de mentalidade encontra sua primeira barreira no próprio ensino jurídico, com a cultura adversarial que de certo modo impregna os profissionais do Direito ainda durante sua formação, nas escolas, universidades, cursos jurídicos, dentre outros. Essa postura, proveniente de uma educação jurídica clássica e obsoleta, calcada na pura falta de informação, mostra-se em total desacordo. Segundo Maria de Nazareth Serpa, sobre a mentalidade do advogado brasileiro:

(...) O mapa psicológico do advogado, que Riskin descreve, é aquele utilizado pela maioria dos profissionais do Direito, e que é apresentado e instruído nas Faculdades. O que aparece, nesses mapas, é determinado pelo poder de duas presunções sobre matérias, que os advogados sustentam:

- Disputantes são adversários, se um ganha, o outro tem que perder.
- Disputas tem que ser resolvidas através do emprego de uma terceira parte, baseado em alguma disposição legal. Ao que se pode acrescentar uma terceira, quarta e quinta presunção:
- Disputas envolvem somente questões legais.

³ Segundo Boaventura de Sousa Santos, a morosidade pode ainda ser identificada como sistêmica ou ativa. Morosidade sistêmica é aquela que decorre da sobrecarga de trabalho, do excesso, da burocracia, positivismo e legalismo. Muitas das reformas processuais e de produtividade no Brasil são importantes para o combate à morosidade sistêmica. Já as situações de morosidade ativa são aquelas situações de processos "na gaveta", de intencional não decisão em que, em decorrência do conflito de interesses em que estão envolvidos, é natural que os envolvidos e os responsáveis por encaminhar uma decisão utilizem de todas as desculpas protelatórias possíveis.

- Advogados somente podem ter em mente os direitos de seu cliente, e estes são incompatíveis com os direitos da outra parte.
 - Só existe uma verdade jurídica, e esta só tem uma face.
- Estas presunções chocam-se, diametralmente, com as presunções existentes na mediação:
- Disputas envolvem questões psicológicas, sociais e legais.
 - Disputantes nem sempre são adversários, e podem ter interesses comuns, ou interesses que se combinam entre si sem determinar um ganhador e um perdedor, e oferecer vantagens para ambos.
 - Raramente uma norma genérica e abstrata pode comportar as contingências únicas de um caso concreto, e que ninguém melhor do que as próprias partes conhecem o caso e ninguém melhor do que elas podem regular a respeito. (SERPA, 1999, p. 304-305).

Gladston Mamede, referindo-se ao art. 2, parágrafo único, VI, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, que estabelece ser um dever dos advogados "estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios", afirma que:

(...) Percebe a norma, indubitavelmente, que a demanda é um mal, por vezes necessário, mas que, sempre que possível deve ser evitado e que a sociedade, assim como seus membros, lucram mais quando é possível compor os litígios do que quando arrastam longas pendengas judiciais, nas quais se gasta tempo, dinheiro, para não falar em bens de natureza pessoal (fadiga, ansiedade, estresse, etc.). ... É de boa política discutir os interesses do cliente, expor-lhe possibilidades, riscos, oportunidades, etc. O advogado não é contratado para litigar, mas para resolver o problema do cliente e, para tanto, o litígio nem sempre é a melhor solução. (MAMEDE, 1999, p. 246-247).

Além do apego à cultura adversarial, o paradigma jurídico-dogmático que domina o ensino nas faculdades de direito não consegue se libertar das raízes históricas de sua cultura técnico-burocrática. Segundo Boaventura de Sousa Santos:

(...) Com a tentativa de eliminação de qualquer elemento extranormativo, as faculdades de direito acabam criando uma cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito diante das mudanças experimentadas pela sociedade. Enquanto locais de circulação de postulados da dogmática jurídica, têm estado distantes das preocupações sociais e têm servido, em regra, para a formação de profissionais sem um maior comprometimento com os problemas sociais. (SANTOS, 2011, p. 87).

A questão que fica sem resposta é por que as escolas de direito, em geral, não conseguem romper esse modelo. Pode-se creditar uma parcela de culpa à passividade dos professores, que em sua maioria são selecionados em razão de sua prática profissional, sem qualquer preparação pedagógica ou interdisciplinar, às

razões de mercado, que regem a implementação de instituições centradas em uma prática pedagógica tecnicista, às barreiras institucionais, ou mesmo ao desinteresse dos alunos, que por vezes buscam a graduação como mera suplementação de carreira, ou requisito para o ingresso em concursos públicos.

Neste sentido, tal ensino não se difere do praticado nas escolas de recrutamento e formação, onde os erros são repetidos e aprofundados, reforçando a criação de um retrato do magistrado brasileiro:

(...) Domina uma cultura normativista, técnico-burocrática, assente em três ideias: a autonomia do direito, a ideia de que o direito é um fenômeno totalmente diferente de todo o resto que ocorre na sociedade e é autônomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos. (SANTOS, 2011, p. 83).

A mentalidade técnico-burocrática dos profissionais, agravada com a excessiva carga de trabalho dos tribunais, forjou a chamada cultura da sentença, definida por Kazuo Watanabe, onde "os juízes preferem proferir sentença ao invés de tentar conciliar as partes para a obtenção da solução amigável dos conflitos. Sentenciar, em muitos casos é mais fácil e mais cômodo do que pacificar os litigantes e obter, por via de consequência, a solução de conflitos". (WATANABE, 2007, p. 7).

Diante de todo este contexto, nos dias atuais, não há como se falar em acesso à Justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 8) sem vislumbrar a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, dentro e fora do contexto judicial, visando assegurar e garantir a aplicação dos direitos ameaçados em questão, uma vez que cada vez mais o Judiciário vem sendo atravessado pelas justiça emergentes, nos âmbitos nacionais e internacionais, representadas por formas extra oficiais de tratamento das demandas. Não significa negar a prestação jurisdicional por parte do Estado, mas propor alternativas porventura até menos onerosas e mais rápidas para a satisfação das controvérsias, com métodos mais humanísticos, que garantam, com maior qualidade, a obtenção da Justiça.

4 DESCENTRALIZAÇÃO DAS ESTRUTURAS JURISDICIONAIS: A PROPOSTA DOS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Segundo a dinâmica sociológica e política, será possível concluir que, na atualidade, cabe somente ao Estado, através do poder Judiciário, a prerrogativa de dizer o Direito? Seria a Jurisdição monopólio do Estado? A inquietação no que se refere a tais perguntas, e suas possíveis respostas, se tornaram recorrentes frente à tendência mundial de desjudicialização dos conflitos.

É possível afirmar que a vida social gera suas próprias relações. Assim sendo, o Poder Judiciário brasileiro não se encontra preparado, hoje, para lidar com a multifacetada lógica da economia e da vida globalizadas. Nesta perspectiva, o tempo do processo judicial não se coaduna com o do mercado, tempo este da simultaneidade. Logo, abrem-se as brechas para a necessidade de implementação de procedimentos jurisdicionais alternativos, ditos adequados, como a conciliação, negociação, arbitragem e a mediação, visando alcançar rapidez, informalização e pragmatismo.

Porém, há a tendência cultural, na explicação de José Murilo de Carvalho, de confundir cidadania com estadania. (CARVALHO, 2002). Nesta, a sociedade se molda a partir da vontade do Estado, em profundo contraste com a verdadeira essência do termo cidadania. Como reflexo, temos a postura instalada em nossa sociedade civil organizada de que cabe somente ao Estado, através do Judiciário, a solução dos conflitos. (MORAIS, 2003, p. 80).

A sociedade aprendeu a levar os conflitos para os tribunais. Com as leis aprendeu a evitar a violência, a guerra e a cobrança de seus interesses, necessidades e direitos, com as próprias mãos. Mas se esqueceu de como resolver conflitos em meio a estas mesmas necessidades e interesses, delegando poderes que só ela por si pode exercer. Esqueceu-se de como conquistar e administrar a paz. (SERPA, 1999, p. 62).

Ainda sobre o tema, discorre César Fiuza:

(...) A cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado brasileiro as figuras do bandido, do mocinho, do bode expiatório e do salvador da pátria. Por via de consequência, como é do Estado a tarefa de resolver todos os nossos

problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios. (FIUZA, 1995, p. 217).

Quando o Judiciário atua, este processa um conflito social, mas não significa, necessariamente, que sane uma relação social. Este ato apenas encerra uma questão, mas não impede que outras tantas semelhantes apareçam posteriormente. Assim, ele funcionaliza os dissensos, mas não a própria vida. A paz do direito pode até vir a funcionar pela capacidade coercitiva da atividade jurisdicional, mas isto não significa que as partes estejam satisfeitas, nem que a essência do conflito tenha sido solucionada. Não pode restar ao direito o simples alívio de um sintoma, enquanto o verdadeiro mal ainda persistir.

José Luiz Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler concluem:

(...) Para os operadores do direito, por um lado, as possibilidades propostas por mecanismos consensuais de reconstrução dos litígios permitem supor o evitar as deficiências profundas – instrumentais, pessoais, de custos, de tempo, etc. – próprios à “Grande Justiça” – a jurisdição estatal – marcando, apesar das insuficiências, inevitavelmente um reforço das relações de cidadania sendo privilegiado como instrumento apto a pôr fim a conflitos que se prolongariam, caso fossem levados à jurisdição estatal nos moldes tradicionais, mas, por outro, supõem, para muitos, a aceitação crítica desses métodos sem sequer considerar que essa temática necessita ser pensada em um quadro mais amplo no contexto dos projetos de reforma do Estado, em particular no que diz respeito ao que nominamos funções do Estado Contemporâneo – no qual a saga privatista aparece como o virtual paraíso suposto por um ética, quase religiosa, descompromissada (?) com os sofrimentos terrenos, transposta para o âmbito da economia, do direito e do Estado. (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 125).

Nesta esteira, pensar sobre uma campanha pela eficaz utilização dos métodos adequados de solução de conflitos pressupõe um duplo viés: por um lado, um interno, que aponta para seu contexto autonomizante, por outro, o aspecto externo, que reflete a responsabilidade com uma proposta de sociedade (neo)liberal. (MEIRELLES; MIRANDA NETTO, 2009).

A mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem estão elencadas dentre os meios adequados de solução de conflitos. É importante ressaltar que cada procedimento se encaixa melhor em determinada situação, não cabendo qualquer juízo de mérito a respeito de qual seria, genericamente, o melhor deles, o que justifica e explica a nomenclatura.

No rol destes métodos adequados de solução de conflitos, destaca-se o instituto da mediação, que nas palavras de Marilene Marodin e John Haynes:

(...) é o processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito. (HAYNES; MARODIN, 1996, p. 11).

Logo, não há parte vencedora ou parte perdedora. É composto um acordo pela flexibilização de ambas as partes, tendo o diálogo como instrumento facilitador, incitado pela figura do mediador.

É possível observar que o principal objetivo da mediação é o restabelecimento da comunicação entre as partes envolvidas, uma vez que esta, em meio a um conflito, fica prejudicada, tensa, acabando por aumentar a intensidade do mesmo. O papel do mediador é melhorar a capacidade de comunicação entre os mediados na busca de uma solução conjunta para o problema. (OSTERMEYER, 1996).

A negociação consiste da forma elementar de resolução de controvérsias. Sem a necessidade da participação de terceiros, consiste da própria rotina transacional, onde a argumentação é a base do procedimento. Segundo Lília Maia de Moraes Sales:

(...) A negociação é um procedimento muito comum na vida do ser humano. As pessoas estão sempre negociando a qualquer tempo e lugar. Uma criança negocia com outra um brinquedo ou um postal; um professor ajusta com o coordenador a sala de aula que irá ocupar; o cantor negocia o tipo de show que apresentará, enfim, antes da negociação ser um fato jurídico, ela é um acontecimento natural. (SALES, 2004, p. 36).

A conciliação é um meio de solução de conflitos que conta com o auxílio de um terceiro, denominado conciliador, o qual interfere no processo visando à obtenção de um acordo. Tal procedimento, em um primeiro momento pode causar certa confusão com a mediação, porém a diferença fundamental está na maneira como o diálogo é conduzido, com ou sem a interferência da terceira pessoa.

Como sua finalidade recai sobre a obtenção do acordo, a atuação do conciliador é mais interventiva que a do mediador, sendo permitida a sugestão de

soluções juntamente às partes, tanto sobre as alternativas para o problema, quanto ao teor do acordo a ser firmado. (SALES, 2004, p. 39).

Por fim, na arbitragem, as partes escolhem livremente um árbitro, pessoa de confiança e especialista na controvérsia em questão, para decidir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

O processo de arbitragem se distingue da mediação e da conciliação pelo seu aspecto formal, com regras legais que condicionam sua validade, caso contrário o mesmo poderá ser declarado nulo. A decisão é irrecorrível em instâncias judiciais, e constitui título executivo judicial. Por fim, para Carlos Alberto Carmona:

(...) Pode-se definir confortavelmente arbitragem como um meio alternativo de solução de controvérsias através do qual as partes em litígio envolvendo direito disponível escolhem um juiz privado para decidir a controvérsia de forma autoritativa, ou seja, vinculativa para os litigantes. Querem os contendentes, ao escolher a via alternativa, prudente distância do Poder Judiciário (cujas decisões, via de regra, são seguras, porém muito morosas), procurando solução rápida, deformalizada e especializada para seus conflitos, aproveitando-se do sigilo propiciado pelo método em questão e da possibilidade de indicar como julgador um especialista na matéria objeto da disputa, eliminando-se, como é fácil perceber, muitos dos componentes aleatórios que podem levar à frustração da solução judicial das disputas. (CARMONA, 1999, p. 421).

Apesar do movimento global que abraça tanto a mediação como os outros métodos adequados de solução de conflitos, estes institutos têm encontrado certas limitações ao ingressar em nossas fronteiras, pois a solução que vem sendo proposta pelo Estado seria, ao invés de criar movimentos alternativos ao Judiciário estatal, conduzir reformas no processo a fim de que estes consensos sejam atingidos dentro do mesmo, ou seja, que a flexibilização pretendida ocorra dentro do próprio Judiciário.

O risco assumido ao enveredar por esse caminho é o de restringir a aplicação do instituto alternativo a somente um nicho do mercado, como aconteceu com a arbitragem. Esta, por questões culturais, teve sua utilização condicionada às relações empresariais, originalmente mais dependentes de uma ideologia global do que nacional, fatalmente optantes por abrir mão de um Judiciário lento, caro e imprevisível.

Quer parecer que o CNJ deseja recuar um pouco agora, para, posteriormente, obter um maior avanço. Como um exercício didático da própria

cidadania, a mediação começaria a ser trabalhada dentro do Judiciário, para depois, aos poucos, ser entregue às mãos da própria sociedade civil organizada.

Tal hegemonia do Judiciário, no contexto da implementação da mediação, tem uma grande desvantagem. Elígio Resta, uma das maiores autoridades em mediação na Itália, tem uma atitude muito violenta em relação à mediação judicial. Segundo o professor, o procedimento, nesses moldes, nem poderia ser chamado de mediação, pois ao ser processualizada, a mediação seria contaminada pelos vícios do processo. São colocados argumentos no sentido de que o juiz deve ser equidistante das partes, já o mediador, equidistante; é vedado escolher o juiz que irá julgar determinada causa, ao passo que o mediador é escolhido pelas próprias partes; o juiz, ao julgar determinada causa, só pode levar em consideração os fatos trazidos no próprio processo, enquanto a abrangência de conteúdo a ser abordado na mediação pode ir além dos limites do próprio processo, dentre outros pontos.

Não se deve pretender que a mediação seja a panacéia da solução dos conflitos, mas mais uma ferramenta nas mãos do juiz. A ideia contida no novo Código de Processo Civil é justamente a de um juiz gerenciador, um juiz que tenha em suas mãos instrumentos variados a se adequarem a diferentes conflitos.

E mais do que isso, segundo Warat, a jurisdição trabalha com a falsa ideia de que conflitos podem ser resolvidos. A maioria dos conflitos não pode ser resolvida, mas será monitorada e mantida dentro de determinados parâmetros de aceitabilidade social. Esta seria a verdadeira razão de ser da jurisdição, e para isso o juiz contaria com vários elementos, podendo utilizá-los dentro e fora do processo.

5 MEDIAÇÃO: ODE À COMUNICAÇÃO

A sociabilidade é condição inerente à própria essência humana. De acordo com Sartre⁴, os homens estão condenados a serem livres por não poderem abdicar de sua liberdade sem abrir mão de sua condição humana, lógica esta que se reflete no tocante à convivência com seus iguais.

⁴ Jean-Paul Sartre (21 de Junho de 1905 -15 de Abril de 1980), filósofo existencialista francês do início do século XX.

Decorrente da necessidade de conviver e de se envolver com o outro, também se mostra inevitável à realidade humana a existência dos conflitos (SERPA, 1999, p. 24), situações naturais das relações humanas, provocados por desgastes de relacionamentos, construção de interesses específicos, divergências de expectativas, dentre outros, sendo que a sociedade sempre buscou, de alguma maneira, resolver estes conflitos, seja da forma litigiosa ou consensual (ALVIM, 1996 apud MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 113-114).

A implantação das práticas discursivas e narrativas da mediação convergem diretamente ao pensamento de Habermas, para quem “sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos”. Estes cidadãos, por sua vez, só poderão ter consciência de sua autonomia pública, na medida em que esteja assegurada sua autonomia privada. Neste sentido, “uma autonomia privada assegurada serve como garantia para a emergência da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como garantia para a emergência da autonomia privada” (HABERMAS, 2003, p. 146).

Perseguindo este ideal de autonomia privada, o indivíduo se torna sujeito de suas relações, sejam elas conflituosas ou não, tornando-se interlocutor direto das mesmas. Daí Habermas, em sua Teoria do Agir Comunicativo, propõe uma estrutura dialógica, dando ao indivíduo condições de se orientar para um acordo, para o entendimento mútuo que leva ao consenso, permeado por um diálogo aberto, chamando especial atenção para o importante papel da linguagem na interação humana:

(...) no caso da ação comunicativa a linguagem se constitui num meio capaz de possibilitar inteiramente o entendimento mútuo. A linguagem se apresenta, então, como motor da integração social, tendo a comunicação como o veículo de construção de uma identidade comum entre indivíduos... aí reside a possibilidade de que os indivíduos em interação sejam capazes de discernir e fundamentar, com base em uma formação da vontade autônoma, as questões éticas e morais que se colocam a partir da vivência social. A verdade deixa de ser uma certeza absoluta e passa a ser um procedimento para se chegar a um acordo coletivo. A consequência imediata de um pensamento desenvolvido sobre estas bases é bem clara: a comunicação pode retornar ao âmbito da esfera pública, tornando-se seu princípio constitutivo central. (COUTINHO, 2005, p. 345).

Há uma enorme simplicidade nas normas que comandam o agir comunicativo e o discurso de Habermas, que visa o entendimento mútuo. Elas fazem parte do bom senso do dia-a-dia, sempre que se busca o entendimento: a universalidade, o respeito pelo outro, a veracidade, a sinceridade e o respeito pela verdade que excluem qualquer artifício que possa distorcer o processo do diálogo e da busca pelo verdadeiro e o justo, e, finalmente, a renúncia a todas as formas de violência e coação. Em prol da integração social, e conseqüentemente, da democracia e da cidadania, possibilitariam a resolução dos conflitos vigentes na sociedade não com uma simples solução, mas com a melhor solução, resultado do consentimento de todos os concernidos.

A Ética do Discurso, graças a sua própria essência linguística-pragmática, implica intersubjetividade, capacidade de convivência, diálogo, busca de unidade na diversidade de posturas frente à existência. Não significa intentar uma unidade de convicções, mas buscar um mínimo racional capaz de permitir a produtiva convivência em sociedade, promovendo através da pluralidade de experiências, e do respeito mútuo, uma dinâmica mais rica do tecido social como um todo. (GUERRA FILHO, 2009, p. 169).

Segundo Gilvan Hansen,

(...) A ideia de uma sociedade melhor parece perpassar a própria história humana, mas ela é tão somente uma ideia que orienta a própria possibilidade da existência humana. A maneira com que cada época vai buscar construir uma sociedade melhor e os critérios que vão definir o que se entende por uma sociedade menos ameaçada – o conteúdo, em suma – serão definidos no dia a dia da experiência comunicativa de cada época, por sujeitos reais vivendo situações específicas e tendo biografias peculiares, originais e únicas. (HANSEN, 1999, p. 144).

Cumprе ressaltar ainda que, o instituto da mediação, quando equivocadamente respaldado fora de sua verdadeira essência, pode vir a representar tão somente mais uma estratégia política, propagandista, ou mera demanda de mercado. Ao ser interpretado pela ótica de uma racionalidade instrumental como uma tentativa de trazer mais agilidade para as decisões judiciais e desafogar os operadores do direito, desvirtua-se de seu verdadeiro objetivo de ferramental favorável ao resgate das instâncias de deliberação intersubjetiva do mundo da vida e

da promoção de uma cidadania eticamente balizada em procedimentos democráticos.

6 QUEM, O QUE E COMO MEDIAR?

O mediador é aquela terceira pessoa imparcial escolhida ou aceita pelas partes, com o intuito de facilitar a comunicação, auxiliar o diálogo entre os envolvidos, diminuir a hostilidade, visando transformar o impasse apresentado e possibilitar que as próprias partes encontrem o caminho satisfatório para a solução do conflito.

O mediador deve ser capaz de ouvir e tranquilizar as partes, fazendo-as compreender que ele entende o problema; passar confiança às partes; explicitar sua imparcialidade; mostrar às partes que seus conceitos não podem ser absolutos; fazer com que as partes se coloquem uma no lugar da outra, entendendo o conflito por outro prisma; auxiliar na percepção de caminhos amigáveis para a solução do conflito; ajudar as partes a descobrir soluções alternativas, embora não deva sugerir o enfoque; compreender que, ainda que a mediação se faça em nome de um acordo, este não é o único objetivo (WARAT, 1999, p. 122-123).

E é neste contexto que emerge a importância de se fixar as habilidades que devem possuir estes profissionais, consideradas não somente necessárias como também indispensáveis para o exercício da função, incluindo os conhecimentos específicos, dependendo da matéria em discussão, e também importantes habilidades pessoais, onde destaca-se a capacidade de comunicação e a sensibilidade, como opina Warat, com total propriedade:

(...) O grande segredo da mediação, ao meu ver, como todo segredo é muito simples, tão simples que passa despercebido. Não digo que tentemos entendê-lo, pois não podemos entendê-lo. Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada, e correremos o risco de agravar o problema. Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. (WARAT, 2001).

De acordo com Jean Six, "são necessários perceber três componentes para a formação do mediador: a matéria-prima (homem), a teoria e a prática." (SIX, 2001, p. 271). Por matéria-prima se entende o homem, e o bom mediador entende que

sua formação é contínua, justamente por estar o ser humano em contínuo desenvolvimento. A identidade do mediador é inventada constantemente, não se dá de uma vez por todas, é sempre afinada, trabalhada, atualizada. Em relação à teoria, é necessária uma boa fundamentação da mediação como instrumento democrático e sua adequação para os determinados tipos de conflitos. Finalmente, o estudo dos casos práticos e o trabalho com casos concretos possibilitam que o mediador saiba quando e como começar, quando continuar e quando encerrar uma mediação (SALES, 2010, p. 49).

O mediador, ainda, não pode calcar sua identidade na lógica binária, do "ou isto ou aquilo", tão difundida no mundo atual devido à propagação das ciências e da tecnologia, mas utilizar como ferramenta a percepção dialética, aquela que admite uma terceira possibilidade, sendo esta postura vantajosa por melhor condizer com a complexibilidade do real. Ainda de acordo com Six, nas palavras de Bolzan de Moraes, neste ponto deve se engajar a luta do mediador:

(...) Olhar o "3", tarefa de todo o mediador, é perceber a terceira dimensão e valorizá-la ali onde se tem a tendência de aplainar o real e de mostrar o mundo e os seres em duas dimensões. Fazer o "3" é provocar as pessoas e situações para que elas não se deixem aprisionar no preto e branco, no maniqueísmo. Isso só se pode viver tendo o gosto pela complexidade: é a inteligência objetiva da complexidade do mundo, não a ignorância ou a infabilidade, que pode hoje fundar novamente os símbolos no senso comum. (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 162).

No mesmo sentido, segundo Resta:

(...) dito em uma fórmula, enquanto o juiz é pensado, nos sistemas modernos, como o *nec utrum*, nem um nem outro, nem isto nem aquilo, justamente neutro, o mediador deve ser isto e aquilo, deve perder a neutralidade e perdê-la até o fim. Enquanto as partes litigam e só vêem seu ponto de vista, cada uma de maneira espetacular em relação à outra, o mediador pode ver as diferenças comuns aos conflitantes e recomendar aqui, atuando com o objetivo de as partes retomarem a comunicação, exatamente o *múnus* comum a ambas. O mediador é agora meio para a pacificação, remédio para o conflito graças ao estar entre os conflitantes, nem mais acima, nem mais abaixo, mas no seu meio. (RESTA, 2004, p. 126).

Os conflitos provenientes das relações da família são um terreno riquíssimo para a atuação da prática da mediação, justamente pela preocupação com a preservação emocional das partes, e com o fato das relações serem continuadas no tempo, onde a mediação fornece às partes a capacidade de aprender a lidar com as

emoções, tanto no tocante aos problemas quanto às soluções, construindo outras alternativas, e devolvendo às mesmas a capacidade e a oportunidade de retomar a posição de protagonistas de suas próprias decisões. Os mediadores não têm o intento de resolver conflitos, mas de permitir que as pessoas encontrem saídas para seus próprios conflitos.

Ao reconhecer e atuar no universo sentimental das crises envolvendo a família, o processo da mediação permite o reconhecimento, por meio das partes, de que as emoções são tanto parte do problema como de sua solução, e que uma vez encaradas e clareadas, facilitam a reorganização das funções, papéis e obrigações da família. Neste sentido, Águida Arruda Barbosa enfatiza:

(...) A mediação é uma estrutura que se apóia na dicotomia *pensamento/sentimento*, exigindo mudança de mentalidade para se valer desta prática, pressupondo estudos que contemplam o entendimento da essência da efetiva demanda jurisdicional, que vem a ser o reconhecimento do valor maior da vida em sociedade – a cidadania – que promove a inserção do homem enquanto ser social, porém, a inovação a ser agregada é a consciência de que o humano é, sobretudo, um ser afetivo. (BARBOSA, 2004, p. 387).

Ainda nessa esteira, nas palavras de Carreira Alvim:

(...) o direito só se transforma em justiça quando passa pela alma, pelo sentimento de quem julga. A lei, dizia São Tomás de Aquino, “padece do pecado original”, que é ser uma “regra geral a aplicar-se a casos particulares”. É uma roupa que não serve em todos os corpos, a não ser que haja um “costureiro habilidoso”, para fazer com que ela sirva, tanto nas pessoas grandes, como nas pequenas; tanto nos ricos como nos pobres. Aí teremos, então, justiça. E é por isso que justiça não é privilégio de juiz togado. Aliás, a verdadeira justiça é aquela feita com base nos princípios da equidade; aquela que é feita para cada caso; aquela que, ainda que moldada na lei, atende às circunstâncias peculiares, específicas, de cada caso concreto. (ALVIM, 2003).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, o grande desafio a ser proposto segue no intento de promover uma mudança de paradigma acerca do limite da interferência estatal no universo dos conflitos humanos, estimulando um alargamento da consciência das partes e dos próprios operadores do Direito, no sentido de permitir e incentivar a prática da mediação dentro dos moldes de proteção que uma Constituição garantista deve ser capaz de exercer, tornando-se verdadeiramente equivalente ao processo

judicial enquanto forma legítima de solução de conflitos no Estado Democrático de Direito.

A proposta apresentada pela mediação converge no sentido da teoria habermasiana, como meio hábil que possibilita a emancipação do indivíduo e da comunidade na qual se insere, insurgindo nos sujeitos a responsabilidade pela solução de suas próprias demandas, fortalecendo seus princípios de cidadania, bem como, ao propor o deslocamento do paradigma da relação adversarial para uma relação dialógica, rumo ao objetivo primordial da pacificação social.

É preciso forçar uma conscientização a favor da responsabilidade de fazer o direito e os remédios legais refletirem a real necessidade da sociedade e do atual momento histórico, efetivando-se o dever de encontrar alternativas que respondam às demandas sociais. Nesta lógica, os mecanismos da oralidade, informalismo e conciliação, presentes na mediação, se coadunam fazendo frente à concretização de novos direitos, aproximando a Justiça de seus demandantes, permitindo o exercício pleno da cidadania.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n. 84, p. 175-199, 1996.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Arbitragem e o poder judiciário: convergências e divergências. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DIREITO ARBITRAL, 1., 2003, Belo Horizonte. **Anais** [...]. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003.

BARBOSA. Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do judiciário. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro**: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. Árbitros e juízes: guerra ou paz? In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil, o longo caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

COUTINHO, Sérgio. A recepção como "pragmática argumentativa" uma visita ao conceito pelo olhar habermasiano. **Perspectiva Teleológica**, Belo Horizonte, v. 37, n. 103, p. 337-366, 2005.

FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FUX, Luiz; BATISTA, Weber Martins. **Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HANSEN, Gilvan Luiz. **Modernidade, utopia e trabalho**. Londrina: CEFIL, 1999.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. **Fundamentos da mediação familiar**. Tradução: ASSUMPCÃO, Eni; MARODIN, Fabrizio Almeida. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996.

MAMEDE, Gladston. **A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARSHALL, T. H. **Cidadania e classes sociais**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Meios alternativos de resolução de conflitos envolvendo a administração pública. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, Maringá. **Anais** [...]. Maringá: Fundação Boiteux, 2009. p. 6385-6417. Disponível em: www.conpedi.org.br/anais/36/03_1320.pdf. Acesso em: 01 fev. 2020.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça: uma questão recorrente. *In*: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Fortaleza: ABC Editora, 2003.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OSTERMEYER, Melinda. Realizar la mediación. *In*: DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W.; OLCZAC, Paul V. **La mediación y sus contextos de aplicación**: una introducción para profesionales e investigadores. Buenos Aires: Paidós, 1996.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Das comissões de conciliação prévia: entre a penumbra e a luz. *In*: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; Viana, Márcio Túlio (coord.). **Comissões de conciliação prévia**: quando o direito enfrenta a realidade. São Paulo: LTr, 2003.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

ROTH, André-Noel. O direito em crise: fim do estado moderno? *In*: FARIA, José Eduardo. **Globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare**: guia prático para mediadores. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WARAT, Valéria. Mediação e psicopedagogia: um caminho para construir. *In*: WARAT, Luiz Alberto (Org.). **Em nome do acordo**: a mediação no direito. 2. ed. Argentina: Almed, 1999.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos.
In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano.
Mediação e gerenciamento do processo. São Paulo: Atlas, 2007.

Recebido em 13/02/2020.

