



Editora **UNIJUI**

Departamento de Ciências
Jurídicas e Sociais

Volume 28, Número 52

Jul./Dez. 2019

ISSN 2176-6622

Qualis B1

REVISTA ELETRÔNICA



Revista

Direito em
Debate

Reitora
Vice-Reitora de Graduação
Vice-Reitor de Pós-Graduação
Pesquisa e Extensão
Vice-Reitor de Administração

Editor
Diretor Administrativo
Programador Visual

Contato
Editora
Editora de texto e de layout
e leitora de prova
Revisão
Conselho Editorial



Cátia Maria Nehring
Cristina Eliza Pozzobon
Fernando Jaime González

Dieter Rugard Siedenberg



Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste do Estado
do Rio Grande do Sul (Unijuí, Ijuí, RS, Brasil)

Rua do Comércio, 3000
Bairro Universitário
98700-000 – Ijuí – RS – Brasil
Fone: (0__55) 3332-0217
editora@unijui.edu.br
www.editoraunijui.com.br
www.facebook.com/unijuieditora/

Fernando Jaime González
Anderson Konagevski
Alexandre Sadi Dallepiane



ISSN 2176-6622
Ano 28 • nº 52 • Jul./Dez. 2019

DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste
do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí

anna.paula@unijui.edu.br

Dra. Anna Paula Bagetti Zeifert, Universidade Regional do Noroeste do Estado
do Rio Grande do Sul - Unijuí, Brasil

Rosemeri Lazzari Lacorth, Editora Unijuí, Brasil

Editora Unijuí

- Arno Dal Ri Junior, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil
- Eduardo Devés-Valdés, Universidade de Santiago do Chile – USACH, Chile
- Wagner Menezes, USP
- Drª Odete Maria de Oliveira, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC
- Rui Carlos Gonçalves Pinto, Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal
- Alejandro Rosillo Martinez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México.
- Daniela Serra Castilhos, Universidade Portucalense, Portugal
- Sidney Cesar Silva Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil
- Roberto Miccù, Sapienza Università di Roma, Itália
- Alfonso de Julios-Campuzano, Universidad de Sevilla, Espanha
- Cristina Albuquerque, Universidade de Coimbra, Portugal
- Carlos Alberto Vilar Estevão, Universidade do Minho, Portugal
- Humberto Dalla Bernardina Pinho, Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Brasil
- Gustavo Raposo Pereira Feitosa, Universidade de Fortaleza – Unifor, Brasil
- Angela Condello, Università di Roma Tre, Itália
- Tiziano Toracca, Università di Perugia, Itália
- Nuria Bellos Martin, Universidad de Burgos, Espanha
- Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Universidade Católica de Pelotas – Ucpel; Universidade Federal do Rio Grande – Furg, Brasil
- José Eduardo Faria, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, Brasil
- Nelson Camatta Moreira, Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Brasil
- Thiago Fabres de Carvalho, Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Brasil
- Luiz Ernani Bonesso de Araújo, Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Santa Maria–RS, Brasil
- Leonel Severo Rocha, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil
- Claudia Rosane Roesler, Universidade de Brasília – UNB, Brasil
- José Luis Bolzan de Moraes, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil
- Giuseppe Ricotta, Sapienza Università di Roma, Roma, Itália, Itália
- Eligio Resta, Università degli Studi di Roma Tre, Itália, Itália
- Antonio Carlos Wolkmer, Universidade federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Anna Paula Bagetti Zeifert

5

ENTRE MUROS:

A Vinculatividade Judicial vs. o Princípio da Independência dos Tribunais

André Luiz Staack

6-20

UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E DIVERSIDADE CULTURAL:

O Diálogo Intercultural Como Meio de Preservação
da Identidade e Autonomia dos Povos Indígenas

Angela Jank Calixto

Luciani Coimbra de Carvalho

21-36

(IN)JUSTIÇA GLOBAL, (PÓS)(DE)COLONIALIDADE E JUÍZES TRANSFRONTEIRIÇOS

Cristiano Becker Isaia

Andreia Momolli

37-50

A EFETIVIDADE DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Daniel Barile da Silveira

Elaine Fachini

51-61

BASE NATURAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Denis Leite Rodrigues

62-76

AS TÉCNICAS DA SINALIZAÇÃO E DO JULGAMENTO-ALERTA DE SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL:

Estudo de Caso

Elmer da Silva Marques

Guilherme Machado de Aguiar

Juliane Gloria Sulzbach

77-91

OS DIREITOS HUMANOS, A MULTICULTURALIDADE E O RISCO DO CHOQUE DE CIVILIZAÇÕES:

Uma Análise do Mundo Pós-Guerra Fria

Gilmar Antonio Bedin

Elenise Felzke Schonardie

Aline Michele Pedron Leves

92-105

APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO À SAÚDE E UM BREVE ESTUDO DE CASO:

A Aplicação da Decisão do RE 657.718 do Supremo Tribunal Federal
em uma Demanda por Saúde na Cidade de Tavares – RS

Guilherme Camargo Massau

Carolina Polvora Bica

106-114

LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL:
Parágrafo Único do Artigo 40 da Lei 9.279/96 e Acesso a Medicamentos Genéricos
José Antonio Remedio
Cristiane Canisela Villalva Prado

115-124

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E RESPONSABILIDADE DECISÓRIA: Uma Leitura Contemporânea
José Eduardo Ribeiro Balera

125-142

O VOTO NO DIREITO BRASILEIRO: História, Problemas e Propostas de Mudança
Lucas Catib De Laurentis
Yohanan David Azevedo Bianchi

143-156

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE:
Reflexões Sobre o Acórdão ARE n. 1047694–RJ do Supremo Tribunal Federal
Marcelo de Mello Vieira
Marina Carneiro Matos Sillmann

157-168

A RECEPÇÃO DA MUDANÇA DE PARADIGMAS OCORRIDA NA FILOSOFIA DA LINGUAGEM PELO
DIREITO BRASILEIRO COMO SUPERAÇÃO DO MODELO DE INTERPRETAÇÃO DE Kelsen
Marcio Renan Hamel
Mariane Favretto

169-183

REALISMO JURÍDICO E POSITIVISMO JURÍDICO: Uma Conexão Necessária
Mônica Emília Moreira

184-194

DA RELATIVIZAÇÃO ANÔMALA DA COISA JULGADA COM A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL
Norton Maldonado Dias
Rafael Ribeiro

195-209

ENSINO JURÍDICO NA BAHIA: A (Des)Valorização da Docência como Carreira Profissional
Quéren Samai Moraes Santana
Jose Garcez Ghirardi

210-223

A VULNERABILIDADE DO FIEL-CONSUMIDOR DIANTE DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA
Rayssa Rodrigues Lopes
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes

224-235

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS: Caminhos adotados pelo Judiciário Brasileiro
Renata Miranda Lima
Carolina de Albuquerque

236-250

UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA SOCIALIDADE NOS CONTRATOS PRIVADOS RELACIONAIS
Sandro Crispim Gonçalves Nóbrega Magalhães
Humberto João Carneiro Filho

251-266

FOMENTO À INTEGRIDADE: O *Compliance* como Exigência nas Contratações Públicas
Tomas Julio Ferreira

267-283

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresento o volume 28, número 52, da *Revista Direito em Debate* referente ao segundo semestre de 2019. A *Revista Direito em Debate* é uma publicação do curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí – e constitui-se num espaço para a veiculação de artigos que tenham como pano de fundo o estudo crítico e interdisciplinar do Direito. Neste volume contamos com uma gama de artigos que inclui pesquisas sobre várias temáticas relacionadas ao Direito e áreas afins, evidenciando o compromisso do periódico com um debate acadêmico qualificado acerca de temas que demonstram o seu comprometimento com a superação do dogmatismo jurídico e a promoção das discussões relativas à democracia, à justiça e aos instrumentos de transformação social. Nesse sentido, a *Revista Direito em Debate* continua acreditando numa proposta que garanta a construção de um Direito comprometido com as demandas sociais e com os grupos mais vulneráveis, ampliando as discussões sobre o verdadeiro papel do operador do Direito e a relevância social das suas decisões, bem como a luta por justiça e dignidade para todos os indivíduos.

Não podemos deixar de aproveitar a oportunidade para agradecer aos autores, pareceristas e leitores da *Revista Direito em Debate*, que permitem que, a cada número, sejam publicadas novas e instigantes pesquisas. Espero que a leitura dos artigos publicados nesta edição seja de grande valia à comunidade acadêmica e jurídica, propiciando novos debates e discussões.

Ijuí, dezembro de 2019.

Anna Paula Bagetti Zeifert
Editora

ENTRE MUROS: A Vinculatividade Judicial vs. o Princípio da Independência dos Tribunais

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.6-20>

Recebido em: 19/5/2019

Modificações requeridas em: 19/10/2019

Aceito em: 26/10/2019

André Luiz Staack

Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Minho (Portugal). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Mestre em Estudos Políticos pela Universidade de Caldas – UCaldas/Colômbia. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Univali (convênio com a Escola do Ministério Público de Santa Catarina). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brusque. Oficial de Justiça e avaliador lotado no Fórum da Comarca de Brusque/SC. Professor e Coordenador da Comissão Própria de Avaliação, do Núcleo de Programas de Extensão e do Núcleo de Iniciação Científica na Faculdade do Vale do Itajaí Mirim - Brusque/SC. <http://lattes.cnpq.br/5640235906331706>. staack@tjsc.jus.br

RESUMO

Este artigo objetivou identificar melhor a relação entre a vinculatividade judicial e o princípio da independência dos tribunais. Para o alcance do objetivo proposto, o método de abordagem foi o indutivo, sendo o levantamento de dados realizado por meio da técnica da pesquisa bibliográfica de fonte secundária. Nas considerações finais, concluiu-se que a melhor relação entre a vinculatividade judicial e o princípio da independência dos tribunais resta estabelecida no modelo português, uma vez que ela permite ao magistrado uma ampliação de sua percepção imaginativa e, por consequência, auxilia na formação de um direito mais coerente.

Palavras-chave: Vinculatividade judicial. Princípio da independência dos tribunais. *Civil Law. Common Law.*

BETWEEN WALLS: JUDICIAL BINDING VS. THE PRINCIPLE OF THE INDEPENDENCE OF THE COURTS

ABSTRACT

This article aimed to identify the best relationship between judicial binding and the principle of the independence of the courts. In order to reach the proposed objective, the method of approach was the inductive one, being the data collection carried out through the technique of bibliographic research of secondary source. In the final considerations, it was concluded that the best relationship between judicial binding and the principle of the independence of the courts, remains established in the portuguese model, since it allows the judge an expansion of his imaginative perception and, consequently, helps in the formation of a more coherent Law.

Keywords: Judicial binding. Principle of the independence of the courts. *Civil Law. Common Law.*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 The Binding Element: A Vinculatividade e sua Alocação nos Subistemas que Compõem a Família Jurídica Ocidental. 3 A Vinculatividade Judicial à Brasileira. 4 A Experiência Portuguesa dos Assentos: Rumo à Vinculatividade Judicial Mitigada. 5 A Vinculatividade Judicial e a Independência dos Tribunais. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo visa a identificar a melhor a relação entre a vinculatividade judicial e o princípio da independência dos tribunais.

O critério metodológico utilizado para essa investigação e a base lógica do relato dos resultados apresentados residem no método indutivo. Na fase de tratamento dos dados utilizou-se o método cartesiano.

Este texto, portanto, tem como objetivo geral identificar a melhor a relação entre a vinculatividade judicial e o princípio da independência dos tribunais. São objetivos específicos: a) abordar sobre a vinculatividade (*the binding element*) nos subsistemas anglo-saxônico e romano-germânico, dando ênfase a sua relação com a via judicial; b) versar, a título de exemplo, sobre a realidade jurídica brasileira, dando destaque à vinculatividade judicial; c) versar sobre a experiência portuguesa que, em decisão do Tribunal Constitucional, decidiu por extirpar por completo a vinculatividade judicial do ordenamento jurídico português; d) tratar sobre a vinculatividade judicial e a sua relação com o princípio da independência dos tribunais.

Na delimitação do tema levanta-se o seguinte problema: Qual é a melhor maneira de conectar a vinculatividade judicial com o princípio da independência dos tribunais?

Para o equacionamento do problema levanta-se a seguinte hipótese: a melhor forma de relacionar a vinculatividade judicial com o princípio da independência dos magistrados estabelece-se com o menor enrijecimento do sistema e, por consequência, com a maior liberdade criativa do magistrado.

As técnicas utilizadas neste estudo serão a pesquisa bibliográfica, a categoria e o conceito operacional, quando necessário. Outros instrumentos de pesquisa, além daqueles anteriormente mencionados, poderão ser acionados para que o aspecto formal deste estudo se torne esclarecedor ao leitor.

Para dar sustentação a este artigo buscou-se, também, o ensinamento de diversos autores que, por apresentarem percepções diferenciadas sobre o tema em estudo, auxiliaram na elucidação dos significados e contextos de determinadas categorias apresentadas nesta pesquisa.

2 THE BINDING ELEMENT:

A Vinculatividade e sua Alocação nos Subsistemas que Compõem a Família Jurídica Ocidental

Iniciando os trabalhos, versaremos sobre o *binding element* (o reconhecido efeito vinculativo) e sua alocação nos subsistemas que compõem a família jurídica ocidental. Para tanto, faremos uma análise das duas culturas jurídicas (*common law* e *civil law*), objetivando revelar a possível presença do efeito vinculativo em ambos os subsistemas.

A *common law* é um Direito original, radicado essencialmente na história e na tradição dos povos anglo-saxônicos (JERÓNIMO, 2015, p. 96). Ele foi criado na Inglaterra a partir do século 11 e posteriormente levado para as colônias britânicas, nas quais se manteve como matriz dos sistemas jurídicos locais mesmo depois da independência desses territórios. Hoje, engloba a generalidade dos países de língua inglesa – Reino Unido, Irlanda, Estados Unidos da América, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, etc. (JERÓNIMO, 2015, p. 93).

Várias foram as evoluções deste subsistema ao longo da História, observando-se que as mais significativas – obviamente em solo inglês, por estarem ali suas raízes – ocorreram a partir das reformas judiciais do século 19, marcando o início do que a doutrina designa por período moderno do Direito inglês, que dura até aos nossos dias (JERÓNIMO, 2015, p. 102-103). Entre as diversas alterações, destacam-se as que fazem referências às categorias e aos conceitos operacionais, posto que eles, na sua essência, fazem-nos compreender o modelo de produção e aplicação dos precedentes.¹

¹ Embora muitos considerem que, na tradição jurídica do *common law*, a única fonte do Direito é o precedente, tal pensamento evidencia-se equivocado, dado que a lei, quando efetivamente criada pelo Parlamento, possui posição hierarquicamente superior à própria jurisprudência. Em caso, portanto, de contradição entre um precedente jurisprudencial e uma determinada interpretação da norma legal, esta última prevalece. A par da jurisprudência e da lei, são igualmente reconhecidas como fontes do Direito, mas de maneira subsidiária, o costume e a doutrina (JERÓNIMO, 2015, p. 103).

A doutrina do precedente vinculativo “[...] faz depender a força vinculativa dos precedentes da natureza do tribunal que profere a decisão e da relação hierárquica desse tribunal com outros tribunais que venham a pronunciar-se sobre casos semelhantes no futuro” (JERÓNIMO, 2015, p. 104). Assim, “quanto mais alto for o tribunal, maior será a força vinculativa do precedente fixado pelas suas decisões” (2015, p. 104). Esta concepção, portanto, tem por objetivo vincular as decisões prolatadas por tribunais de hierarquia superior aos casos semelhantes *sub judice* tratados pelos tribunais inferiores. A vinculação adrede ventilada, entretanto, tem relação direta com a identificação da *ratio decidendi*, ou seja, aquela que “[...] constitui a regra de Direito de aplicação obrigatória para casos futuros semelhantes” (p. 107). No sistema inglês, e isso também vale para os demais países que integram o subsistema anglo-saxônico, ao interpretarem as decisões anteriores sobre fatos semelhantes aos fatos *sub judice*, os juízes procuram distinguir o critério decisivo que estava na base da decisão anterior (denominado *ratio decidendi*) de outras considerações tecidas pelo tribunal a propósito do problema, mas não essenciais para a sua solução (denominadas *obiter dictum*), porque apenas estão obrigados a seguir o primeiro, não as segundas (JERÓNIMO, 2015, p. 108). Assim, o que, de fato, é relevante para a aplicação da doutrina do precedente vinculativo é a identificação da *ratio decidendi*, restando descartados, por sua vez, os argumentos *obiter dictum*, ou seja, aqueles que compõem a decisão, mas não são essenciais para solução do litígio. A partir da identificação da *ratio decidendi*, passa a ser possível verificar a plausível semelhança entre o precedente e o caso *sub judice* e, por conseguinte, perceber se, de fato, as razões daquele possuem total sintonia com este. Em caso positivo, aplica-se; caso contrário, rejeita-se. Neste último caso, é possível utilizar-se de duas técnicas: a) o *distinguishing*, reconhecida como a técnica das distinções, consistente no afastamento de um precedente vinculativo em virtude de sua inadequação (JERÓNIMO, 2015, p. 108); b) o *overruling*, que se trata da anulação do precedente vinculativo para aplicação de um novo, com sentido diferente.

Mais especificadamente quanto à vinculatividade dos precedentes, Teresa Arruda Alvim Wambier adverte que o que se entende é que, no sistema *common law*, o “[...] o juiz não pode *desapontar*² os cidadãos” (WAMBIER, 2009, p. 124), ou seja, “[...] estes não podem ser surpreendidos por uma decisão que nunca poderia ter sido imaginada antes” (p. 124). Assim, segundo ela, a *previsibilidade*, neste sistema, é inerente ao Estado de Direito e, portanto, é parcela importantíssima e irrefutável para a manutenção do próprio sistema jurídico (p. 124). O pensamento da autora nos convida a concluir no sentido de que a vinculatividade dos precedentes, no sistema em questão, tem por fim afiançar a tão sonhada previsibilidade/segurança jurídica/estabilidade/certeza. Ademais, é possível inferir que, segundo a autora, o *binding element* (o elemento que vincula) está, portanto, presente neste sistema por meio da doutrina do precedente vinculativo, objetivando, na sua essência, garantir a previsibilidade do sistema, nutrindo, assim, o grau de confiança dos cidadãos.

No mesmo sentido, mas com outro fundamento, Wambier aduz que a vinculatividade dos precedentes, neste sistema em tela, além da previsibilidade, é justificada pela necessidade de *igualdade*, que, segundo a autora, é “[...] atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, que devem ser considerados relevantes, para que esse caso seja considerado semelhante a outro, e decidido da mesma forma” (2009, p. 125). Consoante a autora, portanto, não somente a previsibilidade justifica a vinculatividade (o *binding element*), mas, ainda com mais força, a igualdade, direito de primeira monta, tendo em vista que ela possibilita dar a casos semelhantes uma mesma decisão. Com o exposto, é possível perceber que o que se demonstra é que não só se está a buscar uma igualdade formal, mas sim sua caracterização material ou substancial, uma vez que dar os mesmos fundamentos a fatos semelhantes não se está a aplicar ditames jurídicos distintos, o que, por si só, se assim tivesse se procedido, poderia desvelar uma injustiça indefensável.

Complementando o posicionamento de Wambier, Barroso e Mello consignam que, além da previsibilidade (segurança jurídica) e igualdade (isonomia), a *eficiência* também é elemento justificador para a adoção de um sistema de precedentes e, em consequência, para que entre em jogo, de maneira contundente, a vinculatividade judicial. Segundo os autores, “[...] o respeito aos precedentes possibilita que os recursos que dispõem o Judiciário sejam otimizados e utilizados de forma racional” (BARROSO; MELLO, 2016, p. 23). Estando os juízes obrigados a observar o entendimento dos Tribunais, estão eles, nas palavras dos autores, não consumindo seu tempo ou os recursos materiais de que dispõem para redecidir questões já apreciadas (BARROSO;

² *Itálico conforme o original.*

MELLO, 2016, p. 23-24). Sendo assim, constatamos que Wambier, Barroso e Mello, de modo bem rígido, possuem o entendimento de que a vinculatividade judicial é medida que se impõe no sistema jurídico como um todo, tendo em vista que tal postura auxilia na previsibilidade, na isonomia e, para Barroso e Mello, na eficiência do sistema. Sem esta vinculatividade judicial bem definida, o sistema fica propenso a arbitrariedades e ao “decisionismo”.

Argumentando sobre o tema, Michele Taruffo (2014), já de uma maneira mais sutil do que adrede defenderam Wambier, Barroso e Mello, aduz que “[...] não é apropriado dizer que o precedente da *common law* é vinculante” (p. 7), tendo em vista que, segundo ele, mesmo no sistema inglês, que aparenta que o precedente é dotado de maior eficácia, “[...] os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas, entre as quais o *distinguishing* e o *overruling* a fim de não se considerarem vinculados ao precedente que não pretendem seguir” (p. 7-8). Permanece, contudo, verdadeiro, consoante o autor, que naquele ordenamento, de fato, o precedente é dotado de uma força considerável, “[...] mas esta força é sempre reversível, revogável, anulável, *defeasible*” (p. 8). Arremata apondo que, no sistema americano, a força do precedente existe, mas em um menor grau, uma vez que “[...] os juízes americanos aplicam os precedentes com grande discricionariedade, isto é – por assim dizer – quando não encontram razões suficientes para não o fazer” (TARUFFO, 2014, p. 8). No mesmo sentido, Sodero sustenta que o precedente nunca pode ter uma retitude absoluta, tendo em vista, segundo ele, “[...] la inabarcable variedad y el continuo cambio de las relaciones de la vida ponen constantemente al que aplica las normas ante nuevas cuestiones” (SODERO, 2004, p. 227). E mais, consagra que não só está facultado ao juiz, mas inclusive é seu dever, afastar-se do precedente que contém uma interpretação incorreta ou um desenvolvimento do Direito não suficientemente fundamentado ou, ainda, se a questão retamente já decidida num precedente resulta para seu tempo não mais concebível para ser reaplicada (SODERO, 2004, p. 228).

Do mesmo modo que os autores anteriores, Marco Croce, após abordar extensivamente o tema, aduz que a doutrina inglesa do *stare decisis*, que defende o precedente vinculativo, “[...] non presenta quelle rigidità estreme che l’immaginario giuridico collettivo vorrebbe attribuirle” (CROCE, 2006, p. 1.120). E ainda aponta que, no sistema estadunidense, a regra do *stare decisis* sempre foi aplicada com muita flexibilidade. Segundo o autor, “[...] sin dagli albori, a causa della necessità di adattare la *common law* inglese alle diverse esigenze delle nuove ed eterogenee comunità americane, le corti superiori e, specialmente, la Corte Suprema Federale trattarono il problema con maggiore elasticità” (p. 1.120-1.121).

A partir do exposto anteriormente, chegamos à seguinte conclusão acerca da vinculatividade judicial no sistema *common law*: a) embora consideremos interessante o posicionamento de Wambier, Barroso e Mello de entender que a previsibilidade, a isonomia e, para os últimos dois, a eficiência são elementos justificadores para adesão do sistema de precedentes, acreditamos que tal postura não tem assertividade, tendo em vista que a complexidade que compõe o Direito pós-moderno impede que qualquer postura rígida seja tomada a fim de enrichar o sistema. Preocupa-nos o fato de que ao defender um sistema austero de precedentes, está-se permitindo que os julgadores, em virtude da obrigatoriedade que emana do modelo e com o fim de manter a higidez do ordenamento, analisem cegamente os julgamentos (sem qualquer juízo de valor e discricionariedade), proporcionando, obviamente, soluções injustas. O ideal seria que um sistema de precedentes pudesse, de fato, traduzir valores de segurança, isonomia e eficiência, mas isso, na prática, tende a constituir uma incisiva falácia; b) em virtude do que exibimos anteriormente, cremos que os precedentes no sistema *common law* devem ser compreendidos, justamente em virtude da complexidade dos casos e com o fim de conservar a independência e o juízo de valor do magistrado (entende-se discricionariedade), como aponta Taruffo, com uma *força considerável, mas não fundamentalmente obrigatória*. Isto nos faz concluir, já num primeiro momento, que as técnicas do *distinguishing* e do *overruling* foram justamente erigidas no sistema *common law* para proteger a independência dos magistrados, pois aquelas permitem que estes, quando em posição incerta quanto à aplicabilidade do precedente, afastem-no por livre escolha e de maneira fundamentada; c) *em suma, a vinculatividade no sistema common law encontra-se presente substancialmente nos precedentes, entretanto estes, diferentemente do que muitos acabam por acreditar, devem ser considerados tão somente como pertencentes de uma força considerável (não necessariamente compulsória)*.