Aceito em 28/02/2020.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n47p135-153>

MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS INTEREMPRESARIAIS: UM INSTRUMENTO PARA O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA DAS EMPRESAS

EXTRAJUDICIAL MEDIATION OF INTER-BUSINESS CONFLICTS: AN INSTRUMENT FOR THE EXERCISE OF THE PRIVATE AUTONOMY OF THE COMPANIES

Kelly Aparecida Vale*
René Vial**

Resumo: Este artigo tem por objetivo apresentar os resultados de uma pesquisa que analisou o uso da mediação extrajudicial nos conflitos negociais entre empresários do município de Belo Horizonte, Minas Gerais. Por meio do método quanti-qualitativo, os institutos da mediação e dos contratos foram aproximados, com o propósito de demonstrar as vantagens da mediação como ferramenta útil às necessidades empresariais. Justificadas as vantagens com base na bibliografia especializada, buscou-se, por meio da aplicação de questionários, verificar o conhecimento e o emprego da mediação entre os empresários da amostra. Como será demonstrado, o resultado expressa o incipiente entendimento acerca da mediação nas relações interempresariais, levando-se à conclusão de que o desconhecimento dos benefícios da ferramenta seria o principal óbice à sua efetiva aplicação.

Palavras-chave: Autonomia privada. Autocomposição. Contratos. Mediação. Relações empresariais.

Abstract: This article intends to present the results of a research that analyzed the use of extrajudicial mediation in business conflicts between entrepreneurs in the city of Belo Horizonte, Minas Gerais. Through the quantitative and qualitative method, the institutes of mediation and contracts were approached, with the purpose to demonstrate the advantages of mediation as a useful tool for business needs. Justified the advantages based on the specialized bibliography, it was sought, through the application of questionnaires, to verify the knowledge and the use of mediation among the entrepreneurs of the sample. As will be demonstrated, the result expresses the incipient understanding about mediation in inter-business relationships, leading to the conclusion that the lack of knowledge of the tool's benefits would be the main obstacle to its effective application.

* Pós graduanda em Docência pela Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen (ARNALDO). Graduada em Biblioteconomia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: kelly.vale@soukennedy.com.br.

** Doutorando, Mestre e Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: rene.vial@somoskennedy.com.br.

Trabalho desenvolvido com o apoio do Programa de Bolsas de Iniciação Científica das Faculdades Promove e Kennedy, 2019.

Keywords: Private autonomy. Self-composition. Contracts. Mediation. Business relations.

1 INTRODUÇÃO

O acesso à Justiça é direito fundamental, que expressa a garantia de que todas as pessoas, naturais e jurídicas, têm de postular a tutela jurisdicional em face de lesão ou ameaça a um direito, e está previsto, no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

A função jurisdicional autoriza o Poder Público a decidir imperativamente e impor suas decisões nos processos. Nesse modelo de solução de conflitos, o juiz substitui as partes e a elas determina direitos e deveres que deverão ser acatados. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008).

O Estado, durante muito tempo, concedeu o direito formal ao acesso à Justiça sem assegurar sua efetivação. Alguns entraves foram relatados na década de 70 do século XX, como os altos custos do processo, o grande volume de causas, a morosidade, e a desigualdade entre as partes, tanto no que tange ao conhecimento jurídico quanto aos recursos para suportarem uma demanda judicial. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Visando à efetivação do acesso à Justiça, coube ao Estado e à sociedade tomarem medidas que minimizassem essas dificuldades. Com o tempo, surgiram outras, oriundas do desenvolvimento social, como a exponencial ampliação das relações humanas na internet, e conseqüentemente das transações empresariais.

No Brasil, algumas políticas públicas foram implantadas para abrandar as dificuldades que obstam o acesso à Justiça. É possível citar a gratuidade aos hipossuficientes, a criação dos Juizados Especiais para solução de demandas de menor complexidade, e a regulação dos meios alternativos de solução de conflitos extrajudiciais, a exemplo da mediação e da arbitragem.

Nesse cenário, de ampliação e diversificação das possibilidades de transações comerciais, esse artigo buscou, no levantamento bibliográfico, demonstrar as vantagens do uso da mediação extrajudicial, tendo em vista suas similaridades com os contratos, enquanto meio de garantir celeridade, menor custo e manutenção das relações entre parceiros comerciais. Vislumbrando tais vantagens,

investigou-se como os empresários reconhecem, aplicam ou investem na mediação, por meio da aplicação de questionários.

Recorrendo à aproximação entre esse instituto e os contratos, foram demonstrados os pontos convergentes, como os princípios e as características. O principal elo identificado foi a autonomia privada, cuja importância restou demonstrada, enquanto fundamento basilar para a ampliação do uso da mediação extrajudicial em conflitos interempresariais.

Espera-se que trabalhos de natureza prática como esse possibilitem, não só o crescimento dos debates no meio acadêmico, mas, principalmente, a ampliação do atendimento aos empresários por advogados e outros profissionais que pretendam se especializar em mediação extrajudicial.

2 PRESSUPOSTOS JUSTIFICADORES PARA A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL NAS RELAÇÕES ENTRE EMPRESAS

2.1 Autonomia privada

A palavra autonomia pressupõe liberdade, independência, autogoverno das pessoas em reger suas condutas e decisões, submetidas, apenas, aos ditames legais. Assim é a pessoa livre para decidir, salvo quando a lei expressar o contrário.

Autonomia "...pressupõe a liberdade de escolher". É nesse sentido que entendemos se tratar de um pressuposto para as relações empresariais, nas quais prevalecem os interesses privados. Assim, sendo lícitas as condutas dos empresários, esses possuem independência para direcionar suas decisões negociais visando à preservação da empresa (SÁ; OLIVEIRA, 2007, p. 9).

Nesse sentido, Amaral Neto (1989, p. 216), ensina-nos que "...tratando-se de relações jurídicas de direito privado, são os particulares que melhor conhecem seus interesses e a melhor forma de regulá-los juridicamente.". Entendemos, por essa razão, que litígios empresariais levados ao Judiciário podem não atender as empresas, uma vez que sua autonomia e interesses restam decididos por um terceiro estranho à relação comercial.

É preciso, ressaltar, que, nesse artigo, optou-se por analisar somente as demandas entre empresas. Não serão abordadas aquelas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Isso porque, nas relações consumeristas existe desigualdade entre os sujeitos, cabendo ao Estado estabelecer regras que limitem a autonomia privada a fim de proteger a parte hipossuficiente.

Como nas questões interempresariais, em regra, prevalece a simetria entre as partes, sobretudo, em função da profissionalidade, aplicam-se as normas típicas das relações privadas. Por haver o pressuposto da igualdade entre as partes, os sujeitos não se enquadram como consumidor e fornecedor, e sim como contraentes ou contratantes.

A profissionalidade é, pois, característica intrínseca ao conceito de empresário, definido no artigo 966, do Código Civil: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços." (BRASIL, 2002).

Sendo o profissionalismo um requisito legal para a caracterização do empresário, Chagas (2017) afirma que os riscos, a organização, a técnica da empresa são atributos que o distinguem dos consumidores. Por isso, o empresário necessita estar preparado para exercer a empresa, e esse é o ponto que estabelece igualdade nas relações negociais.

Entendemos assim que, tratando-se de interesses privados, estando os empresários amparados pela autonomia e pela igualdade jurídica, pressupostos essenciais à continuidade da atividade empresarial, a mediação extrajudicial possibilita soluções que privilegiam a manutenção das relações negociais, trazendo resultados econômicos mais lucrativos.

2.2 Análise econômica dos contratos

As relações negociais em tempos de globalização são, extremamente, rápidas. Transações que, antes do advento da internet, eram realizadas em meses, agora são feitas e desfeitas em instantes. Destarte, é necessário que o ordenamento jurídico acompanhe essa evolução, definindo regras que subsidiem novas formas de

contratação, bem como que possibilitem a solução de divergências originadas nessas negociações de forma a atender as necessidades sociais.

É por meio dos contratos que o empresário realiza a atividade empresarial, de forma profissional visando ao lucro. Nos mesmos termos, afirma Roppo (1988, p. 11) que "...onde não há operação econômica, não pode haver também contrato." Dessa afirmação, resta claro que os contratos são instrumentos jurídicos que propiciam a circulação de bens e serviços entre as empresas.

Partimos do tradicional conceito de Beviláqua (1931, p. 194) que denomina contrato como "... um conciliador dos interesses colidentes, como um pacificador dos egoísmos em lucta.". Nesse sentido, as vontades são flexibilizadas entre as partes contratantes para que haja a celebração do negócio jurídico, resultando na movimentação da economia.

Decerto, o conceito que mais aproxima os contratos à economia foi descrito por Lorenzetti (1999, p. 18) que os define como "...un instrumento para la realización de actividades económicas...". Pode se dizer que é no viés econômico dos contratos interempresariais que se baseia esse artigo.

Além da perspectiva econômica é primordial que a análise dos contratos seja realizada tendo em vista os princípios jurídicos. Essas normas acompanham as mudanças sociais e podem servir de arcabouço para a solução de contentas originadas pelo descumprimento das relações interempresariais.

A esse respeito, Coelho (2018) afirma que os contratos empresariais possuem uma principiologia específica. O referido autor destaca, entre os princípios contratuais aplicáveis às relações entre empresários, a autonomia da vontade e a vinculação dos contratantes.

Sobre a autonomia, é preciso considerar que, para a exploração da empresa, diversos contratos são realizados, tendo por base a livre concorrência e a liberdade de iniciativa, que são valores constitucionais reguladores das relações econômicas neoliberais vigentes no Brasil.

Assim, é necessário que haja ampla autonomia, para que os empresários possam escolher com quem contratar, qual o objeto do contrato, quais as cláusulas e como serão dirimidas as controvérsias, que porventura surgirem. Esse entendimento

foi citado por Benjamin, Katz e Craswell (2006, p. 1), quando afirmam que "*The essence of a free-market economy is the ability of private parties to enter into voluntary agreements that govern.*"¹

Quanto ao princípio da vinculação dos contratantes entende-se, antes de tudo, que deve haver menor relativização dessa norma nos contratos entre empresas do que em relação a outros tipos de contratos. Em virtude disso, Coelho (2018) afirma que a revisão judicial dos contratos não pode neutralizar a regra básica da competição entre as empresas desfazendo os efeitos de uma decisão equivocada do contratante.

Faz-se, portanto, mais forte nessas relações, voltadas para o trato empresarial, o famoso "pacta sunt servanda". Segundo Venosa (2017), trata-se de frisar o entendimento de que um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes.

É preciso ressaltar que, na realização de contratos empresariais, as partes tendem a flexibilizar suas posições em busca, principalmente, do interesse econômico. No entanto, quando há uma contenda, dificilmente, sem o apoio de um terceiro imparcial (a nosso ver, o mediador), é possível uma solução capaz de reduzir os danos.

2.3 Limites da intervenção estatal na política econômica liberal

A Teoria da Imprevisão, nos termos dos artigos 317, 478 e 479 no Código Civil, possibilita a um dos contratantes pedir revisão do contrato junto ao Poder Judiciário. Tal possibilidade encontra, na própria lei, limitações, podendo ser aplicada nos casos de onerosidade excessiva para uma parte em contrapartida a elevada vantagem para a outra, em virtude de circunstâncias imprevisíveis (BRASIL, 2002).

A atuação do juiz, que vai substituir a vontade das partes no reequilíbrio ou resolução contratual, deve ser considerada como exceção. Isso porque a Teoria da Imprevisão não deve ser aplicada para desequilibrar a relação entre os contraentes quando se tratar de situações que envolvam o risco normal do negócio.

¹ "A essência de uma economia de livre mercado é a possibilidade da realização de acordos voluntários que regem as relações econômicas na esfera privada." (tradução nossa).

Tendo em vista que as decisões tomadas pelos empresários visam ao lucro, muitas vezes o risco é condição do negócio. Nesse contexto, torna-se insuficiente a simples alegação de fato superveniente como razão bastante para intervenção estatal no contrato privado.

Por conseguinte, quando se tratar de relações empresariais, nas quais prevalece o equilíbrio entre as partes, o Estado não deve interferir na solução de eventuais controvérsias. A proposta desse artigo é que as partes, tendo ou não pactuado cláusula que preveja solução extrajudicial, possam usufruir desse mecanismo por meio da mediação.

Somente em casos excepcionais, quando houver desigualdade entre os empresários, entender-se-á legítima a intervenção estatal. Coelho (2018, p. 39) nos explica que “A assimetria, nos contratos empresariais, que justifica a proteção do contratante dependente, decorre da obrigação contratual de organizar sua empresa seguindo orientações emanadas do outro contratante.”

Logo, a utilização da mediação, restará direcionada para as relações empresariais isonômicas. Nesse sentido, estabelece o Conselho da Justiça Federal (2012) no Enunciado 21 da Primeira Jornada de Direito Comercial que “Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”.

Dessa forma, é inegável a vantagem das soluções consensuais, uma vez que a interferência judicial não garante aos contraentes resultados mais benéficos do que aqueles construídos pelas próprias partes. Essa realidade é ainda mais evidente quando analisamos a morosidade das decisões, os altos valores dispendidos com custas processuais e os obstáculos legais para a intervenção estatal nessas relações.

Por essas razões, a recém-publicada Lei 13.874/2019 fortalece ainda mais a autonomia privada nas relações interempresariais. Com os dispositivos introduzidos no Código Civil pela Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica, o Estado busca proteger a livre iniciativa e o livre exercício de atividade econômica.

No novo texto do artigo 421 há expressa orientação legislativa para que a revisão contratual seja tratada como exceção. Com isso, prevalece o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações privadas (BRASIL, 2019).

O artigo 421-A, por sua vez, cuida da formalização de parâmetros objetivos que possam ser utilizados pelos negociantes na interpretação das cláusulas contratuais e nos critérios de revisão ou resolução dos contratos. Isso, claramente, possibilita aos empresários maior segurança, visto que restringe a análise e a alteração dos negócios por via judicial.

Pode-se afirmar, então, que a mudança de perspectiva na atuação do Estado como agente normativo e regulador demonstra a importância da mediação extrajudicial, uma vez que a recente Lei 13.874 reduz, ainda mais, a margem de intervenção estatal em matérias privadas, valorizando a autonomia privada.

3 FORMAS EXTRAJUDICIAIS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os meios modernos utilizados como alternativas extrajudiciais para a solução de conflitos têm origem nos Estados Unidos, na década de 70 do século passado. Segundo Tartuce (2018), eles surgiram para atender à grande demanda de negociações comerciais frente à ineficiência do Poder Judiciário.

No Brasil, é a partir da Constituição de 1988 que se iniciam os estímulos estatais para a implantação dos métodos alternativos de solução de conflitos. Desde o preâmbulo, o texto constitucional destacou a preocupação do legislador constituinte com a solução pacífica de controvérsias.

Esse movimento teve seu fortalecimento com o Provimento 125, norma do Conselho da Justiça Federal (2012). A partir de então, o Poder Judiciário deveria estar preparado para a criação de políticas que atendessem às diversas demandas sociais por solução de contendas jurídicas.

Recentemente, as formas extrajudiciais para solução de conflitos tiveram seu marco legal estabelecido no Código de Processo Civil de 2015. Apesar dessa harmonização, cada modelo teve seu desenvolvimento previsto em normas próprias. A mediação nas relações privadas, objeto desse artigo, foi trazida na Lei 13.140/15.

3.1 Arbitragem

A arbitragem foi a primeira forma de solução de conflitos a ser positivada em nosso ordenamento jurídico, com a Lei 9.307 de 1996. Trata-se de espécie heterocompositiva, na qual as partes, assim como no processo judicial, delegam a um terceiro imparcial a solução da demanda. O documento gerado por esse acordo é a Sentença Arbitral, que não poderá ter seu mérito questionado no Poder Judiciário e cujo valor jurídico é de título executivo judicial, nos termos do novo Código de Processo Civil. (BRASIL, 2015a).

A arbitragem pode ser instituída por cláusula compromissória ou por compromisso arbitral, acordado entre as partes. É um método que se aplica aos direitos disponíveis, mormente de natureza patrimonial. Assim, ela pode ser utilizada nos negócios interempresariais. Contudo, conforme demonstraremos no tópico sobre a mediação, entendemos que esse não seria o melhor método.

3.2 Conciliação

A conciliação é hoje aplicada pelos Tribunais de Justiça por meio dos Centros Judiciários de solução de conflitos e cidadania - CEJUSC. A principal característica que a distingue da mediação é a possibilidade do terceiro imparcial, que a conduz, apresentar às partes soluções para que se realize um acordo.

Trata-se de importante ferramenta para os Juizados Especiais Cíveis, devido a sua aplicação nos casos de menor complexidade e valor. Outra vantagem é a sua previsão de solução das controvérsias em poucas sessões.

3.3 Mediação

A mediação foi inserida, no ordenamento jurídico brasileiro, como possibilidade de solução de controvérsias entre particulares, por meio da Lei 13.140/15. Nesse diploma legal, ela é conceituada como "...atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas

partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.” (BRASIL, 2015b).

O conceito previsto em lei apresenta características importantes da mediação. Trata-se de atividade técnica, ou seja, o mediador deve ser uma pessoa capacitada para os atos do seu ofício. Segundo Vasconcelos (2008), ele precisa se preparar para lidar com a dinâmica do conflito e da comunicação, sem que a sua intermediação interfira na decisão das partes.

Outro ponto importante a se ressaltar é a consensualidade, que se explica pelo fato de ser, a mediação, um meio pelo qual não existe imposição de decisões por um terceiro, sendo que a solução é construída pelos sujeitos diretamente interessados. Essa e outras importantes vantagens da mediação em relação a outros métodos de solução de controvérsias foram apresentadas no Manual de Mediação do CNJ, a saber:

Processos não vinculantes Controle do processo e do seu resultado cabe às próprias partes	Processos vinculantes Controle do processo e do seu resultado cabe a terceiros	
Tomada de decisão particular pelas próprias partes	Tomada de decisão extrajudicial por terceiro	Tomada de decisão judicial por terceiro
Negociação Mediação Conciliação	Decisão administração Arbitragem	Decisão judicial

Características intrínsecas

Maior sigilo	Maior publicidade
Propensão à preservação de relacionamentos	Propensão à solução como sendo uma questão pontual
Maior adimplemento espontâneo	Maior exequibilidade diante da execução forçada
Maior flexibilidade procedimental	Maior rigor aos procedimentos legais
Maior celeridade	Maior recorribilidade
Maior utilização da linguagem cotidiana	Maiores custos processuais

Fonte: BRASIL, 2016, p. 19. (Adaptado)

As características apontadas na tabela acima decorrem dos princípios norteadores da mediação, citados no artigo 2º, da Lei 13140. A norma de regência destaca a isonomia entre as partes, a informalidade, a autonomia, a busca do consenso e a boa-fé. Nesse ponto, diante dos vários benefícios da mediação extrajudicial para a resolução dos conflitos, resta-nos a partir da investigação empírica identificar seu emprego no mercado empresarial.

4 O USO DA MEDIAÇÃO ENTRE OS EMPRESÁRIOS DA REGIÃO DE VENDA NOVA EM BELO HORIZONTE

O desenvolvimento desse artigo exigiu a análise de dados recolhidos de forma indutiva. Essa técnica foi descrita por Marconi e Lakatos (2007, p. 86) como sendo "...um método responsável pela generalização, isto é, partimos de algo particular para uma questão mais ampla, mais geral."

A escolha da pesquisa qualitativa justifica-se pela necessidade do levantamento bibliográfico sobre os temas: mediação e contratos, enquanto institutos particulares; sendo que a partir dos pontos convergentes, partiu-se da hipótese que essa aproximação poderia "desmistificar" a mediação extrajudicial, permitindo a sua efetiva aplicação, especialmente entre os empresários.

Todavia, a análise bibliográfica, por si só, seria insuficiente para identificação do nível de conhecimento e emprego da mediação extrajudicial nas empresas. Para ter acesso a esses dados, a utilização do método quantitativo mostrou-se imprescindível, na medida em que o principal objetivo da ciência jurídica deve ser o atendimento às demandas sociais.

Por isso, para a coleta de dados utilizou-se um questionário desenvolvido com a preocupação de se tornar uma breve conversa entre o aplicador e o entrevistado, de forma que as respostas fossem as mais fidedignas possíveis. Em linguagem objetiva e clara, as perguntas visaram ao confronto da visão dos empresários quanto aos processos judiciais em oposição ao seu conhecimento e aplicação da mediação extrajudicial.

O universo pesquisado foi o dos empresários da região de Venda Nova em Belo Horizonte. A amostra caracteriza-se por ser não probabilística, tendo em vista que não houve um levantamento anterior do número exato de empresários da região. No entanto, entende-se que ela seja representativa, uma vez que a forma de aplicação dos questionários reduziu o volume de respostas não confiáveis, como ocorre em *surveys*.

A coleta de dados foi realizada de maneira presencial, entre os dias 3 e 8 de agosto de 2019. Como o principal questionamento da pesquisa é com relação ao uso da mediação nas empresas, procurou-se entrevistar apenas sócios e gerentes.

Posteriormente, cada item do questionário foi comparado à literatura analisada para a elaboração de gráficos e a construção das discussões e dos resultados.

Inicialmente, foi preciso conhecer o perfil dos empresários e quais as principais controvérsias enfrentadas na realização do negócio. Foram respondidos 53 questionários, sendo que destes 47% se referem a sociedades, 34% a microempreendedores individuais e apenas 10% a autônomos. Essa informação surpreendeu os pesquisadores, pois a região de Venda Nova se localiza na periferia, o que sugere uma maior quantidade de microempreendedores.

Em seguida, foram analisados os maiores problemas enfrentados pelos empresários dessa região. O formulário trazia cinco opções de resposta padrão e havia um campo com opção para que o respondente inserisse outras dificuldades comerciais, conforme tabela abaixo:

Tabela – Principal motivo dos desacordos comerciais.

Motivos	Frequência	Percentual
Cobrança indevida de fornecedores	4	7%
Mercadoria com defeito	20	33%
Atraso recebimento de clientes	9	15%
Serviço mal prestado por terceiros	14	24%
Outros	13	21%
Total	60	100%

Fonte: Autores (2019).

Nas três questões seguintes, a intenção era que as respostas corroborassem o pressuposto de que haveria uma insatisfação generalizada com os processos judiciais, tendo em vista os entraves, ainda atuais, elencados na pesquisa bibliográfica. Contudo, as respostas foram equilibradas, tendo em vista que dos 53 entrevistados, 47% afirmaram já ter participado de processos, e apenas 44% desses disseram não terem ficado satisfeitos com o resultado. Para os insatisfeitos, o principal motivo de descontentamento foi o tempo gasto para se chegar a uma solução definitiva.

Nesse ponto, o resultado corrobora a literatura, visto que Cappelletti e Garth (1988) afirmam ser a morosidade das decisões judiciais um dos principais entraves a efetivação dos direitos subjetivos. Ao mesmo tempo, os dados obtidos validam a importância da mediação extrajudicial.

Depois dessa etapa, as três últimas questões visavam à percepção dos respondentes quanto aos meios extrajudiciais de solução de conflitos e sua efetiva utilização. As perguntas foram elaboradas de forma a conseguir identificar se os respondentes conheciam a mediação. Do total de entrevistados, 72% afirmaram conhecer algum dos métodos citados nesta pesquisa, ou seja, a arbitragem, a conciliação e a mediação.

Entretanto, fica claro pelo gráfico abaixo, que mais de 50% dos respondentes conhecem a conciliação, e apenas 25%, a mediação. Acredita-se que isso se deva a fatores como o direcionamento que ocorre pelo Poder Judiciário para que as partes procurem a conciliação, por meio dos Juizados Especiais. Ademais, há um incipiente número de câmaras privadas que oferecem mediação, sem falar na possibilidade de os advogados não direcionarem as demandas para soluções extrajudiciais.

Gráfico 1 – Conhecimento dos respondentes quanto aos métodos



Fonte: Autores (2019).

Tais resultados confirmaram a premissa de que grande parte dos empresários não conhece a mediação e, muito menos, a sua importância como ferramenta para valorização da autonomia privada nas relações negociais. Por

consequente, essa conclusão remete à realidade do empresariado e a ineficácia das políticas públicas introduzidas no Provimento 125/10 do CNJ e posteriormente, inseridas no ordenamento jurídico, por meio do CPC/15, bem como da Lei 13140/15.

Gráfico 2 – Utilização da mediação pelos empresários



Fonte: Autores (2019).

Em grande parte, os números expressam, não o desinteresse dos empresários na mediação, mas o desconhecimento dessa importante ferramenta. Cabe, então, aos seus advogados apresentar a mediação como meio eficiente de solução de conflitos, por conter características essenciais à velocidade das transações, como celeridade, sigilo, menor custo, além da manutenção da relação entre as empresas, o que nem sempre ocorre após um litígio judicial, no qual vencer a lide é o ponto mais importante.

Inegavelmente, a relevância da utilização da mediação extrajudicial para relações interempresariais fica mais evidente quando analisamos os resultados da publicação Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (2019). Verifica-se que na esfera cível os assuntos mais demandados são na área das obrigações e dos contratos. A publicação não separa as demandas, assim não podemos afirmar quais dessas envolvem consumidores e quais são relações entre empresas; contudo, o número de 1.582.067 novas demandas é bastante expressivo.

Outro ponto importante trazido por essa publicação do CNJ é o tempo dispendido para os trâmites processuais. Em média, na primeira instância, o período

gasto desde o início do processo até a publicação da sentença é de três anos e um mês. Todavia, sabemos que, salvo anuência do réu no cumprimento da sentença, sem nenhuma defesa ou recurso, esse prazo poderá se estender, ainda, por um longo período (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 152).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mediação extrajudicial é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, e possibilita a solução de conflitos da esfera privada nos mais diversos tipos de relações sociais, desde que essas versem sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação, nos termos do artigo 3º, Lei 13140/15.

O presente artigo buscou demonstrar a importância dos meios alternativos para a solução de contendas envolvendo contratos interempresariais. Para tanto, destacou a mediação extrajudicial, tendo em vista as suas características, como o reduzido prazo para a construção do acordo, o menor custo operacional quando comparada ao processo judicial e, sobretudo, o fato de a decisão do conflito ser tomada pelos contratantes.

Importante destacar que a decisão construída entre as empresas, detentoras dos conhecimentos técnicos e econômicos de sua atividade, estarão mais aptas a regular os interesses, estratégias e ônus que envolvem a demanda. Essa realidade é diferente do que ocorre nas formas heterocompositivas, arbitragem e processo judicial, nas quais um terceiro toma a decisão, causando maior recorribilidade e necessidade de execução das sentenças por inadimplemento, como demonstrado pelo quadro comparativo do CNJ, apresentado no subitem 3.3.

No que se refere aos dados empíricos, restou demonstrado o desconhecimento dos empresários acerca da mediação extrajudicial enquanto ferramenta que possibilita o fortalecimento da autonomia privada em suas relações com clientes e fornecedores. Da mesma maneira, os resultados da pesquisa mostram que prevalece no Brasil a cultura do litígio. Todavia, com a prevalência da mínima intervenção estatal nas relações privadas, a mediação extrajudicial torna-se importante forma de revisão das negociações entre as empresas.

Finalmente, acredita-se que a implementação da mediação extrajudicial deve passar por várias fases até que esteja, definitivamente, inserida no meio empresarial. Nesse contexto, os advogados exercem um importante papel, pois a participação exitosa desses profissionais nos procedimentos direcionados à mediação ajudará a propagar essa ferramenta entre os empresários.

REFERÊNCIAS

- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 26, n. 102, p. 207-230, 1989. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- BENJAMIN, E. Hermalin; KATZ, Avery W.; CRASWELL, Richard. The law and economics of contracts. *In*: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Handbook of law and economics**. [S. l.]: Elsevier, 2006. p. 1-123.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1931.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei

nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. **Manual de mediação judicial**. 2016. 5. ed. Brasília, DF: MPDFT, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CINTRA, Antonio Carlos De Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de direito comercial**: direito de empresa. 30. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). **I Jornada de Direito Comercial**. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal : Centro de Estudos Judiciários, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em números 2019**. Brasília, DF: CNJ, 2019.

LORENZETTI, Luis Ricardo. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SÁ, Luiza Vieira; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer. Autonomia: uma abordagem interdisciplinar. **Saúde, Ética & Justiça**, [S. l.], v. 12, n. 1-2, p. 5-14, 2007.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forence; São Paulo: Método, 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** contratos. São Paulo: Atlas, 2017.

Recebido em 28/01/2020.

Aceito em 07/04/2020.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n47p154-178>

A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM COMO SOLUÇÕES DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

MEDIATION AND ARBITRATION AS SOLUTIONS FOR CONFLICTS UNDER ADMINISTRATIVE LAW

Paulo Roberto do Nascimento Teixeira*

Resumo: O presente artigo analisa a necessidade de eficiência na Administração Pública e sua relação com os volumes e custos do processo judicial no Brasil, a evolução legislativa que culminou com o desenvolvimento de meios alternativos de conflitos no Direito Administrativo brasileiro permitindo diversos mecanismos mais adequados em relação à jurisdição, em especial a arbitragem e a mediação. É exposta também a falta de efetividade de tais meios, em especial a partir da ausência de regulamentação do tema nos entes federados e são sugeridas possíveis alternativas para um maior alcance e aplicação da mediação e da arbitragem a nível nacional pela Administração.

Palavras-chave: Direito Administrativo Contemporâneo. Administração Pública. Meios Alternativos de Soluções de Conflitos.

Abstract: This article analyzes the need for efficiency in the Public Administration and its relation to the volumes and costs of the judicial process in Brazil, the legislative evolution that culminated with the development of alternative means of conflicts in the Brazilian Administrative Law allowing several more adequate mechanisms in relation to the law. jurisdiction, in particular arbitration and mediation. The ineffectiveness of such means is also exposed, especially from the lack of regulation of the issue in the federated entities and possible alternatives are suggested for greater scope and application of mediation and arbitration at national level by the Administration.

Keywords: Contemporary Administrative Law. Public Administration. Alternative Means of Conflict Resolution.

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Técnico Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. E-mail: paulorobertonteixeira@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade o excesso da rigidez da Administração Pública, os gastos com processos judiciais, o acúmulo de processos e os impactos de institutos jurídicos sob o prisma econômico são alvo de reflexão. Estes elementos levam ao uso mais racional e eficiente possível do Direito.

Os meios alternativos de solução de conflitos a disposição da Administração Pública são uma forma de racionalização, o que leva a escolha do tema. Institutos como a Arbitragem, o *dispute board*, conciliações, mediações e acordos em geral judiciais ou extrajudiciais são mecanismos que se desenvolveram e foram integrados à legislação brasileira. A Administração Pública é um contumaz litigante (*repeat player*) e a morosidade em solucionar estes litígios ocupa recursos tanto do Judiciário quanto do Executivo.

Diante disso constata-se que os mecanismos em ascensão na legislação que propõem alternativas mais céleres e consensuais são ferramentas sobre as quais se faz necessária reflexão e propostas para sua maior aplicabilidade.

2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A SUA EVENTUAL VIOLAÇÃO DIANTE DO EXCESSO DE LITÍGIOS

2.1 O princípio da eficiência como norteador da Administração Pública Gerencial

A doutrina administrativista de largo afirma que a EC 19/1998, tinha em seu propósito final, a mudança do paradigma administrativo, rompendo com um modelo burocrático e migrando para um modelo gerencial. E isto significa o Estado não deveria mais buscar somente que sua atuação fosse legal, mas também otimizada com a utilização racional de seus recursos, a satisfação do cidadão e os resultados positivos sob o prisma da gestão. Desta perspectiva decorre a expressão “Administração Pública de Resultados.” Nesta esteira é possível afirmar que há para a Administração Pública brasileira um dever de produzir o melhor resultado com o menor custo possível.

2.2 A Fazenda Pública como Litigante Contumaz

Segundo Marcelo Veiga Franco, professor e pesquisador da UFMG, a Fazenda Pública é o principal *repeat player* do Brasil (*repeat player* é uma expressão importada do direito norte-americano para se referir a um litigante habitual), é certo que os processos judiciais tornaram-se sinônimos de morosidade dado ao fato de que normalmente demoram a serem finalizados. Uma vez que nosso foco é a Fazenda cite-se que no ano de 2011, em pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) apurou-se que o tempo médio das Execuções Fiscais era de 8 anos, 2 meses e 9 dias e o custo médio desses processo era de R\$ 4.685,39. Se tratando de dados um pouco mais recentes de processos judiciais em geral em pesquisa realizada pelo IDP, publicada por Felipe Recondo do periódico jurídico Jota no ano de 2018, referente ao ano de 2013 os custos médios eram da seguinte forma no Estado do Rio de Janeiro, na Justiça Estadual em 2010 era de R\$ 1.513,56, em 2011 de R\$ 1.378,96, em 2012 de R\$ 1.503,59 e em 2013 de R\$ 1.464,79.

A fim de sistematizar os dados apresenta-se a tabela a seguir com as informações citadas:

Tabela 1 - Custos médios de Processos Judiciais

Tipo de Processo:	Ano:	Custo:	Tempo Médio de duração:	Fonte:
Execuções Fiscais no País	2011	R\$ 4.685,39	8 anos e dois meses	IPEA
Processos em geral no Rio de Janeiro	2010	R\$ 1.513,56	*	IDP
Processos em geral no Rio de Janeiro	2011	R\$ 1.378,96	*	IDP
Processos em geral no Rio de Janeiro	2012	R\$ 1.503,59	*	IDP
Processos em geral no Rio de Janeiro	2013	R\$ 1.464,79	*	IDP

Fonte: IPEA, 2011. *A pesquisa do IDP apurou apenas os custos.

Verifica-se que é consideravelmente alto o valor total com estes custos em um acervo de aproximadamente 80 milhões de processos no Judiciário Brasileiro,

segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) do ano de 2018. Em matéria jornalística do Estado do Rio Grande do Sul, publicada este ano, demonstrando as estatísticas da judicialização da saúde em alguns Municípios daquele Estado foram possíveis encontrar os seguintes dados:

- Algumas prefeituras aplicam, em razão de processos judiciais, 40% do orçamento na área da saúde, acima dos 15% constitucionais. No último levantamento feito no início deste ano foram contabilizadas 90 mil ações que judicializam a questão da saúde, enquanto a Secretaria Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul possui 65 mil pacientes em atendimentos por ordem judicial de medicamentos, o gasto em medicamentos foi de R\$ 436 milhões em 2018.
- A Secretaria enfatiza que a judicialização do tema naquele Estado beneficia um pequeno número de pessoas em detrimento de outras. Destaca-se na matéria que Judiciário, Executivo e Defensoria daquele Estado estão empenhados em prevenir a judicialização com a implementação de comitês para prevenção da discussão judicial.
- Os gastos de quatro municípios com ações judiciais somente envolvendo o tema da saúde, quais sejam: R\$ 764.733,57, no Município de Campo Bom; R\$ 135.509,52, no Município de Ivoti; R\$ 1.453.000,00, no Município de Novo Hamburgo e R\$ 762.778,82 no Município de Sapiranga. Dados referentes aos cinco primeiros meses de 2019.

Tabela 2 - Custos dos Municípios com Ações Judiciais envolvendo saúde na Região de Novo Hamburgo – RS

Custo da judicialização da saúde até maio de 2019:	Município:
R\$ 764.733,57	Campo Bom
R\$ 135.509,52	Ivoti
R\$ 1.453.000,00	Novo Hamburgo
R\$ 762.778,82	Sapiranga

Fonte: JORNAL NOVO HAMBURGO, 2019.

Ressalte-se ainda que o Estado figura nos processos por vezes em duas, três ou até mesmo mais frentes. Basta recordar que em muitos processos figuram de um lado o Ministério Público e de outro um dos Entes Federativos ou suas Administrações Indiretas. Por vezes a Defensoria Pública também atua contra um dos Entes Federados e ainda há processos coletivos nos quais todos estes atores estão envolvidos no litígio.

É necessário salientar que em qualquer hipótese está presente o Judiciário que também faz parte da estrutura estatal e deve ser igualmente norteado pelo princípio da eficiência, tanto enquanto gestor do processo judicial (Art. 8º do NCPC), quanto como integrante da Administração Pública. (Art. 37, CRFB/88).

Há por consequente (ou havia) aparente violação ao princípio da eficiência, infringido por várias instituições estatais na medida em que se valia da judicialização para boa parte dos conflitos em que a Fazenda estava presente.

É possível que tal cenário onde se privilegie o processo judicial em detrimento dos demais meios de solução de conflitos seja fruto de dois aspectos culturais presentes na sociedade brasileira, quais sejam, a "cultura da sentença" (WATANABE, 2005) e o "mito do governo grátis" (CASTRO, 2014, p. 7), a primeira expressão do processualista Kazuo Watanabe e esta última toma-se por empréstimo da obra do economista Paulo Rabello de Castro.

A cultura da sentença é marcada pela formação do jurista e a ênfase de seu trabalho como a solução dos problemas por meio do processo judicial, que culmina com a sentença, transformando-se o processo e o seu desfecho de modo litigioso uma verdadeira panaceia, tal cultura ainda é forte e predominante em nosso meio. Nas palavras do Professor Kazuo Watanabe:

"... a formação acadêmica dos nossos operadores do direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Ou seja, toda ênfase é dada a solução de conflitos por meio do processo judicial, em que é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério do "certo ou errado", do "preto ou branco", sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso das vontades das partes, à especificidade de cada caso." (CASTRO, 2014).

O mito do governo grátis tomando exatamente o conceito apresentado por Paulo Rabello de Castro é:

“O ponto culminante do ilusionismo político é o governo grátis. O mito do governante que seja capaz de produzir benefícios coletivos sem qualquer custo para a sociedade é a forma mais sofisticada de se criar a ilusão coletiva da gratuidade a respeito de tudo que seja ou provenha do setor público(...)” (CASTRO, 2014, p. 22).

Não é possível ignorar que o processo tem um custo, que autos físicos ou eletrônicos não são só papel ou dados localizados em computadores ou repartições públicas e que a mão-de-obra que os operacionaliza não é gratuita. Em todo o mundo o Direito tem sido marcado pela sua Análise Econômica:

“A AED é uma disciplina que estuda o Direito e suas instituições, tendo como base a racionalidade individual. A AED pode ser definida como a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos no exame da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do direito e das instituições legais.” (PORTO, 2013).

Portanto sob pena de incorrer em um “mito do processo grátis” é necessário haver cautela econômica com os custos da litigiosidade, em especial envolvendo a Administração Pública.

3 O DESENVOLVIMENTO DE MEIOS ALTERNATIVOS À JURISDIÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Percebendo a realidade apontada anteriormente, paulatinamente a doutrina, a prática jurídica administrativa, as decisões judiciais, a jurisprudência dos tribunais e o legislador foram desenvolvendo meios mais céleres, baratos e por vezes consensuais de pacificação. Nem sempre foi fácil a introdução destes mecanismos, pois muitas vezes a visão tradicional administrativista via com desconfiança, principalmente em razão da visão rígida de princípios como legalidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público, logo pensava-se que o processo judicial também seria indisponível.

Todavia consolida-se nos últimos anos entendimento diverso que está em sentido oposto, nas palavras de Marco Antônio Rodrigues: “A indisponibilidade do interesse público não representa a indisponibilidade do processo judicial.” Passa-se a discorrer sobre alguns dos meios que foram se desenvolvendo no âmbito da

Administração, em especial sobre a Mediação e a Arbitragem. Tais meios têm sido chamados de *Alternative Dispute Resolution* (ADR) e na esfera processual civil de *Multidoor Courthouse System* (conhecido na doutrina brasileira como Sistema de Múltiplas portas).

3.1 Os acordos

Como dito anteriormente boa parte dos processos judiciais envolvem mais de uma instituição e/ou ente público. A fim de evitar processos judiciais morosos, que por vezes transmitem a sensação de ineficácia e impunidade é possível que os legitimados a propor ações civis públicas, em especial o Ministério Público e a Defensoria Pública celebrem acordos com os Entes da Administração Direta e Indireta para que se adequem a eventuais violações a direitos, são os chamados TAC (Termos de Ajustamento de Conduta) – previsto na Lei 7.347/85 em seu Art. 5º, § 6º.

Justamente temendo por repercussões econômicas desastrosas previram as leis 12.529/11 e 12.846/13 os chamados acordos de leniência entre a autoridade no topo da hierarquia da instituição pública e pessoas jurídicas responsáveis por atos lesivos que venham a de fato cooperar com investigações e processos administrativos, sendo necessários alguns resultados específicos na forma das leis citadas.

Nesta esteira, cite-se a recente alteração à Lei de Introdução as Normas Gerais do Direito Brasileiro pela Lei 13.655/18 que prevê celebrações de compromisso para pacificação de conflitos envolvendo situações contenciosas, cite-se o dispositivo legal:

“Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.”

3.2 Os *dispute-boards*

O *dispute-board* tem sido adaptado para o português como comitê de resoluções de conflito, sua origem apontada é norte-americana da década de 70 em contrato celebrado para a construção do túnel de Eisenhower. O *dispute-board* é indicado pelos co-contratantes na celebração do negócio jurídico, as partes indicam um colegiado de especialistas que visam solucionar conflitos no íterim do contrato, o nível de imposição das decisões deste comitê variam conforme o pactuado. (OLIVEIRA, 2018, p. 513-514). Cite-se o importante avanço envolvendo o Município de São Paulo que regulamentou o *dispute board* no âmbito daquela municipalidade por meio da Lei 16.873/18.

3.3 A Arbitragem

Tradicionalmente a doutrina jurídica e até mesmo a jurisprudência dos Tribunais de Contas, em nome da legalidade, da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público foram responsáveis por rechaçar a possibilidade da utilização da arbitragem envolvendo à Administração Pública. Seguem-se algumas considerações sobre este histórico:

"A questão do uso da arbitragem pela Administração Pública no Brasil já foi mais controversa, o que se verifica hoje é uma maior aceitação do instituto para a solução dos litígios envolvendo o Estado como contratante, inclusive com autorização legislativa para tanto. (...)
(...) Por outro lado, decisão do Tribunal de Contas da União, em caso envolvendo validação de cláusula arbitral ajustada por uma empresa pública com particulares, declarou: [...] a aplicação aqui da cláusula de compromisso arbitral encontra um óbice intransponível, qual seja a ausência de autorização legal. O fato de a outras modalidades de contratos administrativos ser possibilitada a inclusão de cláusula de arbitragem, tal como previsto no inciso X do art. 43 da Lei nº 9.478/1997126, não permite a extensão por analogia desses dispositivos às avenças aqui tratadas. A Administração é regida pelo princípio da legalidade e a arbitragem é cláusula de exceção à regra de submissão dos conflitos ao Poder Judiciário, somente podendo ser aplicada com expressa autorização legal." (LOCKS, 2012, p. 17-18).

Cumprido recordar que a Arbitragem não é um acordo em si (por isso é classificada como meio de hetero-composição), embora possua certa dose de consensualidade (pois é necessário que haja uma predisposição das partes em

submeter o seu conflito a um Árbitro por meio de cláusula contratual — cláusula arbitral — ou por um acordo — compromisso arbitral), no Brasil este meio alternativo à jurisdição é regulamentado pela lei 9307/98 e hoje se debate na seara processualista com forte tendência ao reconhecimento da arbitragem como tendo a natureza de jurisdição. (PINHO, 2018).

O legislador desenvolveu a questão da utilização da arbitragem pela Administração Pública e, ao longo dos anos, inseriu expressamente em diversas leis a possibilidade de utilização de tais mecanismos. Cite-se: Lei 11.196/05 que inseriu expressamente a possibilidade de utilização da Arbitragem em contratos de concessão de serviços públicos *in verbis*:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Também a Lei 11.079/04 (Lei das PPP) que previu a utilização daquele meio de hetero-composição aos contratos de Parceria Público Privada. Segue-se a sua redação:

Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 1995, podendo ainda prever:

(...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Em 2015 a Lei de arbitragem sofreu uma reforma que passou a incluir, de modo explícito, a possibilidade de sua utilização pela Administração Pública (arts. 1º, § 1º e 2º, Lei 9307/96).

Destaque-se que há algumas especificidades na Arbitragem envolvendo a Administração. A Arbitragem sempre será de direito, jamais de equidade, também necessariamente se desenvolverá em língua portuguesa, deverá versar apenas sobre direitos patrimoniais disponíveis e deverá respeitar o princípio da publicidade (há

discussões doutrinárias a respeito dos limites entre confidencialidade e publicidade envolvendo a Administração Pública) (PINHO, 2017).

No plano legislativo ocorreu importante acréscimo sobre o tema. A lei que regulamenta as desapropriações foi alterada pela Lei 13.867/19, a fim de que a discussão do montante indenizatório destinado ao particular que teve seu bem desapropriado possa ser discutida em sede arbitragem (em acordos e mediações também). Percebe-se assim uma crescente legitimação pelo legislador de lançar mão da Arbitragem para pacificação entre particular e Estado.

Atualmente, a jurisprudência vislumbra a utilização da Arbitragem pela Administração Pública, cite-se a ADI 5065, na qual o STF, não obstante a menção se dar em *obiter dictum*, cita tal alternativa:

"DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. GESTÃO COLETIVA DE DIREITOS AUTORAIS. LEI Nº 12.583/2013. NOVO MARCO REGULATÓRIO SETORIAL. ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÕES FORMAIS E MATERIAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. ESCOLHAS REGULATÓRIAS TRANSPARENTES E CONSISTENTES. MARGEM DE CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA RESPEITADA. DEFERÊNCIA JUDICIAL. PEDIDO CONHECIDO E JULGADO IMPROCEDENTE. (...)

28. A mediação e a arbitragem, enquanto métodos voluntários e alternativos à jurisdição estatal, (i) minimizam a demanda pelo Poder Judiciário e (ii) propiciam a análise dos conflitos intersubjetivos por técnicos e especialistas no tema. 29. A novel disciplina legal deixa evidente o caráter voluntário da submissão de eventuais litígios aos procedimentos alternativos de solução perante órgão da Administração Pública federal. Essa voluntariedade decorre diretamente da Constituição da República (CRFB, art. 5º, XXXV), como reconhecido pelo STF (SE nº 5.206) e devidamente respeitado pelo legislador ordinário (Lei nº 9.610/1998, art. 100-B), pelo Chefe do Poder Executivo federal (Decreto nº 8.469/2015, art. 25) e pelo Ministério da Cultura (IN nº 4/2015, art. 2º). (Supremo Tribunal Federal STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.065/DF, Relator: Luiz Fux, DJ: 27/10/2016, 2016.

3.4 A Mediação

A Mediação, ao contrário da Arbitragem, é considerada uma forma de auto composição, pois o terceiro envolvido não toma uma decisão impositiva, mas ajuda as partes a conhecerem todas as informações necessárias para que os próprios cheguem a uma solução consensual. (RODRIGUES, 2016, p. 385).

A atual lei de Mediação (Lei 13.140/15) permite a utilização deste meio de solução para a Fazenda Pública Federal (Arts. 35 a 40) – cite-se de antemão a

necessidade de extensão de normas similares ao âmbito de Estados e Municípios – Os requisitos da mediação são a autorização do Advogado Geral da União (chefe do sistema jurídico da Administração Pública Federal) com base na jurisprudência sólida dos Tribunais superiores ou em parecer da AGU homologado pelo Presidente. A opção pela mediação em geral implica na renúncia pelo administrado a manejar recursos administrativos ou processos judiciais, bem como se houver eventual processo em curso deverá haver renúncia expressa pelo administrado ao processo.

Deve haver também resolução administrativa própria que regulamente a aplicação daquela regra a casos idênticos. Ressalte-se que convencionalmente recomenda-se a mediação a conflitos em que as partes já possuem algum vínculo anterior, sendo recomendável por exemplos para conflitos entre a Administração Pública e seus servidores. Há ainda na doutrina algumas discussões sobre a necessidade de sopesar a confidencialidade da mediação e o princípio constitucional da publicidade administrativa. (PINHO, 2017).

3.5. Conciliação

A conciliação não obstante sua semelhança com a mediação é destinada a casos onde as partes não possuem necessariamente um vínculo prévio. A atual lei de mediação citada anteriormente permite a auto composição pela Administração Pública o que envolve a conciliação. Saliente-se existir na doutrina quem a defenda como apenas uma espécie de mediação.

3.5.1. A MP 899/2019 (Contribuinte Legal) e as Transações em Matéria Tributária

Similar ao que ocorre em menor escala em outros entes federativos, a União, por meio da medida provisória 899/19 — ainda não convertida em lei até o fechamento deste artigo, a qual encontra-se na relatoria de Comissão Mista para deliberação e tramita em regime de urgência — instituiu permissões a transações entre a Fazenda e o contribuinte que versam sobre tributos devidos. A diferença em relação a programas de menor vulto em outros entes é que mesmo créditos já inscritos em dívida ativa poderão ser alvos de acordos. Há opções na referida Medida

Provisória para celebração de acordos tanto por iniciativa da Fazenda, quanto pelo próprio devedor e modalidades que abrangem descontos.

A referida Medida Provisória tem sido denominada "Contribuinte Legal." A MP acaba por regulamentar o Art. 171, CTN, que prevê como forma de extinção do crédito tributário a transação.

A Medida Provisória prevê possibilidades de descontos e parcelamentos, em especial para dívidas de grande monta de pessoas físicas e microempresas. O que vai ao encontro da análise econômica sobre a qual se expõe o presente artigo, uma vez que ao mesmo tempo em que gera receita para a União, libera o indivíduo de suas dívidas estimulando a economia, bem como exerce certa função regulatória ao estimular o pagamento de dívidas por pequenas empresas, dando-as condições de soerguimento. Seguem-se alguns dispositivos da Medida do "Contribuinte Legal":

Art. 1º Esta Medida Provisória estabelece os requisitos e as condições para que a União e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutiva de litígio, nos termos do art. 171 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. (...)

§ 3º Aplica-se o disposto nesta Medida Provisória: I - aos créditos tributários não judicializados sob a administração da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia;

II - à dívida ativa e aos tributos da União, cuja inscrição, cobrança ou representação incumbam à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos termos do disposto no art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e,

III - no que couber, à dívida ativa das autarquias e das fundações públicas federais, cuja inscrição, cobrança e representação incumbam à Procuradoria-Geral Federal e aos créditos cuja cobrança seja competência da Procuradoria-Geral da União, nos termos de ato do Advogado-Geral da União e sem prejuízo do disposto na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. (...)

Art. 5º A transação poderá dispor sobre:

I - a concessão de descontos em créditos inscritos em dívida ativa da União que, a exclusivo critério da autoridade fazendária, sejam classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação, desde que inexistam indícios de esvaziamento patrimonial fraudulento;

II - os prazos e as formas de pagamento, incluído o diferimento e a moratória; e

III - o oferecimento, a substituição ou a alienação de garantias e de constrições. (...)

§ 3º A proposta de transação observará os seguintes limites:

I - quitação em até oitenta e quatro meses, contados da data da formalização da transação; e

II - redução de até cinquenta por cento do valor total dos créditos a serem transacionados.

§ 4º Na hipótese de transação que envolva pessoa natural, microempresa ou empresa de pequeno porte o prazo de que trata o inciso I do § 3º será

de até cem meses e a redução de que trata o inciso II do § 3º será de até setenta por cento.

4 A EFETIVIDADE DAS ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Não obstante os exemplos citados e os avanços legislativos contundentes feitos nos últimos anos ainda é pouca a efetividade destas legislações, principalmente quando recordamos que a Administração Pública é exercida pelos Entes Federativos, seus órgãos e Entidades, no âmbito de 26 Estados, Distrito Federal e 5.569 Municípios. Passa-se a demonstrar que ainda é passível de otimização a adesão às *Alternative Dispute Resolution* em âmbito nacional.

Devemos lembrar que o Brasil é uma federação e como tal possui Entes autônomos, em especial no campo da legislação, posto que a Constituição Federal lhes dá tal competência. Logo, apesar dos avanços legislativos federais e nacionais. Faz-se necessário que os Entes suplementem a legislação nacional em seus âmbitos, bem como que a própria Administração Pública que possui o seu poder regulamentar o qual se destina a regulamentar à própria legislação por meios infra legais (em especial decretos). A efetividade das ADR nas Administrações Públicas brasileiras depende da existência de normas que apliquem e adéquem a legislação nacional à realidade específica de cada Estado ou Município.

4.1. A regulamentação dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos no âmbito dos demais Entes da Federação

A Mediação e a Arbitragem foram expressamente permitidas à Administração Pública pelo legislador nacional no ano de 2015, conforme já mencionado, no entanto até o presente momento não há uma produção contundente dos legislativos e executivos de Estados e Municípios (a fim de adequar às normas para aplicação em seus âmbitos). Ressalte-se que legislar sobre o tema é da competência de todos os Entes, inclusive os Municípios de forma suplementar (Art. 30, II, CF).

4.1.1. Normas sobre *Alternative Dispute Resolution* nos Estados da Federação

Na esfera estadual, o Estado de São Paulo elaborou decreto que regulamenta o tema da arbitragem, trata-se do decreto 64.356/2019, o Rio de Janeiro também regulamentou a matéria por meio de decreto, qual seja o decreto 46.245/2018, de modo pioneiro o Estado de Minas Gerais já havia legislado sobre a matéria antes de mesmo da nova lei de arbitragem, a lei mineira é do ano 2011 (Lei 19.477). Também por meio de norma legal recentemente o Estado do Espírito Santo aplicou o tema à sua Administração Pública por meio da lei 10.885/2018. Em Goiás a lei existente é mais generalizada abrangendo também a mediação, trazendo além dos dispositivos referentes à Arbitragem, dispositivos que aplicam normas similares à da nova lei de mediação ao Estado, as disposições estão contidas na Lei Complementar 144/2018. Semelhante ao que ocorre em Goiás, também no Pará, que criou a Lei Complementar 121, promulgada em 2019, que é mais ampla dispendo também sobre a mediação e a conciliação. No Estado de Rondônia, a lei 4.007/2017, aplica à arbitragem àquele Ente Federativo. O Estado de Pernambuco regulamentou a matéria na lei 15.627/15. Situação semelhante ocorre no Estado da Paraíba que em setembro de 2019 discutia em sua Assembleia Legislativa a aprovação de uma lei regulamentando a Arbitragem envolvendo àquela Unidade da Federação.

No que se refere à mediação e também da conciliação encontramos normas direcionadas apenas para estas espécies de ADR é o caso da lei 14.794/15, do Estado do Rio Grande do Sul. Destaque-se ainda a existência da Resolução AGE-MG 08/19 que regulamenta o funcionamento de Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos - CPRAC, do Poder Executivo no Estado de Minas Gerais. Há Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (CASC) semelhante no Estado do Rio de Janeiro desde o ano de 2016, todavia especializada em saúde. (CASC, 2016). Assim como há Câmara para prevenção de conflitos especializada em educação no âmbito do Distrito Federal. (SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL, 2018). Há na Bahia uma Câmara voltada para Arbitragem, Mediação e Conciliação envolvendo a Administração Pública, instalada em 2018. (ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO ESTADO DA BAHIA, 2018).

Cite-se que observando os sítios eletrônicos oficiais dos Estados e suas procuradorias é possível constatar ações institucionais importantes sobre o tema. No Estado de Santa Catarina durante este ano foi publicado no sítio eletrônico oficial de

sua Procuradoria o interesse daquela Unidade da Federação no tema, ocorrendo reunião com organização especializada em Arbitragem. O Estado da Paraíba que em setembro deste ano discutia em sua Assembleia Legislativa a aprovação de uma lei regulamentando a Arbitragem envolvendo àquela Unidade da Federação. No ano de 2018 foi promovido pela Controladoria Geral do Distrito Federal curso para formação de mediadores voltados especificamente para a Administração Pública. O assunto também foi recentemente discutido (em 08 de novembro de 2019) no Estado do Alagoas.

Observa-se assim que, considerando pesquisa junto aos sítios eletrônicos oficiais dos poderes executivo e legislativo dos Estados e do Distrito Federal, é possível afirmar que apenas nove dos vinte e seis Estados (mais o Distrito Federal) regulamentaram o tema, ou seja as ADR até o momento estão aptas para serem aplicadas com maior segurança jurídica apenas a 30% das Unidades da Federação, pois apenas em tal fração há normas visando a aplicação das ADR em seu âmbito, mesmo havendo leis nacionais que pacificaram a possibilidade de utilização dos mecanismos no âmbito nacional desde 2015.

4.1.2. Normas sobre ADR nos Municípios

Tornar-se-ia hercúlea e inapropriada uma pesquisa e exposição sobre normas de 5.569 municípios, portanto tomou-se por base o relatório do Conselho Nacional de Justiça de 2011, quando tal instituição enumerou os maiores litigantes do país, em especial os 100 maiores, tomando dados das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho e realizando também uma média das três, elencando assim os 100 litigantes “campeões”, dentre os quais sem nenhuma surpresa figuram 37 municípios — Como dito ao início deste trabalho a Fazenda, incluindo os municípios, são *repeat players* — os quais tomamos por amostragem a fim de verificar a existência (dentre as normas municipais) de leis, decretos ou resoluções que apliquem alguma ADR aos seus âmbitos.

Citem-se os municípios pesquisados, extraídos da pesquisa do Conselho Nacional de Justiça: Municípios de Santa Catarina; Município de Goiânia; Município de São Paulo; Município de Mauá; Município de Jaboatão dos Guararapes; Fazenda Pública de Belo Horizonte; Município de São José do Rio Preto; Município da Estância Balneária de Itanhaém; Município de Sorocaba; Município de Itaquaquecetuba; Município de São Vicente; Município de Maceió; Município de Indaiatuba; Município de Cotia; Município de São Luís; Município de Embu Guacu; Município de Jacareí; Município de Osasco; Município de Mococa; Município de Porto Alegre; Município de Caldas Novas - GO; Município de Limeira; Município de Osório; Fazenda Pública do Município de Juiz de Fora; Município de São José dos Campos; Município de Campinas; Município de Carapicuíba; Município de Suzano; Município de Mogi das Cruzes; Município da Estância Turística de Ribeirão Pires ; Município de Aparecida de Goiânia; Município de Lençóis Paulista ; Município de Franca; Município de Santa Isabel; Município de Poá; Município da Estância Balneária de Praia Grande; Município de Aracajú - SE. Ressalte-se que foram mantidas as nomenclaturas das municipalidades conforme constavam na pesquisa do Conselho Nacional de Justiça. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012).

Dentre os municípios citados, o Município de Florianópolis (Capital do Estado de Santa Catarina), promulgou a recente Lei Complementar 664 de 2019, que acrescenta dentre as atribuições da Procuradoria Geral daquele Município a Conciliação e a Mediação, coordenada com atribuição de agente público específico dentro do órgão.

O Município de Goiânia possui uma lei que prevê a possibilidade de Arbitragem mas apenas para relações entre o Município e Empresas de Pequeno Porte e Microempresas, já há algum tempo, qual seja a Lei 8937/10, situação semelhante ao Município de Jacareí que possui a Lei 5.591/11, no de Ribeirão Pires por meio da Lei 5.418/10 e no de Poá (Lei 3.436/2010), no mesmo sentido de Goiânia.

Já citamos que o Município de São Paulo foi pioneiro ao regulamentar o *dispute board* em território nacional, possui uma disposição em sua lei de PPPs que autoriza a Arbitragem e a Mediação e também uma lei que cria Câmaras de Conciliação na área da educação. (Lei 16.134/15), todavia ainda não possui uma lei

geral para ADR em seu âmbito. Belo Horizonte a semelhança de São Paulo possui permissão da realização de arbitragem em sua lei de PPPs (Lei 9.038/05), mas ainda não possui uma regulamentação geral do tema, caso idêntico ao dos Municípios de São Vicente (Lei 21.009/09), Cotia (1.742/2012), São Luís (4.894/07) e Carapicuíba (3.126/2011). Assim também ocorre com o Município de Sorocaba com sua lei de PPPs (Lei 10.474/13).

Sorocaba possui uma lei que regulamenta a mediação e a conciliação para a Administração Pública em geral em seu âmbito (Lei 11.777/2018), enquanto Mogi das Cruzes prevê a Arbitragem não só para PPPs (Lei 6.815/13) mas também para as concessões municipais (Lei 4.834/98). Praia Grande possui a previsão das PPPs (LC 740/2017), mas também há Decreto para Mediação e Conciliação no âmbito de sua Ouvidoria (Decreto 6.659/2019). Por sua vez o Município de Itaquaquecetuba possui a previsão de realização de ADR no âmbito da regularização fundiária, prevendo essas modalidades na Lei de Regularização Fundiária daquele Município (Lei 3.474/2018).

A seu turno o Município de Osasco assinou termo de parceria em 24/03/2018 com o TJ-SP a fim de estimular as ADR e evitar a judicialização (CASTRO, 2018), embora na legislação local só possua norma similar à de outros Municípios preventivo apenas Arbitragem para PPPs. O Município de Porto Alegre possui Câmaras de Mediação e Conciliação (Lei 12.003/16), bem como a possibilidade de Arbitragem em PPPs (Lei 9.875/05). No Município de Juiz de Fora existe o Decreto 13.600/2019 que insere nas atribuições de sua Controladoria Geral a promoção de Conciliação ou Mediação com os usuários de serviços públicos, situação semelhante a do Município de Suzano. Por fim a Lei Orgânica do Município de Aracaju prevê a possibilidade de utilização da Arbitragem no bojo dos processos de desapropriação.

Ressalte-se também no âmbito dos Municípios algumas importantes ações institucionais sobre o tema:

Aparecida de Goiânia instalou em 11 de Junho do ano passado (2018) uma Câmara de Mediação e Conciliação a fim de diminuir os processos no Judiciário local. Jabotão dos Guararapes instalou uma Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem com intensa atividade de sua Procuradoria Geral, no ano de 2017. Franca Instalou em parceria com o Judiciário e a Polícia Militar sua terceira Câmara de

Soluções de Conflito em setembro de 2019 e o Município de Santa Isabel possui parceria com o TJ SP possuindo no Município um núcleo do CEJUSC a disposição dos Municípios.