Passemos agora para o subsistema da *civil law*. Este sistema engloba, segundo Patrícia Jerónimo, a maioria dos países da Europa Ocidental, e, desde o fim da guerra fria, também a generalidade dos países da Europa Oriental. Características deste sistema, outrossim, estão presentes nos territórios colonizados pelos

países europeus a partir do século 16 – países africanos, asiáticos e latino-americanos, no Estado da Louisiana (EUA) e no Canadá francês – e em países como a Turquia e a Etiópia, que, em virtude da sua não colonização, adotaram modelos dos códigos europeus para sua rápida modernização (JERÓNIMO, 2015, p. 67). O Direito Romano constitui a matriz fundadora deste subsistema, podendo-se afirmar que os países que o integram são todos aqueles que receberam, portanto, os respectivos sistemas jurídicos do Direito Romano compilado (2015, p. 68). Quanto à sua fonte precípua, embora haja diferenças de pormenor, é possível destacar que, neste subsistema, “[...] todos dão *primazia à lei*” (p. 70). A lei, destarte, “[...] é simultaneamente o modo normal de criação de normas jurídicas e a fonte hierarquicamente superior, que sempre prevalecerá em caso de contradição entre as suas disposições e o disposto por alguma das demais fontes de Direito” (p. 71). O precedente, por sua vez, possui função, ao menos primacialmente, de fonte jurídica mediata (p. 69). Outras fontes típicas são admitidas: o costume (p. 71-72) e a doutrina (p. 80).

Adentrando na seara da vinculatividade, consigna-se de que há uma certa tendência de conectar o *binding element* apenas aos precedentes, posto que costumeiramente, no sistema da *civil law*, fala-se muito do efeito vinculativo de certos institutos derivados das decisões dos tribunais. Tal postura epistemológica, entretanto, é equivocada, uma vez que, antes de mais nada, *o que, de fato, pode ser considerado com caráter vinculativo, no sistema romano-germânico, é a lei*. É esta, portanto, a fonte que tem caráter vinculativo no sistema da *civil law*, haja vista que ela é traduzida como fonte jurídica precípua e de maior legitimidade teórico-prática. Neste sentido é o pensamento de Miguel Reale, que aponta que o Direito em vigor nas nações latinas e latino-americanas, bem como na restante Europa continental, “[...] funda-se, primordialmente, em enunciados normativos elaborados através de órgãos legislativos próprios” (REALE, 2004, p. 142). Embora, contudo, seja esta a postura inicial e que realmente qualifica o subsistema em tela, segundo Wambier, esta vinculatividade da lei tem *sido suavizada* ao passar dos tempos por algumas técnicas empregadas na redação das leis, consistentes “[...] na inclusão de conceitos tidos como vagos, indeterminados ou abertos e de cláusulas gerais” (WAMBIER, 2009, p. 128).

Leonardo Estevam de Assis Zanini, ao tratar sobre este abrandamento perpetrado na vinculatividade legal, argumenta que isto é fruto da aceleração da mutabilidade dos valores e da complexidade da realidade social (ZANINI, 2008, p. 39). Em virtude destes fatos que, segundo o autor, está-se a migrar de um *sistema fechado*, aquele no qual o juiz estava preso à letra da lei, para um *sistema relativamente aberto*, ou seja, “[...] aquele em que há um grande número de normas em estado fluido e contínua transformação; é aquele em que é atribuída ao jurista a tarefa de colaborar com o legislador e com o juiz no trabalho de criação do novo direito” (ZANINI, 2008, p. 40). Arremata o autor, *a posteriori*, afirmando que, neste novo sistema “[...] as hipóteses legais são formuladas em termos intencionalmente imprecisos e indeterminados, permitindo maior mobilidade do juiz em cada caso, mas não apenas maior mobilidade: é preciso também a possibilidade de buscar a precisão e a determinação requeridas em conceitos extrajurídicos” (p. 40). Ele está, portanto, a defender a ideia de uma interdisciplinaridade e, outrossim, de uma abertura no campo de visão do jurista que, a nosso ver, nada melhor expressa a acepção global do Direito que, em virtude da atual situação do Direito pós-moderno, permite que as soluções jurídicas sejam tomadas levando, de fato, em consideração a realidade circundante (num verdadeiro Direito como experiência, como defende Reale (2002, p. 165).

Um conceito vago, indeterminado ou aberto é considerado, em si mesmo, “[...] uma técnica extremamente operativa, porque capacita o juiz a tomar sua decisão mais rente aos casos concretos, bem como proporciona uma duração maior ao texto da lei” (WAMBIER, 2009, p. 129). É o caso, por exemplo, segundo Wambier, da análise da expressão *baixa renda* para a concessão de um determinado benefício previdenciário (p. 129). Já a cláusula geral, por sua vez, consiste numa “[...] expressão linguística em que há conceitos vagos e que, além disso, incorpora em si mesma, princípios jurídicos” (2009, p. 129). Um bom exemplo, segundo a autora, é da expressão *função social da propriedade*, a qual retira desta o caráter de direito absoluto e, em contraposição, apoia que tal direito deve ser exercido em conformidade com o bem geral da sociedade (p. 129). Tais técnicas, como se percebe, permitem deveras ao juiz criar o Direito, formulando regras para o caso concreto, ou seja, possibilita ao intérprete que ele utilize de sua criatividade para resolução dos casos concre-

tos. Esta criatividade, entretanto, só deveria ser externada nos *hard cases*³e, ainda com mais vigor, nos casos trágicos (ATIENZA, 2014, p. 273), pois o manuseio de tal alternativa nos casos ditos fáceis compromete o Estado de Direito (WAMBIER, 2009, p. 130). Há que, portanto, segundo Wambier, haver limites nesta criatividade, justamente para que se possa *respeitar a previsibilidade, a estabilidade e a certeza do sistema* (que também são, ou deveriam ser, peças-chaves do sistema romano-germânico).

Além das técnicas anteriormente apresentadas, Wambier ainda aponta a inclusão dos princípios jurídicos como uma forma mitigadora da vinculatividade da lei. Os princípios jurídicos, segundo a autora, “[...] são normas jurídicas, formuladas intencionalmente de uma maneira vaga, com marcante dimensão axiológica” (WAMBIER, 2009, p. 131). Exemplificando, Wambier aponta o caso de uma decisão em que se considerou que a avó não poderia ser proibida de visitar os netos, pelo seu filho e pela sua nora (“[...] só razões muito sérias poderiam levar a esta proibição, sob pena de estar diante de um abuso do pátrio poder”) (p. 131). Da mesma forma que os conceitos vagos e as cláusulas gerais, os princípios também estimulam a criatividade do magistrado, bem como, interpretados arbitrariamente, podem ferir, da mesma forma, *a previsibilidade, a estabilidade e a certeza do sistema*.

Algumas questões precisam ser discutidas antes de continuarmos nossa dilação: a) a adoção de conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos, de fato, mitigaram a força da vinculatividade legal no sistema romano-germânico. Isto, contudo, não significa concluir, valendo-se dos ensinamentos de Eros Grau (2011, p. 206-207), que tal abertura dos textos de Direito tenha aberto caminho para o juiz atribuir a tais vazios interpretativos juízos de oportunidade, ou seja, juízos discricionários que afastam um verdadeiro juízo de legalidade. Este deve ser incorporado pelo juiz, no trato com tais institutos de textura aberta, justamente para preservar o sistema e, assim, mantê-lo virtuosamente íntegro (SOLUM, 2009, p. 16). Somente assim tais institutos podem ser incorporados, impedindo a subversão da ordem jurídica e, por consequência, afastando qualquer postura solipsista dos magistrados; b) a interpretação dos institutos abertos a ser realizada pelos magistrados, embora baseada num juízo de legalidade, justamente para impedir subjetividades indesejadas, não deve ser compreendida, contudo, de maneira estanque, cerrada e/ou amarrada, na forma, portanto, de um sistema fechado, uma vez que tal atitude evitaria o bom funcionamento do sistema jurídico. A independência dos magistrados, neste contexto, deve ser preservada, tendo em vista que não cabe a ninguém, nem mesmo ao sistema, impedir a determinado juiz que este interprete da maneira que achar melhor, desde que não se olvide de agir de maneira sábia (na teoria e na prática), sensata e respeitando a integridade do sistema na sua plenitude (NAVARRO, 2019, p. 6).

Essa mitigação do poder de vinculatividade legal adrede exposta fez exsurgir uma concepção diferenciada da atividade judicial, dado que permitiu aos juízes, por meio dos conceitos ditos abertos, das cláusulas gerais e dos princípios, valerem-se, por autorização da lei, de uma criatividade mais alargada, ou seja, de uma percepção imaginativa mais condizente com a nova realidade carregada pelo Direito pós-moderno. E isso, paulatinamente e por consequência, acabou por abrir espaço para que a força argumentativa oriunda da atividade judicial fosse levada em conta, harmonicamente com a lei, para a efetiva tomada de decisão judicial. Tomaram lugar, portanto, a partir deste precípuo esforço de instituir a criatividade judicial, os *precedentes* nos sistemas romano-germânicos.

Os precedentes, contudo, não adentraram abruptamente no subsistema da *civil law* já aderindo uma força vinculativa, ou seja, já partilhando em igualdades de condições com a vinculatividade legal. Eles, na verdade, foram ganhando espaço, argumentativamente, de maneira meramente *persuasiva*. Patrícia Jerônimo, neste contexto, afirma, enfaticamente e de maneira geral, que os precedentes, nos países que integram o subsistema romano-germânico, valem apenas como *precedente persuasivo*, diferentemente do que ocorre na *common law* (JERÓNIMO, 2015, p. 75). Do mesmo modo, Mariana Capela Lombardi Moreto advoga que, no sistema de *civil law*, o precedente judicial “[...] interpreta em geral papel de cunho persuasivo, de valor moral (*persuasive authority*)” (2012, p. 8). Taruffo, outrossim, sedimentando tal postura, consigna que, nos ordena-

³ Cfr. WAMBIER (2009). Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. p. 130: “[...] nos sistemas de *common law*, são, principalmente, *cases of first impression*, ou seja, a respeito dos quais não há precedentes. Mas são também aqueles mais complexos, em que o juiz faz escolhas”.

mentos de *civil law*, “[...] o grau de força que vem atribuído ao precedente é, provavelmente, menor do que aquele atribuído ao precedente da *common law*, mas nada exclui que existam precedentes tão influentes e persuasivos a ponto de serem impostos aos juízes sucessivos” (TARUFFO, 2014, p. 8).

Ao passar do tempo, contudo, segundo Wambier, instalou-se a necessidade, nos sistemas romano-germânicos, de se avaliar a possível conexão do *princípio da igualdade* com esta força atribuída aos precedentes, bem como se começou a questionar o papel do próprio Judiciário na construção do Direito. Para que seja preservado o princípio da igualdade, “[...] é necessário que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados” (WAMBIER, 2009, p. 131). E mais, começou a se defender a *necessidade de que a jurisprudência firmada passasse a ser respeitada* (2009, p. 131). Ao que parece, o legislador já se deu conta dessas necessidades,⁴ tanto é que não só introduziu parâmetros flexíveis na lei, como, igualmente, tem decidido por incluir mecanismos que, enfaticamente, estão servindo não apenas para tratar os precedentes como meros argumentos persuasivos, mas sim defini-los gradativamente de maneira vinculativa (aproximando-se cada vez mais do modelo de precedentes vinculativos da *common law*). Como forma de demonstrar a inclusão destes mecanismos, trataremos a seguir da experiência brasileira que, paulatinamente, tem introduzido e, conseqüentemente, “commonlizado” (STRECK, 2013) o sistema romano-germânico.

3 A VINCULATIVIDADE JUDICIAL À BRASILEIRA

Para versar sobre o desenvolvimento da vinculatividade judicial no ordenamento jurídico brasileiro, valer-nos-emos de *duas abordagens* que, conjuntamente, auxiliarão na compreensão de nossa linha argumentativa. A primeira abordagem será a *conceitual*, na qual trataremos sobre as modalidades de eficácia dos precedentes, e a segunda será a *normativa*, quando versaremos sobre a evolução jurídica e seus contributos para a mudança de posicionamento na eficácia dos precedentes.

Passemos à abordagem conceitual. Segundo Luiz Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello, os precedentes judiciais, no Direito brasileiro, produzem três espécies de eficácia: *a) eficácia meramente persuasiva* – os julgados com essa eficácia “[...] produzem efeitos restritos às partes e aos feitos em que são afirmados, são relevantes para a interpretação do Direito, para argumentação e para o convencimento dos magistrados” (BARROSO; MELLO, 2016, p. 19), contudo não geram qualquer efeito vinculante. São considerados meras fontes mediatas ou secundárias do Direito (p. 19); *b) eficácia normativa em sentido forte* – corresponde aos julgados e entendimentos que “[...] devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e cujo desrespeito enseja reclamação” (BARROSO; MELLO, 2016, p. 20). Neste caso, portanto, os julgados possuem efeito vinculativo; *c) eficácia intermediária* – esta terceira categoria é residual e abriga, por isso, “[...] decisões judiciais com eficácia heterogênea que produzem efeitos impositivos em diferentes graus”. Esta modalidade, portanto, encontra-se entre as duas primeiras, pois nem é meramente persuasiva, nem traduz, em partes, uma obrigatoriedade.⁵

Após esta análise conceitual, *partimos para uma abordagem normativa.* O processo de valorização da jurisprudência no Brasil pode ser compreendido, segundo Barroso e Mello, em três perspectivas ou etapas: *a) o avanço do controle concentrado de constitucionalidade; b) a valorização da jurisprudência no Código de Processo Civil de 1973; c) a criação de um novo sistema de precedentes vinculantes no Novo Código de Processo Civil de 2015* (BARROSO; MELLO, 2016, p. 14). O controle concentrado de constitucionalidade, de inspiração europeia, é aquele que “[...] confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar ações diretas” (BARROSO; MELLO, 2016, p. 15), que tenham como objetivo a “[...] a aferição da (in)constitucionalidade da norma, em tese, perante a Constituição Federal” (p. 15). É aquele controle, portanto, que

⁴ Cfr. WAMBIER (2009). Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do Direito: *civil law e common law*. p. 132: “[...] Não é saudável que convivamos eternamente com tribunais decidindo concomitantemente, de forma diferente, a mesma questão. Assim como não é conveniente que nossos tribunais sejam tribunais de ‘grandes viradas’”.

⁵ Cfr. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. p. 20: “[...] Não são dotados de eficácia meramente persuasiva porque o próprio ordenamento lhes atribui efeitos para além dos casos em que foram produzidos, em favor ou desfavor de quem não era parte nestes, ou, ainda, porque o próprio direito determina expressamente que a observância dos entendimentos proferidos em tais julgados é obrigatória. Não é possível, por outro lado, afirmar que tais precedentes produzem eficácia normativa em sentido forte porque a lei não permite o uso de reclamação, em caso de desrespeito à orientação neles traçada”.

analisa a (in)constitucionalidade não incidentalmente num processo (esse é o controle difuso), mas sim abstratamente por meio de um processo que objetiva tratar apenas deste ponto. Com base nas lições de Barroso e Mello, reporta-se que a Constituição de 1988, tendo em vista que esta modalidade de controle já existia no Brasil mesmo que em curta escala, potencializou o uso das ações diretas com inovações que compreenderam: a) maior autonomia ao procurador-geral da República; b) ampliação do elenco de órgãos e entidades com legitimação para proporem ações diretas; c) ampliação dos instrumentos de deflagração de controle concentrado, com a inclusão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e, com a aprovação da Emenda Constitucional n. 3/1993, da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) (BARROSO; MELLO, 2016, p. 15). Na sequência, a lei 9.868/99 regulamentou a ADI, ADO e ADC, explicitando que as decisões proferidas nestas ações produziram efeitos vinculantes e gerais em relação aos órgãos judiciais e à administração pública (BARROSO; MELLO, 2016, p. 15-16) e, da mesma forma posteriormente, a lei 9.882/99 regulamentou a ADPF (2016, p. 16). Por fim, ainda dentro do controle concentrado, a Emenda Constitucional 45/2004 estabeleceu a possibilidade de edição de súmula vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, que “[...] refletisse o entendimento defendido pelo Supremo em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, tornando sua observância obrigatória para o Judiciário e para a administração pública” (BARROSO; MELLO, 2016, p. 16). Conforme é possível verificar, o controle concentrado de constitucionalidade, após o advento da Constituição de 1988, passou por evoluções que se traduziram numa supervalorização da jurisprudência e, conjuntamente, da vinculatividade judicial, uma vez que as decisões prolatadas nesta modalidade de controle introduziram o *binding element* como um de seus elementos obrigatórios. Assim, seja por meio das decisões das ações diretas ou da cristalização de posicionamento das súmulas vinculantes, *a eficácia de tais precedentes é genuinamente normativa*. Neste primeiro ponto, portanto, já é possível antever a importância da vinculatividade do precedente no Direito brasileiro, bem como aferir que o propósito do constituinte era defender a previsibilidade e estabilidade do sistema.

Paralelamente ao descrito anteriormente, o Código de Processo Civil de 1973 “[...] vinha sendo objeto de uma série de alterações pontuais⁶ que conferiam maior eficácia à jurisprudência consolidada nos tribunais”. A lei 9.756/98 autorizou o relator a inadmitir, monocraticamente, recursos em confronto com súmulas ou com a jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores, ou que desse provimento aos apelos compatíveis com tais precedentes;⁷ e estabeleceu a desnecessidade de submissão da arguição incidental de inconstitucionalidade de uma norma ao plenário dos Tribunais, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.⁸ *É da normatização de tais dispositivos que exsurge a vinculatividade judicial no CPC/1973*. Na sequência, a lei 10.352/2001 dispensou o duplo grau obrigatório de jurisdição em decisão contra a Fazenda Pública que estivesse em consonância com jurisprudência do plenário do STF ou com súmula deste ou do Tribunal Superior competente.⁹ A lei 11.232/2005 criou os embargos desconstitutivos da coisa julgada incompatível com a Constituição à luz da jurisprudência do STF.¹⁰ Em 2006, a lei 11.418 regulamentou a exigência, originada pela Emenda Constitucional 45/2004, de repercussão geral como requisito necessário para o conhecimento do recurso extraordinário e determinou que tal requisito estaria presente quando o acórdão contrariasse súmulas ou entendimentos consolidados na Corte Constitucional.¹¹ Essa mesma lei criou um procedimento especial para o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, que previa que a orientação firmada pela Corte Constitucional sobre o mérito da questão, em um caso de paradigma, abriria para o Tribunal de origem a possibilidade de declarar prejudicados apelos idênticos.¹² Posteriormente, o procedimento especial para julgamento de recursos repetitivos foi replicado para os recursos especiais apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça e para os recursos de revistas julgados no Tribunal Su-

⁶ Estas alterações são versadas ponto a ponto por Barroso e Mello *In* BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. p. 16-17.

⁷ Cfr. Artigo 544, §3º, do CPC/1973 (redação atribuída pela Lei 9.756/98).

⁸ Cfr. Artigo 481, parágrafo único, do CPC/1973 (redação atribuída pela Lei 9.756/98).

⁹ Cfr. Artigo 475, §3º, do CPC/1973 (redação atribuída pela Lei 10.352/2001).

¹⁰ Cfr. Artigo 475-L, inciso II e §1º, CPC e artigo 741, parágrafo único, CPC (redação atribuída pela Lei 11.232/2005).

¹¹ Cfr. Artigo 543-A, §3º, CPC (redação atribuída pela Lei 11.418/2006).

¹² Cfr. Artigo 543-B, §3º, CPC (redação atribuída pela Lei 11.418/2006).

perior do Trabalho, por meio da Lei nº 11.672/2008¹³ e da Lei 13.015/2014,¹⁴ respectivamente. Após Barroso e Mello versarem ponto a ponto sobre as referidas inovações legislativas, concluem que estas indicavam, de fato, “[...] uma persistente inclinação a atribuir às decisões judiciais efeitos para além do caso específico, bem como uma tendência a conferir efeitos expansivos também aos precedentes oriundos do controle difuso da constitucionalidade” (BARROSO; MELLO, 2016, p. 18).

*Trataremos agora da eficácia dos precedentes no CPC/1973, como forma de demonstrar a evolução da vinculatividade judicial. As decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau e pelos tribunais produziam eficácia meramente persuasiva.*¹⁵ Por outro lado, as súmulas vinculantes e os acórdãos proferidos em controle concentrado eram dotados de *eficácia normativa* (BARROSO; MELLO, 2016, p. 21). Por derradeiro, a jurisprudência consolidada nos Tribunais, as súmulas simples e as decisões do pleno dos Tribunais que declarassem a inconstitucionalidade de uma norma eram dotadas de *eficácia intermediária* (p. 21). Até mesmo as decisões proferidas em repercussão geral e em recurso extraordinário repetitivo eram dotadas de uma *eficácia intermediária*, mesmo que com nível de obrigatoriedade distinto das anteriores (p. 21). Do exposto, é possível captar, da mesma forma que Barroso e Mello, que os precedentes dotados de *efeitos normativos fortes eram raros no CPC/1973* (2016, p. 22), posto que, com é possível perceber, era a eficácia intermediária que possuía maior terreno. Não há como ignorar, contudo, a introdução gradual da vinculatividade judicial no ordenamento jurídico brasileiro oriundo das inovações legislativas do CPC/1973, uma vez que estas, paulatinamente, permitiram o enaltecimento das bases epistemológicas do sistema de precedentes na pragmática jurídica, e, concomitantemente, almejaram preservar a previsibilidade, estabilidade e certeza do sistema jurídico, corolários cruciais defendidos pela cultura romano-germânica.

A trajetória apontada anteriormente completou-se com o Novo Código de Processo Civil de 2015 que, no artigo 927, definiu os entendimentos a serem *obrigatoriamente* observados pelas demais instâncias (isso em relação a decisões de Tribunais superiores): a) as súmulas vinculantes, b) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade; c) os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo; d) os julgados dos Tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva; e) em incidente de assunção de competência; f) os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ e g) as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das Cortes de segundo grau (BARROSO; MELLO, 2016, p. 18). Como forma de manutenção deste estado de obrigatoriedade, o artigo 988 do mesmo Código previu a possibilidade de ajuizamento de reclamação para cassar decisões divergentes de todos os entendimentos e precedentes indicados pelo artigo 927, ressalvadas apenas as hipóteses de descumprimento de súmulas simples e de orientações firmadas pelo pleno e pelos órgãos especiais dos tribunais (BARROSO; MELLO, 2016, p. 19). *Passemos a tratar sobre a eficácia dos precedentes. São dotados de eficácia persuasiva as decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau e os acórdãos dos Tribunais que não sejam proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva ou em incidente de assunção de competência* (BARROSO; MELLO, 2016, p. 22). São dotados de *eficácia normativa em sentido forte*: as súmulas vinculantes, os julgados produzidos em controle concentrado da constitucionalidade, os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, as orientações oriundas do julgamento de incidente de resolução de demanda repetitiva e de incidente de assunção de competência (BARROSO; MELLO, 2016, p. 22). Produzem *eficácia intermediária* os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ sobre matéria constitucional e infraconstitucional, respectivamente, e as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes (p. 22-23). Nota-se, a partir do revelado, que a vinculatividade judicial acabou por ser introduzida de maneira mais ativa no CPC/2015, haja vista que se vê uma maior presença de precedentes com eficácia normativa forte na análise detida do ordenamento jurídico. Ademais, é possível observar que o legislador quis, efetivamente, dar proteção à estabilidade e à previsibilidade do sistema, bem como prezar pela igualdade dos jurisdicionados, utilizando-se, para tanto, das bases epistemológicas do sistema de precedentes de origem inglesa, o que fez objetivando trazer legitimidade à sistematização. Este argumento é possível se confirmar no artigo 489, §1º,

¹³ Cfr. Artigo 543-C, CPC (redação atribuída pela Lei 11.672/2008).