Observe-se que dentre os Municípios, de acordo com pesquisa realizada junto aos sítios eletrônicos oficiais de seus Poderes Executivo e Legislativo, bem como de suas Procuradorias, que mais litigam no Brasil poucos possuem norma própria para ADR adequadas a sua realidade, alguns dos que possuem normas o fato ocorre apenas pelo fato de espelharem a norma federal (caso das PPPs), se assim não o fosse talvez sequer haveria alguma norma sobre o tema em tais municipalidades. Doze dentre os trinta e sete Municípios *repeat players* não possuem normas sobre o tema, quase um terço. Logo, é possível afirmar que no âmbito dos Municípios também é necessária produção normativa sobre o tema.

5 A OTIMIZADA APLICAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA MAIOR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Baseado no que foi exposto é possível afirmar que embora o legislador federal e nacional intencionasse as ADR com o intuito de promover o término dos conflitos de forma célere e econômica, em especial no âmbito do Direito Administrativo, tal finalidade esbarra na falta de efetividade e aplicabilidade por Estados e Municípios, os quais estão inseridos na Administração Pública sem os quais as celeridade e economia almejadas não alcançaram uma potencialização de eficiência.

Para tanto, sugerem-se algumas soluções que eventualmente poderiam ser implementadas em toda a Federação. Quais sejam: Alçar as ADR a um patamar de Política Pública, traçar um diálogo institucional permanente sobre o tema, Promover um incentivo para a adequação do jurista às ADR e Promover um incentivo educacional para as gerações futuras; sobre as quais passa-se a expor.

5.1 ADR como Política Pública Nacional

Não obstante legislar ou normatizar um tema não seja suficiente para a sua efetivação, suplementar e regulamentar as normas já existentes é uma importante fase para tal, pois estabelece adequações a realidades distintas e fornece respaldo jurídico ao agente público que irá executar os atos. Devemos lembrar que nas normas existentes na atualidade as Procuradorias Gerais de Estados e Municípios são as principais instituições que atuam nas ADR que envolvem a Administração, assim como a AGU na União, logo os Procuradores de Estados e de Municípios que ainda não normatizaram o assunto certamente não gozarão de segurança para atuarem de forma colaborativa na ausência de norma que os embasa. O princípio da legalidade (Art. 37, caput, CF) deve ser respeitado, não obstante ser passível de releituras mais contemporâneas (neste caso especificamente a juridicidade não é suficiente), posto que os Procuradores precisam de um norte e de padronização para poderem agir de modo preciso e adequado. Como preferem alguns doutrinadores as soluções alternativas não deveriam ser chamadas de alternativas, mas adequadas. Por exemplo há Municípios com orçamentos menores que não possuem a urgência de normatização sobre Arbitragem, uma vez que esta ADR é mais adequada a contratos de maior vulto econômico, mas podem necessitar da Mediação que se adequa a conflitos em geral inclusive os de menor vulto econômico; logo para fins de adequação faz-se necessário normatização do tema em Estados e nos Municípios que em sua maioria não a possuem.

Portanto fala-se em uma Política Pública visando à economia dos Entes Públicos e a satisfação do administrado, em uma verdadeira Administração Pública de Resultados, incluindo este tema na agenda de Estados e Municípios. Agentes Públicos, sejam mandatários eleitos, sejam procuradores ou servidores em geral podem atuar de modo colaborativo à edição de normas no âmbito de seus Entes. Defende-se que, a fim de evitar morosos trâmites políticos junto ao legislativo, seja priorizada a elaboração de decretos, escolha mais interessante em relação à elaboração de lei (opção adotada pelos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo) sem riscos de inconstitucionalidade, uma vez que tratam-se de decretos no exercício do Poder Regulamentar da Administração Pública e que não exorbitam tal poder,

pois o Legislador Nacional já autorizou a matéria (Nova Lei de Arbitragem e Nova Lei de Mediação) o Chefe do Executivo do Ente Respectivo se limitará a detalhar a lei no âmbito de seu respectivo Ente Político.

5.2 Necessidade de um diálogo institucional permanente sobre o tema

A Administração Pública é exercida em todos os Entes e em todos os Poderes da República, o dever constitucional de eficiência é igualmente de todos, em especial dos órgãos jurídicos por força das atuais Normas Fundamentais do Processo. Logo, Procuradorias, Ministério Público, Defensoria e Judiciário devem unir-se com esta finalidade.

Os executivos dos Municípios devem buscar celebrar convênios em geral com o Poder Judiciário (a exemplo do Município de Osasco citado em tópico anterior), ambos os Entes Federados (Estado e Município) obterão resultados satisfatórios com este diálogo. Cite-se, por exemplo, a possibilidade do Judiciário, como Poder dotado de autonomia financeira e considerável infraestrutura, fornece espaço a Municípios de menor número de habitantes para instalação de Câmaras especializadas e realização das Mediações e Conciliações nos Fóruns de tais comarcas, por meio de convênios justos para o Judiciário e para o Município, tais iniciativas trariam além de eficiência administrativa e economia processual a satisfação do interesse dos próprios cidadãos destas Municipalidades que teriam seu acesso à Justiça e o diálogo com a Administração Pública facilitados, ressalte-se este tipo de convênio com o Judiciário já ocorre com alguns Estados e Municípios (Exemplos de Rio Grande do Sul e do Município de Santa Isabel) e urge ser replicado nos demais Estados e Municípios em especial naqueles que oneram a si próprios e ao Poder Judiciário com excessos de Processos Judiciais.

Parcerias entre Estados que já normatizaram o tema e Municípios que ainda não normatizaram também seriam interessantes, posto que a expertise dos Estados poderia ser compartilhada com os Municípios o que fomentaria a consequente normatização pelas Municipalidades e aplicação técnica.

5.3 Incentivar a adoção do jurista e operador do direito às ADR

A mudança cultural só é possível com um processo gradual de práticas e criação de hábitos. O profissional do Direito que conhece as ADR e conhece a possibilidade de aplicá-las à Administração deve incentivar a sua utilização. O servidor público tem o dever de eficiência, logo sua atuação deve ter por finalidade a otimização do serviço. Em certa medida estas sugestões de efetividade das ADR estão conectadas, pois os Procuradores de Estados e Municípios podem propor a seus pares, aos Procuradores Gerais e aos Chefes dos Executivos a criação de normas para a adequação de seu trabalho e com a sua criação as Procuradorias devem buscar a padronização de sua atuação nestes meios a fim de gerar segurança jurídica não somente aos profissionais, mas também aos administrados.

O Ministério Público e a Defensoria Pública também podem ser um importante *input* neste processo buscando privilegiar os Termos de Ajustamento de Condutas (TACs) e soluções consensuais com Estados e Municípios no lugar da judicialização, o diálogo permanente entre MP, Defensoria e Advocacia Pública é essencial para o desenvolvimento de uma cultura menos litigiosa.

A atuação dos advogados privados é igualmente fundamental neste processo, pois os advogados privados recebem as demandas dos cidadãos e podem ser o primeiro canal para uma solução consensual ou arbitral, o advogado pode propor a seu cliente a negociação, a conciliação ou a arbitragem com o Poder Público. Pode dialogar com a Administração Pública e com seus administrados e ser a ponte da consensualidade. Hodiernamente fala-se no rompimento da *Summa Divisio* e em uma área cinzenta onde o interesse público e o privado já não são mais tão evidentes, sem nenhuma acepção patrimonialista, mas sim em uma ideia constitucional de que os direitos individuais fundamentais são tão importantes quanto às garantias de toda a coletividade. (OLIVEIRA, 2018, p. 15-17).

Sendo assim todas as Funções Essenciais à Justiça teriam seu papel, principalmente fomentando a cultura da pacificação do conflito incentivando, promovendo atividades educacionais para profissionais que já estão atuando, mas que visam se adaptar ao momento que o Direito brasileiro vive.

5.4 Promover um incentivo educacional para as gerações futuras

É necessário refletir sobre a “cultura da sentença”, urge que a nossa sociedade passe a observar que o processo não é somente uma capa de papelão e um amontado de papéis, ou um conjunto de dados em um sistema eletrônico. O processo são tributos, dinheiro de todos os brasileiros que estará satisfazendo o seu objetivo somente se for bem empregado. Campanhas de conscientização em uma maior amplitude em relação àquelas que já são realizadas pelo CNJ, uma adequação dos cursos jurídicos ao Sistema de Múltiplas Portas, a inclusão de disciplinas obrigatórias sobre mediação e soluções de conflitos nos diferentes níveis de ensino a fim de estimular uma mudança de paradigma cultural podem ser bem vindas a exemplo do que vem ocorrendo com disciplinas como a educação financeira nos ensinos de base, a inclusão desse tipo de disciplina no nível superior em geral e em especial nos próprios cursos de Direito seria de importante avanço para a formação de um profissional do Direito que pensa antes de judicializar, que negocia, que busca soluções consensuais, assim como alavancaria o ingresso de profissionais às carreiras jurídicas de Estado que oxigenando a visão da solução dos conflitos, estes são alvos a serem perseguidos na atualidade.

6 CONCLUSÃO

A Constituição Federal e o Legislador Brasileiro buscam uma Administração Pública e um modelo processual célere, eficiente e satisfativo, fala-se atualmente em direito fundamental à boa administração. O cenário que se desenvolvia era de um processo judicial, em especial envolvendo a Administração Pública; lento, caro e ineficiente. A criação de leis no âmbito nacional não foi suficiente para distribuir por todo território nacional o manejo das ADR, posto que a maior parte dos Estados e Municípios ainda não possui legislação sobre o tema inviabilizando sua segura aplicação. Para o operador do Direito há um protagonismo do processo judicial como o meio de resolução de conflito por excelência, a judiciliação ocupa a maior parte do conteúdo acessível na formação do jurista, embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha previsto um novo modelo de acesso à Justiça, ampliando este princípio constitucional a uma visão não restritiva ao Judiciário, mas sim à solução do litígio e

também incentivando a uma advocacia cooperativa. A realidade ainda demonstra que os profissionais do Direito possuem um perfil mais voltado ao processo judicial de modo litigioso. Essa realidade se aplica tanto àqueles que estão ingressando na profissão, quanto aos que nela estão há alguns anos, tanto em relação ao setor público quanto ao privado, sendo a natureza do problema educacional e cultural. Estes fatos urgem a necessidade de atitudes políticas, institucionais, culturais e educacionais por parte de agentes políticos, servidores, operadores do Direito em geral e dos educadores dos cursos jurídicos a fim de alcançar uma Administração Pública de Resultados em relação aos conflitos que surgem no Direito Administrativo Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO ESTADO DA BAHIA. **Bahia ganha a sua primeira câmara de mediação, conciliação e arbitragem de uma associação de carreiras jurídicas**. Salvador: APEB, 2018. Disponível em: <http://www.apeb.org.br/noticias1.asp?reg=485>. Acesso em: 15 nov. 2019.

CASC. **Câmara Administrativa de Solução de Conflitos (CASC)**. [S. /], 2016. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/mais-consenso/camara-administrativa-de-solucao-de-conflitos-casc>. Acesso em: 25 nov. 2019.

CASTRO, Paulo Rabello de. **O mito do governo grátis: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil mudar**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014.

CASTRO, Talita. Prefeito de Osasco assina termo de compromisso com TJ-SP. **Cidade de Osasco**, Osasco, mar. 2018. Disponível em: <http://www.osasco.sp.gov.br/noticias/prefeito-de-osasco-assina-termo-de-compromisso-com-o-tj-sp>. Acesso em: 15 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes 2012**. Brasília, DF: CNJ, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 15 nov. 2019.

IPEA. **Comunicado IPEA 83**. [S. /], 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicado_ipea83.pdf. Acesso em: 25 out. 2019.

JORNAL NOVO HAMBURGO. **Quanto custa para os municípios os processos judiciais de saúde.** [S. /], 2019. Disponível em: <https://www.jornalnh.com.br/noticias/regiao/2019/06/2434655-quanto-custa-para-os-municipios-os-processos-judiciais-de-saude.html>. Acesso em: 15 nov. 2019.

LOCKS, Juliane. O uso da arbitragem pela administração pública à luz dos princípios constitucionais do art. 37, caput. *In*: LOCKS, Juliane. **Arbitragem e administração pública.** 2012. 33 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Pontifícia Universidade Católica RS, Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/juliane_locks.pdf. Acesso em: 03 nov. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina. **Direito processual civil contemporâneo.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina; NUNES, Patrícia Elael. **A confidencialidade e suas peculiaridades no procedimento de mediação envolvendo a fazenda pública.** [S. /]: Academia, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/36470896/A_CONFIDENCIALIDADE_E_SUAS_PECULIARIDADES_NO_PROCEDIMENTO_DE_MEDIAC_A_O_ENVOLVENDO_A_FAZENDA_PU_BLI_CA_13122017.docx. Acesso em: 28 out. 2019.

PORTO, Antonio José Mastrello. **Análise econômica do direito (AED).** Rio de Janeiro: FGV, 2013. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf. Acesso em: 27 out. 2019.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A fazenda pública no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL. **Portaria nº 352, de 30 de outubro de 2018.** Disciplina as atividades de mediação para solução de conflitos entre servidores no âmbito da Secretaria de Educação do Distrito Federal, bem como a rotina procedimental a ser executada pela Gerência de Mediação de Conflitos. Brasília, DF: SEEDF, 2018. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/7ce6d07e51ee4c3db74508fdca5e2f1b/Portaria_352_30_10_2018.html. Acesso em: 15 nov. 2019.

WATANABE, Kazuo. A cultura da sentença e a cultura da pacificação. *In*: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Ed., 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3079662/mod_resource/content/1/1.1.%20Kazuo%20-%20Cultura%20da%20sentenca%20e%20da%20pacificao.pdf. Acesso em: 27 out. 2019.

Recebido em 13/02/2020.

Aceito em 19/03/2020.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n47p179-206>

A PERSPECTIVA DE GÊNERO COMO ELEMENTO INTEGRANTE DO ACESSO À JUSTIÇA PARA AS MULHERES: A PERCEPÇÃO DO JUIZ

THE GENDER PERSPECTIVE AS AN INTEGRANT COMPONENT OF ACCESS TO JUSTICE FOR WOMEN: THE PERCEPTION OF THE JUDGE

Daniele Mendes de Melo*

Resumo: O presente artigo busca apresentar reflexões e entraves no acesso à justiça para as mulheres, em face do fazer jurisdicional destituído da perspectiva de gênero. Será explorada a problemática dos aspectos jurídico-culturais que permeiam os julgamentos e a necessidade de sua objetivação para que a mulher seja reconhecida como sujeito de direito e o Poder Judiciário desempenhe seu papel social na consecução do Princípio da Isonomia.

Palavras-chave: Gênero. Acesso à justiça. Fazer jurisdicional. Poder Judiciário. Princípio da isonomia.

Abstract: This paper intends to present reflexions about the obstacles of access to justice by the women, before the decision-making process unfurnished of gender perspective. The problematic of the juridical-cultural aspects that permeate the judgments and the need of their objectification will be explored so that the woman be recognized as a subject of rights and the Judiciary can play its social role in the achievement of the Isonomy clause.

Keywords: Gender. Access to justice. Decision-making process. Judiciary. Isonomy clause.

* Master of Comparative Constitutional Law pela Samford University, EUA. Especialização lato sensu pela Instituição Toledo de Ensino, ITE, Brasil. Graduada em direito pela Instituição Toledo de Ensino, ITE, Brasil. Exerce o cargo de juíza de direito na 2ª Vara Criminal de Bauru/SP e de coordenadora do Anexo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Bauru/SP.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, longe de restringir a atuação do julgador a um setor estanque, traz, consigo, um desafio multifacetado, pois insere o operador do direito em um contexto múltiplo, intersetorial e interseccionalizado (BRASIL, 2006). Exige, portanto, a particularização da demanda não levando em conta, apenas, a matéria objeto de análise, mas, principalmente, as condições pessoais da vítima, inserida em uma realidade de desigualdade de gênero, decorrente de conceitos de inferioridade, subordinação e opressão. Esses obstáculos estão inseridos em um contexto estrutural de discriminação e desigualdade que limita o acesso das mulheres ao sistema de justiça.

Ocorre que o julgador não está alheio a esse contexto sócio-cultural de discriminação e desigualdade, permeado por estereótipos de gênero, quando a ele é dado intervir na vida das pessoas por meio de uma decisão. Conjugada a essa questão está a formação do magistrado dentro do suposto ideal de neutralidade, excessivamente apegado a exigências formais que impedem ou dificultam a consideração dos direitos envolvidos no processo (DALLARI, 1996, p. 83).

A deficiência na qualidade do sistema de justiça foi identificada como um dos fatores impeditivos do acesso das mulheres à justiça pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, na Recomendação Geral nº 33 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015a), em razão das decisões ou julgamentos apresentarem-se “insensíveis a gênero devido à falta de formação” (II.A.13). Dois componentes necessários para remover as barreiras de acesso, apresentados pela Comissão, estão diretamente associadas ao fazer jurisdicional: a *justiciabilidade*, que pressupõe a capacidade de resposta sensível ao gênero e a ampliação do acesso irrestrito das mulheres ao sistema de justiça para a obtenção da igualdade de fato e de direito e a *boa qualidade dos sistemas de justiça*, que devem ser dinâmicos e abertos a medidas práticas, inovadoras e sensíveis a gênero.

Propõe-se neste texto o aprofundamento da questão sobre como a percepção dos juízes sobre a desigualdade de gênero e a violência doméstica e familiar pode obstaculizar o acesso à justiça das mulheres e a necessidade de

objetivação do fazer jurisdicional para que o julgador, inserido em um contexto social reprodutor de estereótipos e desigualdades, aparte-se da neutralidade jurídica para identificar em que medida a discriminação é necessária para a consecução do princípio da igualdade substancial e para que a mulher acesse um sistema de justiça sensível às questões de gênero e livre de discriminação interseccional.

2 ACESSO À JUSTIÇA COMO MEIO PARA SUPERAÇÃO DA DESIGUALDADE

O acesso à justiça, na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), foi consubstanciado no inciso XXXV, do artigo 5º, com uma terminologia que atribui ao Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito. O constituinte, sobrepujando-se ao legislador ordinário, estatuiu que a este é vedada a elaboração de lei que limite esse conhecimento ou esse acesso do cidadão.

A partir da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1979) reconheceu-se a necessidade de estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação (Artigo 2º, "c"). A previsão de criação de um Tribunal especializado dá-se a partir do reconhecimento da existência de um padrão sociocultural de homens e mulheres que coloca estas últimas em situação de inferioridade, sujeitas à discriminação na vida política e pública do país (artigo 5º e artigo 7º). (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1979).

Se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher reconheceu a desigualdade e previu a instalação de Cortes especializadas para equilibrar a distorção existente, para nos atermos, tão-somente, à questão do acesso à justiça, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1994), particularizou procedimentos a partir dos quais a mulher sujeita à violência obteria **medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso** a tais processos. Mais do que isso, previu que além do acesso aos procedimentos jurídicos voltados a sua proteção, aos Estados caberia

estabelecer mecanismos judiciais e administrativos para assegurar *efetivo acesso* a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes (artigo 7º, “f” e “g”).

Quando se propicia o acesso à justiça a um grupo específico significa dizer que o Estado reconhece que aquele grupo estava alheio ou com o ingresso restrito ao sistema de justiça, por fatores variáveis que o colocava em desvantagem relativamente a outro. Importa reconhecer, ainda, que a especialização atenderá uma demanda de natureza social e que merece cuidado integral. No caso das mulheres, a omissão estatal manteve um padrão sociocultural de exclusão ou sub-inclusão, permitindo a reprodução de estereótipos que impediam a consecução do princípio da igualdade. Pior do que isso, estávamos diante de um Estado que era conivente com a violência praticada contra a mulher ao menosprezar o que ocorria nos relacionamentos pessoais, que não recebia atenção na esfera pública (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 93).

O advento da Lei 11.340, de 17.08.2006, conhecida como Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), supriu a lacuna estatal para reconhecer como de responsabilidade do Estado as agressões que ocorriam na esfera privada e que não raramente consagravam a impunidade do agressor. Disponibilizou-se, assim, um novo instrumento de cidadania às mulheres que sofreram e sofrem violência constante, no interior de seus lares, praticadas por seus parceiros íntimos (inciso III), pais, padrastos, irmãos, cunhados (inciso II) ou por aqueles que, mesmo sem vínculo familiar, integrem a unidade doméstica (inciso I). Mais do que isso, a nova legislação jogou luz sobre uma espécie de violência praticada contra a mulher que ocorre pelo poder de dominação do homem que subjuga a mulher com base no gênero, ou seja, pelo simples fato de ser mulher. Desse modo, toda violência praticada contra a mulher, seja ela física, sexual, psicológica, moral ou patrimonial, que ocorra no âmbito doméstico, familiar ou relação de afeto, desde que baseada no gênero, passou a ser objeto de proteção da lei.

Além de coibir a violência no âmbito das relações familiares, conforme a previsão constitucional, artigo 226, §8º (BRASIL, 1988); a Lei nº 11.340/2006 (BRASIL, 2006) tem por pressuposto, portanto, corrigir uma distorção histórica de

desequilíbrio nas relações sociais entre homens e mulheres, esta sim responsável pela propagação da violência intrafamiliar, aqui compreendidos todos os núcleos familiares que contenha uma mulher na extremidade da relação. A Lei Maria da Penha serve, portanto, a dois propósitos principais na sociedade democrática. No primeiro, reconhece a violência baseada no gênero como violação de direitos humanos (artigo 6º), alinhando o país aos demais signatários da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1979) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1994), no plano de proteção internacional à mulher. Dispõe o artigo 5º, parágrafo segundo, da Carta Maior, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados e dos tratados internacionais de que o Brasil faça parte integrante. Também assume a Lei um segundo compromisso, previsto constitucionalmente como objetivo fundamental da República do Brasil, ao assegurar a igualdade através da redução da desigualdade e da promoção do bem-estar comum, sem preconceito de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, bem como construindo uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º).

José Afonso da Silva recorda a definição dada por Pinto Ferreira para expressar a interconexão entre igualdade e democracia:

Evidentemente se a igualdade é a essência da democracia, deve ser uma igualdade substancial realizada, não só formalmente no campo jurídico, porém estendendo sua amplitude às demais dimensões da vida sócio-cultural, inclusive na zona vital da economia. (SILVA, 2008, p. 132).

Para aqueles que se opõem à especialização da prestação jurisdicional à mulher em situação de violência, desprezando o longo processo de desnivelamento e opressão aos quais esteve a mulher subjugada, resta lembrar que somente as discriminações que resultam em violação de direitos ou em desigualdades serão passíveis de punição, artigo 5º (BRASIL, 1988). A medida para atingir a igualdade é o tamanho da desigualdade. Em outras palavras, a desigualdade é permitida desde que o limite da desigualdade não seja ultrapassado. É largamente aceito que o atual conceito do Princípio da Igualdade tem seu foco central na premissa de que todos os

seres humanos nasceram iguais e, desde aquele momento particular não havia fatores relevantes que diferenciavam as pessoas. Com o passar do tempo, as sociedades impuseram distinções sobre os indivíduos, além daquelas peculiaridades próprias relacionadas à saúde e idade. Situações de desigualdade e opressão de classe, de gênero, de raça/etnia e de orientação sexual fazem grupos de indivíduos diferentes de outros. Tais diferenças refletem-se no indivíduo desvantajado enquanto membro desse grupo em desvantagem. Em sendo assim, a única leitura possível do artigo 5º, *caput*, é que o tratamento igualitário a ser dispensado a homens e mulheres pode apropriar-se do sexo, como elemento discriminador, com a finalidade de equilibrar o desnível sociocultural existente, assegurando a todos não somente igual tratamento perante a lei (igualdade formal), mas, principalmente, igualdade substancial (MELO, 2010, p. 70).

Um longo caminho foi percorrido - desde a negação dos direitos às mulheres a sua concessão parcial e paulatina - até sua categorização em leis internacionais e nacionais que lhes reconheceram a desigualdade na sociedade em razão do gênero (BARSTED, 2011, p. 353). Todavia, há que ser questionada a universalidade (extensão) e efetividade do acesso à justiça ao grupo historicamente em desvantagem à vista dos aspectos sociais e culturais aos quais estão sujeitos no processo de sua realização e reconhecimento, agora perante o sistema jurisdicional instituído. Nesse sistema existe o polo de entrada (*input*) e o de saída (*output*), ou seja, dentro do próprio grupo desnivelado existem níveis variados de acesso (*inputs*), intrinsecamente associados à formação educacional, intelectual e das condições do meio onde a mulher vive. No polo receptor, ou de saída (*output*), está a variável do sistema de justiça.

Pasinato (2015, p. 413) externa a preocupação com a necessidade de que sejam observados os aspectos sociais e culturais nesse processo de reconhecimento de direitos e de sua realização, tanto para a(o) cidadã (o)s que recorrem ao sistema de justiça como para os servidores e profissionais do Direito que atuam nesse sistema. Em outras palavras, a remoção dos obstáculos de acesso diz respeito àquela (e) que busca a salvaguarda de seu direito, mas implica, também, na sua

permeabilidade no sistema de justiça, seja na fase de recepção, seja na sua efetividade.

3 ABORDAGEM DE GÊNERO NO ACESSO AO SISTEMA DE JUSTIÇA

De acordo com a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (CONSELHO DA EUROPA, 2011), conhecida por Convenção de Istambul, gênero designa os papéis, os comportamentos, as atividades e as atribuições socialmente construídos que uma sociedade considera apropriados para as mulheres e os homens (artigo 3º - Definições). Apesar da existência dos instrumentos jurídicos de proteção internacional e nacional, somente uma abordagem do julgador sob a perspectiva de gênero é representativa da igualdade substantiva. E a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), ao reconhecer que a violência dirigida contra as mulheres as afeta pelo fato de serem mulheres, de forma opressiva e desproporcionalmente, impõe ao operador do direito uma interpretação que não se coaduna com decisões supostamente neutras (*gender neutral*).

O *caput* do artigo 5º da Lei em questão consigna, expressamente, que a violência perpetrada contra as mulheres tem o gênero por pressuposto:

“Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão *baseada no gênero* que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.” (BRASIL, 2006, não paginado). O reconhecimento, pelo legislador ordinário de que a violência de gênero merece proteção especial, através de uma lei particularizada, partiu do pressuposto de que as mulheres, no cenário nacional, são as principais vítimas de determinados comportamentos reiterados na sociedade, ao longo dos anos, que as inferiorizam e as excluem sistematicamente. E a faceta mais cruel dessa opressão e dominação culmina na morte de mulheres. O Atlas da Violência de 2019, elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), registrou que, em 2017, 4.936 mulheres foram mortas. Entre 2007 e 2017 houve aumento de 20,7% na taxa de homicídios de mulheres,

quando o índice passou de 3,9 para 4,7 mulheres assassinadas por grupo de 100 mil mulheres (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017).

A consagração legal da perspectiva de gênero tem obtido reflexo nos julgamentos em Segunda Instância. O Tribunal de Justiça de São Paulo, com julgamentos mais expressivos numericamente, elaborou a Súmula 114, segundo a qual:

Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, *figurando como sujeito passivo apenas a mulher*, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e *desde que a violência seja baseada no gênero*, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor. (BRASIL, 2013a, não paginado).

O gênero também integra acórdãos dos Tribunais Superiores. O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", do permissivo constitucional, contra acórdãos decididos em única ou última instância que reconhecem que a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) não se aplica às vítimas do sexo masculino, por entender que essa interpretação não contraria tratado ou lei federal, conforme o AREsp 1.236.452-RS, (BRASIL, 2018), AREsp 1.119.582-MG (BRASIL, 2017a) e o AREsp 997.262 – MG (BRASIL, 2017b).

Nada obstante, pululam decisões em primeira e segunda instância que aplicam a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) aos homens, sob diferentes fundamentos. Dentre eles: o princípio constitucional do acesso à justiça e da isonomia, artigo 5º, I e XXXV (BRASIL, 1988); a inexistência de lei similar a ser aplicada quando o homem é vítima, o que autorizaria a extensão, por analogia, da Lei especial para suprir tal lacuna, artigo 4º da LINDB (BRASIL, 1942), que se trata de analogia "in bonam partem", uma vez que o homem é vítima; que a medida protetiva prevista na Lei insere-se no poder geral de cautela do juiz, que pode aplicá-la a qualquer membro da família, inclusive ao homem, artigos 297, 301 e 139 do CPC (BRASIL, 2015). Se os fundamentos jurídicos acima trazidos demonstram a não observância da perspectiva de gênero na aplicação da Lei, atribuindo a esta uma

neutralidade que não existe, outros argumentos não jurídicos partem das “regras de experiência” do julgador, as quais são (ou devem ser) entendidas a partir de critérios cognitivos, ou seja, é um produto de um processo de apreensão das coisas (STRECK, 2015). A subjetividade do julgador é refletida na decisão sem que se aperceba que está inserido em um contexto sociocultural de estereótipos levado para o julgamento. Ainda que se admita que o homem possa apresentar-se como vulnerável em determinadas situações, as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) e o próprio poder geral de cautela dão guarida à proteção do homem. O que salta aos olhos, todavia, nos julgamentos realizados sem a perspectiva de gênero é o ‘empirismo’ do julgador, que empresta à lei o sentido que desejar.

Em uma decisão no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁴ (BRASIL, 2013b) o relator consignou que o homem, mais vulnerável em algumas ocasiões, “busca resolver situações conflitantes de forma mais branda e socialmente aceitável” e por isso teria procurado o Poder Judiciário. Em outra, o pedido buscado em Juízo para a não aproximação da ex-companheira foi justificado pelo relator, após as considerações jurídicas, dizendo que não se tratava de ato de covardia e que não era vergonha o homem socorrer-se do Poder Judiciário para fazer cessar as agressões¹⁵ (BRASIL, 2014). A falta de perspectiva de gênero, na interpretação da lei, é constatada, ainda, em inúmeras decisões que deixam de conceder a medida protetiva sem a prévia oitiva do agressor na fase policial, desconsiderando, muitas vezes, o risco iminente ao qual está sujeita a vítima, ou que não se trata da primeira violência sofrida, mas sim de um primeiro registro policial, depois da superação de inúmeros obstáculos externos e internos que precederam tal comunicação. Outras decisões empregam o princípio *in dubio pro reo* para absolver o agressor diante do confronto de versões, ou motivam o arquivamento do inquérito policial pelo representante do Ministério Público na ausência de outras testemunhas presenciais, desprezando o fato de que a consecução do ilícito se dá, justamente, em uma relação de afeto no interior dos lares.

¹⁴ Apelação 0001537-14.2011.8.26.0368.

¹⁵ Apelação 0009650-10.2011.8.26.0318

O presente trabalho priorizou abordar de que modo a formação positivista do julgador, inserido na mesma sociedade que reproduz os estereótipos, pode representar um óbice ao acesso à justiça das mulheres quando a prestação jurisdicional não se faz acompanhar da perspectiva de gênero. Em sendo assim, a referência às decisões tem caráter meramente ilustrativo. Pesquisa quantitativa, todavia, foi realizada por Nascimento e Severi, que colheram amostras de julgamentos do TJMG e TJSP no período de um mês. A partir dela, concluíram que:

Os desembargadores parecem se esquecer da situação de desamparo que envolve a pessoa em situação de violência doméstica; da coragem que ela criou para denunciar a agressão que lhe é/era praticada no âmbito privado, bem como do medo que ainda lhe acompanha para ajuizar uma ação almejando a solução do seu problema. (NASCIMENTO; SEVERI, 2019, p. 41).

Hunter, Roach e Mack (2016, p. 22) fazem uma comparação mais ampla entre os julgamentos sob a perspectiva de gênero com os demais realizados pelos Tribunais de modo convencional e formulam uma tabela comparativa que permite a constatação de diferenças bastante profundas. Importante registrar que foi empregada a tradução livre de *feminist judging* como “julgamento sob a perspectiva de gênero”, que melhor se adequa às percepções dos julgadores sobre a desigualdade de gênero ao invés da utilização da tradução literal “julgamento feminista”, associado, no Brasil, a uma visão política não necessariamente empregada pelo Poder Judiciário. Além disso, conforme reconhece a autora, existe uma multiplicidade de feminismos que podem prover diferentes abordagens e respostas, de difícil categorização para o presente trabalho.

Tabela 1 – comparação de abordagens de julgamento

Dimensões	Convencional	Julgamento sob a perspectiva de gênero
Objetivo	Legitimidade legal, do ponto de vista do sistema legal	Gênero / justiça social
Escopo	Todos os casos	Casos levantando questões de gênero / justiça social
Visão do direito material	Geralmente acrítico; crítico das intervenções	Crítico de leis criando injustiça social /de gênero;

	legislativas que invadem o critério judicial ou desafiam o "senso comum"	solidário com leis feitas para lidar com danos a mulheres / outros grupos excluídos
Ética	Justiça / direitos - responsável pela administração da lei	Cuidado? Responsável por remediar desigualdades, injustiça ou exclusão; compreendendo e validando a experiência marginalizada tanto quanto possível
Foco	Direito/função judicial	Impactos da lei sobre réus, vítimas, e a comunidade em geral (especialmente em casos levantando questões de gênero / justiça social)
Visão do réu	Abstrato/Categórico	Situado em um contexto social de gênero
Abordagem judicial	Individual, impessoal, formal, autoritário	Engajado, relacional, menos formal
Qualidades judiciais (além de conhecimento e aplicação legais e compromisso com a imparcialidade, neutralidade)	Bom senso, cortesia, paciência	Compaixão, empatia; compreensão das vidas das mulheres, histórias de exclusão; Conhecimento feminista, abertura a diferentes perspectivas

Fonte: HUNTER; ROACH; MACK, 2016, p. 22-23.

As autoras sintetizam o julgamento convencional como sendo aquele que garante o contraditório formal: as partes e os fatos são abstraídos e categorizados para assegurar que casos iguais sejam tratados igualmente. Mesmo quando as características pessoais do réu e as circunstâncias individuais devam ser levadas em consideração, isso é feito de modo estruturado, modelado para atingir consistência entre situações semelhantes conforme previsão legal, sem correlação com as características pessoais do réu (HUNTER; ROACH; MACK, 2016, p. 6).

Os magistrados, amparados pela lei, mas desprovidos do olhar de gênero, tendem a analisar a violência de forma isolada, como incidente descontextualizado, ao invés de considerá-la como um padrão de comportamento abusivo, que envolve o exercício de poder e o controle sobre a mulher. Quando o julgador decide com base no comportamento violento mais recente do agressor, ignorando o histórico de

violência do relacionamento, reconhece, muitas vezes, apenas a violência física, considerada mais grave e de pronta intervenção, comparativamente a outras formas de abuso (HUNTER, 2006, p. 756), o que poderia justificar inúmeras decisões observadas nas cortes de nosso país, que negam a concessão de medidas protetivas às vítimas diante de notícias de ameaça do homem; que exigem a oitiva testemunhas para respaldar a palavra da vítima ou que aplicam o princípio *in dubio pro reo*.

Em se tratando da mulher em situação de violência, a complexidade da realidade em que está inserida exige que o julgador abandone o modelo **declarativo-reativo**, resultante da dogmatização dos princípios da imparcialidade política e da neutralidade axiológica. Em outras palavras, não poderá mais o julgador valer-se de um fazer jurisdicional dentro de uma ordem jurídica concebida como um estrito "sistema de limites e garantias" (FARIA, 2004, p. 53). A juridicidade das decisões, antes baseada nas estruturas normativas formais e materiais, passa a deparar-se com o não-jurídico nos modelos de integração complexa e pluralidade normativa. Exige-se, hodiernamente, a revisão do que era hierarquizado e estruturado em cadeia para os sistemas circulares e estruturados em redes, conforme alertou Campilongo:

A praticidade dos sistemas circulares reside no seu caráter pragmático. Uma vez reconhecida a heterogeneidade de fatores intercorrentes no mundo jurídico, os sistemas normativos passam a atuar como redes aptas a capturar a complexidade da realidade social. (CAMPILONGO, 1994, p. 40).

4 AUSÊNCIA DE ABORDAGEM INTERSECCIONAL NO ACESSO AO SISTEMA DE JUSTIÇA

A temática da violência de gênero não pode ficar restrita a uma análise isolada da mulher como um **ente genérico**, descontextualizada e desenhada de modo uniforme pelos operadores do direito. Ao menos para aquelas que reconheceram a existência de um órgão estatal que poderá dar guarida às suas pretensões e resolvem trilhar esse caminho - lembrando que contextos sociais desfavorecidos nem sempre propiciam o conhecimento da existência de direitos e por quais meios deduzi-los - é premente a realização do cruzamento de suas

vulnerabilidades para a ela alocar o aparato estatal disponível a sua proteção e de seus filhos. Diferenciais exclusivo de subgrupo de mulheres, relacionados a suas "identidades sociais, tais como classe, casta, raça, cor, etnia, religião, origem nacional e orientação sexual, são 'diferenças que fazem diferença', na forma como vários grupos de mulheres vivenciam a discriminação." (CRENSHAW, 2002, p. 171).

Gênero, raça, classe, sexualidade, nação, idade e etnia constituem as principais formas de opressão. Opressão deve ser entendida como uma expressão descritiva de qualquer situação injusta em que, sistematicamente e por um longo período, um grupo nega a outro o acesso a recursos da sociedade (COLLINS, 2019, p. 33). A convergência das opressões é sentida na vida das mulheres de diferentes formas. Uma vez que as formas de opressão mudam constantemente, lembra Collins, relativamente às mulheres negras diferentes aspectos da sua autodefinição, se misturam e se tornam mais evidentes. O gênero pode sobressair-se quando a mulher se torna mãe enquanto a raça, quando ela procura moradia. Ao tentar obter moradia, a raça pode tornar-se um óbice ao passo que ao postular um crédito, a classe social impor-lhe-á um gravame. Poderá ser prejudicada ao se candidatar a uma vaga de emprego em razão da origem nacional ou sofrer preconceito pelo simples fato de andar na rua ao lado de sua companheira (COLLINS, 2019, p. 435).

A perspectiva traçada pela autora evidencia que embora todas as afrodescendentes deparem-se com o racismo institucionalizado, as diferenças de classe social, apenas para utilizar um dos gravames, influenciam os padrões de racismo na moradia, na educação, e no emprego. E assim sucede com os demais gravames tomados de forma inter cruzada, que atingem as mulheres negras de formas diferentes. Por detrás das práticas sociais que relegam às mulheres condições inferiores de moradia, vizinhança, escola, trabalho e tratamento na esfera pública está o julgamento diferenciado baseado equivocadamente em uma série de crenças comuns sobre a inteligência, hábitos de trabalho, sexualidade etc. desse grupo. A persistência dessas práticas discriminatórias assume caráter determinante na manutenção da pobreza e marginalização social dos afro-latinos-americanos impondo as múltiplas formas de opressão que a conjugação de racismo com sexismo produz nas mulheres afrodescendentes (CARNEIRO, 2011, p. 121).

Na Recomendação Geral nº 28 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2010) dispõe o item 18, que a interseccionalidade é um conceito fundamental para compreender o alcance das obrigações gerais dos Estados Partes. Reconhece que outros fatores, tais como raça, origem étnica, religião ou crença, saúde, estado civil, idade, classe, casta, orientação sexual e a identidade de gênero, estão umbilicalmente ligados à discriminação das mulheres com base no sexo ou no gênero. Na Recomendação Geral nº 33 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015a) que regula especificamente o acesso das mulheres à justiça, igualmente o Comitê ressalta a existência de fatores interseccionais que dificultam o acesso das mulheres à justiça e que afetam algumas mulheres em graus ou modo diferentes daqueles que afetam os homens e outras mulheres (item 8), o que significa que são necessárias respostas legais e políticas adequadas (item 12).

Tomem-se como exemplos os inúmeros pedidos de medidas protetivas de afastamento do agressor do lar conjugal ou de não aproximação do agressor da vítima e dos filhos, para citar aqueles de maior incidência deduzidos diariamente nas Varas Especializadas ou com competência cumulativa. O cruzamento das vulnerabilidades de raça e gênero, por exemplo, pode colocar essa mulher e seus filhos em uma situação de desvantagem substancialmente maior relativamente à mulher branca em situação equivalente. O conceito de interseccionalidade abre novos horizontes para todos aqueles que trabalham com a mulher em situação de violência. É necessário aprofundar o conhecimento da realidade social da mulher que obteve uma medida protetiva de não aproximação ou de afastamento do companheiro da residência familiar para se aferir em que circunstâncias permanecerá essa família, histórica e estatisticamente desvantajada.

Basta questionarmos as dificuldades impostas, pelo mercado de trabalho, à mulher pobre, à mulher negra e à transexual, confrontando-as com aquelas que acompanham a mulher branca, hetero. A mulher branca/hetero, normalmente, consegue melhores colocações no mercado de trabalho, apenas para citar um exemplo. Se deixa a residência comum pode buscar acolhida na residência dos genitores, pois tem uma família melhor estruturada financeiramente. Via de regra, isso não ocorre com as demais mulheres antes mencionadas, que sofrem duplo ou

triplo gravame (mulher negra/socialmente desassistida). Para essa mulher “despadronizada” não restará muitas alternativas a não ser recolher-se em uma casa abrigo e depender da provisão estatal por tempo definido para garantir a sua subsistência e de seus filhos. É certo que dentre as medidas que podem ser adotadas pelo juiz está o encaminhamento da ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento, artigo 9º, §1º, bem como determinar ao agressor a prestação de alimentos, artigo 22, V (BRASIL, 2006). Todavia tais medidas são de eficácia duvidosa, seja devido ao trabalho informal, normalmente desenvolvido pelo agressor, ou aos poucos recursos por este recebidos, como também pela falta de sistematização de política pública na área de assistência social.

Uma vez que a interação múltipla dos eixos de subordinação resulta em dano interseccional, exige-se do Poder Judiciário uma investigação aprofundada das “identidades sociais” para que a intervenção estatal seja eficaz e não mais um produto do desempoderamento sociorracial, que deixa a mulher a sua própria sorte, a pretexto de que cumpriu seu papel definido por lei, qual seja, o de simplesmente evitar uma agressão mediante uma atuação restrita à concessão de medida protetiva de afastamento/não aproximação do agressor.

No que tange ao acesso da mulher ao sistema de justiça é importante a abordagem da violência em perspectiva interseccional a fim de minimizar a desigualdade a que está sujeita e de investigar sua necessidade de forma particularizada, em sintonia com a realidade por ela vivenciada. Daí a importante distinção realizada por Crenshaw (2002) sobre a **interseccionalidade estrutural**, que diz respeito a análise das consequências da intersecção de várias desigualdades na vida das pessoas, da **interseccionalidade política**, que mais de perto se relaciona com o atendimento da mulher pelo Estado através de políticas públicas que levem em consideração essa abordagem integral para uma prestação de serviço eficaz e efetiva (SEVERI, 2018, p. 32). Somente a interseccionalidade oferece meios ao Estado para alcançar experiências de grupos extremamente vulnerabilizados, pelo fato de postarem-se na encruzilhada onde perpassam os elementos de raça, classe, gênero, sexualidade e sobreposições de acidentes identitários (AKOTIRENE, 2019).

Essas micronarrativas de opressão alargam a discussão do acesso à justiça, conceito que até então situava-se em um terreno seguro, voltado aos cidadãos favorecidos, que tem no Estado o seu protagonista, para o campo da desconstrução do próprio direito, que servirá como narrativa emancipatória àqueles que não estão integrados ao sistema. O conhecimento e discussão sobre os obstáculos ao acesso à justiça gera novo conhecimento para aperfeiçoar a produção e a reprodução do direito. Como um processo espiral, o discurso de acesso à justiça situa-se entre as deficiências e obstáculos do sistema de justiça e, de outro lado, a discussão de respostas para o seu fortalecimento (LAURIS, 2015, p. 14 e 22).

5 PERCEÇÃO DO JULGADOR E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (OU DO INPUT PARA O OUTPUT)

No percurso afunilado a ser percorrido no ingresso do sistema jurídico já houve uma prévia seleção de mulheres que superaram as barreiras iniciais, por possuírem um nível de conhecimento socioeducacional que lhes permitiu a salvaguarda de seus direitos e/ou resguardarem-se, buscando proteção a sua integridade física, psicológica e a de seus dependentes (além da superação emocional).

Embora existam outros caminhos para se chegar ao Poder Judiciário, uma vez que estamos tratando do sistema de justiça, consideremos que essa mulher em situação de violência ingressou com sua pretensão em uma Delegacia, especializada ou não, onde postulou a medida protetiva de afastamento com base em uma ameaça sofrida. Esse pedido, endereçado adequadamente ao Poder Judiciário, passando ou não pelo representante do Ministério Público, poderá ter desfechos diversos, não necessariamente associados à dinâmica da ameaça, mas à interpretação de promotores e juízes, que formam o seu próprio convencimento sobre as situações justificadoras da concessão ou não da medida protetiva. A comunicação de um delito de ameaça, artigo 147 do Código Penal (BRASIL, 1940), é corriqueira nas delegacias e, algumas vezes, colhe-se a reclamação da mulher de que o Boletim de Ocorrência não foi lavrado, por se tratar da primeira vez da comunicação. A mesma interpretação poderá vir a ocorrer com o pedido de medida

protetiva judicializado. O exemplo da ameaça foi utilizado para ilustrar a fase inicial da tramitação de um pedido de medida protetiva, considerada de natureza urgente para evitar o agravamento da situação de violência, que, como se sabe, navega por mares turbulentos e muitas vezes de destino desconhecido.

O que chega ao Poder Judiciário, portanto, é fruto da tomada de decisão de uma vítima que convive ou conviveu com seu agressor, reconheceu em algum momento a existência de violência nessa relação; que essa violência a afetava (a si e/ou terceiros); que essa violência não deveria ser tolerada e que poderia buscar um suporte jurídico para essa situação. O *input*, portanto, envolveu tempo + reflexão + reconhecimento da violência + ciência de seus direitos + comportamento ativo.

O fazer/não fazer jurisdicional, aqui chamado de modo abrangente de *output*, implica em receber esse comportamento ativo (ação da mulher) submetendo-o a diversos filtros, com diferentes bifurcações, que poderá resultar em uma prestação/não prestação, em estágios mais curtos ou mais avançados desse trajeto, permeado por novas violências, dentre elas a institucional. Referido trajeto assemelha-se àqueles jogos de tabuleiro, de saída e chegada, em que o jogador arremessa seus dados e conta as casas: dependendo de onde cair depara-se com a "bomba" e volta à estaca zero, refazendo seu percurso, ou "vai para a cadeia e espera uma jogada" ou "retorne cinco casas", enquanto o seu rival permanece no jogo, passando a sua frente e, muitas vezes, cruzando a linha de chegada com muita vantagem (aqui entendida a vantagem como a manutenção da violência de gênero). A reprodução desse jogo em larga escala, ou seja, refletindo o percentual de mulheres em situação de violência no Brasil, expressa a urgência do repensar a prestação jurisdicional.

De há muito ultrapassado o modelo do juiz "neutro". Conquanto a imparcialidade seja desejável, por favorecer a igualdade das partes, no julgamento de um processo, consoante o princípio constitucional previsto no artigo 5º, caput, da CF (BRASIL, 1988), a neutralidade tem sua raiz no Iluminismo, associando o magistrado às leis, mas não à comunidade. Esse mito desconsidera, ainda, as características de seu próprio psiquismo (SENA, 2010). O importante aqui é entendermos a diferença entre uma prática ingênua, uma prática "astuta" e outra

crítica, como ensina Freire ao abordar o mito da neutralidade da educação: “o fato de não ser o educador um agente neutro não significa, necessariamente, que deve ser um manipulador. [...] O espontaneísmo é licencioso, por isso irresponsável.” (FREIRE, 1992, p. 95).

Porque o juiz não está alheio à cultura socialmente reproduzida e às vivências concretas de opressão existentes na sociedade em que estão inseridas essas mulheres, julgará de acordo com as normas legais produzidas e jurisprudências nem sempre legitimadoras da emancipação da mulher (ROSS, 2003, p. 104).

Fundamental para a compreensão do que se está tratando é a definição do citado autor de “fontes do direito”, que representa o conjunto de fatores ou elementos que exercem influência na formulação do juiz da regra na qual ele funda sua decisão, que não se restringe ao procedimento para a produção de normas jurídicas, característica inerente à legislação e que, portanto, constituiria a única das fontes às quais está sujeito o magistrado de ordem *exclusivamente objetiva*, na classificação por ele realizada das demais fontes (ROSS, 2003, p. 103).

Como fonte *parcialmente objetivada* insere-se a *jurisprudência*, representativa de decisões jurídicas anteriores que desempenharão importante papel em futuras decisões, influenciando o comportamento do julgador (especialmente os precedentes – *stare decisis*, pela própria imposição legal), como também os *costumes*, entendido como um modo de conduta seguido e experimentado como obrigatório. Admite o autor, todavia, que também é possível que o juiz considere que o costume “é tão contrário aos princípios jurídicos fundamentais (tão irrazoável) que se negue a aceitá-lo.” (ROSS, 2003, p. 124). O objetivo de Ross, ao realizar tal classificação das fontes, é esclarecer que é pouco realista o tipo de positivismo jurídico que restringe o direito às normas estabelecidas pelas autoridades, reduzindo a atividade do juiz a uma aplicação mecânica das normas:

As normas jurídicas tal como toda outra manifestação objetiva da cultura são incompreensíveis se as isolarmos do meio cultural que lhes deu origem. O direito está unido à linguagem como veículo de transmissão de significado e o significado atribuído aos termos jurídicos é condicionado de mil maneiras por tácitas pressuposições sob forma de credos e preconceitos, aspirações,

padrões e valorações, que existem na tradição cultural que circunda igualmente o legislador e o juiz. (ROSS, 2003, p. 12-126).

É taxativa a Recomendação Geral nº 35, item 26, "c", parte final, ao preceituar que constitui violência de gênero contra as mulheres:

A aplicação de noções preconcebidas e estereotipadas sobre o que constitui violência de gênero contra as mulheres, quais deveriam ser as respostas das mulheres a essa violência e o padrão de prova exigido para sustentar sua ocorrência pode afetar o direito das mulheres ao gozo da igualdade perante a lei, ao julgamento justo e ao direito a uma reparação efetiva, como estabelecido pelos artigos 2º e 15 da CEDAW. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019, não paginado).

Para diminuir a distância entre o texto normativo e a prática jurídica, devemos partir da perspectiva do *standpoint*, segundo Severi (2018, p. 148). Martha Minow (apud SEVERI, 2018), enfatiza que os operadores da lei com frequência se esquecem da parcialidade do seu próprio ponto de vista, porquanto "as categorizações que utilizamos no direito são simplificações e que nossas crenças e conjuntos de verdades são, sempre, decorrentes de influências externas".

Difícilmente o equívoco será perceptível se não partirmos do questionamento da própria crença. Lyra Filho (1982, p. 7) afirma que raciocinamos **a partir dela**, mas não **sobre ela**, "de vez que considerá-la como objeto de reflexão e fazer incidir sobre aquilo o senso crítico já seria o primeiro passo da direção superadora, isto é, iniciaria o processo da desideologização". Estendendo essa crítica à visão macro de nosso sistema jurisdicional, percebemos a falta de coerência da experiência jurídica nacional, problemática identificada por Rodriguez (201?, p. 259-260) nas pesquisas por ele realizadas a partir das quais concluiu que "todo e qualquer material jurídico ou não utilizado pelos juízes em suas decisões tende a funcionar como *argumentos de autoridade*". Isso permite que argumentos incoerentes e contraditórios apareçam nos julgamentos uns ao lado dos outros como em um mosaico multicolorido em que os fragmentos de pedra ficam lado a lado, mas não se comunicam internamente (RODRIGUEZ, [201?], p. 259-260).

Não se pode correr o risco de, a pretexto do apego a lei ou de seguir um posicionamento jurisprudencial, desconsiderar as particularidades trazidas a juízo em um processo, porque as especificidades ali materializadas representam o próprio direito do indivíduo, que deve ser analisado inserido em um contexto mais amplo do

que a mera reprodução fato-norma, destituída do questionamento da trajetória mental do julgador (que, conforme já se abordou não é científica, mas reprodutória de um pensamento que ampara sua convicção e, mais do que isso, corresponderá a sua própria formação sociocultural) para entregar a prestação jurisdicional, que denominamos antes *output*.

Sob pena da lei ter seus objetivos frustrados, lembra Severi (2018, p. 51), os operadores do direito devem estar em interlocução com as teorias críticas sobre o direito. As práticas de quem interpreta a lei e a operacionaliza podem pôr em risco uma lei bem-intencionada quando reforçam os sistemas hierárquicos de poder. Para tanto, o primeiro passo a ser dado é a desconstrução do mito do magistrado neutro, alheio às particularidades das partes a ele trazidas no processo, tornando, cognoscível, ainda, o contexto em que os fatos são retratados.

O posicionamento jurídico do magistrado, pela abordagem convencional, seria, nesse sentido, representado pela fórmula: formação socioeconômico-cultural do julgador + formação jurídica hermética + jurisprudência representativa de 1 e 2. A superação dessa fórmula pode advir do distanciamento do julgador do que denomina "seu" posicionamento jurídico para que a decisão a ser proferida afaste a sua própria subjetividade e considere o ecossistema social em que está inserido de forma objetiva, com sensibilidade.

Somente desse modo atenderá o Poder Judiciário às obrigações gerais relativas à violência de gênero contra as mulheres, contidas na Recomendação Geral nº 35 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019), para a implementação de medidas para erradicar preconceitos, estereótipos e práticas que são a causa principal da violência (item 26). As medidas afetas aos órgãos judiciais, de acordo com os artigos 2, "d", "f", e 5, "a", da Convenção, são: abster-se de praticar qualquer ação discriminatória ou violência de gênero; punir a violência aplicando o Direito Penal; garantir que os procedimentos legais sejam imparciais e justos e não sejam afetados por estereótipos de gênero ou interpretações discriminatórias de disposições legais (subitem "c"). Tais medidas são necessárias para garantir a **justiciabilidade**, abrangente da capacidade das mulheres para reivindicar os direitos dos quais são titulares e a **boa qualidade dos sistemas de justiça**, que

devem ser dinâmicos e abertos a medidas práticas, inovadoras e sensíveis a gênero, componentes esses que se inter-relacionam para garantir pleno acesso à justiça. Outrossim, com tais medidas, atenderá o Estado aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015b) nº 5, sobre igualdade de gênero e empoderamento de todas as mulheres e meninas e nº 16, que visa à promoção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, e o fornecimento de acesso à justiça e a criação de instituições responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

No âmbito interno, a Resolução nº 254, de 04/09/2018, do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário, prescreveu, como objetivo da Política Judiciária, no que concerne à formação dos magistrados: o fomento de política de capacitação permanente de magistrados e servidores em temas relacionados às questões de gênero e de raça ou etnia por meio das escolas de magistratura e judiciais, atendendo ao disposto no artigo 8º, VII, da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), bem como o estímulo à promoção de ações institucionais entre os integrantes do sistema de Justiça para a aplicação da legislação pátria e dos instrumentos jurídicos internacionais sobre direitos humanos e a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (inciso XI).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A imparcialidade do julgador assegura o contraditório e que a relação jurídica se instale validamente; todavia, sob o viés de gênero, a decisão dada ingressa em um nível mais profundo de conhecimento ao analisar relações assimétricas de poder e as particularidades do indivíduo que acessou o sistema de justiça. Como consequência, a lei incorpora um sentido transformador de uma desigualdade estrutural, sujeitando-se, ela própria, a sucessivas mutações, porque influenciada pelo contexto histórico em que é aplicada.

Ao interpretar a norma de acordo com a situação singular delineada no processo, o julgador rompe com o padrão reprodutivo do “argumento de autoridade”

(RODRIGUEZ, [201?]. p. 260), que toma por fundamento a jurisprudência que melhor se afina com o seu pensamento, ou seja, com aquilo que nomeia posicionamento jurídico, mas que nada mais é do que uma abstração da realidade que está a sua frente. A reprodução de uma formação jurídica hermética aliada à herança sociocultural do julgador, aplicada sob um critério de neutralidade, sem questionamento sobre o impacto diferenciado do dano a partir do gênero, classe social, raça/etnia ou orientação sexual, poderia vir a perpetuar as desigualdades.

A remoção dos obstáculos de acesso das mulheres abrange, portanto, não somente a busca da salvaguarda de seu direito, como também, a sua permeabilidade no sistema de justiça, através da percepção do julgador sob a perspectiva de gênero, seja na fase de recepção, seja na sua efetividade, no fazer jurisdicional. Para que o julgador substitua a perspectiva juspositivista, centrada nos princípios da imparcialidade política e da neutralidade axiológica, para aquela interpretativa da heterogeneidade de fatores intercorrentes no mundo jurídico, hábil a capturar a complexidade da realidade social e a compreender e validar a experiência marginalizada o processo de capacitação é imposição inarredável.

Dentre as **medidas preventivas** recomendadas pelo Comitê CEDAW aos Estados-partes, insere-se a capacitação, educação e treinamentos obrigatórios para **membros do Poder Judiciário** de forma que essa formação promova a) a compreensão de que estereótipos e preconceitos de gênero levam à violência de gênero contra as mulheres e a respostas inadequadas a ela; b) a dinâmica de poder que caracteriza a violência do parceiro; c) o trauma e suas consequências; d) a compreensão das formas de interseção de discriminações que afeta grupos específicos de mulheres; e) a forma de interagir com as mulheres e eliminar fatores que levem à revitimização e ao enfraquecimento de sua confiança nas instituições e nos agentes do Estado; f) a coordenação e encaminhamento das vítimas aos diversos órgãos com a documentação adequada dessa violência, respeitada a privacidade e confidencialidade das mulheres e g) engajamento do setor privado para a identificação de violências que possam ocorrer no local de trabalho, incluindo os procedimentos de denúncia interna e os direitos no local do trabalho,

Recomendação Geral nº 35, "B".30. "e". (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019).

Aliados ao processo de educação e sensibilização, os protocolos, já adotados em alguns países, constituem ferramentas fundamentais para que a decisão proferida possa reverter o efeito das estruturas de poder, que geram discriminação. Contribuem, ainda, de forma efetiva, diante de uma situação de violência contra a mulher, para que a prestação jurisdicional seja despersonalizada da figura do juiz e passe a ter em mira a singularidade da vítima, analisada dentro do grupo ao qual pertença na sociedade. Mais do que isso, o emprego do protocolo permitirá que o julgador, inserido, até inconscientemente, no mesmo contexto reprodutor de estereótipos e desigualdades, aparte-se da neutralidade jurídica para identificar em que medida a discriminação é necessária para a consecução do princípio da igualdade substancial. Somente a objetividade, própria do emprego dessa ferramenta, poderá levar o operador da lei à observação pelo viés do gênero quando traz em si próprio modelos do fazer jurisdicional que não se coadunam com a realidade do sujeito de direito que busca o Judiciário. Desse modo, o fazer jurisdicional não apenas ampliará o acesso à justiça como também atuará como narrativa emancipatória de identidades sociais até então alijadas do sistema de justiça. Isso porque, possibilitará ao julgador trilhar um caminho que lhe era desconhecido, porquanto não lhe era familiar: a interseccionalidade, reconhecendo que a desigualdade pode assumir contornos mais complexos, sutilmente assombreados por detrás de uma visão angular do prolator da decisão.

REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. Ferramenta anticolonial poderosa: os 30 anos de interseccionalidade. **Revista Carta Capital**, [S.l.], 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opiniaoferramenta-anticolonial-poderosa-os-30-anos-de-interseccionalidade/>. Acesso em: 16 mar. 2020.

BARSTED, Leila Linhares. O progresso das mulheres no enfrentamento da violência. *In*: PITANGUY, Jacqueline (Org.). **O progresso das mulheres no Brasil 2003-2010**. Rio de Janeiro: Cepia; Brasília: ONU Mulheres, 2011. p. 346-382. Disponível em: www.onumulheres.org.br/wp-content/themes/vibecom_onu/pdfs/progresso.pdf. Acesso em: 02 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848/1940, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 25 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689/1941, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657/1942, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 25 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340/2006, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Cria 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; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 25 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105/2015, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 25 mar.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 997.262/MG**. Apelação criminal. artigo 129, § 9º do cp. violência doméstica. Vítima do sexo masculino. não incidência da lei 11.340/2006 e da adi 4424. Quantitativo máximo de pena que afasta o procedimento da lei 9.099/1995. Ação penal pública incondicionada. art. 100 do CP. Recurso Provido. Agravante: Roseli Santos Silva Silviano. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, 14 de fevereiro de 2017b. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201602683653&dt_publicacao=14/02/2017. Acesso em 21 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial**

1.119.582/MG. Apelação criminal - ameaça no âmbito da Lei Maria da Penha (cp. art.147 c/c lei n. 11.340/06). Agravante: Gilmar Teixeira Neto. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 30 de junho de 2017a. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201701504882&dt_publicacao=02/08/2017. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº**

1.236.452/RS. Apelação-crime. Lesão corporal leve na forma qualificada. condenação. Insurgência defensiva. Preliminar de violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Agravado : Cesar Rafael Greef Antich. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 18 de abril de 2018. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201800161795&dt_publicacao=18/04/2018. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 114.** Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2013a. Disponível em:
<http://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=7&nuDiario=1474&cdCaderno=10&nuSeqpagina=1>. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (3. Câmara de Direito Criminal). **Apelação 0001537-14.2011.8.26.0368.** Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro, 03 de dezembro de 2013b. Disponível em
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=001537-14.2011.8.26.0368&nuRegistro=>. Acesso em 21 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (7. Câmara de Direito Privado). **Apelação 0009650-10.2011.8.26.0318.** Relator: Miguel Brandi, 28 de julho de 2014. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do?conversationId=&nuProcOrigem=0009650-10.2011.8.26.0318&nuRegistro=>. Acesso em: 21 mar.2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: Um enquadramento teórico. *In*: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** São Paulo: Editora Malheiros, 1994. p. 30-51.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2011.