¹⁴ Cfr. Artigo 896-B e 896-C, da Consolidação das Leis Trabalhistas (redação atribuída pela Lei 13.015/2014).

¹⁵ Cfr. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. p. 21.

incisos V e VI, que trata sobre causas de rejeição de fundamentação para qualquer decisão judicial: a) o inciso V aduz que não se considera fundamentada a decisão se ela *se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*.¹⁶ Neste caso, portanto, depreende-se que a intenção do legislador era introduzir a expertise da identificação da *ratio decidendi*, que é requisito essencial no sistema anglo-saxônico a todos os casos que tenham por fim aplicar um precedente ou súmula, impedindo, assim, o magistrado de julgar com base puramente no texto da ementa de tais institutos. Constata-se, portanto, que o novo Código de Processo Civil, mais do que já se evidenciava no CPC/1973, efetivamente, transplantou, ao menos com rigor técnico, a doutrina do precedente vinculativo; b) o inciso VI aponta que também não será considerada fundamentada a decisão que *deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*.¹⁷ Da mesma forma que no inciso anterior, há aqui uma inserção de técnicas oriundas do sistema anglo-saxônico: o *distinguishing* (sem demonstrar a existência de distinção) e o *overruling* (a superação do entendimento). Este inciso, conjuntamente com o anterior e com o que adrede fora exposto sobre o Novo Código de Processo Civil de 2015, confirma o fato de que a supervalorização dos precedentes não é mais apenas uma hipótese no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim, com a nova regulamentação, passou a ser uma efetiva solução para os problemas sociais, associada, obviamente, com as demais fontes jurídicas. Assim, o que, com efeito, pretendia o legislador, e vem se confirmando com o texto normativo, era dar ainda maior ênfase à vinculatividade judicial, objetivando concretizar a previsibilidade, a estabilidade e a certeza do sistema e, paralelamente, carrear igualdade de soluções a todos os jurisdicionados (sem contar a eficiência que este sistema de precedentes vinculativos aparentemente propicia) (BARROSO; MELLO, 2016, p. 23).

4 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA DOS ASSENTOS: Rumo à Vinculatividade Judicial Mitigada

Após apresentar a real situação da vinculatividade em ambos os subsistemas que compõem a família jurídica ocidental, inclusive abordando o caso brasileiro, versaremos, neste penúltimo ponto, sobre a experiência portuguesa que, numa decisão de seu Tribunal Constitucional, expurgou o instituto dos assentos e, por consequência, seu caráter vinculativo do ordenamento jurídico. Trataremos o tema em dois momentos: em um, explanaremos sobre a decisão em questão, apresentando os fundamentos que serviram de base para solução do caso; em outro, dissertaremos sobre o panorama que se instalou no ordenamento jurídico português após a decisão do Tribunal Constitucional, dando ênfase a possível vinculatividade dos precedentes.

Nas palavras de Maria Cristina da Silva Carmignani, no período de formação do Estado português, o costume era a fonte primordial do Direito, havendo, para tanto, costumes gerais e jurisprudenciais (CARMIGNANI, 2016, p. 19). Estes, contudo, sem desconsiderar a força daqueles, tinham uma presença mais marcante na sociedade portuguesa da época, haja vista que o Direito Judiciário era considerado, de fato, o caminho para as soluções mais sábias e coerentes. Isto é possível constatar, inclusive, na criação do que eles dominavam *façanhas* (“[...] decisões judiciais que adquiriam força vinculante”) (2016, p. 20), uma vez que estas não só davam primazia à produção judicial, como também conferiam ao trabalho dos jurisconsultos observância obrigatória. Após o século 16, entretanto, o termo *façanha* caiu em desuso, sucedendo-lhe expressões *casos julgados e arestos*, “[...] assim chamadas as decisões judiciais, não suscetíveis de reforma, proferidas em forma de julgamento definitivo, pelos tribunais superiores” (p. 21). Estas decisões, contudo, ganham novos contornos, quando, em 1518, Dom Manuel I expede um alvará conferindo aos desembargadores da Casa da Suplicação de Lisboa, a mais alta Corte Judiciária portuguesa da época, “[...] a resolução de dúvidas de interpretação que surgissem a respeito de algum preceito e a dita solução ficaria registrada no *Livro dos Assentos*, tendo força vinculante para casos futuros idênticos” (p. 22), o que fez exsurgir, portanto, estes institutos como jurisprudência obrigatória. Esta solução adotada no alvará de 1518, consoante Carmignani, foi repetida nas demais Ordenações reinóis (Manuelinas e Filipinas) (p. 22) e permaneceu assente até mesmo quando da promulgação do Código Civil Português (p. 27).

¹⁶ Teor do artigo 489, §1º, V, do CPC/2015.

¹⁷ Teor do artigo 489, §1º, VI, do CPC/2015.

O Direito Judiciário lusitano, contudo, na esteira do ideário da separação dos poderes no século 18 e com a edição do Código Civil de 1867, acaba perdendo força, em especial em virtude da primazia da lei (CARMIGNANI, 2016, p. 28) que, paulatinamente, passou a se firmar como fonte precípua não apenas em solo português, mas em todos os países pertencentes ao subsistema romano-germânico. O juiz, a partir de então, passa de solucionador efetivo dos problemas para um papel mecânico de aplicação da norma, compilada em códigos, o que vem corroborado pela técnica adotada pela escola da exegese (CARMIGNANI, 2016, p. 28). Bem verdade que a partir do século 19, gradativamente se verificou a necessidade de se estabelecer uma maior abertura ao ordenamento jurídico, aumentando, portanto, a atuação judicial. Isto, entretanto, não foi suficiente para se firmar um novo paradigma, permanecendo nos países da Europa continental a concepção de que a lei era e é, indubitavelmente, a fonte primordial do Direito (CARMIGNANI, 2016, p. 28). Daí a razão histórica do porquê os assentos começaram, paulatinamente, a perder força no Direito lusitano e, em consequência, foram integralmente banidos do ordenamento jurídico pelo Tribunal Constitucional no acórdão n. 743/1996.

No julgamento do processo n. 240/94, o Tribunal Constitucional Português, já amparado em decisões anteriores proferidas em sede de fiscalização concreta de constitucionalidade (acórdãos 810/93, 407/94 e 410/94), declararam inconstitucional a norma constante do artigo 2º do Código Civil vigente,¹⁸ na parte em que atribui aos Tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do preceituado no artigo 115º, nº 5,¹⁹ da Constituição da República Portuguesa. A partir de então, como se demonstrará, o instituto dos assentos foi expurgado do ordenamento jurídico português.

Conceituação. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, os assentos “[...] eram normas matéria “recompostas” através de uma decisão jurisdicional ditada pelo Supremo Tribunal de Justiça sempre que houvesse contradição de julgados sobre as mesmas questões de direito no domínio da mesma legislação” (2003, p. 938). Quanto à sua gênese, Alfredo Castanheira Neves elucidava que os assentos eram, deveras, constituídos como uma prescrição jurídica imperativa que se constituía no modo de uma *norma geral e abstrata*, que não só se impunha com força vinculativa normativa universal, mas sim se reconhecia legalmente com caráter de fonte de Direito (NEVES, 2014). Desde a sua instituição, em 1832, até a entrada em vigor do Decreto n. 12.353, de 22 de setembro de 1926, o Supremo Tribunal de Justiça não dispunha de competência para proferir assentos, mas tão somente para uniformizar a jurisprudência, mediante a interpretação e aplicação da lei nos casos concretos que lhe eram submetidos.²⁰ Apesar de o Decreto n. 12.353 não atribuir a estes acórdãos de uniformização a designação de assentos, o Supremo Tribunal de Justiça assim passou a chamá-los a partir de dezembro de 1927.²¹ O Código de Processo Civil de 1939 consagrou a denominação de assentos aos acórdãos proferidos pelo pleno do Supremo Tribunal de Justiça, mantendo, contudo, o regime do Decreto n. 12.353; o Código de Processo Civil de 1961 eliminou a faculdade de alteração dos assentos pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça; o Código Civil de 1967, em seu artigo 2º, veio, portanto, atribuir à doutrina fixada pelo assentos força obrigatória.²²

Ainda na seara conceitual, aponta-se que os assentos, quando legítimos, podiam se instituir de duas maneiras: para fixar uma das várias interpretações possíveis da lei (*assentos interpretativos*), oportunidade na qual a norma visada passava a uma profunda recomposição, ou, outrossim, para preencher uma lacuna do sistema (*assentos integrativos*), criando, assim, a norma correspondente que depois se faria aplicar a um caso concreto.²³

Fundamentação que acarretou na declaração de inconstitucionalidade. Propositalmente, apresentaremos os fundamentos que serviram de base para a declaração incidental de inconstitucionalidade dos assentos que restam traduzidos no Acórdão nº 810/93, tendo em vista que é, com base nestes argumentos e no que

¹⁸ Vide teor do artigo 2º: “nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral”.

¹⁹ Vide teor do artigo 115º, nº 5: “nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos”.

²⁰ Trecho do Acórdão nº 743/96

²¹ Trecho do Acórdão nº 743/96

²² Trecho do Acórdão nº 743/96

²³ Trecho do Acórdão nº 743/96

vem a se firmar nos arestos 407/94 e 410/94, que, em ato posterior, por meio do julgamento do Processo nº 240/94, o Tribunal Constitucional, por definitivo, expurgou tal instituto do ordenamento jurídico. 1: O instituto em tela e seu procedimento ferem o *princípio da tipicidade dos actos legislativos* que, à época, encontrava-se estampado no artigo 115, nº 5, da Constituição da República Portuguesa, sob a alegação de que as leis não podem autorizar que a sua própria interpretação, integração, modificação, suspensão ou revogação sejam afetadas por outro ato que não seja uma *outra* lei. Ademais, neste contexto, afastou-se a possibilidade de que a legitimidade de tal instituto pudesse se extrair da antiga norma do artigo 206, que, na sua essência, tratava sobre a publicidade de atos judiciais com força obrigatória;²⁴ 2: O instituto dos assentos fere o *princípio da independência dos tribunais*, pois anquilosa e torna rígido o sistema, impedindo que os magistrados deem a solução ao caso que acharem mais adequada. Na sequência, consignam que seria recomendável, contudo, que se estabelecesse um procedimento de uniformização de jurisprudência, que, por óbvio, faria respeitar a previsibilidade e a igualdade dos jurisdicionados. Segundo eles, portanto, este novel procedimento, ao ser posto em prática, não atingiria a independência dos magistrados, mas tão somente possibilitaria que a jurisprudência qualificada seja firmada.²⁵ A partir deste argumento, portanto, que o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional a parte final do artigo 2º do Código Civil vigente à época.

A declaração de inconstitucionalidade dos assentos e a novel força dotada aos precedentes. A retirada dos assentos do ordenamento jurídico português instalou um novo cenário no que tange à força dos precedentes, que, a nosso ver, encontra-se consagrada numa *vinculatividade judicial mitigada*, posto que não mais se defende uma rigidez do sistema, nem sequer se está a desrespeitar a independência dos Tribunais, porém também não há como simplesmente considerar que os precedentes não mais detêm força alguma na construção do Direito Português. Na atualidade, o sistema jurídico português vê-se atrelado à força dos precedentes em três momentos: *a) na fiscalização abstrata de constitucionalidade (artigo 281 da Constituição Portuguesa)*: neste caso a decisão proferida ostenta caráter geral e vinculante (denominado pelos portugueses de “força obrigatória geral”) (STRÄTZ, 2016, p. 295); *b) na fiscalização concreta de constitucionalidade (artigo 281, “3”, da Constituição Portuguesa)*: neste caso, o Tribunal Constitucional avalia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegitimidade de qualquer norma, desde que o preceito normativo tenha sido julgado como inconstitucional ou ilegítimo em *três casos concretos* (SILVA, 2012, p. 413); *c) no recurso de uniformização de jurisprudência (artigo 763 et seq. do Código de Processo Civil)*: neste caso, as partes envolvidas no processo podem interpor recurso para o pleno das secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça no caso de o Supremo proferir acórdão que esteja em contradição com outro anteriormente proferido pelo mesmo Tribunal, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de Direito. Este recurso deve ser interposto no prazo de 30 dias a contar do trânsito da segunda decisão e, outrossim, não será admitido se a orientação perfilhada no acórdão recorrido estiver de acordo com jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça. Segundo Paula Costa e Silva, contudo, esta uniformização da jurisprudência não deve ser compreendida no contexto de uma formação de precedentes vinculantes, dado que, segundo a autora, “[...] nel sistema portoghese non si può però attribuire un effetto di tale natura a questo tipo de decisione” (SILVA, 2012, p. 421). Assim, o Tribunal inferior pode, de fato, assumir decisões contrastantes e a Suprema Corte pode mudar a própria orientação, ainda que tenha se consagrado em uma pronúncia de jurisprudência uniformizada (SILVA, 2012, p. 422). Está-se, portanto, diante da edificação de um *precedente meramente persuasivo*, que, mesmo que na prática acabe por contribuir para o enrijecimento do sistema, deve ser compreendido e defendido num viés substancialmente recomendatório. Em conclusão, *constata-se que, no atual sistema português, a vinculatividade judicial encontra-se presente apenas na fiscalização abstrata e concreta de constitucionalidade (está após o julgamento dos 3 casos), já que, no caso do recurso de uniformização de jurisprudência, embora possa aparentar que seja composto de uma austeridade, não se aproxima nem de perto do antigo instituto dos assentos.*

²⁴ Cfr. SILVA, Paula Costa e – L’uniformazione della giurisprudenza nel diritto portoghese. *Rivista di diritto processuale*, ano 68, número 2 (2012), p. 412: “Tale decisione dichiarò, con forza vincolante erga omnes, l’incostituzionalità del suddetto istituto per violazione dell’articolo 115 della Costituzione portoghese, nel quale erano indicate le fonti del diritto. Agli assentos era stata infatti riconosciuta forza normativa dalla legge ordinaria, ma gli stessi assentos non erano inclusi nel catalogo delle fonti del diritto di cui all’articolo 115 della Costituzione”.

²⁵ Trecho do Acórdão nº 810/93

5 A VINCULATIVIDADE JUDICIAL E A INDEPENDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

Após tratarmos detidamente sobre a vinculatividade em ambos os subsistemas que compõem a família jurídica ocidental, inclusive valendo-nos das experiências brasileira e portuguesa, neste último ponto, de maneira sucinta, versaremos sobre tudo o que fora apresentado e, ao final, apontaremos qual acreditamos ser a melhor forma de relacionar a vinculatividade judicial com o princípio da independência dos magistrados.

Primeiramente, tratemos sobre a vinculatividade no sistema anglo-saxônico. Neste sistema, como já abordado anteriormente, a vinculatividade que se faz presente é a judicial, uma vez que, embora a lei tenha, de fato, primazia quando existente, é o precedente a fonte jurídica primária mais significativa. Quanto à independência dos Tribunais, consignou-se, oportunamente, que esta não se faz plenamente mitigada, embora muitos considerem a força obrigatória dos precedentes neste subsistema, posto que estes, na realidade, são deveras reconhecidos com uma força tão somente considerável. As técnicas do *distinguishing* e o *overruling* auxiliam, neste diapasão, tendo em vista que elas permitem que o Direito se adéque à realidade circundante, bem como proporcionam saídas que permitem ao juiz manter sua independência funcional. Esta parece ser uma forma interessante de relacionar a vinculatividade judicial com a independência dos Tribunais, dado que é permitido ao juiz afastar um precedente ou até mesmo superá-lo quando, de fato, achar adequado e necessário. Ocorre, contudo, que, no caso do sistema romano-germânico, por questões históricas e culturais, isto acaba por não funcionar da mesma forma, embora se procedam transplantes constantemente, tendo em vista que estes, em virtude das codificações, acabam por enrijecer o sistema e/ou dar um indevido superpoder aos magistrados. Por este motivo, a nosso ver, esta é uma realidade que precisa ser depurada e introduzida com cautela num ordenamento jurídico codificado, pois, caso contrário, sua entrada abrupta pode, como se constata, trazer caminhos indesejados e soluções trágicas.

Passemos agora ao sistema romano-germânico. Trataremos, primeiramente, da *realidade brasileira*. Como se pôde constatar, do CPC/1973 ao CPC/2015 tivemos um efetivo transplante do modelo de precedentes vinculativos da *common law*, um aumento dos mecanismos que defendem uma força expressiva dos precedentes na criação do Direito e, por consequência, uma ainda maior presença da vinculatividade judicial. Diferentemente, contudo, do subsistema da *common law*, o modelo brasileiro, além de dotar ainda de uma maior força aos precedentes, também acaba por enrijecer o sistema com diversos mecanismos que, diferentemente do originário sistema inglês, põe amarras e desrespeita de forma contumaz o princípio da independência dos Tribunais (é o caso das súmulas vinculantes, por exemplo). Assim, o modelo brasileiro não conduz para uma boa relação entre a vinculatividade judicial e a independência dos Tribunais, uma vez que, além de transplantar por completo a doutrina dos precedentes vinculativos, acaba por restar composto de outros mecanismos que ferem e muito a criatividade e a percepção imaginativa do magistrado.

Por último, trataremos da *realidade portuguesa*. Conforme referimos anteriormente, a vinculatividade judicial presente nesta experiência jurídica é mitigada, tendo em vista que, tirando a força obrigatória geral presente na fiscalização abstrata e concreta de constitucionalidade, não há outros mecanismos que permitam no ordenamento jurídico lusitano reconhecer o precedente como obrigatório. Embora o recurso de uniformização de jurisprudência possa aparentar concluir que aí poderia se instar uma vinculatividade massiva, esta, contudo, não deve ser assim reconhecida, tendo em vista que, após a declaração da inconstitucionalidade dos assentos, não mais se permitiu no sistema português que outro instituto fosse estabelecido para trazer rigidez ao sistema. Por este motivo consideramos que a realidade portuguesa, de fato, aponta para a melhor relação entre a vinculatividade judicial e o princípio da independência dos Tribunais, pois não impede as percepções imaginativas, auxilia numa argumentação mais crítica e conduz, certamente, a decisões mais parcimoniosamente justas. Sem dúvida, o recurso de uniformização de jurisprudência faz-se necessário para que a jurisprudência qualificada mantenha-se vívida, conservada e detenha um espaço permanente, mas não pode ele servir para cegar a justiça que tanto necessita assentar-se alerta e com os olhos bem abertos.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa ora realizada tratou de identificar a melhor a relação entre a vinculatividade judicial e o princípio da independência dos Tribunais.

Inicialmente, abordou-se sobre a vinculatividade (*the binding element*) nos subsistemas anglo-saxônico e romano-germânico, dando ênfase a sua relação com a via judicial. Na sequência, versou-se sobre a vinculatividade nas realidades brasileira e portuguesa. Por fim, tratou-se sobre a vinculatividade judicial e a sua relação com o princípio da independência dos Tribunais.

Com a pesquisa realizada foi possível concluir que: a) a vinculatividade está presente, embora com particularidades distintas, nos dois subsistemas que compõem a família jurídica ocidental; b) no subsistema anglo-saxônico, embora tenhamos diferenças entre os países que dele fazem parte, a vinculatividade, por uma questão histórico-cultural, não gera preocupações, tendo em vista que funciona aparentemente de maneira adequada; c) no subsistema romano-germânico, por sua vez, a vinculatividade judicial acarreta inquietações, uma vez que ela tem sido inserida gradualmente, sem, contudo, estabelecer um bom convívio com o sistema jurídico compilado; d) embora o CPC/15 tenha introduzido mecanismos que conduziram o sistema jurídico brasileiro a uma nova realidade que conjuga efetivamente o sistema codificado com a doutrina de precedentes vinculativos, resta dúvida se esta sintonia conseguirá ser compreendida pelo operadores do Direito, mormente os magistrados, e isso, em consequência, reflita num eficaz e harmônico processo hermenêutico; e) entre todas as realidades apresentadas, concluiu-se que a melhor relação entre a vinculatividade judicial e o princípio da independência dos Tribunais, resta estabelecida no modelo português, dado que ela permite ao magistrado uma ampliação de sua percepção imaginativa e, por consequência, auxilia na formação de um Direito mais coerente. Desse modo, *confirma-se* a hipótese formulada inicialmente na introdução deste artigo.

Considerando os levantamentos bibliográficos realizados, pode-se constatar que esta pesquisa atingiu seu objetivo geral, pois conseguiu, por meio de uma sólida linha argumentativa, revelar a melhor relação entre a vinculatividade judicial e o princípio da independência dos tribunais.

7 REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. *As razões de direito: teoria da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. Título original: *las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*.
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 9-52. 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. O direito judiciário lusitano: os assentos da casa da suplicação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 111, p. 19-29. 2016.
- CROCE, Marco. Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale. *Contratto e impresa*, v. 22, fascicolo 4/5, p. 1.114-1.162, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2011.
- JERÓNIMO, Patrícia. *Lições de direito comparado*. Braga: Elsa Uminho, 2015.
- MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. 2012. Tese (de Doutorado) –mento. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- NAVARRO, María Amalia Amaya. Jueces ejemplares. *A medio camino: intertextos entre la literatura y el derecho*. Diego Falconi (ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- NEVES, Alfredo Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SILVA, Paula Costa e. L'uniformazione della giurisprudenza nel diritto portoghese. *Rivista di diritto processuale*, ano 68, n. 2, p. 409-423, 2012.
- SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de los precedentes. *Isonomía*, n. 21, p. 217-251, 2004.
- SOLUM, Lawrence B. As virtudes e os defeitos de um juiz: um guia aristotélico para o recrutamento de juízes. *Revista Julgar*, n. 7, p. 11-31, 2009.

- STRÄTZ, Murilo. Precedentes vinculante à brasileira? *Revista Teoria Jurídica Contemporânea*, vol. 1, n. 2, p. 272-305, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva a Common Law! *Conjur.2013*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em: 19 jan. 2019.
- TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, p. 1-15, 2014.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, vol. 172, p. 121-153, 2009.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A modernização do direito civil e as cláusulas gerais. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª região*, v. 10/11, p. 36-52, 2008.

UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E DIVERSIDADE CULTURAL: O Diálogo Intercultural Como Meio de Preservação da Identidade e Autonomia dos Povos Indígenas

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.21-36>

Recebido em: 19/3/2019

Modificações requeridas em: 21/6/2019

Aceito em: 29/9/2019

Angela Jank Calixto

Doutoranda em Direito pela USP – Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela UFMS – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Segunda vice-presidente da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito. Assistente editorial da Revista Direito UFMS. Analista Judiciário do TJMS. <http://lattes.cnpq.br/4494411388014641>. angelajcalixto@gmail.com

Luciani Coimbra de Carvalho

Doutora e mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Professora-adjunta da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS, Mato Grosso do Sul (Brasil). <http://lattes.cnpq.br/5525412512514279>. lucianicoimbra@hotmail.com

RESUMO

A afirmação da universalidade dos direitos humanos depende necessariamente da observância da diversidade cultural existente. No âmbito local, destaca-se que o reconhecimento da identidade cultural dos povos indígenas constitui questão de essencial importância para se assegurar referida diversidade e para o estabelecimento de uma relação harmoniosa entre direitos humanos e o direito costumeiro indígena. Diante, no entanto, da tensão existente entre algumas práticas tradicionais indígenas e direitos humanos, constata-se a necessidade de adoção de uma postura dialógica pelos tribunais internacionais e estatais com as comunidades locais, para superar a resistência à aceitação da diversidade cultural indígena. Ante a relevância de se identificar o diálogo como meio para a construção de um universalismo consciente das diferenças, procura-se com este trabalho, por meio de uma pesquisa qualitativa e da adoção do método dedutivo, delimitar como o diálogo intercultural tem se firmado na América Latina por meio da atuação de Cortes Constitucionais e demonstrar os rumos para a coexistência do Direito Estatal e Internacional com o Direito local das comunidades indígenas. Conclui-se que, apesar dos avanços, a defesa da universalidade e transculturalidade dos direitos humanos ainda necessita passar por um longo processo, com as Cortes nacionais e internacionais de Justiça possuindo papel relevante na harmonização de interesses.