COLLINS, Patrícia Hills. **Pensamento feminista negro: conhecimento, consciência e a política do empoderamento** (trad. Jamille Pinheiro Dias). São Paulo: Boitempo, 2019.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica**. Istambul, 11 de maio de 2011. Disponível em: <https://rm.coe.int/168046253d>. Acesso em: 05 dez. 2019.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 171-188, Jan. 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juizes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. *In*: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 52-67.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas da Violência**. Brasília, DF: FBSS; IPEA, 2019. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf. Acesso em: 26 Nov. 2019.

FREIRE, Paulo. **A educação de adultos e bibliotecas populares: considerações preliminares**. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE BIBLIOTECONOMIA E DOCUMENTAÇÃO, 11., João Pessoa, 1982. **Anais [...]**. João Pessoa: APBPb, 1982. p. 93-109.

HUNTER, Rosemary; ROACH, Sharyn Anleu; MACK, Kathy. Judging in lower courts: Conventional, procedural, therapeutic and feminist approaches. **International Journal of Law in Context**, [S.l.], v. 12, n. 3, p. 337-360, 2016. Disponível em: <http://doi.10.1017/S1744552316000240>. Acesso em: 16 mar. 2020.

HUNTER, Rosemary. Narratives of domestic violence. **Sydney Law Review**, Sydney, v. 28, n. 4, p. 733-776, 2006.

LAURIS, Élida. Para uma Concepção Pós-Colonial do Direito de Acesso à Justiça. **Revista Latino-Americana de Direitos Humanos** (Hendu), [S.l.], v. 6, n. 1, p. 5-25, nov. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/2458>. Acesso em: 16 mar. 2020.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MELO, Daniele Mendes de. **The Principle of Equal Protection as Principle of Equality of Opportunity in Affirmative Action Programs in Public Higher Education in Brazil and the United States: a Comparative Study.** 2010. Thesis (Master in Comparative Constitutional Law) – Samford University, Samford, 2010.

NASCIMENTO, Flávia Passeri; SEVERI, Fabiana Cristina. Violência doméstica e os desafios na implementação da Lei Maria da Penha: uma análise jurisprudencial dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e São Paulo. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade** (REDES). [São Paulo], v. 7, n. 3, p. 29-44, 2019. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/5229>. Acesso em: 5 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher.** Belém: CIDH, 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 21 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher** (CIDH). [S.l.]: CEDAW, 1979. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 04 nov.2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Recomendação Geral n. 28 do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher,** 2010. Disponível em <https://plataformamulheres.org.pt/projectos/cedaw4all/recomendacoes-gerais/>. Acesso em 25 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Recomendação Geral n. 33 do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.** [S.l.]: CEDAW, 2015a. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Recomendação Geral n. 35 do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.** [S.l.]: CEDAW, 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>. Acesso em 16 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo: A agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** Rio de Janeiro: UNIC Rio, 2015b. <https://sustainabledevelopment.un.org>. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em 16 mar. 2020.

PASINATO, Wania. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, p.407-428, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201518>. Acesso em: 20 nov. 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Algumas palavras sobre o papel do direito e da doutrina no Brasil. *In*: CONGRESSO DE SOCIOLOGIA DO DIREITO DO GEDAIIS: Teoria e Práxis, [201?], São Paulo. **Anais** [...]. São Paulo: PUC, [201?]. p. 257-267. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1772162/mod_resource/content/1/Rodriguez%20C%20J.%20R.%20Como%20decidem%20as%20cortes%3F%20%20Leitura%20complementar.pdf. Acesso em 05 de dez 2019.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003.

SENA, Jaqueline Santa Brígida. **O Dogma da Neutralidade na Prestação Jurisdicional**: uma abordagem jusfilosófica a partir do pensamento de Luis Alberto Warat. 2010. 125 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Lei Maria da Penha e o projeto jurídico feminista brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O NCPC e as esdrúxulas "regras de experiência": verdades ontológicas? **Revista Consultor Jurídico** (CONJUR), [S.l.], 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-09/senso-incomum-ncpc-esdruxulas-regras-experiencia-verdades-ontologicas>. Acesso em: 05 dez. 2019.

Recebido em 12/02/2020.

Aceito em 17/03/2020.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n47p207-228>

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO E O RESPEITO AOS POVOS ORIGINÁRIOS: A QUESTÃO DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS NO ESTADO PLURINACIONAL DA BOLÍVIA

THE NEW ERA OF LATIN-AMERICAN CONSTITUTIONALISM AND THE INDIGENOUS GROUPS: THE LAW PROVISIONS OF THE PLURINATIONAL STATE OF BOLÍVIA CONSTITUTION TO THE INDIGENOUS TERRITORIES.

Anna Carolina Cunha Pinto*

Cecília Bojarski Pires**

Resumo: O presente artigo pretende analisar os dispositivos legais constantes ao ordenamento jurídico do Estado Plurinacional da Bolívia que regulamentam o tratamento dado aos territórios dos povos indígenas originários. Como aporte para a referida análise discorreremos sobre aspectos relativos à colonização que reforçaram e perpetuaram por anos a ideia de que os povos originários consistiam em não pessoas e que, assim, estavam excluídas do Direito, compreensão que começou a ser mitigada com o advento da Constituição Mexicana de 1917 e de outras que, à seu exemplo, romperam com o viés conservador atentando-se mais para questões sociais que, no entanto, eram insuficientes no tocante aos direitos dos indígenas. A nova fase do constitucionalismo latino americano contempla, especialmente por intermédio de Bolívia e Equador, países que representam o constitucionalismo plurinacional, além de grande atenção com os direitos indígenas, a incorporação de seus conhecimentos e de sua cosmovisão nesse processo.

Palavras-chave: Povos indígenas. Terra indígena. Direito Constitucional. Direitos Humanos. América Latina.

Abstract: The main purpose of this article is to analyse the law provisions of the Plurinational State of Bolivia Constitution given to the indigenous territories. In this context, we will discuss points related to colonization process that reinforced and perpetuated the wrong idea that the indigenous people are non-people. In consequence, they were excluded for years from the protection of the law. However, the Plurinational State of Bolívia Constitution has broken with the previous conservative model and brought a new era of Latin-American constitutionalism, marked by the recognition of the indigenous as subjects of Law and as human person with a specific worldview.

Keywords: Indigenous People. Indigenous Land. Constitutional Law. Human Rights. LatinAmerica.

* Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/ UFF), tendo integrado a linha de pesquisa de Direitos Humanos, Governança e Poder. E-mail: annacarolinapinto@id.uff.br

** Professora de Direito Civil da UNESA. Mestre em Direito Constitucional pelo PPGDC/UFF. E-mail: ceciliapires@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

As sociedades indígenas americanas, notadamente as fixadas na América Latina, sejam as ditas de cultura primitiva ou mesmo as classificadas como de média e alta cultura têm seus costumes, suas terras, seus ritos e crenças, mas foram massacradas e subjugadas ao longo da história.

O início do “derramamento de sangue e lágrimas” se deu em nome do processo de conquista e colonização levada a cabo pelos europeus. (GALEANO, 2004, p. 49).

O *modus operandi* adotado refletia o espírito de uma Europa colonialista e mercantil que buscava a constituição de um mercado mundial através da associação de interesses privados variados com os interesses públicos das Monarquias Nacionais que, não raro, encontravam-se também vinculados à Igreja:

Associação entre os interesses privados de diversos tipos (de comerciantes, de aventureiros em busca de riqueza e posição de nobres com elevados cargos burocráticos) e interesses públicos (as Monarquias Nacionais), a cujo aparato com frequência se associava a Igreja. (AQUINO; LEMOS; LOPES, 2005, p. 70-71).

Ao chegarem no chamado “Novo Mundo” os conquistadores se depararam com um povo que classificaram, do alto de sua superioridade, como “selvagem”, “bárbaro”, “desprovido de alma” e “similar aos animais”, que desconhecia as estruturas políticas nos moldes europeus, que cultuava a natureza e diversos deuses, em que predominavam regimes de comunidade primitiva e em que era desconhecida a propriedade privada da terra e o trabalho era realizado de maneira coletiva.

O etnocentrismo reinante na mentalidade europeia, o choque cultural e a incapacidade de entender, aceitar e conviver com aquilo que é diferente, notadamente no que diz respeito ao culto à natureza e a falta de um modelo social, jurídico e político, “cegou” os colonizadores e legitimou a adoção de um processo civilizatório nos moldes europeus, ou seja, imposto sob o falso pretexto da busca de um “bem maior”.

A visão que os europeus tinham da Europa e deles mesmos nos parece bem delineada na observação feita por Priori, na obra de Myriam Mota e Patrícia Braick, que destacam que a figura que representava a Europa era costumeiramente

apresentada sentada ou de pé, trajando vestidos e adornada por elementos como coroa, cetro e armas. Por outro lado, a América era apresentada quase sempre deitada, despida, enfeitada por penas e portando arco e flecha ou frutos: “Quase sempre deitada, com a cabeça ornada de penas, trazendo sobre o corpo nu apenas um saio e carregando um arco e flecha e uma maçã, tendo aos pés um tatu ou um jacaré, apresenta-se a América” (MOTA; BRAICK, 2002, p. 142).

Sendo assim, por serem “selvagens” e “inferiores aos europeus”, os índios deviam ser tratados não como pessoas, mas sim como “coisas”, como “objetos” e como meio para a realização de um fim.

Galeano (2004) em diversas passagens de *As veias abertas da América Latina* descreve o que intitula de “justificativas ideológicas” para o tratamento degradante despendido aos indígenas. Entre elas destacamos o fato de os europeus acreditarem que suas atitudes constituíam, bem da verdade, um ato de salvação, de caridade ou uma razão de fé; a crença de que os corpos indígenas resistiam mais aos esforços físicos do que os corpos dos animais, fato que justificava a exploração; a ideia de que o trabalho pesado era o “melhor remédio” para curar a “maldade natural” dos indígenas e de que “seus pecados e idolatrias constituíam uma ofensa a Deus”, sendo a exploração uma espécie de castigo divino; o fato de que não tinham “nenhuma atividade de alma”; a certeza de que eram “homens degradados” e, por fim, a crença de que os índios deveriam ser gratos aos espanhóis, bons homens que, através da exploração e da matança, lhes davam a chance de redimirem-se de seus pecados. Nesse contexto, os processos de conquista e colonização foram “justificadamente” sangrentos, podendo ser enquadrados como comportamentos etnocidas.

Com o avançar do tempo, ainda que de forma estritamente formal, já que na América a lei “se acatava, mas não se cumpria” (GALEANO, 2004, p. 51) por razões menos nobres do que a preocupação com a vida dos indígenas e atendendo aos interesses públicos e da igreja, passou a ser expressamente proibido que os direitos dos nativos fossem violados. O Papa Paulo III, por meio de uma bula papal, reconheceu que os índios tinham direito à liberdade, ao domínio de seus bens, e que não deveriam ser reduzidos a servidão.

No entanto, não nos parece que tenha ocorrido um movimento no sentido de reconhecer que os indígenas poderiam praticar sua cultura e fé e assumir sua identidade étnica, uma vez que tal bula trouxe também a ideia de que os índios deveriam seguir a fé de Cristo e o exemplo da boa vida. Acertada é a visão de que a bula do Papa Paulo III serviu mais para "reivindicar a jurisdição da igreja sobre as almas dos indígenas." (CUNHA, 2012, p. 34). Afinal, a descoberta de um mundo novo e de um novo povo traz novas questões que, em nome dos interesses e necessidades ocidentais, precisam ser tratadas, passando a ser problema crucial inserir a nova realidade na "economia divina, o que implica inseri-la na genealogia dos povos." (CUNHA, 2012, p. 35).

De acordo com Gargarella (2014), com o avançar da história, as constituições latino-americanas que adentraram o século XX eram baseadas nas ideias do século anterior e fruto de um constitucionalismo de fusão e de cunho liberal-conservador. Eram constituições elitistas, não plurais e trataram de garantir para as classes detentoras de poder os privilégios de sempre.

Nesse cenário, de acordo com Brandão (2015, p. 1), houve "uma confluência entre a herança colonial ibérica burocrático-centralizadora de um lado e, de outro, uma tradição liberal - individualista utilizada a serviço dos detentores do poder".

A partir de 1917, muito inspiradas no modelo Mexicano, as "constituições latino-americanas começaram a agregar novas preocupações sociais." (GARGARELLA, 2014, p. 12). No entanto, de acordo com Yrigoyen Fajardo (2011) tais preocupações não foram suficientes para o reconhecimento de uma identidade dos povos indígenas, tendo assumido uma postura mais integracionista e até paternalista do que de aceitação da existência de uma identidade indígena, não chegando a produzir a admissão explícita de um pluralismo jurídico.

O fim da década de 80, por sua vez, trouxe para a América Latina uma "nova onda de reformas constitucionais" (GARGARELLA, 2014, p. 13) em resposta ao fim dos governos militares e as reformas neoliberais sofridas. De maneira geral, as novas e atuais constituições dos países latino-americanos são mais participativas e sociais, bem como pluriculturais, afastando-se da visão integracionista, reconhecendo a identidade indígena e também garantindo a tais povos maior proteção.

Nesse contexto evolutivo que tende ao reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, o presente artigo pretende analisar o tratamento normativo constitucional dado à questão das terras originariamente ocupadas pelos povos indígenas na América Latina, especificamente na Bolívia.

A escolha pela análise de tal ponto se deu em virtude de assumir o território grande importância dentro da cosmovisão indígena e também na estrutura das sociedades coloniais e pós-coloniais.

A eleição do país a ser analisado se deu, inicialmente, com base nos estudos elaborados por Barrié (2003), que classificou os países latino-americanos em 3 grupos de acordo com a recente adesão aos direitos indígenas no âmbito de suas constituições: a) países que não possuem preocupação com as minorias étnicas, notadamente indígenas, em suas constituições, sendo eles: Belize, Chile, Guiana Francesa, Suriname e Uruguai; b) países que outorgam alguma proteção pontual aos grupos étnicos, porém tal proteção se dá dentro de um marco legal incompleto ou pouco articulado, sendo eles: Costa Rica, El Salvador, Guiana e Honduras; e c) países nos quais há extenso tratamento constitucional em relação aos grupos étnicos, ainda que a amplitude de tais direitos não seja a mesma, sendo eles: Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela.

Na sequência, descartamos os grupos 'a' e 'b', por serem menos produtivos para o estudo, e nos detivemos no grupo 'c', por ser o que contém países que mais fazem referência aos direitos indígenas.

A partir de então, nossa escolha se deu com base nos estudos de Yrigoyen Fajardo (2011) que, ao dividir a nova fase do constitucionalismo na América Latina, elegeu os países Bolívia e Equador como representantes do chamado constitucionalismo plurinacional, que não só realizaram uma "ampla positivação dos direitos indígenas", como também internalizaram o conhecimento e a cosmovisão de tais povos nesse processo. Finalmente, elegemos a Bolívia como objeto de estudo por ser o país que conta com a Constituição mais atual, datada de 2009.

Destacamos que não pretendemos por meio deste artigo esgotar o tema, mas constatar, sem a análise de casos concretos, de que modo e em qual medida se

dá a proteção normativa constitucional dos territórios ocupados por povos indígenas na Bolívia.

Para tanto, percorreremos, além da presente introdução, os seguintes pontos: 2) Quem são os povos indígenas da América Latina e qual relação estabelecem com o território; 3) Breve histórico do tratamento dado aos territórios dos povos indígenas originários na Bolívia; 4) A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia e o tratamento dado aos territórios dos povos indígenas originários; e 5) Conclusão.

2 QUEM SÃO OS POVOS INDÍGENAS DA AMÉRICA LATINA E QUAL RELAÇÃO ESTABELECEM COM O TERRITÓRIO

Definir um conceito para “indígenas” ou “povos indígenas” é uma tarefa difícil que pode ser realizada a partir da adoção de critérios e visões distintas e envolver diversas áreas do conhecimento. Por isso, tal definição nunca será absoluta.

De acordo com Villares (2013, p. 28) os povos indígenas podem ser identificados a partir de alguns critérios, quais sejam: “i) as características físicas; ii) a autoidentificação iii) a identidade comunitária iv) a língua própria v) os costumes e tradições vi) a investigação de parentesco e laudo antropológico”.

Cobo (1981 *apud* BARRIÉ, 2005, p. 62) afirma que os indígenas fazem parte de “setores distintos da sociedade que hoje prevalece no território americano ou em parte dele, e que possuem a determinação de desenvolver e de repassar às futuras gerações seus territórios e sua identidade étnica de acordo com sua configuração social originária”, ou seja, considerando suas crenças, tradições e formas de organização.

Barrié (2005, p. 62) afirma que no âmbito do direito internacional a palavra “indígena” assume um significado preciso e faz referência aos “povos que foram colonizados, oprimidos ou conquistados e que resistem, pretendendo preservar ou recriar a sua cultura”. Acrescenta ainda que cabe aos indígenas se definirem através da autodescrição ou da autoidentificação.

No âmbito normativo internacional, por sua vez, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proteção dos povos indígenas e tribais reconhece já na introdução e em consonância com as visões

acima elencadas, a existência do instituto da autoidentidade indígena e tribal como fundamental para identificação de tais grupos. Sendo assim, não cabe a nenhum Estado ou grupo social negar a “condição” de indígena a quem assim se reconheça ou defina, bem como não cabe a atribuição de tal “condição” a quem assim não se identifique. A positivação e o reconhecimento do instituto da autoidentificação foi feliz e primordial, uma vez que não reduz o indígena a um estereótipo criado, justamente, por aqueles que por tantos anos os subjugaram. Ademais, não permite que haja um processo de etiquetagem ou de rotulação dos povos indígenas, fato que poderia remeter a um caráter de objetificação de tais povos, atitude contrária não só as reivindicações por eles feitas como também aos direitos humanos.

A mesma Convenção nº 169 da OIT, em seu artigo 1º, trouxe a definição do que seriam povos tribais e povos indígenas, senão vejamos:

ARTIGO 1º

1. A presente Convenção aplica-se a:

a) povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais;

b) povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas.

2. A autoidentificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo povos na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de acarretar qualquer implicação no que se refere a direitos que possam ser conferidos no âmbito do Direito Internacional. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, não paginado).

Cumpramos esclarecer que é possível, ainda, a diferenciação entre os conceitos de indígenas, índios e povos indígenas, por exemplo. No entanto, não é nossa intenção realizar tal diferenciação. Da mesma forma, não pretendemos analisar detalhadamente as diferenças e particularidades existentes entre as próprias comunidades de povos indígenas.

Nos interessa destacar, uma vez que realizaremos o nosso estudo dentro do contexto boliviano, que é possível extrair, através da análise de distintos artigos da Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia (2009), que é “nação” ou “povo

indígena originário campesino” toda a coletividade humana que assim se autoidentifique cuja existência seja anterior a invasão colonial espanhola, que compartilhe identidade cultural, idioma, tradição histórica, instituições, território, organização ou instituições jurídicas, políticas, sociais e econômicas próprias e cosmovisão.

Por tudo exposto, considerando que o conceito de povos indígenas é aberto e suscetível a mudanças de acordo com a abordagem empregada, adotaremos um conceito geral e único para índios, indígenas e povos indígenas no âmbito latino-americano, qual seja: são povos indígenas aqueles descendentes de populações que já se encontravam na América Latina quando da conquista e da colonização europeia, que possuem e compartilham de maneira comunitária e coletiva costumes e tradições próprias que se desenvolvem no âmbito de um mesmo território. Ademais, tais povos se autoidentificam como tal. Acrescentamos que nos parece não ser possível imaginar tais povos sem pensar em coletividade e em comunidade, por ser uma ideia que se desenvolve, justamente, no habitar e no lidar com a terra, no processo de ocupação e aproveitamento do território.

“Os povos indígenas são povos essencialmente coletivos” (BRANDÃO, 2015, p. 149). A ideia de coletividade na concepção indígena é ancestral e vital. Para tais povos, de forma geral, não só o território como também os meios de produção, os campos, as florestas e as águas pertencem à comunidade e são, portanto, de propriedade coletiva, ainda que haja, dentro de algumas comunidades indígenas, variações em relação ao cultivo e uso da terra. Inclusive, em algumas comunidades, para que o uso do solo possa ser feito é necessário pertencer à comunidade em questão. “De acordo com a cosmovisão indígena, a terra não pode ser vista como algo descontextualizado, sendo integrada por outros conceitos, como religião, cultura, história, política, economia.” (MACEIRA, 2011, p. 316).

A terra não é apenas um elemento material tangível, mas é, principalmente, um elemento subjetivo e variante que assume um caráter transcendental. Por esse motivo, a ocupação do território se dá, tradicionalmente, sem a colocação de cercas ou em forma de loteamentos. A terra é ocupada e desenvolvida por todos que pertencem àquela comunidade de forma coletiva e livre. Os povos indígenas não reconhecem em sua tradição o conceito de propriedade privada territorial. A terra,

tanto em sentido amplo, cósmico, como em sentido estrito, territorial, é de todos, não sendo possível que haja apropriação individual.

De acordo com Barre (1982 *apud* MACEIRA, 2011, p. 316, tradução nossa): "A terra constitui tanto a condição de segurança individual quanto de coesão do grupo¹⁶".

"O território indígena é o suporte material para as relações sociais, a cultura, as tradições e as crenças de cada comunidade indígena. A garantia da posse das terras indígenas tem valor de sobrevivência física e cultural de cada povo." (VILLARES 2013, p. 97).

Nesse contexto, importante analisar a figura da "*Pachamama*", que representa a divindade para os povos indígenas andinos e é proteção, fertilidade, abundância, generosidade e maturação dos cultivos. A palavra "*pacha*" tem origem na linguagem indígena "*Quechua*" e "*Aymara*" e significa terra em seu sentido amplo, ou seja, como cosmos, universo. A palavra "*mama*", de mesma origem, significa mãe. Sendo assim, "*Pachamama*" quer dizer "Mãe Terra". O conceito de "*Pachamama*", por sua vez, guarda uma estreita relação com a concepção de terra em sentido estrito, ou seja, como território e também com a riqueza que a terra produz, já que a economia dos povos originários se baseia na produção agrícola.

Portanto, a terra entendida como território se apresenta para os povos indígenas como local no qual, de maneira equilibrada, harmoniosa e sempre respeitando a "*Pachamama*", ocorrem os cultivos não apenas literais agrícolas como também figurados culturais. É no território que a identidade indígena, impregnada de tradições e crenças ancestrais, se desenvolve coletiva e comunitariamente. A relação indígena com o território é espiritual. Retirar de tais povos a possibilidade de se relacionar com o seu território em consonância com seus costumes é negar a sua identidade. Por sua vez, recusar a existência da identidade indígena, ou seja, a possibilidade de ser quem se é, é rejeitar a dignidade. Rejeitar a dignidade é ceifar a vida.

Nesse contexto, a relação que os povos indígenas desenvolvem com o território vai além da que os colonizadores e, modernamente, a sociedade atual

¹⁶ Traduzido do original: "la tierra constituye a la vez la condición de la seguridad individual y la cohesión de grupo".

foram ou são capazes de manter. Como vimos, para os povos indígenas a importância da terra não está no valor de mercado que ela possui, mas sim na identidade construída naquele determinado e específico pedaço de chão, naquele território. A terra, tanto na concepção universal subjetiva como na concepção específica objetiva, é a mãe, é o local no qual ocorreu o nascimento, no qual viveram os antepassados, o chão no qual as atividades tradicionais que os conectam uns com os outros e com a natureza se desenvolvem, sendo o elo que une cada indígena e os transforma em comunidade. A terra é, em última instância, elemento de coesão e identidade, não sendo passível de nenhuma forma de apropriação exclusiva, individual.

Por sua vez, não só na realidade colonizadora e colonial, como também no âmbito da sociedade pós-colonial moderna, o território assume grande importância, ainda que sob enfoques completamente diferentes. O modo de organização do território em nossa sociedade se desenvolve com base no conceito de propriedade privada, na qual a posse, uso e exploração não são exercidos de forma coletiva. Além disso, a terra é vista, de maneira geral, não como um elemento formador da identidade social, mas sim como um bem que tem valor enquanto for capaz de produzir e, conseqüentemente, gerar lucros.

O pensamento de Maceira (2011, p. 317, tradução nossa) expõe acertadamente as diferenças existentes entre a importância assumida pela terra na cultura indígena e na cultura ocidental colonial e pós-colonial:

O ocidental quer mudar a natureza de acordo com seu próprio interesse, moldá-la às suas normas para fazê-la entrar em sua racionalidade. O indígena, ao contrário, não tenta dominá-la e sim adaptar-se à ela, permeando suas leis e vivendo em harmonia com elas, sem tentar impor nada¹⁷.

Quando chegaram ao “Novo Mundo”, segundo Sulstrang (1977), os europeus consideraram, em mais um exemplo de comportamento etnocentrista, que as terras não eram adequadamente utilizadas pelos povos indígenas e que deveriam eles,

¹⁷ Traduzido do original: “El occidental quiere cambiar la naturaleza según su propio interés, plegarla a sus normas para hacerla entrar en su racionalidad. El indígena, por el contrario, no trata de dominarla, sino que se adapta a ella, se impregna de sus leyes y vive en armonia con ellas sin tratar de imponerle otras.”

européus superiores, utilizar a mão de obra indígena para dar a destinação correta a tais terras, além de passarem a ser proprietários das mesmas.

Acrescentamos ainda que a propriedade, notadamente a propriedade territorial, sempre foi tida como direito primordial a ser conservado tanto nas sociedades europeias e norte-americanas, como nas sociedades coloniais e pós-coloniais de caráter liberal-conservador da América Latina. Tal direito sempre se mostrou como legitimador do exercício de outros, especificamente os políticos. Por muitas vezes a propriedade da terra foi condição para que o indivíduo fosse sujeito de direitos, direta ou indiretamente, uma vez que a dicotomia proprietários/não proprietários, em grande medida, é um movimento cíclico que pautou e continua pautando as relações de poder estabelecidas na região, na qual os não proprietários, por ostentarem tal condição, são dominados pelos que são proprietários. Por esse motivo, o reconhecimento do caráter coletivo da terra era e continua sendo uma dupla ameaça aos interesses das classes dominantes, uma vez que conservar os territórios indígenas com caráter coletivo importa em diminuição de lucros e frustração dos interesses individuais das classes dominantes locais e, ao mesmo tempo, dotar os povos indígenas de poder não é nada útil aos interesses do mercado internacional.

Apesar de todas as considerações feitas até aqui, o constitucionalismo latino-americano, ainda que paulatinamente e não de maneira perfeita, vem se desenvolvendo no sentido de reconhecer os direitos dos povos indígenas, inclusive no que diz respeito às terras por eles originalmente ocupadas. Segundo Yrigoyen Fajardo (2012), o terceiro ciclo do constitucionalismo plurinacional que teve seu início nos anos 2000, ou seja, já no século XXI, traz grandes avanços nesse sentido, tendo como um de seus marcos o processo constituinte boliviano que desembocou na Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, que passaremos a analisar exclusivamente no que diz respeito ao tratamento dado às terras indígenas.

3 BREVE HISTÓRICO DO TRATAMENTO DADO AOS TERRITÓRIOS DOS POVOS INDÍGENAS ORIGINÁRIOS NA BOLÍVIA

A Bolívia contou, a partir da sua independência e com o advento da República, com diversas Constituições que, por sua vez, foram reformadas inúmeras

vezes. A mais recente Constituição boliviana e que se encontra em vigor atualmente é a Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia, datada de 2009 e que será fruto de nossa análise mais detalhada adiante. (BOLÍVIA, 2009).

No entanto, as constituições bolivianas nem sempre reconheceram o Estado como plurinacional ou encamparam os direitos dos povos indígenas. A palavra propriedade, no entanto, aparece já na Constituição de 1826 como direito assegurado aos "bolivianos" (BOLÍVIA, 1826). "Em sua Carta de 1826, Simón Bolívar perfilou uma sociedade senhorial, ao estilo das que se viam na Europa-liberal do novo regime instaurado pela Revolução Francesa." (INSTITUTO NACIONAL DE REFORMA AGRÁRIA, 2008, p. 40).

A primeira vez que a palavra "indígena" foi utilizada em uma Constituição boliviana foi na de 1938, na qual foi garantida a existência legal das comunidades indígenas e normatizado que a legislação indígena e agrária seria sancionada tendo em conta as características de diferentes regiões do país (arts. 165 e 166). A mesma constituição previu que a propriedade privada deveria cumprir sua função social e poderia ser expropriada (art. 17). (BOLÍVIA, 1938).

Posteriormente, a Constituição de 1967, que contou com alterações nos anos de 1994, 1995, 2004 e 2005, inovou e reconheceu, pela primeira vez na história constitucional boliviana, a existência das ditas "Terras Comunitárias de Origem" (TCO) (art. 171, I). Além disso, houve o reconhecimento da personalidade jurídica das comunidades indígenas e campesinas (art. 171, II). Desde então, passou-se a se falar em propriedade privada não só individual, mas também coletiva, como um direito fundamental condicionado ao cumprimento da função social (art.6,i). As terras eram tidas como de domínio originário da nação, cabendo ao Estado a distribuição, reagrupamento e redistribuição da propriedade agrária de acordo com as necessidades econômico-sociais e o desenvolvimento rural (art. 165). Ademais, o trabalho passou a ser fundamento da propriedade agrária (art. 166). A Constituição passou a prever o direito de proteção e respeito aos direitos relativos às terras comunitárias de origem e a garantia do uso e aproveitamento sustentável dos recursos naturais, da identidade, valores, línguas, costumes e instituições dos povos indígenas (art. 171, I). (BOLÍVIA, 2005).

A questão das terras originariamente ocupadas pelos índios na Bolívia, assim como em toda a América Latina, sempre foi um tema muito delicado e central, devido ao seu caráter estratégico na perpetração e perpetuação do poder. Ainda na época colonial o rei Felipe II reconheceu o direito das comunidades indígenas a desfrutarem de sua terra de maneira comunal. No entanto, a propriedade das terras continuava sendo da Coroa Espanhola. Os espanhóis recebiam da Coroa Espanhola a propriedade de extensões de terra, que foram chamadas de "*haciendas*".

Com o advento da República, o sistema de "*haciendas*" e de terras comunais passou a coexistir.

Entretanto, os povos indígenas passaram a ter que trabalhar nessas "*haciendas*" na qualidade de colonos ou campesinos. O trabalho era feito durante quatro dias da semana. Em troca, recebiam apenas 200 m² de terra para proveito próprio e mais nenhuma remuneração. Sobre as terras recebidas incidia, ainda, um tributo a ser pago pelos indígenas.

A partir de então, diversas e variadas foram as medidas legais que deram início a um movimento que acabou por inviabilizar e sufocar o cultivo comunal da terra em detrimento do modelo de "*haciendas*". Entre tais medidas, a necessidade de pagamento por parte dos indígenas para que fosse obtido o título de propriedade da terra e a política de "*Revisitas*". Assim nasceram os latifúndios na Bolívia.