Palavras-chave: Direitos humanos. Diversidade cultural. Diálogo intercultural. Povos indígenas.

UNIVERSALITY OF HUMAN RIGHTS AND CULTURAL DIVERSITY: INTERCULTURAL DIALOGUE AS A WAY TO PRESERVE THE IDENTITY AND AUTONOMY OF THE INDIGENOUS PEOPLES

ABSTRACT

The possibility of stating that human rights are universal necessarily depends on the observance of the existing cultural diversity. At the local level, it should be noted that in order to ensure such diversity and to establish a harmonious relationship between human rights and indigenous customary law, the recognition of the cultural identity of indigenous peoples is a matter of fundamental importance. However, due to the tension between some traditional indigenous practices and human rights law, it is necessary that international and state courts adopt a dialogical attitude with local communities, as a way to overcome the resistance to the acceptance of indigenous cultural diversity. In view of the importance of identifying dialogue as a means for the construction of a universalism characterized by being conscious of the differences, it is sought through this paper to delineate, by a qualitative research and the adoption of the deductive method, how intercultural dialogue has been established in Latin America through the performance of Constitutional Courts and to demonstrate the path for the coexistence of state and international law with the local law of indigenous communities. It is concluded that, despite advances, the defense of the universality and transculturality of human rights still needs to go through a long process, the national and international courts of justice having a relevant role in the harmonization of interests.

Keywords: Human rights. Cultural diversity. Intercultural dialogue. Indigenous peoples.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O Processo de Construção dos Direitos Humanos Como Direitos Universais e a Questão do Relativismo Cultural. 3 Diálogos Interculturais e o Processo de Construção de um Universalismo Consciente das Diferenças. 4 Povos Indígenas e Diversidade Cultural: O Papel das Cortes na Garantia da Coexistência e Respeito à Identidade Cultural na América Latina. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

No debate contemporâneo acerca de direitos humanos, a questão da universalidade desses direitos e sua aplicabilidade irrestrita a todos os distintos povos e culturas que constituem a comunidade global possui especial relevância. Em que pese a afirmação de que o longo processo de luta pela proteção, no cenário internacional, de alguns direitos inerentes a toda e qualquer pessoa levou ao reconhecimento da universalidade dos direitos proclamados a partir da Declaração de Direitos Humanos de 1948, até hoje evidenciam-se controvérsias e discussões acerca da possibilidade de caracterizar tais direitos como universais, destacando-se, nesse sentido, as críticas apresentadas por Boaventura de Sousa Santos (2003).

A ausência de consideração das peculiaridades locais e culturais no processo de construção dos direitos humanos levou ao surgimento de movimentos de resistência à pretensão da comunidade internacional de impor a todos os países os valores morais estabelecidos na Declaração de 1948. Surgidos a partir da ideia de relativismo moral, o qual se contrapõe totalmente ao universalismo dos direitos humanos, esses movimentos têm se desenvolvido sob a influência da ideia da necessidade de estabelecimento de uma relação dialógica entre distintos povos, para que seja possível a formação de um universalismo de confluência que considera as peculiaridades locais no processo de construção de direitos.

Entre os movimentos emancipatórios, um de grande relevância, sobretudo na América Latina, diz respeito à luta pelo respeito do direito das comunidades indígenas a sua autonomia e à preservação de sua identidade cultural. Apesar de o direito à diversidade cultural ter tido pouco espaço nas normas internacionais de direitos humanos e de os povos indígenas terem a princípio sido excluídos do processo de construção de tais direitos, atualmente se reconhece o direito à diferença, admitindo-se a necessidade de respeito às tradições e ao direito costumeiro indígena como forma de garantia da coexistência entre os povos tradicionais e a cultura dominante de determinada sociedade.

A despeito de tal reconhecimento, contudo, as tensões entre o direito costumeiro indígena e os direitos humanos são uma constante, sobretudo em razão de os valores essenciais de cada ordem surgirem de experiências históricas muito diversas. Assim, exige-se o contínuo esforço dos tribunais internacionais e estatais em adotar uma postura dialógica com as comunidades tradicionais na análise de casos concretos submetidos a sua apreciação, para que ao mesmo tempo em que se procure garantir que não haja o total desrespeito às normas de direitos humanos reconhecidas no cenário internacional, busque-se garantir o respeito à diversidade e à coexistência.

Denota-se, entretanto, que em que pese a imprescindibilidade do estabelecimento de um diálogo, uma interação, entre os diversos níveis de proteção dos direitos humanos para a construção de um universalismo consciente das diferenças, ainda há grande resistência na promoção dessa articulação, diante da não aceitação da diversidade cultural e da conseqüente ingerência estatal no Direito local. Tal resistência cria óbices ao pleno desenvolvimento do direito à diversidade, impede a caracterização dos direitos humanos como universais e possui a capacidade de levar à aniquilação de culturas inteiras.

Assim, diante de tal problemática e da ausência de delimitação precisa dos contornos do diálogo entre culturas, torna-se necessário evidenciar a possibilidade de seu estabelecimento e demonstrar como essas interações têm ocorrido no âmbito da América Latina por meio das diferentes Cortes de Justiça, para que a partir do exemplo de algumas Cortes Constitucionais da região promovam a articulação necessária com as comunidades indígenas para a integral proteção dos direitos humanos, aqui incluído o direito à diversidade cultural. Nesse sentido, objetiva-se com este trabalho identificar como o diálogo tem se firmado na América Latina, demonstrando a plausibilidade de coexistência do Direito Estatal e Internacional com o direito local das comunidades indígenas, sem que essa coexistência afronte a proteção conferida pela comunidade internacional aos direitos humanos.

Para tanto, a partir de uma pesquisa qualitativa, de cunho bibliográfico e documental (GIL, 2002), e por meio da adoção do método dedutivo, em um primeiro momento será analisado o surgimento do embate entre o universalismo dos direitos humanos e a necessidade de relativização desses direitos, para, em um segundo momento, demonstrar como é possível, por meio do diálogo intercultural, a construção de um universalismo de confluência, o qual leva em consideração a diversidade cultural no processo de construção do Direito. Por fim, adentrar-se-á mais especificamente no tema, uma vez que será analisada a questão indígena,

demonstrando como a relação dialógica tem sido estabelecida na América Latina a partir da atuação de Cortes Constitucionais, como forma de garantia da coexistência e do respeito à autonomia e identidade cultural indígena, sem que com isso haja o completo abandono da posição universalista dos direitos humanos.

2 O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO DIREITOS UNIVERSAIS E A QUESTÃO DO RELATIVISMO CULTURAL

No estudo da proteção conferida aos direitos humanos no cenário global, observa-se que tais direitos são identificados por uma característica considerada de essencial importância, qual seja, sua universalidade, consistente, segundo Ramos (2014, p. 82), na possibilidade de sua atribuição “a todos os seres humanos, não importando nenhuma outra qualidade adicional, como nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, entre outras”. Ante a importância que a integral tutela dos direitos humanos tem adquirido para a comunidade global, referidos direitos são assim caracterizados em razão de serem concebidos como inerentes ao homem, como valores anteriores e superiores a qualquer Estado ou forma de organização social, sua titularidade derivando da mera condição de pessoa (TRINDADE, 2007).

Aponta Iovane (2007) que a referência à universalidade dos direitos humanos remonta ao início da formação de teorias do Direito Natural no século 17, ante a influência da filosofia iluminista, que assumia a noção de que todos os seres humanos são iguais e nascem com alguns direitos inalienáveis.¹ Diante da igualdade abstrata afirmada no período, igualdade essa que constitui noção básica da doutrina liberal clássica dos direitos humanos, reconheceu-se pela primeira vez que os direitos são válidos em qualquer local, independentemente da cultura particular e do local de nascimento.

A dignidade da pessoa humana, para essa concepção, partindo de uma *individualistic approach* característica da tradição liberal, relacionava-se estritamente com a autonomia individual da pessoa, não dependendo de sua condição como membro de uma comunidade ou de um grupo social, de modo que bastava que a cada indivíduo fosse garantido o direito individual de perseguir seu próprio direito subjetivo, sem interferência do Estado e das instituições públicas, para que os direitos humanos fossem respeitados (IOVANE, 2007).

Em que pese, entretanto, a possibilidade de se identificar certa tendência à caracterização dos direitos humanos como direitos universais desde a Revolução Francesa, denota-se que a afirmação de sua universalidade possui vínculo indissociável com o processo de internacionalização de referidos direitos, iniciado com o surgimento do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho e consolidado na segunda metade do século 20, processo esse decorrente da formação de ramo próprio do Direito Internacional destinado à tutela de tais direitos (qual seja, o Direito Internacional dos Direitos Humanos – DIDH).

Consoante apontado por Cançado Trindade (2007), a partir desse processo evolutivo os direitos humanos passam a ser definidos como materialmente universais em razão de se vislumbrar que eles decorrem da consciência jurídica universal, a qual reconhece e dá expressão concreta aos direitos inerentes a todo ser humano. Passa-se a reconhecer, assim, que os direitos humanos fundamentam-se, em última instância, na ética coletiva e na convicção largamente estabelecida na comunidade internacional de que a dignidade humana exige o respeito a certos bens e valores em quaisquer circunstâncias (COMPARATO, 2010).

Da mesma forma, passam eles a ser reconhecidos como direitos formalmente universais, em razão de o DIDH formar um *corpus juris* consolidado e aceito no cenário internacional que, a partir da positivação de garantias e direitos dos indivíduos, estabelece como propósito comum da comunidade internacional a proteção do indivíduo em toda e qualquer circunstância (CANÇADO TRINDADE, 2007).

¹ Dentre os filósofos iluministas que buscavam a fundamentação, justificação ou legitimação de normas e condutas vinculadas a princípios morais, destaca-se o pensamento de Immanuel Kant, cuja contribuição foi essencial para a noção de universalidade de alguns direitos humanos básicos. Em sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, o filósofo traz importante reflexão, ao voltar-se para o problema da moralidade humana e ao buscar relacioná-la ao Juízo Sintético *a priori* fundamental (o princípio supremo da moralidade ao qual toda ação deve submeter-se), qual seja, o imperativo categórico. O filósofo, na busca pela identificação de uma Filosofia Pura Moral, apoiada somente em sua parte formal e metafísica e extraída de si mesma de forma lógica e racional, tece considerações acerca da moralidade, concebendo a existência de leis universais morais que regem a ação humana de maneira necessária e universal, universalidade essa que é livre de condições empíricas históricas, sociais, psicológicas e antropológicas. Para o teórico, a razão fundamenta o imperativo categórico determinante da vontade humana e serve de lei universal, a qual pode variar seu conteúdo no espaço e no tempo, mas não no que se refere à atividade racional (KANT, 2007).

Nesse tocante, salienta-se que o marco da universalidade e inerência dos direitos humanos e de seu reconhecimento como formalmente universais foi a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, primeiro tratado de alcance universal que reconheceu os direitos fundamentais dos seres humanos e impôs o dever de os Estados assegurarem a dignidade e o valor de todos, dispondo bastar a condição humana para a titularidade de direitos (RAMOS, 2014). O conceito de universalidade, a partir da Declaração, é assim reconhecido como princípio fundamental dos direitos do homem, sendo percebido não apenas como um ideal a ser perseguido, mas também como um princípio de interpretação e de instituição (CASSIN, 1951).

Iniciado o processo de internacionalização e conseqüente universalização dos direitos humanos a partir da Declaração de 1948, este se consolidou com a posterior expansão da produção normativa internacional em prol dos direitos humanos (declarações, convenções, pactos, tratados, etc.) e com a criação de mecanismos de fiscalização de possíveis violações e de responsabilização dos Estados e indivíduos que cometem tais violações (DIMOULIS, 2014). A intensa produção de documentos internacionais e regionais contribuiu, dessa forma, para o desenvolvimento da ideia de que os direitos humanos possuem caráter universal, uma vez que, com a formação de um complexo aparato de proteção jurídica global dos direitos humanos, “afirmou-se inequivocadamente a *legitimidade* da preocupação de toda a comunidade internacional com a promoção e a proteção dos direitos humanos em todo o mundo (obrigação *erga omnes* de proteção), – que impulsionou o processo de *universalização* dos direitos humanos” (CANÇADO TRINDADE, 2007, p. 217).

Frisa-se que a universalidade dos direitos humanos é reafirmada em uma série de documentos de essencial importância no que diz respeito à proteção de direitos humanos, como na Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), destacando-se sua reiteração, ainda, na *Proclamação de Teerã*, emitida na 1ª Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU, em 1968, e na Declaração de Viena de 1993, na qual a concepção individualista da dignidade humana permeia todo o preâmbulo da Declaração e encontra-se evidenciada em seus artigos 1º e 5º. Nesses documentos, a universalidade abstrata dos direitos humanos é ressaltada, apontando-se que basta a condição de pessoa para a aplicabilidade das normas internacionais de direitos humanos (IOVANE, 2007).

Desde a década de 60, entretanto, essa noção de universalidade passou a ser desafiada, ante a evolução da doutrina do relativismo cultural, a qual preconiza que os valores são confinados a certos tempos e lugares e a percepções, sociedades e culturas particulares, sendo eles, pois, estritamente dependentes do contexto social, cada cultura possuindo uma interpretação própria acerca dos direitos humanos (MAZZUOLI, 2015).

Nesse sentido, segundo os defensores dessa doutrina, apesar de a Declaração de Direitos Humanos de 1948 e os instrumentos internacionais posteriores declararem os direitos humanos como universais, tais instrumentos, na realidade, apenas se referem a tentativas de descrever como universais uma particular concepção de direitos humanos, baseada no liberalismo político, no individualismo e na maior importância concedida aos direitos civis e políticos em detrimento dos direitos econômicos, sociais e culturais (GOMEZ ISA, 2014).

A presença de apenas pressupostos ocidentais na criação e construção da concepção contemporânea de direitos humanos é muito bem esclarecida por Boaventura de Sousa Santos (2003), o qual salienta que o conjunto de valores defendidos a partir da Declaração de 1948 é muito facilmente distinguível de outras concepções de dignidade humana defendidas por outras culturas. Como pontua o autor, isso é verificável, sobretudo, diante do fato de tais valores deterem conotação essencialmente individual, em detrimento do coletivo, de serem concebidos como superiores aos valores defendidos em outras realidades e de a Declaração de 1948 ter sido elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo, deixando, como frisa Gomez Isa (2014), de considerar as realidades locais e os diferentes meios de proteção da dignidade da pessoa humana nessas localidades.

Nesta percepção, os direitos humanos, da forma como concebidos pela comunidade internacional, decorreriam não de um processo de globalização contra-hegemônica ou *bottom up*, mas sim de uma espécie de globalização hegemônica ou *top down*, imposto pela sociedade ocidental ao restante do globo, sem considerar, e até mesmo marginalizando, as particularidades de cada cultura (SANTOS, 2003). Diante de tal constatação, o autor salienta que em que pese o fato de na atualidade ser possível se evidenciar o progressivo surgimento de movimentos contra-hegemônicos destinados à elaboração de uma concepção de direitos humanos que de certa forma leve em consideração as minorias, ainda assim constata-se que em muitos aspectos os

direitos humanos ditos “universais” não dizem respeito a uma cultura global, mas sim se referem a direitos impostos por uma parcela da comunidade global sobre as demais, que procura universalizar seus valores máximos em detrimento daqueles de outros povos, induzindo, nas palavras de Mazzuoli (2015), a progressiva destruição da diversidade.

Ante tal percepção, surgiram variadas críticas à concepção universal de direitos humanos. Como bem resume Érica de Souza Pessanha Peixoto (2007), defende-se a impossibilidade de um universalismo em razão de diversos fatores, como as constatações de que a noção de direitos inerentes ao homem contrapõe-se à noção de deveres proclamados por muitos povos; a visão universal é eminentemente antropocêntrica, o que não é compartilhado por outras culturas; o universalismo analisa um homem descontextualizado, ignorando que este se define por seus particularismos; a proteção dos direitos humanos acaba sendo utilizada de forma vinculada a interesses políticos e econômicos; não houve a adesão formal, por muitos Estados, a alguns tratados de direitos humanos.

Diante de tais constatações, a crítica relativista passa, então, a permear a discussão acerca da afirmação da universalidade dos direitos humanos, trazendo importante contribuição ao ressaltar a necessidade de cautela quanto à tendência de se afirmar uma ética universal de primazia de valores ocidentais, a qual, por vezes, mostra-se intolerante e desrespeitosa quanto às especificidades culturais (SANTOS, 2011). Surge a defesa da ideia, nessa percepção, de que os direitos humanos referem-se a direitos pertencentes não à cultura global, mas a uma cultura dominante específica, moralmente individualista e distante do contexto social e cultural, a qual busca universalizar sua visão de mundo em detrimento das sociedades que caracteristicamente relacionam a moral com cultura.

Do mesmo modo, entretanto, que os relativistas criticam os universalistas, estes também apresentam críticas ao relativismo cultural, salientando que tal primazia ao coletivo possibilitaria graves violações aos direitos dos indivíduos, a posição relativista revelando “o esforço de justificar graves casos de violações dos direitos humanos que, com base no sofisticado argumento do relativismo cultural, ficariam imunes ao controle da comunidade internacional” (PIOVESAN, 2013, p. 213).

É nesse contexto de embate entre a posição relativista e a posição universalista que surge a defesa do estabelecimento de um processo que não anula nenhuma das doutrinas e que ao mesmo tempo não aceita apenas uma ou outra em sua totalidade. Trata-se da defesa de ideias que tendem a afirmar a possibilidade de um universalismo de confluência, o qual, segundo Flávia Piovesan (2009), ao respeitar a diversidade cultural e afirmar a imprescindibilidade de participação das distintas culturas no processo de construção do Direito, possui o condão de assegurar a legitimidade do processo de criação de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção dos direitos da humanidade.

Denominada de distintos modos (universalismo de confluência, multiculturalismo, interculturalismo, transconstitucionalismo, diálogo intercultural, etc.), essa ideia, que será tratada no próximo tópico, considera que a universalidade apenas poderá ser construída por meio de uma relação dialógica, devendo ser tratada como um objetivo comum da humanidade e não como ponto de partida na determinação do fundamento dos direitos humanos.

3 DIÁLOGOS INTERCULTURAIS E O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DE UM UNIVERSALISMO CONSCIENTE DAS DIFERENÇAS

As condições para o surgimento dos direitos humanos na sociedade contemporânea invariavelmente relacionam-se a um dissenso estrutural, diante da pluralidade social e cultural e da conseqüente heterogeneidade de interesses e valores defendidos em cada sociedade. Diante disso, como argumenta Neves (2009), o estudo dos direitos humanos e da interpretação a eles conferida em cada sociedade é altamente complexo, as controvérsias surgindo justamente ante a possibilidade de uma pluralidade conflituosa de interpretações desses direitos, bem como diante do fato de algumas ordens normativas serem inclusive avessas à ideia de direitos humanos como direitos universais, como visto.

Ante a fragmentariedade cultural e a percepção de que uma cultura isolada não pode pretender impor-se sobre outras sociedades, surge o embate, no campo dos direitos humanos, acerca da possibilidade de se afirmar que estes são universais e, em sentido contrário, a imprescindibilidade de rejeição dessa universalidade, perante a magnitude das distinções culturais e a impossibilidade de se afirmar a existência de uma moral universal.

Ante a globalização da economia e da sociedade e a interdependência dela decorrente, contudo, defende-se que nem uma e nem outra tese possa ser concebida como resposta, visto que a mera imposição de determinados valores sobre uma sociedade não garante a legitimidade da proteção conferida pelos direitos humanos, do mesmo modo que a negação da existência dos direitos humanos e da interdependência entre distintas ordens possibilita o cometimento de atrocidades que não são aceitas pela comunidade internacional no geral.

Nesse cenário de fragmentariedade e interdependência, vislumbra-se que apenas por meio do reconhecimento do pluralismo e da necessidade de articulação de distintas concepções e culturas é possível que se concretize o objetivo visado pela comunidade internacional de se garantir a proteção dos indivíduos em âmbito local, nacional, regional, supranacional ou internacional (ACOSTA ALVARADO, 2015), ao mesmo tempo que se protege o direito à cultura, possibilitando a construção de um universalismo consciente das divergências culturais existentes (PIOVESAN, 2009).

Destaca-se, nesse sentido, o pensamento de Habermas (2003), o qual salienta que a adoção de uma postura universalista que se mostra preocupada em evitar falsas abstrações precisa, necessariamente, aproveitar discernimentos proporcionados pela teoria da comunicação.

O autor, em sua *Teoria do Agir Comunicativo*, explicita que o agir corresponde a um processo circular, em que o ator da comunicação é ao mesmo tempo iniciador de uma ação e produto das tradições nas quais se encontra, dos grupos solidários aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria (HABERMAS, 2012). Nesse sentido, partindo da constatação de que as interpretações de mundo variam de acordo com a realidade social e natural (com o mundo objetivo e social) em que determinado ator se encontra, o autor destaca ser necessário, para o estabelecimento de um processo de comunicação destinado à consolidação de entendimentos comuns, o afastamento de nossa visão egocêntrica do mundo e a consideração dos outros sujeitos existentes no processo de interpretação da realidade.²

Assim, consoante os ensinamentos de Habermas (2003), a mera afirmação da universalidade não pode ser validada à custa da constatação de que as sociedades e as concepções de direitos humanos são diferentes entre si, de modo que por mais que se exija a deferência moral de todos (indivíduos e Estados) que convivem em comunidade para seu próprio funcionamento, também se demanda a aceitação das potenciais diversidades existentes. Por conseguinte, “uma lei é válida no sentido moral quando pode ser aceita por todos, a partir da perspectiva de cada um” (HABERMAS, 2003, p. 44), posto que, uma teoria dos direitos, se entendida de forma adequada, jamais fecha os olhos para as diferenças culturais existentes.

Da mesma forma, importante é a contribuição de Amos Nascimento (2015), o qual, após discorrer acerca das ideias de John Rawls, Martha Nussbaum e Charles Taylor quanto à questão da universalidade dos direitos humanos, conclui que não obstante a pluralidade de perspectivas de mundo existentes é possível se chegar a tal ideia de universalidade, por meio de um processo por ele designado de *overlapping consensus* de diferentes perspectivas.

Nesse tocante, insta frisar que a ideia da necessidade de *overlapping consensus* encontra estrita relação com a noção de que os sistemas democráticos, como aponta Rawls (1987), são essencialmente caracterizados pela promoção de liberdades individuais básicas e, portanto, pelo pluralismo resultante da possibilidade da

² Habermas (2012) constrói um conceito de racionalidade que encontra seus fundamentos nos processos de comunicação intersubjetiva. Segundo sua visão, a ação comunicativa surge a partir da interação de no mínimo dois sujeitos que estabelecem relações interpessoais com o objetivo de alcançar uma compreensão sobre determinada situação, com o fim de coordenar suas ações por meio do entendimento comum. Nessa interação, ante a existência de uma correlação direta entre ação comunicativa e o mundo da vida, em qualquer processo de comunicação há a reprodução das estruturas simbólicas do mundo da vida (cultura, sociedade e pessoa), exigindo-se que os atores da comunicação procurem harmonizar internamente seus objetivos para consolidar um sistema entrelaçado, em que diferentes perspectivas de mundo são consideradas.

existência de doutrinas religiosas, filosóficas e morais diversas e até mesmo incompatíveis em um mesmo espaço. Assim, diante dessa pluralidade, a busca de um consenso por sobreposição de distintas concepções particulares torna-se uma exigência própria da Justiça e da unidade social.

Por meio da sobreposição das particularidades, com a inclusão de doutrinas e concepções conflitantes, possibilita-se adesão dos indivíduos a uma concepção geral sem que estes precisem abrir mão de suas concepções particulares, garantindo-se a coesão e estabilidade social necessárias em um contexto democrático (RAWLS, 1987). Baseando-se, pois, nesta perspectiva, Amos Nascimento (2015) defende que a ideia de universalidade apenas pode ser concebida como a soma consensual das diferentes perspectivas de mundo, dado que cada uma delas apenas retrata um fragmento da universalidade dos direitos, nenhuma delas sendo individualmente completa.

Isso posto, defende-se que os direitos humanos apenas podem ser considerados plenamente válidos quando passíveis de serem aceitos por todos, o que somente se torna possível com o respeito às diferenças e a articulação entre as distintas culturas na construção do Direito. Com o intercâmbio de culturas, ascendeu-se a um maior grau de percepção dos *outros*, das *outras* soluções, das *outras* moralidades, das *outras* legislações, percepção esta que nos leva a reavaliar nossas próprias crenças, a buscar ouvir o que o *outro* tem a nos ensinar. O motor expansivo dos direitos humanos e o que efetivamente fundamenta tais direitos advêm, pois, dessa percepção, consistente, na interpretação de Segato (2006), na ética da insatisfação que nos humaniza constantemente.

Como salienta Boaventura de Sousa Santos (2003), apenas por meio da consciência da incompletude de cada cultura é que é possível o diálogo necessário para a construção de uma política progressista de direitos humanos, a qual não desconsidera a legitimidade do Direito local. Torna-se necessário o reconhecimento, então, de que os valores defendidos por uma determinada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a cultura em si mesma, incompletude esta que somente é evidenciada, entretanto, a partir do intercâmbio e diálogo com o outro. O intercâmbio, dessa forma, possibilitaria a ampliação ao máximo da consciência da própria incompletude, constituindo pressuposto, assim, para o cosmopolitismo necessário para a construção dos direitos humanos.

Desta percepção, não é possível se falar em direitos humanos sem que haja um acolhimento das ideias formadas por distintos indivíduos, sociedades, culturas ou Estados e a aceitação da possibilidade de que os valores defendidos por diferentes povos sejam distintos, nenhum sendo superior ao outro, como forma de garantia da convivência. Exige-se, nessa perspectiva, o respeito à integralidade do outro, sua manifestação, a seu modo de ser e agir, a sua expressão cultural e religiosa (RECH, 2009). Reconhece-se o direito do outro de poder ser diferente, o que “implica numa educação para o escutar da voz diferente que brota de uma cultura também diferente que quer consolidar um diálogo na esfera da vida para que este seja verdadeiramente dialógico” (SIDEKUM, 2002, p. 78).

Assim, apenas por meio da interação e diálogo entre distintas culturas é que se torna possível o êxito no oferecimento de uma legítima proteção jurídica no cenário internacional. Isso porque, como aponta Gomez Isa (2014), para que o discurso de direitos humanos possa ser relevante em âmbito local, é necessário que ele esteja aberto à pluralidade existente e, em consequência, às diferentes culturas e valores de cada sociedade, de forma a tornar a proteção o mais localmente relevante possível.

Nessa concepção, recusa-se a universalidade apriorística da lógica da exclusão em nome dos direitos inatos do homem (CANDAUI, 2000), ao mesmo tempo que se recusa o relativismo cultural, o qual, segundo Krohling (2008), esquece que as culturas não são hermeticamente fechadas em si mesmas, mas sim que em distintos níveis interagem e comunicam-se com as demais. Pressupõe-se o contato, para que as diferentes culturas não permaneçam estanques, como postula o relativismo cultural, e para que as diferenças, como salienta Ana Keila Mosca Pinez (2010), não contrariem os valores de direitos humanos como forma de justificar a segregação.

Ante a interconexão direitos humanos e cultura, tem-se, como bem salientado por Sparemberger e Rangel (2013, p. 272), que “o momento é de reflexão, para poder visualizar-se um caminho que seja dialógico entre as mais diversas culturas, sem que se neguem mutuamente, o que implica a aceitação da diversidade e a compreensão da humanidade do ser”, sob pena de a não aceitação levar a maiores conflitos e, ainda, ao extermínio de culturas inteiras. Segundo essa perspectiva, que, consoante Taylor (1998), constitui-se como

condição para a própria sobrevivência das sociedades multiculturais, deve-se reconhecer que no processo de construção do Direito participa uma infinidade de culturas, todas detendo igual valor (GALINDO, 2004), a reciprocidade, a interface e a articulação coletiva revelando-se de essencial importância para a harmoniosa interação (KROHLING, 2008).

Assim, com a abertura à pluralidade e à diversidade e com o reconhecimento de que os direitos não são abstratos, mas sim necessariamente relativos e influenciados pelo contexto social (GOMEZ ISA, 2014), possibilita-se a elaboração de uma concepção mista de direitos humanos, a qual, ao invés de recorrer a falsos universalismos, organiza-se em uma amplitude de sentidos locais (SANTOS, 2003).

Frisa-se que tal articulação mostra-se necessária na atualidade, uma vez que os compromissos axiológicos assumidos pelos Estados na proteção do indivíduo e, concomitantemente, na proteção de seu direito à cultura, reclamam empenhos para que a tutela ocorra de forma legítima, com a participação de todos e sem a imposição da cultura dominante sobre as demais. Consiste, por outro lado, no desafio de respeitar as diferenças existentes e ao mesmo tempo de integrar os diferentes sistemas em uma unidade que não anule tais diferenças, mas que “ative o potencial criativo e vital da conexão entre diferentes agentes e entre seus respectivos contextos” (FLEURI, 2003, p. 497).

Diante de tais premissas, vislumbra-se a necessidade de uma abertura dos Estados ao pluralismo cultural, como forma de assegurar o respeito às culturas de todos os povos, sejam estes de outros Estados, seja dentro do próprio território nacional (indígenas, por exemplo). A relação entre os distintos ordenamentos, nessa perspectiva, deve se construir de forma conjunta, compartilhada e harmonizada, o que apenas ocorre por meio do reconhecimento mútuo da validade e legitimidade de todos os sistemas sociais, de todos os ordenamentos e de todas as culturas, sem reconhecer a superioridade de um sobre o outro (QUEIROZ, 2009).

É preciso notar, como destaca Amartya Sen (2000), que há mais inter-relações e mais influências culturais mútuas no mundo do que aqueles que se alarmam com a perspectiva da subversão cultural normalmente constatarem. Não obstante se vislumbre frequentemente a fragilidade de determinadas sociedades com culturas diferenciadas, não se deve subestimar nosso poder de aprender coisas com diferentes culturas sem sermos assoberbados pela experiência e sem impormos nossa própria concepção cultural a outras nações.

Nesse tocante, denota-se que a partir da aceitação da ideia de interdependência e necessidade de articulação, permite-se espaço para que as ordens locais, como é o caso das ordens indígenas, desenvolvam-se dentro de um Estado, mesmo que haja algumas divergências entre o que os povos tradicionais consideram de suma importância e o que o Estado defende e impõe como valores fundamentais da sociedade. Isso porque se rejeita a consideração de que o direito existente nas comunidades tradicionais refere-se a um direito primitivo e inferior, aceita-se que as condutas e ações desses povos devem ser levadas em consideração e se admite que o Estado e a comunidade internacional não possuem o monopólio das normas ou o monopólio da interpretação acerca dos direitos humanos.

Dessa forma, a abordagem intercultural, tal como apresentada, possibilita a sobrevivência das sociedades multiculturais, a partir do entendimento e conseqüente respeito a suas identidades culturais, criando condições para a formação de uma concepção de direitos humanos consciente das diferenças existentes.

4 POVOS INDÍGENAS E DIVERSIDADE CULTURAL:

O Papel das Cortes na Garantia da Coexistência e Respeito à Identidade Cultural na América Latina

Sob a bandeira do interculturalismo e da necessidade de estabelecimento de uma relação dialógica para o estabelecimento de um universalismo de confluência surgem diversos movimentos emancipatórios em defesa da preservação da diversidade cultural como forma de assegurar a integral proteção dos direitos humanos. Entre tais movimentos, caracterizados pela luta contra a supressão das identidades culturais pela globalização, um de essencial importância refere-se ao movimento de preservação das tradições e das culturas indígenas, movimento esse que exige a constante interação entre culturas para o respeito à autonomia e identidade indígenas e para que não haja a imposição da cultura nacional sobre a local.

Como referido, a realização da Justiça por meio do DIDH pressupõe que seja considerada a diversidade cultural existente, aqui incluídos os povos tradicionais. Nessa acepção, a criação de circunstâncias adequadas para o pleno desenvolvimento da cultura indígena, de forma a garantir a coexistência entre os povos tradicionais e a cultura dominante de determinada sociedade, constitui importante parâmetro para a realização da Justiça internacional.

No âmbito da América Latina, a questão da preservação da identidade cultural dos povos indígenas destaca-se como sendo de suma importância, seja em razão da quantidade de comunidades indígenas existentes na região, seja em razão do histórico de negligência da diversidade desses povos pelos Estados e pela ordem internacional no geral. A busca pela convergência a partir de um processo de interação, articulação entre a ordem estatal e a ordem indígena local e o respeito à diferença de valores defendidos por tais povos, constitui tarefa essencial, exigindo dos tribunais nacionais a adoção de uma postura dialógica e alteritária para que se assegurem aos povos indígenas os direitos humanos em sua integralidade, aqui incluído o direito à diversidade cultural.

Antes de buscar evidenciar de que forma a relação dialógica tem ocorrido na região, entretanto, é importante que se esclareça a evolução da proteção conferida à diversidade cultural do indígena no âmbito da proteção conferida pelo DIDH e pelos Estados da América Latina, como forma de evidenciar em que sentido essa proteção, hoje, deve ser assegurada pelos Estados na condução de suas políticas públicas e como forma de se vislumbrar a possibilidade e necessidade de estabelecimento de uma relação dialógica na região.

Nesse tocante, consoante mencionado por Iovane (2007), frisa-se que apesar de a princípio os direitos humanos serem concebidos como universais e independentes, havendo pouco espaço para diversidade, essa diversidade, hoje, é correntemente apresentada em uma série de resoluções internacionais. Há, assim, um reconhecimento internacional do igual valor de todas as culturas.

Com relação aos instrumentos mais importantes ao fortalecimento dos direitos dos povos indígenas no Direito Internacional, para além da proteção oferecida pelas normas internacionais de alcance geral e de proteção de minorias, lista-se a Convenção 107 da OIT, de 1957, destinada a garantir a proteção e integração da comunidade indígena e outras populações tribais ou semitribais em países independentes; a Convenção 169 da OIT, de 1989, relativa aos direitos de indígenas e tribos nos países independentes que substituiu a primeira; a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005), a qual, na visão de Kugelmann (2007), se constitui como a expressão mais proeminente da promoção da diversidade cultural em plano internacional, a partir do reconhecimento da diversidade cultural entre Estados e dentro destes como uma característica essencial da humanidade; e, por fim, a Declaração de Direitos dos Povos Indígenas, elaborada em 1993 e adotada pelo Conselho de Direitos Humanos em 2006, concebida como um passo necessário do Direito Internacional para a afirmação do direito dos indígenas de deterem uma identidade específica e para assegurar sua sobrevivência (GILBERT, 2007).

Tais documentos consagram o direito dos indivíduos e dos grupos culturalmente divergentes, incluídos os povos indígenas, ao exercício positivo de suas diferenças, questionando a universalidade dos direitos humanos ante a necessidade de respeito à diversidade cultural como forma de proteção à dignidade humana (GODINHO, 2010).

Apesar de não vinculante, a Declaração de Direitos dos Povos Indígenas utiliza-se de direitos previstos nos documentos anteriores para resumir os *standards* mínimos que são necessários para garantir à comunidade indígena sua integridade cultural e sua autonomia. As principais inovações foram o reconhecimento da personalidade jurídica dos povos indígenas, do direito à exigência tanto de direitos individuais como coletivos e do direito à autodeterminação, bem como a afirmação da igualdade dos indígenas a outros povos (GODINHO, 2008).

Desde o preâmbulo da Declaração evidencia-se uma mudança de perspectiva da comunidade internacional, a qual, após séculos de opressão e assimilação cultural, passa a afirmar a imprescindibilidade do estabelecimento de um diálogo dos Estados e da comunidade internacional com os povos indígenas, como forma de respeito a sua integridade e autonomia (GILBERT, 2007) e como forma de estabelecimento de uma relação mais harmoniosa e cooperativa entre Estados e os indígenas que ocupam parte do território estatal (GODI-

NHO, 2008). Reconhece-se, assim, que o direito indígena local e os direitos humanos proclamados em âmbito global coexistem e tangenciam-se no processo de busca pela construção de valores que possuem a capacidade de se caracterizarem como interculturais (GOMEZ ISA, 2014).

Ao estabelecer um balanço entre direitos individuais e coletivos, a Declaração ilustra que o reconhecimento de direitos coletivos não necessariamente leva à negação de direitos individuais (GILBERT, 2007). Tal fato configura um avanço na afirmação da existência de uma progressiva construção de direitos humanos que levam em consideração as particularidades locais e culturais, abrindo-se caminhos para a progressiva interação intercultural.

Da mesma forma que no cenário internacional, vislumbra-se que no âmbito do Direito doméstico dos Estados latino-americanos houve grandes alterações nas Constituições nacionais, para a inclusão de demandas indígenas. Apesar de os dispositivos constitucionais ainda adotarem uma posição universalista, denota-se que as modificações constitucionais abriram caminho para debates acerca da possibilidade de existência, dentro de um mesmo território, de um pluralismo jurídico, ou seja, de um cenário em que diferentes pessoas com variados sistemas legais e distintas concepções de justiça coexistem (GOMEZ ISA, 2014).

Apesar, contudo, da proteção legal tanto no cenário internacional quanto no âmbito nacional, observa-se que, na prática, o estabelecimento de uma relação dialógica, baseada na alteridade, no respeito, na impossibilidade de imposição de uma forma cultural sobre a outra, não é tarefa fácil. Como argumenta Godinho (2010), a tensão existente entre o Direito dos povos indígenas e o Direito Estatal e Internacional é bastante evidente, havendo inúmeras divergências entre os direitos coletivos e o direito costumeiro desses povos e direitos humanos, como ocorre em casos, por exemplo, em que as tradições indígenas preveem condutas de discriminação contra a mulher ou sanções de grave violação à integridade física dos infratores, hipóteses em que os Estados e a comunidade internacional detêm grandes dificuldades em aceitar a perpetuação dessas práticas pelas comunidades indígenas.

É em decorrência dessas tensões que se apresenta a necessidade de estabelecimento de uma constante relação dialógica entre o Direito indígena e a proteção de direitos humanos, como forma de se buscar uma harmonização entre o interesse de preservação da integridade cultural do grupo com os direitos humanos internacionais. Nessa relação, deve-se objetivar aferir, no caso concreto, o significado de determinada prática para a preservação da cultura do grupo, por meio da constatação da existência ou não de dissenso interno contra a prática, constatação essa que possibilitaria identificar se a prática é ou não fundamental para a identidade cultural do grupo (GODINHO, 2010).

Nesse tocante, o papel das Cortes Constitucionais é crucial na defesa da autonomia do Direito local contra a interferência das autoridades centrais,³ cabendo a elas o papel central de, na análise do caso concreto, verificar se as limitações à diversidade cultural são legítimas, sendo justificadas para a preservação do indivíduo contra abusos justificados por práticas culturais radicais, ou se não o são, ante a constatação de que a limitação implica ofensa à integridade coletiva da comunidade (IOVANE, 2007).

No contexto da América Latina, essa tendência dialógica faz-se notar na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e na jurisprudência de algumas Cortes Constitucionais dos países da região. Conforme referido por Iovane (2007), ante uma extensiva interpretação realizada por juízes e tribunais estatais e regionais, identifica-se uma série de julgamentos que vão além da tradicional *individualistic approach* adotada pelos tribunais no geral, para satisfazer o objetivo coletivo da diversidade cultural. Apesar de em pequena escala e de não ser realizado por todos os Estados, evidencia-se o desenvolvimento de um diálogo na região, a exemplo de algumas Cortes Constitucionais e da Corte IDH servir de base para as demais na busca pela coexistência do local com o estatal e o internacional.

³ Cumpre frisar que não se ignora o papel de outras instituições e agentes na condução de diálogos interculturais, na procura pela harmonização do direito estatal com o direito costumeiro das comunidades indígenas, como é o exemplo da atuação de grupos missionários no caso dos indígenas Suruwahá no Brasil. Neste caso, emblemático no Brasil, a tribo considerava uma maldição e uma ameaça ao bem-estar da tribo o nascimento de crianças com anomalias físicas, ilegítimas ou gêmeas, tendo por costume o infanticídio de tais crianças. Evidencia-se, contudo, que ante o diálogo estabelecido, houve mudanças na visão do mundo de tal tribo, a qual passou a repensar tal atitude (PINEZ, 2010). Salienta-se, contudo, que considerando os fins deste trabalho, no qual se visa a identificar a relação dialógica promovida pelas Cortes Constitucionais e Internacionais de Justiça no tocante à matéria, não se entrará no mérito de casos em que não houve a atuação de tais Cortes no processo de formação de um universalismo consciente das divergências.

Com relação à Corte IDH, salienta-se que esta, apesar de não julgar possível a invocação de manifestações culturais como forma de atentar contra valores reconhecidos universalmente como de observância obrigatória para o respeito a direitos fundamentais da pessoa humana, sendo contrária à doutrina do relativismo cultural, ressalta a importância de se conferir atenção especial à diversidade cultural, para que os direitos humanos sejam localmente relevantes e para que não haja a subsunção completa de um povo à cultura dominante (GOMEZ ISA, 2014).

Como exemplo disso destaca-se o caso *Awás Tingni x Nicarágua* (2001), considerado um marco decisivo no reconhecimento de direitos às comunidades tradicionais, posto que, a partir da “indigenização” de normas gerais de direitos humanos, garantiu o direito coletivo dos indígenas à propriedade de terras, em que pese apenas haver a previsão do direito individual à propriedade no Direito Internacional.

A Corte IDH, no caso, efetuou uma “interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos” para considerar que a proteção do direito à propriedade “compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no contexto da propriedade comunal”, ressaltando que, no caso dos indígenas há de se ter presente que “existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade”, devendo ser reconhecido que a terra se constitui como “base fundamental para suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica” (parágrafos 148 e 149). Nessa decisão, a qual foi reafirmada em diversas outras decisões da Corte IDH,⁴ a Corte IDH ressalta a possibilidade de adaptação dos direitos humanos em geral às especificidades dos grupos indígenas.

Do mesmo modo, temos o caso *Aloeboetoe y Otros vs. Suriname* (1991), em que a Corte IDH, na adoção de uma posição dialógica, recorreu ao direito costumeiro do grupo para reconhecer como legítima a prática da poligamia (a qual é proibida no Suriname), de modo a permitir a habilitação de um maior número de pessoas quando do pleito à indenização pela morte de alguns membros da comunidade.

Essas decisões, por reconhecerem a existência de direitos coletivos que devem ser assegurados às comunidades, como fator determinante para que não haja uma aniquilação cultural dos povos indígenas em razão da imposição da cultura dominante de um Estado sobre esses povos, têm servido de base para o desenvolvimento, na América Latina, de uma abordagem específica aos direitos humanos quando se trata de direitos dos povos indígenas (GILBERT, 2007), contribuindo para a progressiva construção de uma relação dialógica em que se asseguram os direitos da comunidade à preservação de sua identidade cultural.

Já no tocante às Cortes Constitucionais Latino-Americanas, insta observar que apesar de se vislumbrar a propensão para o estabelecimento de uma relação dialógica entre o local e o estatal e de se afirmar a imprescindibilidade de preservação da identidade cultural indígena pelos Estados, ainda há poucos julgados das Cortes Constitucionais de tais Estados em que efetivamente se evidencia a tentativa de se estabelecer uma relação dialógica entre o Direito Estatal e o Direito Local.

Denota-se que, no que diz respeito à preservação de direitos dos povos indígenas, as questões tratadas pelos Tribunais nacionais concentram-se basicamente no direito dos povos tradicionais à propriedade coletiva de suas terras e no reconhecimento da impossibilidade de exercício de atividades outras em tais terras que possam causar algum prejuízo à cultura e tradição indígenas. Há pouco enfrentamento de questões em que se vislumbram tensões entre o DIDH e o Direito costumeiro local.

⁴ A mesma abordagem foi aplicada, ainda, no caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005); no caso *Povo Saramaka vs. Suriname* (2007); no caso *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai* (2010); no caso *Kichwa de Sarayaku vs. Equador* (2012); no caso *Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Membros vs. Panamá* (2014); e no caso *Povo Indígena Xurucu e seus Membros vs. Brasil* (2017).

Após uma análise da jurisprudência de algumas Cortes Constitucionais da região,⁵ constatou-se que, para além da garantia do direito à propriedade coletiva, quase nenhuma Corte enfrentou casos relativos aos direitos dos povos indígenas e o contraste entre o Direito costumeiro e o Direito Estatal. Apenas a Corte Constitucional (CC) Colombiana e o Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) da Bolívia têm se mostrado pioneiros no processo de abertura da interpretação e prática de direitos humanos quando deparados com casos em que a visão de mundo de povos indígenas contrasta com direitos humanos, cabendo destacar alguns de seus julgados para que estes sirvam de parâmetro para as demais Cortes da região na busca pela coexistência entre o Direito indígena e o Direito Estatal e Internacional.

No tocante à CC Colombiana, denota-se que apesar de tal Corte ser cautelosa, uma vez que considera haver alguns direitos que não são passíveis de relativização em prol das diferenças culturais (a Corte lista como direitos que não são passíveis de relativização o direito à vida, a proibição da escravidão e a proibição da tortura), ela adota uma exemplar política de maximização da autonomia indígena e minimização das restrições, promovendo um diálogo entre o estatal e o local na busca pela coexistência de culturas em um mesmo território. Como afirma Gomez Isa (2014, p. 739), “os critérios aplicados pela Corte Constitucional constituem um progressivo e extremamente interessante mapa que busca prover diretrizes para a interpretação de direitos humanos universais a partir de uma perspectiva intercultural”.⁶

Como exemplos da conduta da CC Colombiana e de seus esforços em aceitar as diferentes visões de mundo e a possibilidade de as comunidades atuarem de forma diversa ao preconizado pela Constituição Colombiana e pelas normas internacionais de direitos humanos, cita-se o caso da comunidade *Embera-Chami*, em que a CC relativizou a proibição ao estabelecimento de trabalho forçado, legitimando este como forma de punição em substituição ao aprisionamento.⁷ Após um estudo das circunstâncias do caso, a Corte pôde evidenciar que essa forma de punição decorria da perspectiva da comunidade de que a punição é aplicada como forma de dissuadir outros da prática de crimes e não como retribuição à prática de algum delito. Levou-se em consideração, pois, as percepções da comunidade, sem lhe impor determinada forma de conduta, em respeito aos diferentes valores defendidos por aquela comunidade.

Do mesmo modo, outro caso de grande repercussão diz respeito à comunidade *Ika*, a qual impôs aos membros da comunidade uma proibição à prática coletiva e pública de uma religião evangélica dentro da reserva indígena, em total afronta, pois, ao direito à liberdade religiosa tutelado na esfera internacional. No caso, após analisar os reflexos que a liberdade religiosa traria para a cultura local e evidenciar que para aquela comunidade não havia como dissociar a vida comunitária de sua religiosidade, a religião constituindo fator de união do grupo (de modo que o exercício público de outra religião afetaria toda a comunidade), concluiu que efetivamente a proibição era justificada, uma vez que colocava em risco o direito fundamental da comunidade à diversidade cultural e a sua integridade.