Frente a tal situação, tiveram início alguns levantes indígenas que foram abafados e reprimidos de forma violenta, mas não foram mortos. Porém, em 1952, veio à tona uma Revolução Popular que acabou desembocando na reforma agrária que teve seu marco inicial em 1953. As bases da reforma agrária boliviana se fixaram na ideia de que a propriedade da terra pressupunha o trabalho. A partir de então, tornou a ganhar espaço a ideia de "propriedade comunitária" e a produção coletiva. No entanto, o modelo adotado para a realização da reforma agrária acabou, mais uma vez, beneficiando menos os povos indígenas cultivadores da terra coletiva, e mais aos médios e grandes proprietários. "Em 1953, das 11.000 comunidades existentes, restavam apenas 3.783." (INSTITUTO NACIONAL DE REFORMA AGRÁRIA, 2008, p. 40).

Nesse contexto, surgiu a Lei nº 1715 do Instituto Nacional de Reforma Agrária (INRA) destinada a reorientar o processo agrário na perspectiva dos povos

indígenas. Diante da insuficiência de tal lei, em 2006 foi promulgada a Lei nº 3545, Lei da Recondição Comunitária da Reforma Agrária Modificatória da Lei de Serviço Nacional de Reforma Agrária. (BOLÍVIA, 2006).

Sendo assim, podemos dizer que o processo de reforma agrária na Bolívia é o principal instrumento de redistribuição de terras indígenas e se caracterizou pela ocorrência de duas etapas importantes: a reforma agrária de 1953-1992 e a de 1996-2006. De 2006 para cá é inaugurada uma nova fase do processo de reforma agrária. Tal fase vem se desenvolvendo sob a égide da Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia. Passaremos, então, a abordar de que maneira a Constituição Boliviana de 2009, considerada um marco do novo constitucionalismo latino-americano, trata a questão da propriedade das terras indígenas.

4 A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO PURINACIONAL DA BOLÍVIA E O TRATAMENTO DADO AOS TERRITÓRIOS DOS POVOS INDÍGENAS ORIGINÁRIOS

O próprio nome *Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia* já demonstra, por si só, a tentativa de realização de um Estado plurinacional, ou seja, que abarque também os povos indígenas não só como povos de “cultura diversa, mas também como sujeitos políticos coletivos, com o direito de definir o seu destino e participar dos pactos do Estado.” (BRAGATO; FERNANDES, 2015, p. 33). Nesse sentido, a supracitada Constituição dedicou um capítulo exclusivo para os “Direitos das Nações e Povos Indígenas Originários Campesinos”.

No entanto, não nos aprofundaremos em todos os âmbitos de proteção e participação indígenas abarcados em tal documento, mas tão somente naqueles que têm relação direta com a questão da propriedade dos territórios originalmente ocupados pelos povos indígenas.

A Constituição Boliviana parece adotar o entendimento, que também compartilhamos, de que o território indígena não é pura e simplesmente a terra em seu caráter material, mas também a área de produção, de aproveitamento, conservação dos recursos naturais e espaço no qual são desenvolvidas as tradições social, espiritual e cultural, ou seja, espaço no qual é trabalhada a própria identidade indígena (art. 403). Os territórios indígenas originários são, ainda, expressamente

entendidos como integrantes da organização territorial boliviana. (art.269, I). (BOLÍVIA, 2009).

Partindo desse entendimento, o domínio territorial a ser exercido pelos povos indígenas é tido como ancestral. (art.2º). Daí, a ancestralidade é o que garante a consolidação das entidades territoriais, sendo um direito, bem como a titularidade coletiva de terras (art. 30, II, 4 e 6).Faz parte da integração do território indígena o direito à terra, ao uso e ao aproveitamento exclusivo dos recursos naturais renováveis e a gestão territorial autônoma (art. 30, II, 17) (BOLÍVIA, 2009).

O Estado passa a reconhecer, proteger e a garantir a propriedade comunitária ou coletiva, que compreende o "Território Indígena Originário Campesino" (TIOC) no lugar do antigo instituto das "Terras Comunitárias de Origem" (TOC). Tal propriedade, em seu caráter coletivo, é indivisível, imprescritível, impenhorável, inalienável e irreversível, não incidindo, ainda, o pagamento de imposto (art. 394, III) (BOLÍVIA, 2009).

Quando da proteção da propriedade, a Constituição faz referência não apenas à propriedade privada, nos moldes que conhecemos e que costuma ser mais comumente encontrada nas Constituições dos países latino-americanos, mas também à propriedade coletiva, fazendo clara alusão a forma de propriedade desenvolvida no âmbito das comunidades indígenas (art. 56, I). Em ambos os casos, a propriedade fica condicionada à observância da função social ou função econômico social. A função social corresponde ao aproveitamento sustentável da terra por parte dos povos e comunidades indígenas originárias campesinas, assim como a que se realiza em pequenas propriedades, e constitui a fonte de subsistência, de bem-estar e de desenvolvimento sociocultural de seus titulares, segundo as normas das comunidades. A função econômico-social, por sua vez, corresponde ao emprego sustentável da terra no desenvolvimento de atividade produtivas, em benefício da sociedade, do interesse coletivo e de seu proprietário (art. 397) (BOLÍVIA, 2009).

Os "Territórios Indígenas Originários Campesinos" (TIOC) são parte integrante da organização territorial, sua criação, modificação e delimitação considera a própria vontade dos habitantes, nos termos da constituição e da lei. (art. 269, II). No entanto, se quando da criação de "Território Indígena Originário Campesino" houver conflito com área não indígena, haverá procedimentos perante a

Assembléia Legislativa Plurinacional ou perante o Governo Municipal (art. 293, II e 295, I). (BOLÍVIA, 2009).

Dentro do âmbito dos territórios indígenas haverá o autogoverno, devendo vigorar as tradições, costumes e a própria organização dos povos indígenas, podendo, inclusive, ocorrer a elaboração de um estatuto que deverá estar em harmonia com as disposições legislativas e constitucionais. O território reconhecidamente indígena assume uma série de competências quanto a elaboração de planos de ordenamento territorial e de uso do solo, planificação e gestão da ocupação territorial. Inclusive, deverá haver consulta sobre a exploração de recursos naturais quando tais recursos se encontrem em territórios indígena (art. 403). Ainda em relação aos recursos naturais não renováveis, terão os indígenas direito a participarem dos resultados da exploração de tais recursos quando realizada em seu território (art. 30, II, 15 e 16). Além disso, é assegurado ao povo boliviano acesso equitativo ao que for proveniente do aproveitamento de todos os recursos naturais, sendo atribuída uma participação prioritária aos territórios onde se encontrem tais recursos e aos povos indígenas. (art. 353). (BOLÍVIA, 2009).

Quando os territórios indígenas estiverem localizados em áreas protegidas, será realizada uma gestão compartilhada do território, com sujeição às normas e procedimentos próprios da nação e povos indígenas (art. 385, 2). Ademais, quando as comunidades estiverem situadas dentro de áreas florestais, a titularidade do direito exclusivo do seu aproveitamento e gestão, nos termos da lei, caberá à comunidade indígena (art. 388) (BOLÍVIA, 2009).

Há, ainda, previsão de que aos povos indígenas em situação de isolamento voluntário serão garantidos o direito de proteção e serão respeitadas a forma de vida individual e coletiva (art. 31) (BOLÍVIA, 2009).

Por fim, no que diz respeito a assuntos tocantes à reforma agrária, as comunidades poderão ser reconhecidas considerando a complementariedade entre direitos coletivos e individuais, sendo colocados a salvo os direitos de proprietários particulares cujos prédios se encontrem localizados no interior dos "Territórios Indígenas Originariamente Campesinos" (art. 394). Outros dois pontos importantes são o de que fica proibido o latifúndio, uma vez que em nenhum caso a superfície da propriedade poderá exceder os 5.000 hectares. Ademais, a terra deverá ser

produtiva, cumprir com a função econômico social, não podendo adotar um sistema de trabalho de servidão ou de escravidão (art. 398). As terras fiscais, fruto de antigos processos no tratamento da terra implementados na Bolívia, serão fornecidas a indígenas originários campesinos, comunidades interculturais originárias, afro-bolivianos e comunidades campesinas que não as possuam, ou as possuam de maneira insuficiente, sendo possível tais terras serem, inclusive, titularizadas por mulheres, independentemente do estado civil (art. 395) (BOLÍVIA, 2009).

5 CONCLUSÃO

Os povos indígenas da América Latina, desde o período de conquista e colonização até a atualidade, sofreram e vêm sofrendo o que seja, talvez, uma das maiores crueldades que um povo pode experimentar: morrer e continuar vivendo. Isso porque, o etnocentrismo europeu e a perpetuação de uma elite de caráter majoritariamente liberal-conservador, individualista e refém do mercado, não permitiram que o “diferente”, sustentável e coletivo se desenvolvesse.

Antes da chegada do “homem branco” os indígenas já se relacionavam com a terra a partir de dois aspectos: um universal, subjetivo, figurado, e outro específico, objetivo, territorial. Nas duas concepções a relação era travada de forma comunitária e em harmonia com a natureza. Para eles a terra é a mãe, é quem traz à vida, e o território é o pedaço de terra no qual a vida acontece, sendo o elo que une cada índio e os transforma em um povo.

Portanto, negar aos povos indígenas o direito de acesso aos territórios ancestralmente ocupados por eles e por seus antepassados é negar a identidade, é ceifar a vida.

Felizmente, as recentes ondas de reformas constitucionais que vêm acontecendo na América Latina têm assumido uma nova roupagem, e são não apenas no sentido de reconhecer a existência dos povos indígenas, como também no de reconhecer o direito ao exercício da identidade de tais povos.

A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia se distingue por ser um giro paradigmático na teoria da Constituição, uma vez que procura internalizar o conhecimento e a cosmovisão indígena.

Destacamos, então, o ponto que diz respeito ao tratamento dado aos territórios originalmente ocupados pelos povos indígenas, uma vez que entendemos ser tal questão crucial para a preservação da identidade e da vida digna de tais povos. Nessa matéria, a Constituição boliviana positivou a importância da terra não apenas sob o ponto de vista objetivo e territorial, como também sob a ótica subjetiva e universal, incorporando ao texto constitucional a cosmovisão indígena.

Ainda, o reconhecimento da existência do “Território Indígena Originário Campesino” (TIOC) como parte da organização territorial do país demonstrou mais um passo rumo a real efetivação da noção de que os povos indígenas, com seus territórios, fazem parte da Bolívia e não estão mais à margem da sociedade.

Outro ponto que merece realce é o que diz respeito ao fato de que a propriedade da terra pelos povos indígenas poderá ser exercida de maneira comunitária, isto é, de acordo com suas tradições e cultura, sem a necessidade que haja uma adaptação forçada ao modelo de exploração territorial baseado na propriedade privada.

Ressalte-se, ainda, o fato de que ficaram os povos indígenas responsáveis pela gestão de seus territórios, bem como pela elaboração de planos de ordenamento territorial e uso do solo e também pela manifestação de vontade quanto à exploração dos recursos naturais que ali se encontrem.

De forma geral, as novas disposições constitucionais trazem a possibilidade que a relação desenvolvida pelos povos indígenas com o território se dê em harmonia e em equilíbrio com a “Mãe Terra”, elemento central e vital da cultura indígena.

Sendo assim, a Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, ao menos como documento formal, é ousada e, de fato, promissora no que diz respeito ao tratamento dado às terras indígenas originárias. No entanto, não podemos esquecer que a realização ou não do que resta garantido no texto constitucional depende da maneira com que os poderes instituídos irão lidar com a questão. Infelizmente, na tradição latino-americana, as classes dominantes acabam se valendo da forma com que os poderes são organizados para impor sua vontade e manejar os institutos que deveriam assegurar direitos para manter os grupos minoritários fora do jogo do poder, ou seja, na posição de meros espectadores.

Nesse contexto, a Bolívia vem atravessando uma severa crise política¹⁸ que culminou, em 2019, na renúncia do presidente Evo Morales, que cumpria o seu quarto mandato, e que em seu primeiro mandato viu nascer a Constituição de 2009. Um dos momentos simbólicos do embate entre apoiadores do agora ex-presidente e seus opositores envolveu, justamente, o emblema dos povos indígenas da região dos Andes: a *whiphala*¹⁹, que é também um dos símbolos oficiais do Estado Plurinacional da Bolívia, tendo sido assim oficializado na Constituição de 2009.

Enquanto os apoiadores de Evo, que são principalmente camponeses, a levantavam em sinal de resistência, opositores a queimavam pelas ruas de La Paz. Tal ato é emblemático principalmente porque a *whipala* está diretamente relacionada com a identificação cultural dos povos andinos e representa a unidade, a solidariedade e a harmonia entre as diferentes etnias indígenas do Império Inca.

Dessa forma, para além da insatisfação de alguns setores da sociedade com o governo de Evo Morales, é possível perceber, em alguma medida, que há, igualmente, a externalização de um rechaço ao protagonismo indígena e um movimento de polarização entre indígenas e brancos e entre as classes média e baixa, que é fruto, como já vimos, de uma crise que é profunda e histórica.

Em que pese ser possível e saudável tecer críticas aos inúmeros governos de Evo Morales, é inegável que se tratou do primeiro presidente indígena – *aymara* – de uma nação que é – também - majoritariamente indígena e que, pela primeira vez

¹⁸ Em fevereiro de 2016 ocorreu um referendo para decidir pela possibilidade do então presidente Evo Morales participar das eleições por meio da qual poderia vir a ser reeleito para cumprir seu quarto mandato. O resultado do referendo foi negativo. No entanto, Evo Morales, após recorrer ao Tribunal Constitucional da Bolívia, conseguiu permissão para participar das eleições presidenciais de outubro de 2019. Após a realização das eleições, antes mesmo da divulgação oficial do resultado, e diante de uma possível vitória de Evo Morales, os opositores, simpatizantes do também candidato Carlos Mesa, foram às ruas para denunciar uma fraude na apuração dos resultados eleitorais. Após alguns dias de indefinição, Evo Morales foi, então, oficialmente declarado eleito para cumprir seu quarto mandato. No entanto, a Organização dos Estados Americanos (OEA) e o governo da Bolívia anunciaram que o processo eleitoral seria auditado. Diante dos fatos, parte da população começou a se movimentar no sentido de pedir que Evo renunciasse e que novas eleições fossem realizadas. Policiais decidiram que não iriam conter os protestos, e a OEA concluiu que houve fraude nas eleições. Após convocar novas eleições, Evo Morales e o vice-presidente Álvaro Garcia Linera, renunciaram aos cargos, fato que provocou, então, uma onda de protestos que culminou nos embates entre opositores e apoiadores de Evo Morales.

¹⁹ A *whipala* pode ser definida como “um pedaço de tecido quadrado e multicolorido, como um xadrez pintado a sete cores. Assim é a *whipala*, bandeira típica dos povos andinos nas cores vermelha, amarela, branca, verde, azul e violeta, que, no idioma aimará (da etnia homônima), significa “objeto flexível, ondulante e quadriculado”, ou ainda “felicidade ou triunfo que ondula ao vento”.

após séculos de opressão colonial, trouxe os povos indígenas para dentro da Constituição respeitando sua cosmovisão.

Em uma democracia frágil como é a boliviana, e considerando a afronta que a Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia pode representar para os interesses do capital nacional e estrangeiro, mostra-se ainda mais importante assegurar que os avanços empreendidos não só não se percam, como se efetivem.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Rubim Santos Leão de; LEMOS, Nivaldo Jesus Freitas de; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. **História das Sociedades Americanas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 2005.

BARRIÉ, Cletus Gregor. **La Cuestión territorial de los pueblos indígenas en la perspectiva latino-americana**. Caracas: Instituto Latino americano de Investigaciones Sociales (ILDIS), 2005. Disponível em: <http://saludpublica.bvsp.org.bo/.../bvsp/.../territorio-pueblos-indigenas....%20Em%C2%A0cache%20Similares>. Acessado em: 02 out. 2019.

BARRIÉ, Cletus Gregor. **Pueblos indígenas y derechos constitucionales em América Latina: um panorama**. Bolívia: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas: Gobierno de México: AbyaYala: Banco Mundial, 2003.

BOLÍVIA. **Constitución política de 1826, 19 de noviembre de 1826**. Primera Constitución Política de la República Boliviana. La Paz: Congreso Jeneral constituyente de la República Boliviana, 1826. Disponível em: http://comisiondeconstitucion2002-2003.awardspace.com/cpehistoria/cpe_1826.htm Acesso em: 28 out. 2019.

BOLÍVIA. **Constitución política de 1938, 30 de octubre de 1938**. La Paz: Presidencia Constitucional de la República, 1938. Disponível em: <https://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-19381020.xhtml>. Acesso em: 28 out. 2019.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado. 2 de febrero de 1967**. Con reformas de 1994, texto concordado de 1995, y reformas de 2002, 2004 y 2005. La Paz: Presidencia Constitucional de la República, 2005. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/consboliv2005.html>. Acesso em 21 jun. 2019.

BOLÍVIA. **Constituição Política do Estado (CPE)**. La Paz: Assembleia Constituyente: Honorável Congresso Nacional, 2009. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>. Acesso em: 28 out. 2019.

BOLÍVIA. **Lei nº 3545, de 29 de novembro de 2006.** Lei de Recondição Comunitária da Reforma Agrária. La Paz: Presidencia Constitucional De La Republica. Disponível em: <http://www.ftierra.org/index.php/tierra-y-territorio/106-ley-n-3545-de-reconduccion-comunitaria-de-la-reforma-agraria-modifica-la-ley-n-1715-inra>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; FERNANDES, Karina Macedo. Da colonialidade do poder à descolonialidade como horizonte de afirmação dos Direitos Humanos no âmbito do constitucionalismo Latino-Americano. **Revista Culturas Jurídicas**, [S.l.], v. 2, n. 4, p. 15 – 41, 2016.

BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo Pluralista Latino-Americano.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: História, Direitos e Cidadania.** São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina.** 44. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

GARGARELLA, Roberto. **La Sala de máquinas de la Constitución:** Dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014.

INSTITUTO NACIONAL DE REFORMA AGRÁRIA. **Breve Historiadel Reparto de Tierras em Bolivia:** De latitulación colonial la Reconducción Comunitária de la Reforma Agraria: certezas y proyecciones. La Paz: INRA, 2008. Disponível em: <http://www.inra.gob.bo/InraPb/upload/Brevehistoria2008.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

MACEIRA, Malena Rocío. El Estado argentino y los pueblos originários. El respeto por la propiedad comunitaria. **Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"**, [S.l.], año 5, número especial, p. 312-322, 2011. Disponível em: <http://misionlatinoamericana.webnode.com/news/propiedad-comunitaria-pueblos-originarios-en-argentina-fuente-www-derecho-uba-ar-re/>. Acesso em: 28 out. 2016.

MOTA, Myriam Brecho; BRAICK, Patrícia Ramos. **História:** Das Cavernas ao Terceiro Milênio. 2 ed. São Paulo: Moderna, 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais.** Brasília, DF: OIT, 2011. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf. Acesso em: 28 out. 2016.

SULSTRANG, A. **Informe de la comisión exploradora del Chaco.** Buenos Aires: EudeSA, 1977.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Zonia. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. *In*: GRAVITO, César Roberto (comp.). **El derecho em América Latina**: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-184.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana**: de la sujeción a la descolonización. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2012.

Recebido em 27/02/2020.

Aceito em 27/03/2020.

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n47p229-248>**"COMO DIZER NÓS SENÃO COMO UM 'SE', IGUAL A TODOS E A NINGUÉM":
REPENSANDO A SOCIEDADE CIVIL À LUZ DO CONCEITO DE COMUNIDADE*****"HOW TO SAY US IF NOT AS AN 'IF', EQUAL TO EVERYONE AND NO ONE":
RETHINKING CIVIL SOCIETY IN THE LIGHT OF THE CONCEPT OF
COMMUNITY***

Mariana Monteiro*

Resumo: O presente artigo busca realizar uma investigação teórica da forma pela qual a pós-modernização da economia global, nas últimas décadas do século XX, produziu profundos impactos sobre as formas de organização sócio-política das comunidades humanas, provocando, mesmo, abalos algo sísmicos na forma estatal tal qual a conhecemos. Pensar nossa existência coletiva em termos de manifestações de conjunto ordenadas para o bem comum, penetradas por manifestações de um poder político, requer de nós hoje, portanto, um esforço de correção do entendimento. É necessário que recoloquemos as questões acerca da sociedade e do Estado num cenário em que um novo concerto de forças globais impõe que o econômico, o político e o social se sobreponham e se completem um ao outro na produção de riqueza. Reconhecendo que uma tal reflexão poderia abrir infinitas frentes de análise e problematização, propomos, para fins deste artigo, algo mais modesto - é nosso objetivo, a partir da leitura de autores que de algum modo afirmam a natureza relacional e dinâmica do sujeito coletivo, resgatar uma forma da nossa existência comum que recupere seu sentido originário de "comunidade" o que, segundo cremos, permite a realização da potência humana de forma plena, para além das regulações econômicas e de natureza política.

Palavras-chave: Estado. Sociedade. Comunidade. Indivíduo.

Abstract: This article seeks to carry out a theoretical investigation of the way in which the post-modernization of the global economy, in the last decades of the twentieth century, produced profound impacts on the forms of socio-political organization of human communities, causing, even, some seismic shocks in the state form as we know it. To think of our collective existence in terms of manifestations as a whole ordered for the common good, penetrated by manifestations of political power, requires us today, therefore, an effort to correct the understanding. It is necessary that we put the questions about society and the State back in a scenario in which a new concert of global forces requires that the economic, the political and the social overlap and complement each other in the production of wealth. Recognizing that such a reflection could open up infinite fronts of analysis and problematization, we aim, for the purposes of this article, at something more modest - it is our objective, from the reading of authors who somehow affirm the relational and dynamic nature of the collective subject, to rescue a form of our common existence

* Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio e Doutora em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. E-mail: marimont28@hotmail.com.

that recovers its original sense of "community" which, we believe, allows the realization of human power in a complete way, beyond economic and political regulations.

Keywords: State. Society. Community. Individual.

1 INTRODUÇÃO

Objeto essencial da Teoria Geral do Estado e elemento fundamental a diferentes ramos do Direito, com destaque para o Direito Constitucional, o Estado Moderno que se origina no final do século XVIII e início do XIX, que convencionou-se definir pela união dos elementos constitutivos "território", "soberania" e "povo", guarda cada vez menos semelhanças com os Estados contemporâneos. A sociedade que repousa em sua base, constituída pela intrincada teia de múltiplas relações entre os indivíduos, do mesmo modo em pouco corresponde à reunião dos clássicos elementos consagrados pela doutrina, a grosso modo definidos em termos de finalidade (ou valor social), manifestações de conjunto ordenadas e poder.

Expoentes da filosofia política já há tempos sinalizam para as profundas transformações sofridas pela forma estatal diante da globalização do modo de produção capitalista. A pós-modernização da economia global impôs que o econômico, o político e o social se sobrepusessem e se completassem um ao outro na produção de riqueza, algo que terá profundos impactos sobre a soberania dos Estados-Nação já que estes terão cada vez menos poder/autoridade para regular os fluxos de informação, de trocas e de tecnologia. Sua incapacidade crescente de regular as permutas econômicas e culturais, diante da multiplicidade de organismos nacionais e supranacionais regidos pela nova ordem mundial, coloca que xeque, enfim, o Estado tal como o conhecemos, impondo-nos uma nova perspectiva para analisar os aspectos da vida coletiva, social e política sob a qual existimos.

Neste sentido, se pensar o Estado-nação nos moldes de sua constituição original já não parece possível – ou, mesmo útil – e se em sua base já não repousam manifestações de conjunto ordenadas, mas uma complexa rede de relações, tal qual um quebra-cabeças em que as peças jamais se encaixam num todo homogêneo, propomos recuperar para a organização social/política humana seu sentido originário na noção de "comunidade", mergulhando mesmo mais a fundo naquilo que nos mantém unidos em alguma forma de vínculo social.

Em que pese a forma organizacional estatal permanecer viva e atual, apesar de suas múltiplas transformações, propomos uma mudança de chave, um giro epistemológico a partir da leitura de autores modernos e contemporâneos para

alcançarmos um novo conceito de existência coletiva que, segundo cremos, permite a realização da potência humana de forma plena.

Dentro desta proposta, nos socorreremos essencialmente do pensamento de autores que se situam no terreno da biopolítica²⁰ (FOUCAULT, 2009, p. 9) – uma zona entre o biológico e o social, onde o poder político irá atuar, intervir -, tais como Roberto Esposito, Jean-Luc Nancy e Antonio Negri, tecendo críticas em especial ao capitalismo contemporâneo, para propor uma forma da existência coletiva que recupere para os afetos e para a dimensão relacional da existência a qualidade de fundamentos da vida social.

2 REDEFININDO O "COMUM": A COMUNIDADE ERGUIDA SOBRE O "CUM", SEGUNDO ROBERTO ESPOSITO

No que concerne ao objeto da nossa investigação - a vida em sociedade - Roberto Esposito tratará desta questão em sua obra *Communitas* de 2003, propondo-nos uma forma da existência coletiva que implica em um processo de subjetivação ou de abandono do nosso ser próprio, algo que nos será bastante valioso. Trata-se de algo diferente da morte, do desaparecimento de uma identidade individual (ego) para que possamos existir coletivamente. O autor se refere, assim, a uma experiência-limite que marcaria o fim da subjetividade egóica, individual, em detrimento da "comunidade" como um agenciamento coletivo.

Enquanto espaço em que se vai produzir a subjetividade coletiva, o conceito de "comunidade" há muito vem mobilizando a filosofia contemporânea. Se tomarmos como significado do termo "comum" aquilo que tem início quando finda o próprio, excedendo-o, estaríamos nos referindo a todos, e não a um. O comum como multiplicidade de indivíduos, aquilo que nada tem de próprio, por outras palavras.

Quando associado a termos genéricos como povo ou nação, o conceito de comunidade traduziria uma certa vivência comunitária, tendo se prestado,

²⁰ Foucault foi quem pela primeira vez identificou a íntima relação entre modernidade e biopoder. O estabelecimento de uma zona entre o biológico e o social, será aonde diversas tecnologias modernas irão atuar, intervir. O que antes se reservava ao domínio particular, doméstico – o corpo, a vida do vivente – agora se torna matéria política. Essa é a marca do indivíduo moderno, segundo ele. Nesse sentido, dirá: "Durante milênios – escrevi na célebre passagem de *A História da Sexualidade* -, o homem seguiu sendo o que era para Aristóteles: um animal vivente, e também capaz de existência política; o homem moderno é um animal em cuja política sua vida de ser vivente é questionada."

historicamente, à unificação dos conflitos que frequentemente se contrapunham ao Estado, sob a bandeira de uma identidade que facilitasse a sua contenção. A apropriação do termo "comunidade" pelo discurso hegemônico pós-moderno busca precisamente isso: neutralizar a experiência do comum e evitar a todo custo que haja um povo concreto, real em sua materialidade e singularidades. Conter a multidão que se faz "um" por sua própria necessidade e imanência e, mantendo-a sob uma forma abstrata, despontencializá-la.

Para uma compreensão genealógica desta subjetividade coletiva sempre em tensão com relação aos poderes constituídos, Antonio Negri (2004, p. 195-196) propõe que se construa um horizonte histórico e positivo segundo o qual a multidão torna-se "Um". Neste sentido, este dirá:

Esse sujeito é um sujeito operário: um sujeito criativo, produtivo, afirmativo (...). Nos desenvolvimentos que captamos na sociedade contemporânea, o trabalho produtivo tende a propor dimensões de sentido social e completamente imanentes, independentes de qualquer coerção à cooperação que possa ser situada fora do próprio trabalho (...). A forma desse sujeito é uma forma produtiva, imaterial, cooperativa, que precede qualquer configuração normativa, ou melhor, que a exclui, cancelando-a positivamente em processo institucional dinâmico, aberto e contínuo. Se o normativo segue o ontológico e o ontológico é imanência absoluta, não há possibilidade alguma de isolamento normativo (e da sua existência autônoma) que não seja ilusão, fraude, imbróglio ou, na maioria dos casos, sobrevivência dos velhos poderes.

Uma forma de vivência comum que permita a realização da essência produtiva humana, para além da mera reunião de indivíduos que modificam²¹ o meio em que vivem, naturalmente implica que se possa reconhecer nela algum sentido. Algo experimentado na dinâmica própria das relações entre os corpos e que não se encontra submetido a um princípio associativo extrínseco a eles. Vista de uma perspectiva imanente, enquanto sentido, a comunidade seria, assim, algo que não poderia ser explicado ou representado, mas forçosamente vivido enquanto acontecimento. As tentativas de nomear ou caracterizar a comunidade, deste modo, não poderiam senão limitar suas possibilidades e distorcer seu sentido. Em outras palavras, se o espaço do comum é um acontecimento e não um espaço povoado por elementos singulares, disso decorre que ou a comunidade "é" (acontece), ou sequer existe- só existe em ato, nunca enquanto virtualidade.

²¹ Por meio do trabalho.

Quer seja compreendida em termos históricos, com origem em processos violentos (guerras); como uma espontaneidade necessária no curso da história humana, que extrapola a existência singular do humano (e mesmo a sua vontade); ou em termos das características partilhadas pelos elementos que a compõem – traços étnicos, físicos, etc. –, a comunidade que resulta de abstrações frequentemente termina por promover a exclusão dos indivíduos dissonantes. De um jeito ou de outro, quando tomada em abstrato, autoriza que nela se “enquadrem” os indivíduos portadores das qualidades previamente definidas como desejadas por aquela identidade forjada, deixando de fora todo o resto. Trata-se de uma percepção do comunal como coletividade homogeneizada, cunhada desde o exterior, que impede que as singularidades sejam reconhecidas e apreciadas, que se afetem umas às outras de forma ativa.

Se desejarmos um enfrentamento desta temática de modo a nos afastarmos tanto de generalidades (essências, natureza, povo, nação) quanto das ideias contratualistas - que introduzem o elemento transcendente na origem do coletivo – um caminho é nos aproximarmos da comunidade enquanto um “com”, tal qual nos sugere Jean-Luc Nancy (2003 *apud* ESPOSITO, 2003, p. 9-19). Nesta hipótese, colocam-se em relação seus elementos e se atribui à comunidade um sentido de experiência concreta, material, não abstrata. A opção pelo “com” reclama para o coletivo um sentido relacional - afinal, só se poder ser “com”, somado a outro(s).

A comunidade desde esta perspectiva não é afirmada em termos de qualidades ou propriedades intrínsecas ou naturezas essenciais, mas como algo que se dá no espaço entre as coisas. Não está nos corpos, mas entre eles. Desta leitura se poderia extrair, ainda, uma outra característica fundamental da comunidade: o ser incorporeal. Diferente do que poderia indicar o prefixo de negação (*in*), não se pode dizer seja a comunidade um vazio ou um nada, mas algo que, embora existente, não se incorpora em coisa alguma. Um “sem corpo” que apenas existe no “entre” coisas, não sendo, ela mesma, um.