Em tais casos é possível evidenciar a disposição da Corte Colombiana no estabelecimento de um diálogo e na busca pela garantia do direito das comunidades indígenas a sua integridade cultural e a sua autonomia, em que pese à primeira vista que a ação da comunidade em cada caso pareça constituir uma violação aos direitos humanos (GOMEZ ISA, 2014).

No mesmo sentido, o TCP enfrenta diretamente a questão indígena, de modo a assegurar o direito de autorrepresentação dos indígenas e a equiparação constitucional da justiça comunitária indígena com o Judiciário nacional, como estipulado na Constituição Boliviana. Exemplo de atuação no que diz respeito ao re-

⁵ Foi realizada uma pesquisa da jurisprudência produzida pelas Cortes Constitucionais Superiores da Bolívia, Peru, Venezuela, Colômbia, Chile e Brasil, países esses marcados pela forte presença de indígenas em seu território, tendo sido evidenciado que, apesar da existência de diversos casos julgados relativos ao direito de propriedade indígena, houve pouco enfrentamento de outras matérias referentes à tensão entre direitos humanos e as tradições culturais das comunidades indígenas. Destaca-se que entre as Cortes mencionadas, apenas se evidenciou a tentativa da Corte Constitucional Colombiana em estabelecer uma relação dialógica com as comunidades indígenas, tendo esta se pronunciado em diversos casos acerca da necessidade de respeito à diversidade cultural e da possibilidade de os direitos humanos serem aplicados de forma diversa para tais comunidades, em observância à cultura e à tradição indígenas.

⁶ No original: “*The criteria applied by the Constitutional Court constitute a progressive and extremely interesting road map that seeks to provide guidelines for interpreting universal human rights from an intercultural perspective*”.

⁷ Corte Constitucional de Colombia (C.C.) (Colombian Constitutional Court), Sentencia T-349/96, 8 Aug. 1996.

conhecimento dos direitos e da diversidade indígena, posto que abraça os valores da interculturalidade e da plurinacionalidade como premissas de interpretação constitucional, o TCP corresponde ao Tribunal com mais conflitos envolvendo direitos indígenas.

Evidencia-se a existência de diversos julgados nos quais se reconhece aos povos indígenas sua qualidade de sujeitos coletivos e seu direito de conservar seus costumes, instituições, tradições, práticas e sistemas jurídicos, e se reconhece a igualdade jurídica das culturas e o dever de estabelecimento de diálogos interculturais entre os distintos sistemas jurídicos existentes no território boliviano. Destaca-se, nesse sentido, o diálogo promovido pelo TCP nas sentenças de número 1419/2012, 0698/2013, 1617/2013, 0363/2014 e 1016/2015-S3, além de em outros julgados, nos quais se estabelecem as diretrizes de ação do Estado na condução de questões relacionadas a direitos indígenas e se fixa a necessidade de reconhecimento da autonomia e da identidade indígena.

Ainda, caso de essencial importância para elucidar a conferência de primazia ao direito e tradições indígenas pelo TCP refere-se ao caso 0295/2003, no qual o TCP, após analisar os costumes indígenas e ainda determinar a elaboração de um laudo sociológico para apurar se a exigência de realização de trabalho voluntário por todos os membros da comunidade indígena *minka* constituía questão de essencial importância para a cultura objeto de análise, decidiu ser plausível a imposição da obrigação a um casal que havia deixado de realizar os trabalhos de continuar realizando-os, sob pena de expulsão da comunidade. Do mesmo modo destaca-se a sentença 0006/2013, na qual o TCP acolheu a decisão da “Central Agrária do Cantão Província de Zongo Murillo do Departamento de La Paz”, representante de 30 comunidades indígenas, que determinou a expulsão de um minerador do território, em respeito aos princípios, valores, normas e procedimentos próprios das comunidades indígenas, no marco de sua jurisdição.

Ocorre, entretanto, que apesar da relativização dos direitos humanos em tais casos, ainda pairam dúvidas acerca de até que ponto essa relativização é aceitável, sem que se coloque em risco a ideia de uniformização da proteção conferida pelos direitos humanos. A posição predominante, nessas hipóteses, consiste na afirmação de que as diferenças culturais devem ser aceitas, sem a imposição do Direito Estatal, desde que a conduta não cause dano irreparável ao indivíduo, que a tradição se fundamente em práticas baseadas em crenças enraizadas pela sociedade e que referidas tradições sejam fruto de uma escolha genuína e autônoma dos indivíduos pertencentes à comunidade (IOVANE, 2007), ou seja, que não sejam práticas impostas ao indivíduo, sem que este tenha a liberdade de escolha.

Caso não se encontre presente quaisquer desses requisitos, legitima-se a atuação estatal no sentido de procurar, por meio do diálogo com a comunidade, garantir a cooperação dos povos indígenas para a aceitação de alguns valores considerados essenciais pela comunidade internacional. É o que ocorreu quando do julgamento de um caso submetido à CC Colombiana contra a comunidade U’wa,⁸ a qual tinha como prática abandonar crianças caso esses nascessem gêmeos ou tivessem alguma deficiência. Neste a CC, apesar de considerar a cultura da comunidade, considerou intransponível o direito à vida, reconhecendo a impossibilidade da prática pela comunidade. Na hipótese, por meio do contato com a cultura ocidental e de um longo processo de reflexão, a comunidade abandonou a prática, por ela mesma, após a intervenção estatal, em razão de considerar que seu não exercício não afetaria a vida comunitária e as tradições locais.

Da mesma maneira, é o que ocorreu em alguns casos submetidos ao TCP, como os casos 1422/2012 e 1624/2012, nos quais o Tribunal, após evidenciar que a expulsão de membros das comunidades pela autoridade indígena não constituía prática atrelada aos costumes e tradições próprias das comunidades em questão, determinou a reintegração dos membros à comunidade, ante a ofensa a direitos fundamentais destes.

Os julgados da CC, do TCP e da Corte IDH evidenciam a tentativa dos Tribunais em procurar estabelecer uma relação de aproximação com as comunidades tradicionais, servindo de parâmetro para que as demais Cortes também procurem, na análise de casos concretos, garantir a identidade, a autonomia e a diversidade cultural com as comunidades indígenas, em um processo de diálogo intercultural e respeito às diferenças. Ademais, também demonstram a possibilidade de coexistência do Direito Estatal e Internacional com o Direito local das comunidades indígenas, sem que essa coexistência afronte a proteção conferida pela comunidade

⁸ Corte Constitucional de Colombia (C.C.) (Colombian Constitutional Court), Sentencia T-030/00, 25 Jan. 2000.

internacional aos direitos humanos, uma vez que a relativização de direitos apenas é legitimada, como visto, em casos específicos e após intensas reflexões, para a preservação da diversidade e da integridade cultural indígenas.

A questão é de essencial importância para que não haja a aniquilação das culturas tradicionais e para a construção de um universalismo de confluência, objetivos esses apenas alcançáveis a partir da progressiva atuação das Cortes Constitucionais dos Estados Nacionais quando deparadas com casos concretos de tensão entre direitos humanos e o direito costumeiro local.

Devem ser adotadas, nesse sentido, políticas que protejam, estimulem e enriqueçam a identidade e o patrimônio cultural, bem como garantam o absoluto respeito e apreço pelas diferentes culturas (CAMPELLO; SANTIAGO; ANDRADE, 2018). Nesse contexto, com base no exemplo da CC Colombiana e do TCP Boliviano, a conduta da Corte Brasileira assim como das demais Cortes Constitucionais dos países da região deve ser no sentido de progressivamente estabelecer um diálogo entre o Direito Estatal e o local, para assim garantir a coexistência entre as diferentes ordens.

Exige-se uma conversação, um diálogo, uma aceitação da cultura tradicional, com o sopesamento das circunstâncias do caso concreto, nos mesmos moldes do realizado pela Corte IDH, pela CC da Colômbia e pelo TCP da Bolívia, para averiguar, no caso concreto, a possibilidade de relativização das normas de direitos humanos ou, aos poucos, sem a imposição rigorosa da ordem estatal sobre a local, demonstrar à comunidade a possibilidade de progressivamente deixar de realizar a prática, por afrontar os direitos humanos e não constituir prática que, se eliminada, acabará com a cultura e tradição da comunidade, condição essa necessária para a coexistência de culturas e para a progressiva construção de direitos humanos universais, os quais são conscientes das diferenças culturais.

5 CONCLUSÃO

A ideia da aplicabilidade geral dos direitos humanos a todos os países e a todos os povos a despeito de suas diferentes circunstâncias históricas, culturais e religiosas, tem sido objeto de uma amplitude de reações nas últimas décadas, sendo contestada por grupos e culturas à margem do processo de construção e positivação desses direitos no espaço internacional. As críticas fundamentam-se na constatação de que para que se possa afirmar a universalidade proclamada pela Declaração de Direitos Humanos de 1948 é necessário que estes direitos possuam o condão de serem localmente relevantes, o que seria possível apenas a partir da acomodação da pluralidade inerente aos contextos locais.

Nesse tocante, o reconhecimento de uma diversidade global de culturas marca definitivamente o Direito Internacional Contemporâneo, representando não apenas um desafio para a estrutura, interpretação e aplicação dos direitos humanos, mas também um objetivo a ser perseguido para que o respeito às divergências seja assegurado e para que se logre êxito na formação de um legítimo universalismo dos direitos humanos, que necessariamente leva em consideração as peculiaridades locais. Assim, atualmente, após um longo processo de luta pelo reconhecimento da diversidade como fator inerente à tutela dos direitos humanos, busca-se uma contextualização desses direitos, reconhecendo-se que a universalidade ditada pela comunidade internacional apenas possui o condão de ser alcançada por meio do estabelecimento de um sincero e aberto diálogo intercultural.

Destaca-se que o reconhecimento da autonomia e identidade cultural dos povos indígenas insere-se nesse contexto de luta pelo respeito à diversidade cultural e pela negação de um universalismo baseado em falsas premissas, constituindo assunto de especial relevância, sobretudo na América Latina, ante a elevada quantidade de povos indígenas na região. Com relação a tais povos, o processo de articulação e diálogo torna-se estritamente necessário para que haja o devido respeito às tradições e ao direito costumeiro dos povos indígenas e para que não haja a imposição da cultura dominante da sociedade a tais povos.

Na prática, contudo, o que se observa é que em razão da evidente tensão existente entre algumas tradições indígenas e os direitos humanos, o estabelecimento de uma relação dialógica não é tarefa fácil. É em decorrência de tais tensões que se vislumbra o grande papel das Cortes Nacionais e Internacionais em procurar estabelecer constante contato e interação com as comunidades indígenas, como forma de harmonizar os interesses de preservação da integridade cultural do grupo e de proteção do indivíduo pertencente à comunidade, em consonância com os direitos humanos tutelados na ordem internacional.

As Cortes têm o papel central de analisar, no caso concreto, se as limitações a alguns direitos humanos são justificáveis, como forma de garantia da preservação da identidade cultural ou, em sentido contrário, se não o são, caso em que se legitima a atuação estatal em prol da defesa do indivíduo. Essa constatação, entretanto, somente é possível a partir da adoção de uma postura dialógica, tal como efetuado pela Corte IDH, pela CC Colombiana e pelo TCP da Bolívia, as quais em diversos casos submetidos a sua apreciação procuraram identificar a legitimidade das práticas indígenas e, constatada essa, procuraram satisfazer o direito coletivo à diversidade cultural, mesmo com a limitação de alguns direitos fundamentais do indivíduo pertencente à comunidade.

No tocante às demais Cortes Constitucionais dos países da região, verifica-se que são poucos os julgados no mesmo sentido, tais Cortes limitando-se à discussão do direito dos povos indígenas à propriedade coletiva. A abertura constitucional desses países ao pluralismo, contudo, é evidente, fato que abre caminhos para o progressivo estabelecimento de uma relação dialógica entre o Direito Estatal e o local, no mesmo sentido em que efetuado pela Corte Colombiana, para assim garantir a coexistência entre as diferentes ordens.

Necessita-se, entretanto, de disposição política para seu estabelecimento, cada sociedade devendo abandonar preconceitos e crenças fixas para demonstrar a disposição, por meio do diálogo, à busca de uma convergente construção dos direitos humanos, de forma a assegurar a legitimidade do universalismo afirmado. Deve-se reconhecer que os direitos humanos ainda hoje não se encontram completamente construídos, havendo ainda um longo processo de luta para a afirmação da universalidade e transculturalidade desses direitos, luta essa que se inicia com o reconhecimento da pluralidade e diversidade.

6 REFERÊNCIAS

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Relações Internacionais) – Universidade Complutense de Madrid, Instituto Universitário de Investigación Ortega e Gasset, Madrid, 2015.
- CAMPELLO, Livia Gaigher; SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A valorização da identidade cultural como desafio à concretização do direito ao desenvolvimento. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, SP, v. 19, n. 18, p. 3-19, jan./abr. 2018.
- CANÇADO TRINDADE, Augusto. Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (org.). *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Ministério das Relações exteriores, 2007. p. 207-321.
- CANDAU, Vera M. Interculturalidade e educação escolar. In: CANDAU, Vera M. (org.). *Reinventar a escola*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 47-60.
- CASSIN, René. La déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme. In: *Recueil de Cours d'Academie de Droit International*, Tome 79, 1951 (II).
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FLEURI, Reinaldo Matias. Intercultura e Educação. *Revista Brasileira de Educação*, Santa Catarina, n. 23, p. 16-35, maio/ago. 2003.
- GALINDO, Bruno César Machado Torres. *Constituição e integração interestatal: defesa de uma teoria intercultural da constituição*. 2004. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.
- GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GILBERT, Jeremie. Indigenous rights in the making: the United Nations Declaration on the rights of indigenous peoples. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 14, p. 207-230, 2007.
- GODINHO, Fabiana de Oliveira. Diversidade cultural no Direito Internacional em um horizonte de justiça internacional. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 281-298.
- GODINHO, Fabiana de Oliveira. The United Nations Declaration on the rights of indigenous peoples and the protection of indigenous rights in Brazil. In: BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, R. (ed.). *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, v. 12, p. 247-286, 2008.

- GOMEZ ISA, Felipe. Cultural diversity, legal pluralism and human rights from an indigenous perspective: the approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 36, p. 722-755, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. Teoria da ação comunicativa, 2: sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy Editora, 2003. p. 67-82.
- IOVANE, Massimo. The universality of Human Rights and the international protection of cultural diversity: some theoretical and practical considerations. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 14, p. 231-262, 2007.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KROHLING, Aloísio. Os direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, ES, n. 3, p. 155-182, jul./dez. 2008.
- KUGELMANN, Dieter. The protection of minorities and indigenous peoples respecting cultural diversity. In: BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, R. (ed.). *Max Plank Yearbook of United Nations Law*. Leiden: Brill, 2007. p. 233-263. V. 11.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- NASCIMENTO, Amos. From plural worldviews to global human rights discourses: on multiculturalism, interculturalism, and the possibility of an overlapping consensus. *Revista Direito UFMS*, v. 1, n. 1, p. 7-26, jul./dez. 2015.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- PEIXOTO, Érica de Souza Pessanha. Universalismo e relativismo cultural. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, n. 10, p. 255-281, jun. 2007.
- PINEZ, Ana Keila Mosca. Infanticídio indígena, relativismo cultural e direitos humanos: elementos para reflexão. *Aurora: Revista de Arte, Mídia e Política*, v. 8, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. *Revista TST*, Brasília, v. 75, n. 1, p. 107-113, jan./mar 2009.
- QUEIROZ, Cristina. *Direito internacional e relações internacionais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RAWLS, John. The idea of an overlapping consensus. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 7, n. 1, p. 1-25, 1987.
- RECH, Vilma Tereza. *Pluralismo religioso: diálogo e alteridade no ensino religioso*. 2009. Dissertação (Mestrado em Teologia) – PUC-RS, Porto Alegre, 2009.
- SANTOS, Natália de França. O infanticídio indígena no Brasil: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural. *Derecho y Cambio Social*, v. 8, n. 25, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 427-462.
- SEGATO, Rita Laura. Antropologia e Direitos Humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. *Revista Mana*, v. 12, n. 1, p. 207-236, 2006.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SIDEKUM, Antônio. Multiculturalismo: desafios para a educação na América Latina. In: LAMPERT, Ernâni (org.). *Educação na América Latina: encontros e desencontros*. Pelotas: Educat, 2002. p. 77-96. V. 1.
- SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; RANGEL, Aline Luciane Lopes. Direitos Humanos: um olhar para a identidade, alteridade e novas concepções de cultura. In: LONDERO, Josirene Candido; BIRNFELD, Carlos André Hüning (org.). *Direitos sociais fundamentais: contributo interdisciplinar para a redefinição das garantias de efetividade*. Rio Grande do Sul: Editora da Furg, 2013. p. 245-275.
- TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

(IN)JUSTIÇA GLOBAL, (PÓS)(DE)COLONIALIDADE E JUÍZES TRANSFRONTEIRIÇOS

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.37-50>

Recebido em: 1º/3/2019

Modificações requeridas em: 22/7/2019

Aceito em: 18/8/2019

Cristiano Becker Isaia

Doutor e pós-doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor-adjunto lotado no Programa de Pós-Graduação em Direito e no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Professor-adjunto do curso de Direito da Universidade Franciscana. Professor da Antonio Meneghetti Faculdade. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil da Universidade Federal de Santa Maria (www.ufsm.br/neapro). Autor das obras *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica* (2011), *Processo civil e hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença liminar de mérito* (2012) e *Processo civil e hermenêutica: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar numa filosofia do processo* (2017). Advogado. <http://lattes.cnpq.br/1677439477708820> cbisaia@gmail.com

Andreia Momolli

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Juíza Federal Substituta, lotada na 1ª Vara Federal de Santa Maria. <http://lattes.cnpq.br/7350660047372303>. andreiamomolli@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo investiga as condições de possibilidade de o comércio transfronteiriço entre juízes ser fator de (pós)(de)colonialidade, promovendo justiça globalmente. Trata da (in)justiça global, a partir da explicitação das teorias de justiça de Rawls, o primeiro a tentar conciliar liberdade e igualdade e considerar o além-fronteiras dos Estados, e de Sen, crítico de Rawls quanto à concepção ideal de justiça, focado na promoção das liberdades reais. Relaciona-as aos estudos de Filosofia contemporânea acerca das injustiças globais, especificamente, de Pogge no que se refere à injustiça socioeconômica, de Honneth, Jouannet e Benhabib quanto à opressão da diversidade cultural e de identidade, e de Jouannet, Pahuja, Lorca, Dussel e Silva Santos no que tange à subalternização dos saberes e práticas político-jurídicas. Estuda a (pós)(de)colonialidade, revelando a tradução da colonialidade política em epistêmica, expondo as teorias pós-coloniais e decoloniais que pretendem esclarecer e minimizar o impacto da lógica colonial na produção do conhecimento, inclusive na construção do Direito. A partir disso, alerta para os riscos de o comércio transfronteiriço entre juízes, intercâmbios não vinculantes entre magistrados de diferentes Estados mobilizados por uma consciência crescente de um patrimônio democrático comum, perpetuar a lógica colonial. Incentiva que os juízes transfronteiriços realizem o comércio de decisões na condição instrumento de emancipação das populações das ex-colônias e de convivência cultural, dada a profundidade de fundamentação em temas de maior incidência no sul global e a indispensabilidade dos saberes locais para promoção da paz. O método de abordagem foi o dedutivo. O procedimento adotado foi de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Injustiças globais. Colonialidade. Comércio de decisões.

GLOBAL (IN)JUSTICE, (POST) (DE) COLONIALITY AND JUDGES CROSS-BORDER

ABSTRACT

The article investigates the conditions for the possibility of cross-border trade between judges to be a factor of (post) (de) coloniality, promoting justice globally. It deals with global (in) justice, starting from the explanation of Rawls's theory of justice, the first to attempt to reconcile liberty and equality and to consider the cross-border of states, and of Sen's theory of justice, a critic of Rawls's ideal conception of justice, focused on promoting real freedoms. It relates them to studies of contemporary philosophy about global injustices, specifically Pogge's regarding socioeconomic injustice, Honneth, Jouannet and Benhabib's oppression of cultural diversity and identity, and Jouannet's, Pahuja and Lorca's regarding the subordination of political-legal knowledge and practices. It studies (post) (de) coloniality, revealing the translation of political coloniality into epistemic, exposing postcolonial and decolonial theories that seek to clarify and minimize the impact of colonial logic on knowledge production, including the construction of Law. From this it warns of the risks that cross-border trade between judges, non-binding exchanges between magistrates of different states mobilized by a growing awareness of a common democratic heritage, will perpetuate the colonial logic. It encourages cross-border judges to trade in judgments as an instrument of emancipation of the populations of former colonies and of cultural coexistence, given the depth of grounding in issues of greater incidence in the Global South and the indispensability of local knowledge for the promotion of peace. The approach method was the deductive one. The procedure adopted was bibliographic research.

Keywords: Global injustices. Coloniality. Trade of decisions.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 (In)Justiça Global. 3 (Pós)(De)Colonialidade. 4 (Pós)(De)Colonialidade e o Comércio entre Juízes Transfronteiriços. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

As teorias liberais de Justiça Global desenvolvidas por Rawls, que inaugurou as tentativas de conciliação dos valores igualdade e liberdade (SANDEL, 2015), e Sen, que refutou o institucionalismo transcendental e pretendeu formular uma teoria da justiça atenta à vida que as pessoas podem viver de fato (SEN, 2011) são referências àqueles que pretendem investigar contemporaneamente a respeito das formas de (in)justiça global, quais sejam, desigualdade econômica, opressão da diversidade cultural e de identidade e subalternização dos saberes e práticas político-jurídicas (ANTONETTE; POZZATTI JUNIOR, 2018).

A injustiça socioeconômica é o tema de Pogge, que ampliou o pensamento de Rawls, propondo uma abordagem institucional no sentido global para interno (ANTONETTE; POZZATTI JUNIOR, 2018). O Direito Internacional do Desenvolvimento também refere-se às desigualdades econômicas e culminou na criação do Índice de Desenvolvimento Humano – o qual teve a colaboração de Sen¹ – como contraponto ao desenvolvimento economicista. A opressão da diversidade cultural e de identidade é estudada por Jouannet, que cunhou a expressão Direito Internacional do Reconhecimento, em 2012, propondo práticas, discursos e normas jurídicas baseadas no respeito do direito do outro (ANTONETTE; POZZATTI JUNIOR, 2018), por Honneth que, a partir das categorias de reconhecimento elencadas por Hegel, procurou apresentar uma justificação normativa para a positivação de pautas identitárias (HONNETH, 2003) e por Benhabib, que é quem dá ao direito dos outros uma dimensão jurídica cosmopolita (BENHABIB, 2004).

A subalternização dos saberes e práticas político-jurídicas diz respeito especialmente às práticas que perpetuam a colonialidade,² expressa inicialmente como política, exercida pela presença dos Estados europeus nas colônias, mas que se revela sobretudo epistêmica, marcando diferenças e produzindo conceitos binários como barbárie e civilização, tradição e modernidade, pobreza e desenvolvimento, entre outros, resultando num produto ideológico construído do dispositivo de poder moderno/colonial, submetendo as populações que estão fora do centro global à universalidade ocidental (CASTRO-GÓMEZ, 2005). São as teorias como as de Jouannet, as pós-coloniais na linha de Pahuja, e decoloniais, explicitadas por Lorca, Dussel e Sousa Santos, que desvelam e combatem a perpetuidade da subordinação colonial na produção do conhecimento.

Nesse contexto insere-se a construção do Direito e a intensificação dos intercâmbios entre os juízes para além das fronteiras políticas, o que é nominado de comércio de decisões por Allard e Garapon (2005), emerge como zona propícia a essa dominação, mas também pode servir de efetivo instrumento de emancipação das populações do sul global, dando voz à diversidade. Esta é a problemática que se pretende enfrentar nessa pesquisa, qual seja, a respeito das condições de possibilidade de o comércio de decisões entre juízes transfronteiriços ser fator de (pós)(de)colonialidade, promovendo justiça globalmente. Para tanto, é feita uma divisão em três seções: a primeira estuda a (in)justiça global, seguida do referente especificamente à (pós)(de)colonialidade e a terceira trata da (pós)(de)colonialidade e o comércio entre juízes transfronteiriços. O método utilizado foi o dedutivo e o procedimento de pesquisa bibliográfica.

2 (IN)JUSTIÇA GLOBAL

Rawls inaugurou uma nova perspectiva para a filosofia política e para a Justiça, ainda que fortemente influenciado pelos autores do século 19 (raciocina a partir de um contrato social, como Locke e Rousseau), preocupando-se em desenvolver uma teoria da Justiça que considerasse o além-fronteiras dos Estados e que fosse igualmente respeitosa com os dois maiores valores morais, quais sejam, liberdade e igualdade (SANDEL, 2015), que até então eram considerados contraditórios e inconciliáveis. Para o jusfilósofo, a liberdade é o valor supremo da vida humana, no que se aproxima de Kant, compreendendo-a como valor fundamental de convi-

¹ Nesse sentido, informa o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, disponível em <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-o-idh.html>. Acesso em: 26 jul. 2019.

² Mignolo explica que foi o sociólogo peruano Anibal Quijano, no final dos anos 80 e início dos anos 90 quem introduziu o conceito de colonialidade, nomeando a lógica subjacente da fundação e do desdobramento da civilização ocidental desde o Renascimento, tendo os colonialismos históricos uma dimensão constituinte, embora minimizada (MIGNOLO, 2017).

vência entre os membros de uma comunidade política. Isso lhe garantiu o *status* de pensador liberal. Considera Rawls, entretanto, que a potencialização da liberdade ocorre com a sua limitação, o que exige razoabilidade, que é a capacidade de desenvolver o senso de justiça, ou seja, o critério de reciprocidade (igualdade).

Nesse sentido, no pensamento de Rawls, por exemplo, nem mesmo o livre-mercado operando em sociedade com oportunidades idênticas de educação conseguirá atingir uma justa distribuição de renda e riqueza, tendo em vista a arbitrariedade na distribuição dos bens naturais. A loteria natural é, tanto quanto a fortuna histórica e social, causa de injustiça, devendo ser buscada uma concepção equânime. Pelo princípio da diferença, aqueles mais favorecidos pela natureza só devem usufruir de sua boa sorte de maneira a melhorar a posição dos menos favorecidos, devendo as contingências trabalhar para o bem dos menos afortunados (SANDEL, 2015).

Digamos agora que uma sociedade é bem-ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios. Nesse caso, embora os homens possam fazer excessivas exigências mútuas, eles contudo reconhecem um ponto de vista comum a partir do qual suas reivindicações podem ser julgadas. Se a inclinação dos homens ao interesse próprio torna necessária a vigilância de uns sobre os outros, seu sentido público de justiça torna possível a associação segura (RAWLS, 2000, p. 5).

Ao construir sua teoria de Justiça como equidade, pretendeu Rawls estabelecer os critérios de justa distribuição de bens, num ambiente de escassez moderada de recursos, inclusive considerando as diferenças espaciais (entre as pessoas ao redor do mundo) e temporais (justiça intergeracional). Atribuiu às instituições a tarefa de alcançar a sociedade justa, considerando a justiça distributiva uma função do Estado em relação às pessoas. Superando a concepção política clássica, de acordo com a qual se estabelecia o que as pessoas tinham de fazer para instituí-la, percebeu Rawls o pluralismo como decorrência da ideia de liberdade, em que pessoas diferentes, mediante a razão, têm variadas concepções de bens, cada vez mais dessemelhantes, sendo a tarefa da política não mais a disseminação de um modo excelente de vida, mas a conservação dos direitos naturais (liberdade) (SEN, 2011).

O jusfilósofo propôs uma nova forma de contrato social que parte da ideia de posição original, na qual os participantes decidem os princípios necessários para a convivência sob o “véu da ignorância”. Trata-se de um modelo hipotético, e não histórico, em que os indivíduos não conhecem sua posição na vida real (virtude da imparcialidade). A partir disso, Rawls estabelece como bens primários direitos e liberdades básicas, oportunidades, renda, fortuna e bases sociais do autorrespeito. No véu da ignorância, a estrutura básica da sociedade tutela as vulnerabilidades, garantindo-se o máximo para cada um, desde que se consiga se fornecer o máximo a quem está na pior posição (SEN, 2011).

Analisemos agora uma experiência mental: suponhamos que, ao nos reunir para definir os princípios, não saibamos a qual categoria pertencemos na sociedade. Imaginemo-nos cobertos por um “véu de ignorância” que temporariamente nos impeça de saber quem realmente somos. Não sabemos a que classe social ou gênero pertencemos e desconhecemos nossa raça ou etnia, nossas opiniões políticas ou crenças religiosas. Também pouco conhecemos nossas vantagens ou desvantagens – se somos saudáveis ou frágeis, se temos alto grau de escolaridade ou se abandonamos a escola, se nascemos em uma família estruturada ou em uma família desestruturada. Se não possuíssemos essas informações, poderíamos realmente fazer uma escolha a partir de uma posição original de equidade. Já que ninguém estaria em uma posição superior de barganha, os princípios escolhidos seriam justos. É assim que Rawls entende um contrato social – um acordo hipotético em uma posição original de equidade. Rawls nos convida a raciocinar sobre os princípios que nós – como pessoas racionais e com interesses próprios – escolheríamos caso estivéssemos nessa posição. Ele não parte do pressuposto de que todos sejamos motivados apenas pelo interesse próprio na vida real; pede somente que deixemos de lado nossas convicções morais e religiosas para realizar essa experiência imaginária. Que princípios escolheríamos? (SANDEL, 2015, p. 140).

Rawls desenvolveu uma concepção política de justiça, porque enxergou na limitação da liberdade através das instituições o instrumento de sua maximização. Deve existir instituições para equalizar as diferenças que provêm das liberdades. Estabeleceu, assim, dois princípios de justiça, o princípio da liberdade, que impõe

o máximo de liberdade possível que possa garantir liberdade para todos, e o princípio da igualdade, de forma que as desigualdades têm de ser distribuídas de forma a garantir os maiores benefícios aos menos favorecidos e que o mérito só tem sentido num ambiente com igualdade de oportunidades, o que também diz respeito às relações entre os Estados. A autodeterminação dos povos significa que a liberdade pode ser pensada para as pessoas físicas e para as pessoas morais. A igualdade entre os Estados está ligada à ideia de que as práticas das diversas comunidades discursivas é um desafio para o instrumento criado para a convivência, com o Direito Internacional sendo uma das instituições que a assegura.

Críticas construtivas a Rawls foram realizadas por Amartya Sen (2011), relacionadas à concepção ideal de Justiça. A proposta é de que a maximização da experiência ocorra a partir do que pode ser instituído. Ambos os teóricos dependem da argumentação racional e fazem apelo às exigências do debate público, mas o indiano pensa a justiça de um ato não pela correspondência com o ideal, mas pela capacidade de promoção das liberdades reais. Sen faz uma crítica a todo o institucionalismo de Rawls, afirmando que só se tem liberdade se houver capacidade de fazer escolhas, e que os direitos não devem prevalecer sobre o atendimento das necessidades concretas das pessoas.

Apresento aqui uma teoria da justiça em um sentido bem amplo. O objetivo é esclarecer como podemos proceder para enfrentar questões sobre a melhoria da justiça e a remoção da injustiça, em vez de oferecer soluções para questões sobre a natureza da justiça perfeita. Isso se diferencia claramente das teorias da justiça predominantes na filosofia moral e política contemporânea (SEN, 2011, p. 11).

Sen questiona a métrica dos bens primários, que diz dever considerar outras variáveis, relacionadas à capacidade de conversão dos bens primários em bem viver, e a factibilidade de um acordo transcendental, ao afirmar que é possível que não se chegue a um acordo do que sejam as instituições justas ainda que se esteja submetido ao véu da ignorância, isso porque as ideias de Justiça variam conforme as sociedades em que elas estão de fato inseridas. Para Sen, ainda, não há sentido em se identificar a situação perfeita e inacessível, e propõe um *ranking* de alternativas viáveis. O indiano faz uma crítica à negligência global, afirmando que a abordagem rawlsiana está presa ao Estado-nação, possuindo limitações ao enfrentamento de questões de justiça global que independam da atuação estatal (SEN, 2011).

Sen propõe uma teoria da Justiça pautada na abordagem das capacidades focada nas realizações, sem negligenciar a importância das instituições, mas com ênfase na vida que as pessoas podem viver de fato. Adere à teoria da escolha social (diferente da escolha racional), sustentando uma tese universalista (cosmopolita) e não comunitarista (lealdade para com quem pertence à mesma comunidade). Funda-se na corrente iluminista comparativista, não contratualista, e tem como metodologia as comparações focadas nas realizações sociais, com interesse na remoção de injustiças evidentes do mundo em que se vive. A injustiça, dessa forma, pode estar conectada à transgressão de comportamento, ao modo como se vive, e não ao funcionamento das instituições, responsabilizando todos pela vida que os outros levam, em múltiplos graus (SEN, 2011).

O jusfilósofo diz ser irresponsável o individualismo contemporâneo e considera a atividade cooperativa das pessoas ao afirmar que a motivação vai além dos benefícios mútuos. Propõe a ideia do espectador imparcial em contraponto ao véu da ignorância: enquanto este tem o viés do autointeresse, aquele pressupõe a alteridade. A teoria da escolha social por ele defendida afirma que existem ganhos que não são diretos, decorrentes de se fazer parte da coletividade. Ao satisfazer às necessidades dos demais, não quer dizer que não estarei satisfazendo as minhas. Ainda, para Sen, o ato justo é aquele que promove capacidades para que as pessoas possam eventualmente fazer opções. A vida boa é medida pela efetiva liberdade das pessoas e a necessidade dos bens primários se dá conforme nossas características concretas (sujeito, e não indivíduo) (SEN, 2011).

Sen é um cosmopolita, que entende que as ideias de Justiça devem se espalhar para todo o globo, argumentando pela possibilidade de uma justiça global, baseada na racionalidade global, que resguarde os direitos humanos, não fundada no estatocentrismo rawlsiano. Para o teórico, a promoção da Justiça global independe de uma entidade supranacional, mas está vinculada ao debate entre os sujeitos que compõem o cenário internacional. É um problema local, pois ligada ao desenvolvimento das capacidades locais, ainda que reconheça o papel relevante das instituições internacionais na promoção das capacidades (SEN, 2011).

Rawls, o primeiro a tentar conciliar liberdade e igualdade e considerar o além-fronteiras dos Estados, e Sen, focado na promoção das capacidades, naquilo que as pessoas podem realizar efetivamente, são referências àqueles que pretendem investigar contemporaneamente a respeito das formas de (in)justiça global, as quais podem ser elencadas como desigualdade econômica, opressão da diversidade cultural e de identidade e subalternização dos saberes e práticas político-jurídicas (ANTONETTE; POZZATTI JUNIOR, 2018).

A injustiça socioeconômica é o tema de Pogge, que ampliou o pensamento de Rawls, propondo uma abordagem institucional no sentido global para interno (ANTONETTE; POZZATTI JUNIOR, 2018). Para o autor, há uma conexão necessária em nível doméstico, internacional e global e a facilidade dos fluxos, comércio e produção circularizados, responsáveis pela erosão da soberania e pela interdependência global, ensejaram a alocação de poder e de valor em centros específicos de produção de saber/poder, à custa da periferia. Pogge preocupa-se com o universalismo moral, com a distribuição de bens e riquezas, com o papel das instituições e regras na Justiça global (POGGE, 2007).

A pobreza superou a guerra como a maior causa de miséria humana evitável. Pogge afirma que acabar com a fome é possível, mas falta vontade política. Diz que há um contexto de prosperidade global sem precedentes, que permitiria acabar com a pobreza alocando apenas 1% dos ingressos dos países ricos, mas que a desigualdade entre pobres e ricos continua a crescer. Para o jusfilósofo, as condições de vida em qualquer local da Terra são profundamente afetadas por interações internacionais. Assim, propõe um *design* alternativo das regras supranacionais, que permitisse aos pobres uma participação proporcional no crescimento econômico global, e reforma das regras da economia mundial, de modo a não violar os direitos humanos, bem como a responsabilização dos cidadãos que apoiam ou toleram políticas injustas de seus governos em relação a não compatriotas (POGGE, 2007).

Os dados essenciais sobre a vida e a morte das pessoas pobres do mundo são, afinal, indiscutíveis. Em vista da considerável interdependência global, é extremamente improvável que sua pobreza se deva apenas aos fatores locais e que nenhuma reforma factível da ordem mundial pudesse influir sobre a pobreza ou sobre esses fatores locais. Não menos inacreditável é a opinião de que a nossa é a melhor de todas as ordens mundiais possíveis, de que qualquer modificação dela só poderia agravar a pobreza. Então, devemos trabalhar juntos em todas as disciplinas a fim de conceber uma solução abrangente para o problema da pobreza global, e, acima das fronteiras, para a implementação política dessa solução (POGGE, 2007, p. 162).

A desigualdade social, entretanto, não é objeto de estudos apenas de Pogge. No pós-Segunda Guerra houve uma tentativa de estreitamento do fosso socioeconômico por meio da promoção e medição do desenvolvimento nos países pobres, a fim de possibilitar a todos o desfrute do bem-estar social. Foi feita a divisão entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas e o encorajamento destas à adoção do modelo desenvolvimentista, que se revelou uma continuidade da política de dominação colonial, por outros meios (JOUANNET, 2014). Foram criadas estruturas do comércio internacional que consolidaram interesses dos atores centrais (Gatt). Já nos anos 70, entretanto, os países não alinhados organizaram-se para questionar esse modelo de desenvolvimento, a fim de buscar a justiça social do Terceiro Mundo. A ONU, inclusive, criou um programa específico de ação relacionado à Nova Ordem Econômica Internacional (Noei) (JOUANNET, 2014). Foi o surgimento do Direito do Desenvolvimento, inicialmente majoritariamente relacionado à economia, todavia.

Como resposta e diante da crise dos anos 80, foi estabelecido o modelo neoliberal de desenvolvimento, que, no contexto de globalização econômica, configurou-se como ultraliberalismo e levou o poder político aos atores privados e a primazia das finanças sobre a economia e da economia sobre as demandas sociais (JOUANNET, 2014). Um novo Direito do Desenvolvimento, então, foi formulado, mais complexo e diversificado, com perspectiva não exclusivamente econômica. Procurou colocar as pessoas no centro do desenvolvimento e preocupou-se em combater a desigualdade. O desenvolvimento sustentável é, assim, um contraponto ao desenvolvimento economicista, de forma a reestruturar o modelo de desenvolvimento econômico liberal numa abordagem de natureza multidimensional, preocupada com o meio ambiente, com as diferenças entre riqueza e pobreza e com a satisfação das necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as próprias necessidades.

Em 1992, a ONU considera, assim, ter desencadeado pela primeira vez em nível mundial uma visão renovada e comum do desenvolvimento, em particular com a Agenda 21, adotada naquele ano na cidade do Rio de Janeiro. Essa nova visão reflete uma compreensão multidimensional do desenvolvimento ignorada até então e, num nível ainda mais profundo, uma nova forma de ver e de preservar o futuro da humanidade, ao revisar nossos modos de vida, de produção e de consumo. O novo modelo de desenvolvimento opõe-se ao reducionismo economicista instigado pela globalização ultraliberal. Ele vai muito além do modelo clássico de desenvolvimento, englobando todo um conjunto de práticas e de princípios a serviço de novas finalidades (humana, social e ambiental), ao mesmo tempo em que prima por uma visão global, abrangendo tanto o Norte quanto o Sul, que ele não tinha antes (JOUANNET, 2014, p. 44).

Também foram construídas as noções de desenvolvimento humano e desenvolvimento social. A primeira relaciona-se à criação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) para medição da riqueza dos países, ao lado do Produto Interno Bruto (PIB), métrica com foco exclusivamente econométrico. O IDH relaciona-se à capacidade do indivíduo e de suas escolhas e inclui análise de renda, educação e saúde. Pretende um desenvolvimento a serviço das pessoas e não dos Estados. Sua origem deu-se no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, criação de Mahbub ul Haq em 1990, com a colaboração de Sem.³ No que se refere ao desenvolvimento social, diz respeito ao encorajamento dos Estados a distribuir equitativamente a riqueza e diminuir as desigualdades sociais e desemprego. É igualmente focado no indivíduo, e não no Estado, para superar a visão apenas econômica do desenvolvimento, e indica a necessidade de justiça social, de redução de pobreza, de criação de emprego. Questiona a relação entre expectativa de vida e renda, a fim de propor um novo olhar sobre uma boa vida (JOUANNET, 2014).

O estudo acerca da desigualdade econômica e de seus desdobramentos não exclusivamente economicistas é um dos focos da filosofia política contemporânea, conforme exposto (Pogge, Sen). Há, contudo, preocupação também com outras duas formas de injustiça globais, nominadas de opressão da diversidade cultural e de identidade e subalternização dos saberes e práticas político-jurídicas. Isso porque a instituição da liberdade e da igualdade não se relaciona exclusivamente à pobreza/riqueza, mas também ao reconhecimento das identidades/diferenças e à reprodução acrítica das teorias e práticas que provêm das estruturas de poder projetadas a partir da matriz colonial.

O Direito do Reconhecimento é uma resposta às injustiças globais de opressão das identidades e da diversidade cultural e tem relação com o aprimoramento da experiência de estar vivo. A expressão foi criada por Emmanuelle Tourme-Jouannet para se referir a uma nova demanda por Justiça internacional que engloba práticas, discursos e normas jurídicas baseadas no respeito ao direito do outro (ANTONETTE; POZZATTI JUNIOR, 2018, p. 134). Há vida para além do valor biológico, pelo que, para Hegel, o contrato social serve não para autopreservação, mas para o reconhecimento da individualidade. Honneth reinterpreta as categorias de reconhecimento elencadas por Hegel (amor, direito e solidariedade) a partir de uma perspectiva liberal, de forma a promover a autonomia, apresentando uma justificação normativa para a positivação das pautas identitárias. Afirma que a vida bem vivida depende da validação do outro (HONNETH, 2003).

Por isso, antes de toda explanação relativa ao conteúdo, é preciso clarificar primeiramente o *status* metodológico que reivindica uma teoria normativa que deve descrever o ponto final hipotético de uma ampliação das relações de reconhecimento; parece-me correto falar aqui de uma concepção formal de vida boa ou, mais precisamente, de eticidade. Só essa justificação metodológica permite, num segundo passo, retomar mais uma vez as intenções de Hegel e Mead, a fim de traçar a idéia de uma relação de reconhecimento pós-tradicional; o conceito desta tem de conter todos os pressupostos intersubjetivos que hoje precisam estar preenchidos para que os sujeitos se possam saber protegidos nas condições de sua auto-realização (HONNETH, 2003, p. 269-270).

Sobre o tema, leciona também Jouannet que a sociedade decente impõe valor jurídico ao reconhecimento, definindo identidades (voltado especialmente aos indivíduos), e isso tem razão diante da visualização da mazela de grupos estigmatizados e da indispensabilidade de reparação de erros históricos, o que implica processos diferentes em cada Estado. Já não apenas Estados são sujeitos de Direito Internacional, mas

³ Nesse sentido, consta informação no site do PNUD Brasil. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html>. Acesso em: 29 jul. 2019.

também indivíduos e grupos. A padronização é uma herança eurocêntrica e motivo de subdesenvolvimento, ressaltando-se como limite à salvaguarda das práticas culturais os direitos humanos. Há necessidade de um novo paradigma, com reconhecimento da diferença em si, e não mais apenas da igualdade, que, na concepção formal, apenas favorece as majorias (JOUANNET, 2012).

É, entretanto, Benhabib quem dá ao direito do reconhecimento uma dimensão jurídica cosmopolita, voltando-se ao estudo do direito dos outros (estrangeiros, refugiados, imigrantes, asilados, refugiados). Expõe a tensão entre normas de direitos humanos e a proteção das fronteiras e propõe reflexão sobre como unir a universalidade da ética com o particularismo do Direito. Para a professora, o sistema do Estado-nação regulou o pertencimento a partir de uma só categoria, qual seja, a cidadania, mas, diante da crise da territorialidade, que já não comporta mais as aspirações de identidade, faz-se necessário um ajuste da legitimidade democrática, em que se pense a soberania não como categoria do Estado, mas da população. A solução viria da iteração democrática: devem existir diversas instâncias de pertencimento político e não somente a estatal, formando um federalismo cosmopolita.

A intuição de que pode haver um elo crucial entre o tamanho do território e a forma de governo é antiga na história do pensamento político ocidental, e eu a aceito. Ao contrário de comunitaristas e nacionalistas liberais, entretanto, que vêem essa ligação principalmente baseada em laços culturais de identidade, preocupo-me com a lógica da representação democrática, que exige o fechamento para manter a legitimidade. Certamente, a identificação e a solidariedade não são de importância, mas devem ser considerados os ditames democráticos e as normas constitucionais. No espírito de Kant, portanto, defendi o universalismo moral e o federalismo cosmopolita. Eu não defendi abertura, mas bordas porosas; eu implorei pelos direitos de primeira entrada a refugiados e postulantes de asilo, mas aceito regulação democrática da primeira admissão para adesão plena; eu também argumentei por sujeitar leis que regem a naturalização a normas de direitos humanos e rejeitei a reivindicação de soberania para não permitir naturalização e barrar eventual cidadania de estrangeiros em seu meio (BENHABIB, 2004, p. 219-220, em livre tradução).⁴

A subalternização dos saberes e práticas político-jurídicas é a injustiça global relacionada à lógica da perpetuação da colonialidade, que iniciou do ser e se revelou epistêmica (CASTRO-GÓMEZ, 2005). Pressupõe a inferiorização, o pensamento binário hierarquizante próprio do racionalismo, que estigmatizou o outro (aquele que não tem o mesmo valor que eu). O excluído é o que não é. As grandes navegações inauguraram a modernidade, e com ela o domínio da razão e o centralismo do homem, e a colonialidade, desenvolvida como poder da administração colonial, usurpação, exploração. É o que melhor se explicitará na próxima seção, por meio dos estudos de Jouannet, de Pahuja (pós-coloniais) e de Lorca, Dussel e Souza Santos (decoloniais), que desvelam e pretendem minimizar a perpetuidade da subordinação colonial na produção do conhecimento.

3 (PÓS)(DE)COLONIALIDADE

Jouannet explica que o Direito dos povos modernos foi usado para justificar a dominação dos europeus sobre as partes do mundo que foram sendo gradualmente descobertas, o que foi favorecido pelo clima intelectual existente favorável às colonizações, pelas práticas econômicas e jurídicas alicerçadas nos ideais liberais do Iluminismo e pelo racismo latente que acompanhava o movimento, que reforçou o estabelecimento da “superioridade natural” do homem branco europeu (de se observar que o termo “bárbaro” já existia no século 16 para designar o vizinho europeu, e não os selvagens americanos). Seu surgimento, entretanto, teria sido focado inicialmente para disciplinar a conduta dos Estados europeus e elevar a liberdade decorrente da soberania contra as tentativas de hegemonia das grandes potências europeias da época (JOUANNET, 2014).

⁴ No original: The intuition that there may be a crucial link between territorial size and form of government is old in the history of western political thought, and it is one that I accept. Unlike communitarians and liberal nationalists, however, who view this link primarily as being based upon a cultural bond of identity, I am concerned with the logic of democratic representation, which requires closure for the sake of maintaining democratic legitimacy. Certainly, identification and solidarity are not unimportant, but they need to be leavened through democratic attachments and constitutional norms. In the spirit of Kant, therefore, I have pleaded for moral universalism and cosmopolitan federalism. I have not advocated open but rather porous borders; I have pleaded for first-admittance rights for refugees and asylum seekers but have accepted the right of democracies to regulate the transition from first admission to full membership; I have also argued for subjecting laws governing naturalization to human rights norms and rejected the claim of a sovereign people not to permit naturalization and to bar the eventual citizenship of aliens in its midst.