Se acolhermos esta hipótese, importante ressaltar que não basta que a comunidade seja vivida enquanto acontecimento, é necessário que se produza nela um sentido. Vale dizer, se não forem postos em relação (concretamente) os indivíduos que experimentam o comum, não teremos senão um agregado de corpos.

Mais do que isso: para além da produção de sentido, é necessário que este seja dinâmico, que "circule", que constantemente se renove, do contrário, não se pode dizer que de fato ele acontece, senão apenas que aconteceu. É preciso que o sentido produzido devesse de novo e de novo a partir daquilo que é vivido. Que se reconstrua e que se reafirme o sentido de estar-se em relação.

Compreendida desta forma (aberta e dinâmica), a comunidade se afasta ainda da noção de pertencimento, recorrentemente associada a ela pelo pensamento moderno e contemporâneo na construção de identidades que precederam a formação dos Estados nacionais europeus. Nesta perspectiva, o nacional ou o cidadão seria aquele que pertence a algo maior que si mesmo por meio da adesão a valores tomados abstratamente, delimitando-se, assim, um certo campo de existência. Diferentemente, se nos referimos ao comum como aquilo que não traz, em si, nada de próprio, não há que se falar em pertença ou algo de dentro que delimita o espaço do fora - nós e eles.

Por fim, a comunidade em perspectiva relacional - do existir "com" - implicaria, ainda, algum tipo de compromisso entre seus membros, vale dizer, não basta a existência individual do sujeito, é necessário que reiteradamente se produza um compromisso na experiência do coletivo, um engajamento. Em síntese, segundo Jean-Luc Nancy, seriam exigências fundamentais da comunidade: 1. A produção de sentido; 2. A sua reiteração; e 3. O compromisso entre seus membros. São esses os elementos que nos permitirão compreender o projeto imunitário da modernidade que apresentamos neste item.

Se aqueles que estão em comunidade encontram-se unidos por um dever comum, disso decorre que eles não se percebem como expropriados de suas subjetividades. Em outras palavras, todos sentem essa "perda coletiva" imposta pela vida civil como se fora uma compensação daquilo de que abdicamos de nós mesmos em favor do coletivo – todos cedem um pouco de si para que viver juntos seja possível. Isso se daria não apenas por força da vinculação livre de todos àquele compromisso, mas também porque, enquanto acontecimento que produz um sentido, não haveria propriamente indivíduos na comunidade, tampouco subjetividades que lhes acompanhem. Neste sentido, as subjetividades singulares

como que se retirariam em nome da subjetividade coletiva, como se os indivíduos se dissipassem no comum.

Haveria uma experiência em que o sujeito pudesse perder sua identidade e como que apagar-se de si mesmo? Essa experiência nos levaria ao paradoxo da "experiência da não-experiência", quando tanto sujeito quanto objeto estão correndo o risco de desaparecer, levando-se o sujeito para fora de si. Trata-se de uma experiência anônima que forma um sujeito sem qualquer identidade, quando este se transforma na comunidade. A existência humana, no sentido proposto por Esposito, portanto, é apenas algo embrionário em nós, não podemos ser reduzidos apenas a isso. A comunidade seria, enfim, a perda da experiência humana mesma.

O discurso filosófico político, contudo, distorce a noção de "comunidade" quando tenta nomeá-la ou ainda quando pensa a mesma como um sujeito mais amplo, forjando a ideia de povo, por exemplo, para legitimar o poder. A noção de povo invoca certa ideia de um passado histórico comum e Esposito rejeitará este ponto de partida em direção a um conceito de identidade. Não reconhece que haja uma tal origem comum a forjar um certo tipo de identidade, vale dizer, que a coletividade seja vista como um povo reconhecendo-se reciprocamente como elementos dessa comunidade. Não é deste modo que Esposito pretende trabalhar o tema da comunidade pois, desde a sua perspectiva, um contrato ou a mera constituição consensual de um corpo coletivo, não é suficiente para definir comunidade, que seria, na sua visão, um algo mais. Trata-se de diferenciar a definição abstrata da experiência concreta, enfim.

Partindo da etimologia da palavra *comunitas*, Esposito reflete sobre o que é o "comum". Comum é aquilo que não é próprio, que começa onde este termina. É o que concerne a todos, e não a um. Em todas as teorias modernas o significado de comunidade remete a uma propriedade dos sujeitos, diferente desse significado etimológico que parece ter se perdido. Para aparecer a *comunitas* é preciso que se perca algo, uma parte de nós mesmos. Em outras palavras, somos sujeitos de uma ausência. Ausência de algo que nos é próprio.

Por essa razão, a comunidade não pode ser pensada como uma fusão de corpos, reunião de indivíduos com mesma história e passado ou um indivíduo maior. Para Esposito a comunidade não é um modo de ser do sujeito individual, ao contrário

disso, este precisa se perder, ser mesmo expropriado de sua subjetividade para emergir a comunidade. Não sendo uma multiplicidade de sujeitos, é a sua exposição que interrompe esse "encimesmamento" ou o fechar-se em si mesmo, lançando-o para fora, se "descontinuando". O sujeito é como que empurrado a encontrar o que ele não é, o que está fora, um risco e ameaça que a *comunitas* traz de forma dolorosa e inevitável.

A *comunitas* é marcada, assim, por uma ausência, algo nos falta, que perdemos, mas nessa perda emerge o compromisso. Para haver *comunitas*, logo, é preciso que haja vazio, uma perda, uma ausência, perde-se algo de si mesmo. Somos então sujeitos de uma ausência de algo que nos é próprio. Por esta razão a comunidade não pode ser pensada como agregado de corpos, não é um modo de ser do sujeito individual, pelo contrário, é preciso que este se perca.

Esposito vai pensar a modernidade como um projeto de neutralização das relações, marcado pelo individualismo possessivo do capitalismo e relações entre os indivíduos e coisas – dinheiro, mercadorias - mais do que entre sujeitos. Diferentemente, se estamos no campo das relações, do sentido, esse é o terreno do devir, uma dinâmica qualquer em que há algo acontecendo, e não cristalizado. Se "somos" algo (se o homem "é"), este algo é algo de aberto, constantemente sendo produzido nas relações. O aberto não se agrega ao ser, não o predica, é acontecimento. É ele mesmo um "com", um sujeito sem dúvida, mas não como ego e sim uma subjetividade sem ego que se vai apoiar pura e simplesmente na relação, no que acontece entre as coisas. Há a produção de um sujeito quando se produz uma relação, um sentido, uma manifestação.

Nossa linguagem é numerosa em termos de substantivos - dizemos cadeira, árvore, cama, nomes que indicam coisas que têm naturezas próprias e fixas, como se existissem essências fixas e imutáveis. Numa outra perspectiva, Esposito sugere que descrevamos as coisas pelo que fazem ou, noutras palavras, como acontecem (verbos). É nesse sentido que reivindica a relação, o com ("cum", em latim). Busca pensar a comunidade a partir de algo que não é qualidade de nenhum elemento nem é elemento disso que se chama comunidade. É algo que acontece entre, não dizendo respeito a essência desses elementos nem tampouco é acidente. Pensa-se, assim, a comunidade pela relação, pelo "com", com algo que se relaciona com o outro, ou

seja, isso é o nada, um incorporeal. A relação não está em nenhum dos corpos, está no entre.

3 APOIANDO A EXPERIÊNCIA COLETIVA SOBRE O CONCEITO DE "NOÇÕES COMUNS", DE SPINOZA

Outro autor que oferece importantes esforços no sentido da compreensão dessa comunidade corporal pensada por autores como Esposito e Nancy, no intuito de redefinir o que é o comum, na busca pelo senso de comunidade que nos reorienta a nossa existência coletiva, será Baruch de Spinoza, em especial na sua *Ética* (SPINOZA, 2009). Advogando em defesa de uma subjetivação coletiva que se dá em meio a outros corpos e não se pode afirmar em abstrato, o autor apresenta-nos, seu conceito de "noções comuns". O elemento do comum, do modo como aparece em Spinoza, se refere ao que há de comum entre dois corpos, rejeitando os universais, pois o universal não corresponde a nada que exista no mundo real, de fato são abstrações que provém da imaginação – juntamente com a sensibilidade e a memória.

A natureza comum entre todos os corpos é algo de concreto que aparece como condição para que possam os corpos afetarem e serem afetado uns pelos outros, seja para o bom ou para o mau - bom encontro/mau encontro. O comum, aqui, portanto, não garante bons encontros. Se há mais de comum no encontro do meu corpo com outro corpo, isso me alegra e, diferentemente, se há menos de comum, me entristeço, ainda que isso não seja uma regra – encontro entre homens podem causar tristeza, por exemplo, embora tenham muito em comum. Spinoza rejeita, assim, a ideia de comunidade como tradicionalmente é pensada, marcada pelo pensamento político contemporâneo dominante, impregnado por ideias abstratas como povo, nação, etc., lógica que cria identidades coletivas meramente imaginárias e impede uma coletividade em que seja concretamente experimentado o comum.

Spinoza reconhece que há algo de comum aos indivíduos e esse comum refere-se aos corpos, o que há de comum entre eles, pensa no físico, portanto, e não no abstrato. Nesse sentido, Deleuze (2002, p. 98) dirá:

As noções comuns não são assim nomeadas por serem comuns a todos os espíritos, mas primeiramente porque representam algo de comum aos corpos; quer a todos os corpos (a extensão, o movimento e o repouso), quer a alguns corpos (no mínimo dois, o meu e outro).

É a partir do conceito de noções comuns que Spinoza nos permite pensar o indivíduo inserido no social, bem como de que forma o coletivo favorece o fortalecimento da potência de existir e de agir de cada indivíduo. É a partir da experiência concreta, dos encontros, do desenvolvimento da noção de que algo convém à relação característica de nossas partes e nos afeta positivamente (e que, diferentemente, algo nos decompõe e enfraquece a potência) que nos afirmamos mais fortemente na existência e, nessa medida, somos mais reais ou perfeitos.

Ainda em relação à formação das noções comuns, Spinoza dirá que as primeiras que formamos são naturalmente as que se encontram mais próximas de nós, ou seja, aquilo que diz respeito a nosso corpo e a um outro. Em outras palavras, "aquelas que convém diretamente como nosso corpo e o afeta de alegria." (DELEUZE, 1974, p. 260). A partir do momento em que conquistamos uma série de noções comuns, se vão desfazendo as ideias imaginativas e em seu lugar teremos não mais fragmentos da realidade e sim ideias adequadas – o que só é possível quando se conhece verdadeiramente, vale dizer, pelas causas e não pelos efeitos. Formadas em série, as noções comuns nos permitirão gerir nossa própria existência no mundo, organizar nossas experiências.

Ademais de oferecer valiosas contribuições aos esforços de Esposito em ressignificar a comunidade para algo além da reunião de indivíduos, Spinoza também se revela útil na destituição do homem de sua centralidade na natureza. O indivíduo spinozista não é uma substância, algo que possua uma essência particular, própria, mas apenas um modo da existência. Afirmando que "o corpo humano é composto de um grande número de indivíduos (de natureza diversa), cada um dos quais é também muito composto", Spinoza (2009, p. 149) desmonta a crença de que além de não sermos substância per si, nada temos de especial ou ocupamos no mundo posição de privilégio. Somos tão somente uma multidão de corpos, alguns fluidos, alguns moles, outros duros, que guardam entre si certas relações (de movimento e repouso). Mesmo o corpo mais simples revela-se como uma infinidade de outros corpos. É questão para além de volume, forma, figura ou medida. Corpos são

definidos aqui por proporções de velocidade e lentidão, movimento e repouso, isso sim define a matéria, que é tão vibrante e potente quanto a outra dimensão, a do pensamento.

Ou seja, na esteira do que postula Esposito acerca da comunidade sendo um aberto, relação, um "com" qualquer, também o homem o seria. Somos relações, inúmeras relações que não cessam de mudar, se reconfigurar. Spinoza (2009, p. 148) dirá, neste sentido:

Quando um certo número de corpos da mesma ou de diversas grandezas são constringidos pela ação dos outros corpos a aplicar-se uns sobre os outros; ou, se eles se movem com o mesmo grau ou com graus diferentes se rapidez, de tal maneira que comunicam os seus movimentos entre si segundo uma relação constante, diremos que esses corpos estão unidos entre si e que, em conjunto, formam todos um corpo, isto é, um indivíduo que se distingue dos outros por essa união de corpos.

Recolocada a questão da "natureza humana" de modo a romper com a perspectiva antropocêntrica e a subjetividade cartesiana (centrada no pensamento), Spinoza retira o indivíduo do centro do mundo e mistura-o a todas as outras coisas – somos coisas –, desfazendo as ilusões modernas acerca de quaisquer instâncias de transcendência deste sobre a natureza, e em especial da mente sobre o corpo. Trata-se de um indivíduo que tem aspectos cinéticos e dinâmicos e se esforça em continuar a existir, apenas isso. Perseverar no tempo e no espaço enquanto experimenta variações ou flutuações na sua potência de existir e de agir que o constituem. O que há de essência no homem, nesse sentido, é tão somente o apetite e o desejo, determinados pelo esforço em seguir "sendo" - a esse esforço Spinoza denomina *conatus* – "esforço pelo qual toda coisa tende a perseverar no seu ser não é senão a essência atual dessa coisa." (SPINOZA, 2009, p. 149).

Uma vez mais, trata-se de buscar reconstituir a noção de comunidade, neste caso, tendo por base a mais fundamental de todas as noções comuns segundo nos lembra Spinoza (2009, p. 89) no corolário I da proposição XXXV, parte IV de sua *Ética*, onde afirma que "não existe nenhuma coisa singular na Natureza que seja mais útil ao homem do que o homem que vive sob a direção da razão. Com efeito, o que é mais útil ao homem é o que está mais de acordo com a sua natureza (...), isto

é (como é evidente), o homem...²²". Numa exposição mais simples, podemos afirmar, com base em Spinoza, enfim, que nada há na Natureza que seja mais útil ao ser humano do que outro ser humano.

Temos, assim, o caráter necessário e natural da constituição desse indivíduo coletivo que nos propomos a investigar. Não há como ser de outra forma, não cabem pactos, contratos ou acordos de vontades que derivem do livre-arbítrio. A subjetividade coletiva não se forma de fora, mas desde seu interior, por suas forças internas e pela necessidade mesma que lhe constitui. Em suma, se todas as coisas que existem se esforçam em seguir existindo, isso só é possível dentro de uma teia de relações onde o afetar e o ser afetado se passam. Só é possível que atualizemos nossas essências em meio à multiplicidade, ao múltiplo.

O fundamento para a constituição deste não se localiza, portanto, na razão, mas no plano afetivo, haja vista o que asseveramos acerca do desejo e do amor como afetos fundantes da comunidade. Os homens reconhecem uns nos outros a utilidade dos encontros que se dão na vida em comum não com fins utilitaristas ou individualistas, mas porquanto lhe aumentem a potência de ser e agir. Pela imagem do outro²³, (SPINOZA, 2009, p. 59) vendo-nos refletido nele, somos afetados de modo semelhante ao que nele se passa, quer sejam afetos de alegria ou de tristeza. Desta constatação decorre que um afeto que seja experimentado coletivamente será sempre mais intenso, ou seja, maior do que o mesmo afeto quando experimentado individualmente.

Em outras palavras, o afeto sentido no coletivo traz consigo um adicional da imagem de outros (semelhantes a nós) que foram afetados de maneira parecida com o que em nós se passa, potencializando-se. É nessa dinâmica afetiva e a partir dessa particular acepção da ideia de utilidade – nada nos é mais útil, na natureza, que outros semelhantes a nós -, que compreendemos como a experiência do coletivo fortalece o esforço próprio de cada coisa em seguir existindo.

²² É pela demonstração da utilidade do comum que Spinoza poderá localizar na multidão a origem da democracia absoluta, radical, quando então a interação de singularidades que terminam por produzir uma só voz, vontade comum ou absoluta.

²³ Temos presente aqui a ideia de *affectumimitatio*, segundo a qual "a imitação das afecções (afetos), quando se refere à tristeza chama-se comiseração (...); mas referida ao desejo, chama-se emulação, a qual não é senão o desejo de uma coisa gerado em nós pelo fato de imaginarmos que outros seres semelhantes a nós tem o mesmo desejo."

4 O PROJETO IMUNITÁRIO CONTRA A IDEIA DE COMUNIDADE

Uma vez que tenhamos estabelecido satisfatoriamente que juntos somos mais fortes do que em isolamento e que é no coletivo que se percebe como "um" que as potências humanas se tornam plenas, fica claro o perigo que tal sujeito coletivo traz aos poderes constituídos, ao estado de coisas, a uma certa forma de reger-se a vida social desde o seu exterior. Neste momento, retornamos ao início para concluir nossa investigação, buscando compreender de que modo a experiência do coletivo, do comum, se foi perdendo em favor de uma certa "conformidade de rebanho".

Segundo Antonio Negri, a vitória do projeto capitalista que a tudo fagocita - e a conseqüente subsunção da sociedade ao capital que daí resultou - mergulhou-nos em obscuros tempos em que disseminaram-se as regras e a disciplina próprias das fábricas, pela sociedade inteira, fazendo desta um sistema *sans-dehors* ou sem fora (NEGRI, 2004, p. 25). Uma sociedade-fábrica em que as dimensões humana e econômica da vida não se separam e que conserva, de forma estratégica, uma aparência ou simulacro de sociedade civil. Dito de outro modo, por meio do suposto respeito às particularidades e liberdades dos indivíduos, o Estado assim compreendido - pós-civil ou pós-moderno - em verdade age para inviabilizar qualquer possibilidade de dialética, anulando toda forma de poder social que possa representar uma ameaça a si. Empenha-se em conter as subjetividades coletivas, o dissenso e os conflitos, em favor do individualismo e do consenso. Neste sentido, Negri (2004, p. 131 e 135) dirá:

A absorção social no político se transforma na evacuação do espaço do social (...). Para afirmar a proeminência de um simulacro de sociedade civil, o Estado pós-moderno remove qualquer dialética social que possa constituir uma sociedade civil real (...) anula qualquer poder social, obrigando-o a ver sentido apenas na forma do Estado.

Na qualidade de agente produtor das dinâmicas sociais, o Estado, de fato, termina por esvaziá-las de seu movimento espontâneo, fazendo com que operem sob a lógica do mercado e forjando um individualismo com ares de valor supremo. Neste sentido, a construção de um sistema ou forma de governar que conserve tais forças sob um rigoroso regime de contenção, torna-se indispensável à

governamentalidade pós-moderna. Operando na tênue linha entre interditar e liberar, permitir e negar, estimular e desestimular, o Estado pós-civil segue cedendo anéis para conservar dedos, em um jogo de poder que lhe garante o domínio sutil sobre a população.

É neste sentido que Esposito afirma que a modernidade empreende um "projeto imunitário" no sentido de que, além de buscar desconstruir as relações típicas do Antigo Regime, objetiva interditar a convivência associativa dos homens a fim de se evitar o risco – incerteza, ambiguidade, temor. Nada muito diferente do que Hobbes já havia imaginado, quando afirmou que a vida civil, por via do contrato social, poria fim à guerra de todos contra todos que envolve o homem natural (no estado de natureza, prévio ao social) e assim, ao risco, garantindo a segurança para as vidas individuais. A sociedade motivada por esse temor não é *comunitas* posto que neutraliza as possibilidades associativas entre os homens e, mais do que isolá-los, os imuniza da convivência uns com os outros. Trata-se da empresa imunitária da modernidade.

A referência a um projeto ou paradigma imunitário remete-nos, deste modo, a tudo aquilo que se opõe à comunidade, sendo sua negação mesma. Em *Communitas*, Esposito (2003) apresenta-nos a figura do "imune" ou aquele que nada dá de si ou que não desempenha qualquer ofício²⁴, precisamente o oposto do que nos exige a vivência comunitária da forma como propomos que se lhe compreenda. Fazer nascer o neutralizado ou o imune a partir de uma ação externa a ele, por meio uma estratégia de poder, impõe que se conceba a comunidade em termos daquilo que lhe "falta" ou que ela "não é", um incorporal ou um impossível. Mais do que isso, demanda que se criem meios de se evitá-la em nome de proteger a vida (quando de fato se lhe nega), esvaziando-se o sentido de "existir com".

Mais do que aderir à auto proclamada tarefa moderna de desconstituição das relações do Antigo Regime, a tarefa moderna de imunizar implicaria, portanto, neutralizar a convivência associativa e, com ela, o temor das relações que se dão entre as múltiplas singularidades. O que está imune não precisa desempenhar papel nenhum na sociedade, nada "dá", não há a noção de sacrifício, marca da *comunitas*.

²⁴ Numa possível etimologia de comunidade, Esposito identifica *koynos* e *munus*, designando algo que se compartilha (comum) e um dom, respectivamente. O *múnus*, uma espécie particular de dom, denota um intercâmbio, uma contrapartida a algo que se recebe.

Na comunidade "eu" devo algo à comunidade e o que devo ceder é algo que vou perder. Esse dever (*munus*) une os sujeitos de modo que somos expropriados de nossa própria subjetividade, não somos donos sequer de nós mesmos, em última análise. Nesta perspectiva é o outro, o impróprio, mais do que o próprio, que caracteriza o comum, portanto.

O paradigma imunitário, da forma como nos apresenta Esposito (2004, p. 132) representa, portanto, uma sociedade de indivíduos isolados, assente, enquanto sociedade, na sua imunidade recíproca, isto é, na própria privação e subtração do *múnus* cuja partilha sustenta qualquer relação comunitária. Trata-se de projeto que persegue um isolamento normativo, ou seja, que deseja a existência autônoma dos indivíduos aos quais prescreve determinados comportamentos e condutas. Uma estratégia limitadora da ação cooperativa e criadora do poder constituinte e que resulta em que a *communitas* seja devorada pela *immunitas* e o ser "com" pelo o ser "em si mesmo".

A tendência imunitária da política moderna e contemporânea a que Esposito (2003, p. 83-84) se refere, aponta, deste modo, para tudo aquilo que se esforça por inviabilizar as possibilidades associativas entre os homens. Imunizá-los é neutralizá-los, fazê-los apegarem-se com força aquilo que julgam ser, sem nada darem ou perderem de si.

Isto que vai imunizada, em suma, é a comunidade mesma em uma forma que juntamente a conserva e a nega – ou melhor, a conserva através da negação de seu originário horizonte de sentido. Deste ponto de vista se poderia chegar a dizer que a imunização, mais que um aparato defensivo sobreposto à comunidade, está em sua engrenagem interna. [...] Para sobreviver, a comunidade, cada comunidade, é estrangida a introjetar a modalidade negativa do próprio oposto; ainda que tal oposto permaneça um modo de ser, na verdade privativo e contrastante, da comunidade mesma.

Do mesmo modo que se passa no aspecto biológico, a imunização opera como uma forma de proteção negativa da vida, vale dizer, elementos percebidos como oportunistas, perniciosos, perigosos, capazes de decompor a relação entre as partes do corpo devem ser combatidos como forma de preservação da vida coletiva. No que concerne a esse sentido negativo de proteção à vida, dirá Esposito (2004, p. 72):

A resolução da natureza paradoxal da biopolítica reside justamente em estabelecer uma relação de imanência entre uma e outra. Ora, a vantagem hermenêutica do modelo imunitário está precisamente na circunstância que estas duas modalidades, estes dois efeitos de sentido – positivo e negativo, conservador e destrutivo – encontram finalmente uma articulação interna, uma conexão semântica, que o dispõe em uma relação causal, ainda que seja de tipo negativo. Isto significa que a negação não é a forma da sujeição violenta que de fora o poder impõe à vida, mas o modo intrinsecamente antinômico em que a vida se conserva através do poder. Deste ponto de vista, pode-se muito bem dizer que a imunização é uma proteção negativa da vida.

Em síntese, com relação ao caráter imunitário ou contra-comunitário da modernidade, segundo Esposito, o que se tem é a negação do comum, o aprisionamento da espontaneidade própria da vida e do espírito comunitário em favor de relações contratuais e utilitaristas ou, segundo ainda Alexandre Franco de Sá (2004 *apud* ESPOSITO, 2004, p. 7-13):

O termo latino *immunitas* consiste numa negação ou privação do termo *munus*, o qual pode ser traduzido tanto por "cargos" ou "ofícios" como por "graça" ou "dádiva". Associando estes significados, Esposito atribui à *communitas* o sentido de uma associação humana baseada na ideia de uma mútua pertença, através da partilha, pelos homens que a compõem, de uma dádiva recíproca a partir da qual se comentasse a sua concórdia e relação. É como negação ou privação dessa relação, ou do *cum* da *communitas*, que o conceito de *immunitas* emerge (...). Nela poder-se-á encontrar o aparecimento de uma associação humana não comunitária, cuja fonte se encontra não na gratuidade de uma dádiva recíproca, mas precisamente na impossibilitação de qualquer relação de gratuidade, isto é, no estabelecimento de uma relação contratual a partir da qual, não havendo nada de gratuito, cada um aceita sacrificar a sua liberdade individual originária em função da segurança ou, o que é o mesmo, da imunização da sua pessoa e da sua propriedade.

O comum enquanto aquilo que é incorporal e impróprio define-se pelo outro que não é dono de si mesmo, uma forma de existência descentrada de si, aberta ao outro. Visto deste modo, o compromisso que assumimos para vivermos juntos (a comunidade) demanda que algo se perca em cada um e em todos. Naturalmente que este não é um processo que se possa se dar sem sacrifícios, irremediavelmente o acompanha a incômoda ideia de uma ausência ou falta. Não há comunidade sem que os sujeitos se esforcem por romper seu fechamento particular e se exponham, se lancem para fora de si, corram riscos. O abrir-se para fora é, assim, processo violento e espasmódico, produz vertigem - tão sôfrego quanto inevitável ao viver

"com". Deixar para trás a segurança daquilo se julga ser seria, neste sentido, o maior risco trazido pela comunidade.

Não resta dúvida de que a *communitas* a que tanto Nancy quanto Esposito se referem, portanto, em nada se assemelha ao vínculo social formado pela necessidade de se evitar a guerra de todos contra todos *hobbesiana*, a uma coletividade constituída de fora para dentro pelo medo da morte violenta. O *Leviatã* de Hobbes é poder que, em tese, se encarrega de conservar a vida, quando, de fato, distribui a morte. Sacrifica alguns pela segurança dos outros, o que, do ponto de vista que propomos compreender o coletivo, se opõe às leis fundamentais da sociedade, não havendo outro resultado possível que não a sua própria dissolução.

5 CONCLUSÕES

Concluimos, deste modo, que os poderes constituídos que se exercem sobre a coletividade não se afirmam de cima para baixo e de fora para dentro, apartados da dinâmica produtiva do comum. Ao contrário, o poder político se subordina necessariamente à força da comunidade enquanto subjetividade coletiva que supera a soma de seus membros singulares, esta será sempre seu norte de ação.

Se sem o outro, não existe o "si mesmo", é precisamente por essa razão que a realização do comum não demanda "realidade presumidas" ou teóricas, mas indivíduos de fato em relação, com concreto, no campo da *práxis*, e não no axiológico, conforme Esposito (2004, p. 178). O sujeito coletivo que engendra a comunidade subjetivada que temos como horizonte de nossa reflexão, não é um valor a aspirar ou um ideal ou conceito, mas uma prática. Trata-se de agenciamentos, relações de composição, dinâmicas afetivas. Não há aqui nada senão a atividade imanente da própria multidão, nada havendo que, de fora, a realize.

A instituição do espaço do coletivo da forma como propomos reorientar nosso pensamento se dá, portanto, não por um acordo racional de vontades, mas pelo movimento afetivo determinado apenas pelo desejo de afirmarmos a nossa existência e expandirmos nossa potência de agir. Neste sentido, Negri (2004, p. 186-187) dirá:

Não existe um comum que possa ser referido simplesmente a elementos orgânicos ou a elementos identitários. O comum é sempre construído por um reconhecimento do outro, por uma relação com o outro que se desenvolve nessa realidade. Às vezes chamamos a essa realidade multidão porque quando se fala de multidão, de fato, se fala de toda uma série de elementos que objetivamente estão ali e que constituem o comum. Mas o problema não é simplesmente ser comum ou ser multidão, o problema é fazer multidão, construir multidão, construir o comum, construir comumente, em comum. Este fato é cada vez mais fundamental.

O ponto de partida de nossa reflexão foi a constatação de que as formas de nossa existência coletiva há muito encontram-se em descompasso com a ideia de comunidade que tem por base o estar-se inserido no comum. Existimos sob um regime de rigorosas normatizações, regulação e contenções que nos isolam progressivamente e, em assim vivendo, perdemos do coletivo aquilo sua potência transformadora, emancipadora, libertária.

As profundas transformações sofridas pela forma estatal diante da globalização do modo de produção capitalista revelam-se, segundo cremos, uma preciosa oportunidade de repensarmos de que modo nos inserimos no mundo. Questionar os alicerces de nossa organização social e política e redefinir os fundamentos de nossa existência coletiva - a forma como elegemos nossas prioridades, o tratamento que dispensamos uns aos outros, o compromisso que firmamos abrindo mão de realizar a plenitude nossos desejos e apetites individuais em nome de valores comuns mais elevados.

Sociedade e indivíduos, neste sentido, não possuem exigências conflitantes, como já chegou a supor a psicanálise freudiana. Não se encontram em permanente estado de tensão em virtude das demandas castradoras da civilização sobre os apetites e instintos humanos. Um indivíduo natural não precedeu a sociedade que, como forma de superação de um estado de natureza primitivo e violento, normatizou da vida e a disciplinou dos corpos. Sociedade e indivíduos são reciprocamente constituintes e constituídos, nada existindo para além da dimensão relacional da sua existência.

Quando a sociedade retorna para a comunidade, enfim, temos a oportunidade de superar o individualismo possessivo nosso de cada dia, em favor do ser "com", ser junto de forma cooperativa, integrada e solidária.

REFERÊNCIAS

DELEUZE, Gilles. **Espinosa**: filosofia prática. São Paulo: Escuta, 2002.

DELEUZE, Gilles. **Lógica do sentido**. São Paulo: Perspectiva, 1974.

ESPOSITO, Roberto. **Bíos**: biopolítica e filosofia. Lisboa: Edições 70, 2004.

ESPOSITO, Roberto. **Communitas**: origen y destino de la comunidad. Buenos Aires: Amorrortu, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Ensayos sobre biopolítica**: excesos de vida. Buenos Aires: Paidós, 2009.

NANCY, Jean-Luc. Conloquium. *In*: ESPOSITO, Roberto. **Communitas**: origen y destino de la comunidad. Buenos Aires: Amorrortu, 2003. p. 9-19.

NEGRI, Antonio. **Trabalho de Dionísio**: para a crítica ao estado pós-moderno. Juiz de Fora: Editora UFJF; Rio de Janeiro: Pazulin, 2004.

SÁ, Alexandre Franco de. Prefácio. *In*: ESPOSITO, Roberto. **Bíos**: biopolítica e filosofia. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 7-13.

SPINOZA, Baruchde. **Ética**. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

Recebido em 24/03/2020.

Aceito em 07/04/2020.