A soberania é especialmente apresentada como a capacidade do Estado de se autodeterminar. Em suma, a soberania do Estado não é teorizada como “poder”, mas como “liberdade”, para usar os termos de Jean Combaçu. Enquanto os juristas da Lei das Gentes do século XVII ainda falavam em “poder soberano”, os autores do século XVIII já falavam muito mais livremente em “nação soberana” ou “Estado livre e independente” (JOUANNET, 2014, p. 663, livremente traduzido).⁵

Nesse sentido, observa a necessidade de que se realoquem as práticas e princípios legais coloniais e imperialistas para seu momento histórico, correspondentes às duas grandes ondas de colonização europeia no mundo (séculos 15, 16 e 19), a fim de que se visualize que foram adotados inicialmente com intuito liberal e de segurança contra subordinações dentro da Europa. Somente num segundo momento passou a ser instrumento de exclusão. A partir disso, pretende que se reconheça que o Direito Internacional tem servido à dominação e à manutenção das distinções entre centro e periferia, reproduzindo as violações aos direitos humanos que ele próprio denuncia. Defende que a lei tanto pode ser instrumento de dominação como de paz e emancipação diante de políticas hegemônicas, a depender do contexto internacional, contexto cultural, econômico e político em que o Direito Internacional é aplicado concretamente (JOUANNET, 2014).

Não existe uma lei internacional “boa” ou uma lei internacional “ruim”, mas um direito atravessado por tensões e contradições que pode ser tanto o instrumento das dominações mais brutais como um meio de solução para um mundo composto de sociedades plurais múltiplas e heterogêneas (JOUANNET, 2014, p. 671, em tradução livre).⁶

Pahuja também leciona acerca da possibilidade de o Direito Internacional ser apropriado, tanto para fins imperiais, quanto para a liberdade. Seus estudos referem-se à pós-colonialidade, pensamento que reflete o Oriente como construção simbólica do Ocidente, primeiras reflexões sobre a continuidade da exploração das ex-colônias. Para a professora, o Ocidente tem a constituição de sua identidade dependente da construção de um Outro, que possui as características que ele rejeita ou evidentemente carece. Trata-se de uma exclusão definidora. Por outro lado, pretende-se universal, o que significa incluir o que está excluído no seu próprio ato de constituição. Esse paradoxo explicaria o confronto entre liberdade e dominação no Direito Internacional (PAHUJA, 2005).

Este paradoxo – da autoconstituição circular do Outro e do eu, combinado com a aplicabilidade dessa afirmação – explica, pelo menos em parte, a dinâmica impulsionadora do Direito Internacional e sua intrigante contenção, tanto da promessa libertadora, quanto do perigo imperialista. Além disso, explica por que estratégias baseadas na universalidade “genuína” ou na revalorização do Outro, ou mesmo projetos voltados para um desvelar político do Direito Internacional de maneira não específica, acabam por reproduzir o impulso imperialista (PAHUJA, 2005, p. 461, livremente traduzido).⁷

A autora delinea as dimensões da pós-colonialidade e suas implicações com referência a dois exemplos – universalização do Direito Internacional por meio da descolonização e o sucesso limitado das tentativas recentes de descolonizar os direitos humanos ao refundá-los em bases mais verdadeiramente universais. Afirma que, apesar de o Direito Internacional pretender estender-se a todos, há uma diferenciação entre o sujeito da lei e quem é abrangido mas não pode reivindicar a matéria dentro de si. Cita a Paz de Westfália, marco inicial

⁵ No texto original: La souveraineté est surtout présentée comme capacité de l'Etat-personne morale à se déterminer de façon indépendante. Bref, la souveraineté de l'Etat n'est pas théorisée comme une “puissance” mais comme une “liberté”, pour reprendre les termes de Jean Combaçu. Là où même les juristes Du droit des gens Du 17^e siècle parlent encore de “puissance souveraine”, les auteurs du 18^e parlent beaucoup plus volontiers de “nation souveraine” ou d’“Etat libre et indépendant”.

⁶ No original: Il n'existe pas un “bon” droit international ni un “mauvais” droit international mais un droit traversé de tensions et de contradictions qui peut tout autant être l'instrument de la plus brutale des dominations qu'être une voie de solution pour un monde composé de multiples sociétés plurielles et hétérogènes entre elles.

⁷ Consta no original: This paradox – of the circular self-constitution of Other and self combined with the universal applicability of that claim – explains, at least in part, the impelling dynamic of international Law and its puzzling containment of both liberatory promise and imperializing peril. Furthermore, it also explains why strategies that are based on producing “genuine” universality, or revalorizing the Other, or even projects that are directed at the revelation of the politics of international Law in a non-specific way, are destined to reproduce the imperializing urge.

do Direito Internacional para muitos estudiosos, como responsável por conceder o monopólio da personalidade jurídica às potências europeias e não como instrumento que estabeleceu a doutrina da soberania estatal, implicando um corte entre o eu e o outro (PAHUJA, 2005).

Daí a necessidade de as lutas coloniais serem pela libertação nacional e não pela descolonização (é indispensável a autodeterminação para a constituição como Estado-nação). A independência política, todavia, exigiu a criação de novas formas de dominação, e daí a criação das noções de “desenvolvimento” e “subdesenvolvimento”, o que permitiu intervenções contínuas no Terceiro Mundo para a sua modernização. Manteve-se o outro, não mais como selvagem, mas como subdesenvolvido e o Direito Internacional, apesar de geralmente aplicável, deu continuidade à exploração.

No que se refere à descolonização dos direitos humanos, que, em sua origem tutela a liberdade do ser que é, e não do ser que não é, Pahuja (2005) afirma que diversas abordagens pós-coloniais tentaram avançar em sua direção. A sua suposta universalidade relaciona-se ao significado dado por euro-americanos. O sujeito de direitos humanos é uma figura clássica, com premissa colonial, tornando evidente o locus de enunciação. Para a autora, não é mais possível negar a especificidade cultural do regime de direitos humanos e ignorar as origens coloniais do Direito Internacional. A professora afirma que se tem procurado revelar as fontes ocultas de valor positivo nos valores universais ostensivamente ocidentais, para que se reconheça a troca entre colonizados e colonizadores. Duvida, entretanto, que a refundação dos direitos humanos seja capaz de escapar à violência originária da criação do sujeito de direito: ao se procurar revalorizar culturas submetidas, pode-se conceder uma existência sólida ao outro.

Esta pós-colonialidade, em parte, descreve a maneira pela qual o Direito Internacional deve continuamente efetuar um corte entre o “eu” e o “Outro”, tornando o que é excluído crucial para a formação do incluído, mas também reivindica a universalidade antitética para esta exclusão, cuja abrangência traz instabilidade produtiva para o coração do Direito Internacional (PAHUJA, 2005, p. 469, em livre tradução).⁸

Na América Latina os estudos acerca da subalternização dos saberes e práticas político-jurídicas deram-se sob a ótica da decolonialidade. Enquanto a teoria pós-colonial tem suas bases em Foucault, Derrida e Lacan, estando engajada com a experiência da colonização britânica ocorrida na Ásia, pelo que, em que pese a didática de Pahuja, os principais expoentes são Spivak, Guha e Bhabha, o pensamento decolonial pretende uma ruptura mais radical, uma desobediência epistêmica, em relação ao saber canônico europeu, sendo formado por pensadores latino-americanos ou comprometidos com a realidade latino-americana. A pretensão é de descolonizar o pensamento, pelo que parte do desvelar da colonialidade encoberta pela modernidade (BRAGATO, 2014).

A ideia de desobediência epistêmica, proposta central do pensamento decolonial, tem a ver com a necessidade de descolonizar o conhecimento. Essa conclusão decorre da constatação de que existe uma face oculta e encoberta da modernidade: a colonialidade. Colonialidade é um conceito cunhado por Anibal Quijano a partir das reflexões da teoria da dependência que lhe permitiram observar que as relações de dependência entre centro e periferia não se limitavam apenas ao âmbito econômico e político, mas se reproduziam também na construção do conhecimento. Com isso, o próprio conhecimento é passível de ser instrumento de colonização. A colonialidade é uma característica do poder exercido nas relações de dominação colonial da modernidade e nisso se diferencia do colonialismo em si, que é um processo de poder. A colonialidade é uma característica que provém deste processo e que ainda permanece sob diversas formas de neocolonialismo global ou colonialismos internos. Conforme esclarece Mignolo, a prática epistêmica decolonial surgiu “naturalmente” como consequência da formação destas estruturas de dominação, a que Anibal Quijano chama de matriz colonial de poder e, por isso, tem como razão de ser e objetivo a descolonialidade do poder (BRAGATO, 2014, p. 211-212).

Lorca, nesse sentido, propõe uma releitura do Direito Internacional na América Latina, tido de origem ocidental, como reflexo da dogmática legal internacional dominante. Afirma que majoritariamente se assumiu o Direito Internacional como um fenômeno de origem europeia, que se estendeu concomitantemente com a

⁸ No original: This postcoloniality, in part, describes the way in which international Law must continually effect a cut between “self” and “Other”, rendering that which is excluded crucial to the formation of the included, but it also makes a claim to universality antithetical to this exclusion and which in its encompassing brings this productive instability to the heart of international Law.

expansão da Europa no mundo, com a América Latina sendo mera receptora ou, no máximo, contribuinte, das suas categorias jurídicas. Também, que pouco os próprios juristas latino-americanos consideraram a existência de um modo latino-americano de pensar o Direito Internacional, diferentemente do que aconteceu no período de 1880 a 1950. Há, entretanto, uma tradição regional do Direito Internacional na América Latina que não se relaciona simplesmente com as particularidades do local, mas diz respeito aos modos sustentados e padronizados nos quais os latino-americanos discordaram sobre estratégias de apropriação legal internacional (LORCA, 2006).

O projeto do século XIX de consolidar a independência dos novos Estados latino-americanos tinham a lei e a escola jurídica no seu centro, pois o esforço não era somente estabelecer as instituições certas para os jovens países independentes, mas também simbolizava aliar-se de forma ampla com os ideais liberais de progresso e civilizatórios gerados pelo movimento de independência. O Direito Internacional provou ser crítico em fornecer aos políticos latino-americanos um discurso que reforçasse a reivindicação de soberania para as novas nações, e a conquista de autonomia legal internacional emergiu como uma referência civilizacional valorizada. O estudo inovador de Liliana Obregon sobre a latino-americana escola jurídica internacional do século XIX mostra como os primeiros advogados internacionalistas compartilhavam uma crioula consciência legal (LORCA, 2006, p. 300, em livre tradução).⁹

Os estudos de Lorca bem revelam que de uma colonialidade do ser (outro excluído), que adveio da dominação inicialmente política, avançou-se para uma colonialidade do saber, em que se deu a subalternização do saber de um em razão do saber do outro, e, para mais além, houve a deslegitimação desses conhecimentos, numa colonialidade que pode ser denominada epistêmica (LORCA, 2006). É nesse sentido que Dussel afirma de maneira bastante radical que a construção discursiva iluminista culminou no desaparecimento da América Latina do mapa e da História, descartando-se os saberes nela produzidos e excluindo-a do centro geopolítico atual. O pensamento científico segue estritamente o modelo de racionalidade eurocêntrico, acentuando a dominação (DUSSEL, 2009).

Com efeito, a maneira mais directa de fundamentar a práxis de dominação colonial trans-oceânica – colonialidade que é simultânea à própria origem da modernidade e, por isso, novidade na história mundial – é mostrar que a cultura dominante outorga à mais atrasada (“torpeza” que Ginés chamará de turditatem, em latim, e Kant de unmündigkeit) os benefícios da civilização (DUSSEL, 2009, p. 295-296).

Sousa Santos trata do tema a partir da assimetria de saberes, que denomina diferença epistemológica e ocorre sobreposta à assimetria dos poderes. Afirma que há dois tipos ideais que acionam essa assimetria: o fascismo epistemológico, em que há uma relação violenta de destruição ou supressão de outros saberes, ocultando a epistemologia da força, e seu oposto, a ecologia dos saberes, que tenta minimizar ao máximo a assimetria, dando-se conta da imprescindibilidade da comparação com outros saberes para dar conta da complexidade. Leciona que o primeiro tipo tem predominado nas epistemologias hegemônicas da modernidade ocidental e nos modos de racionalidade e de pensamento que elas sustentam. Especificamente sobre a colonialidade, afirma Sousa Santos (2009, p. 468) que “o fascismo epistemológico existe sob a forma de epistemicídio, cuja versão mais violenta foi a conversão forçada e a supressão dos conhecimentos não ocidentais levadas a cabo pelo colonialismo europeu e que continuam hoje sob formas nem sempre mais subtis”.

Desvelado o impacto que a lógica colonial tem na produção do conhecimento e, nesse sentido, na construção do Direito Internacional, o que se reflete na liberdade e na igualdade das populações das ex-colônias, ou seja, nas questões afetas às injustiças globais, passa-se à análise das repercussões no comércio de decisões, a fim de que se possa vislumbrar as possibilidades decoloniais na comunicação dos juízes para além das fronteiras políticas, de forma a promover justiça globalmente.

⁹ No texto original: The nineteenth-century project of consolidating independence in the new Latin American states had law and legal scholarship at its center, for the endeavor not only involved establishing the right institutions for the young independent nations, but also symbolized broader allegiances with the liberal ideals of progress and civilization generated by the independence movement. International law proved critical in providing Latin American politicians with a discourse to bolster the claim of sovereign autonomy for the new nations, and the attainment of international legal autonomy emerged as a prized benchmark for civilization. Liliana Obregon’s ground-breaking study of nineteenth century Latin American international legal scholarship shows how early international lawyers shared a Criollo legal consciousness.

4 (PÓS)(DE)COLONIALIDADE E O COMÉRCIO ENTRE JUÍZES TRANSFRONTEIRIÇOS

Allard e Garapon (2005), na obra *Os juízes na mundialização*, expõem o incremento da mobilidade do Direito, especialmente no que se refere à busca de sua efetividade. Atribuem aos juízes a engenharia dessa transformação, uma vez que eles já não estão mais adstritos a uma interpretação rigorosa do Direito e confinados ao território nacional, mas estabelecem, entre eles e para além das fronteiras, relações cada vez mais sólidas e confiantes. Para caracterizar as operações optaram por utilizar a expressão comércio entre juízes, ao invés de outras já usadas pela literatura especializada, como diálogo entre juízes e auditório global.

A expressão apresenta o mérito de remeter para as duas facetas da mundialização do direito: é simultaneamente uma rede de trocas, intercâmbios e uma forma de sociabilidade nascida do desejo de estabelecer redes sólidas, corteses e serenas, uma “dependência recíproca dos homens” (ALLARD; GARAPON, 2005, p. 9).

Allard e Garapon (2005) defendem que o comércio entre juízes não tem o intuito de formular uma ordem pós-nacional; ele apenas existe, sem apagar as relações de força entre os Estados ou deixar de ser incompleto. Trata-se de um fórum informal de intercâmbios situado, quase sempre, à margem dos mecanismos institucionais, sem caráter vinculante, mobilizados pelo sentimento ou consciência crescente de um patrimônio democrático ou civilizacional comum. Para esses autores (2005, p. 32), “em lugar de falarmos de um sistema judicial globalizado, que pressuporia uma organização hierárquica e um conjunto de normas comuns que não existem, poderíamos antes falar de uma ‘sociedade de tribunais’”.

A mundialização da justiça funciona, por conseguinte, como um princípio de estabelecimento de relações no termo do qual nenhum tribunal poderá permanecer indiferente aos seus homólogos, sem que, para tal, intervenham quaisquer vínculos ou instâncias físicas de coordenação, normalmente considerados como critérios de juridicidade. As relações assim induzidas não têm nada que ver com um sistema: não é necessário organizar ou ordenar estas ligações, que, nesse caso, perderiam indubitavelmente muito da sua força e flexibilidade inerentes. Não se espera que os juízes e os tribunais sejam, como se verifica num sistema, os agentes passivos de uma ordem jurídica, mas sim, pelo contrário, os intervenientes activos num comércio em constante evolução (ALLARD; GARAPON, 2005, p. 35-36).

O contexto é fértil aos estudos acerca da colonialidade, seja no que se refere ao conteúdo das trocas, considerando que seu propulsor é a verificação de um mesmo patrimônio democrático (colonialidade do ser e do saber), seja no que se refere às possibilidades de uma hierarquização velada e consequente subjugação dos saberes dos juízes do sul global (colonialidade epistêmica). Cabe questionar se a mundialização da Justiça será mais um processo de subalternização dos saberes e práticas político-jurídicas ou, considerando que se passa ao largo da institucionalização, se será fator de emancipação das populações colonizadas, dando azo à diversidade.

Shiva (2003) trata dos riscos de desaparecimento do saber local a partir da interação com o saber ocidental dominante, nos moldes das denúncias acerca da colonialidade. Cita a suposta universalidade dos sistemas ocidentais do saber, atentando para o fato de que o sistema dominante é também um sistema local, que tem base em determinada cultura, classe e gênero. Afirma que há um desvirtuamento da dicotomia universal/local quanto às tradições do saber ocidental porque elas se propagaram pelo mundo inteiro por meio da colonização intelectual.

A ligação entre saber e poder é inerente ao sistema dominante porque, enquanto quadro de referência conceitual, está associado a uma série de valores baseado no poder que surgiu com a ascensão do capitalismo comercial. A forma pela qual esse saber é gerado, estruturado e legitimado e a forma pela qual transforma a natureza e a sociedade geram desigualdades e dominação, e as alternativas são privadas de legitimidade. O poder também é introduzido na perspectiva que vê o sistema dominante não como uma tradição local globalizada, mas como uma tradição universal, inerentemente superior aos sistemas locais (SHIVA, 2003, p. 22).

Nesse sentido, é de fácil percepção que o fluxo de conteúdo das decisões do norte em relação ao sul global tende a ser insuperavelmente superior, dado todo o discurso de que a racionalidade europeia traduz os anseios universais, promovendo os direitos humanos. Tanto é assim que, para não dizer inexistentes, escassos são os saberes jurídicos com origem nas ex-colônias que são utilizados na fundamentação de decisões proferidas dos países centrais. No Brasil, por exemplo, a reprodução acrítica de teorias alienígenas nas decisões ju-

ciais é constantemente denunciada, uma vez que dissociada do contexto interno, desprezando a facticidade local, revelando-se verdadeira hierarquização não explícita do conhecimento. Na pré-compreensão do intérprete, fazem-se presentes a fenomenologia do sul e os textos jurídicos do norte global, ensejando dificuldades à compreensão e jurisprudência variante.

O incremento das trocas de decisões além-fronteiras, entretanto, poderá possibilitar que, à vista da maior incidência de determinados temas na periferia como, exemplificativamente, biopirataria, renda mínima, quebra de patentes de medicamentos, a sua discussão desenvolva-se com tamanha profundidade e detalhamento que inverta a lógica colonial. A larga experimentação das ex-colônias em determinadas temáticas processuais poderá ser fator de relevo para influenciar, considerada a informalidade da troca, a argumentação das sentenças dos juízes nos países centrais, para quem a questão quiçá seja inédita.

Trata-se de uma manifestação sofisticada do próprio conceito de integridade jurídica. A apropriação de uma integridade jurídica construída sob pilares transnacionais, os quais atuam em direção à capacidade de impulsionar decisões permeadas de responsabilidade social e política além-fronteiras, tendo como condição de possibilidade um sistema legal supra-articulado pelos direitos humanos e seu protagonismo antidiscriminatório.

É dessa forma também que a intensificação das trocas entre os juízes servirá à interculturalidade e à consequente construção sincera do conhecimento global, enriquecido pela diversidade dos saberes locais, compreendidos num primeiro momento pelos juízes do próprio lugar e a partir deles compartilhados com os colegas de outros países. Isso fomentará a instituição de uma integridade jurídica em que o Direito simplesmente acabará por rejeitar o problema dos juízes em descobrirem-no ou inventarem-no, porquanto seu fundamento será fulcrado na fidelidade à história política da comunidade internacional.

No cenário da sociedade em rede, em que as transformações de tempo e espaço decorrentes do uso de novas tecnologias deram ensejo a que estranhos fossem obrigados a levar sua vida na companhia uns dos outros¹⁰ e que a convivência cultural é elevada à condição da paz,¹¹ o contrafluxo sul-norte propiciará sentenças judiciais nos países centrais com percepção mais adequada das diferentes identidades potencialmente envolvidas no litígio, aumentando as chances de pacificação social que se pretende alcançar nos processos judiciais e exponenciando a facticidade inserida na pré-compreensão dos julgadores.

5 CONCLUSÃO

As condições de possibilidade de o comércio transfronteiriço entre juízes ser fator de inversão da lógica colonial, promovendo justiça globalmente, portanto, passam pelo incremento das trocas de decisões jurídicas transfronteiriças a partir do sul global, dada a incidência reiterada de algumas temáticas nestes quiçá inéditas nos países centrais, a profundidade e o detalhamento que conste das argumentações presentes nas sentenças nas ex-colônias, capazes de influenciar os juízes dos países do norte, e, também, consideradas as transformações ocorridas na sociedade em rede, a diversidade dos saberes locais emerge como elemento indispensável ao enriquecimento dos julgamentos, dado que sobreleva a convivência cultural como condição da paz.

Desde Rawls, liberdade e igualdade convivem para a construção da Justiça, sendo a primeira o valor supremo da vida humana e, a segunda, reflexo do reconhecimento de que a sua limitação por meio das instituições, responsáveis pela distribuição dos bens, é o instrumento de sua maximização, o que alcança o âmbito das relações internacionais. Sen faz crítica construtiva a Rawls ao estabelecer outros bens primários, pretendendo uma concepção de Justiça possível, atento à promoção das liberdades reais, e vai além da atuação institucional, afirmando que há questões de Justiça global que independem da atuação dos Estados. O ato justo é o que promove capacidades para que as pessoas façam escolhas.

¹⁰ Ensina Bauman (2004, p. 138): “Como os estranhos são obrigados a levar suas vidas na companhia uns dos outros, independentemente das futuras guinadas da história urbana, a arte de viver em paz e feliz com a diferença, assim como de se beneficiar, serenamente, da variedade de estímulos e oportunidades, adquire enorme importância entre as habilidades que o morador da cidade deve adquirir e utilizar”.

¹¹ Nesse sentido, explica Sen (2015, p. 33): “A grande esperança de harmonia em nosso mundo conturbado reside na pluralidade de nossas identidades, que se inter-relacionam e atuam contra divisões nítidas em torno de uma única linha enrijecida de uma veemente divisão a que pretensamente não se pode resistir”.

A partir de tais construções teóricas é que a filosofia política contemporânea desenvolve seus estudos acerca das injustiças globais, relacionadas num primeiro momento somente com as desigualdades socioeconômicas, mas já percebidas também como opressão da diversidade cultural e de identidade e subalternização dos saberes e práticas político-jurídicas. Pogge eleva os estudos de Rawls a uma análise institucional inicialmente global para a interna, preocupando-se com a injustiça socioeconômica, focando na interdependência global como fator de alocação de poder, à custa da periferia. Também a pobreza foi pauta nos esforços pós-Segunda Guerra, mas as políticas adotadas no ensejo do modelo desenvolvimentista revelaram-se uma continuidade da dominação colonial, o que foi acentuado pelo neoliberalismo. As tentativas de superação vêm com a construção de um novo Direito do Desenvolvimento, mais complexo e diversificado, com perspectiva não apenas econométrica, formulado como desenvolvimento sustentável, desenvolvimento humano e desenvolvimento social.

A opressão da identidade e da diversidade cultural é a injustiça combatida pelo Direito do Reconhecimento, para o qual há vida para além do valor biológico e da padronização eurocêntrica, não sendo tolerável a mazela de grupos estigmatizados e impondo-se a reparação de erros históricos. O pertencimento não se refere apenas à cidadania, fazendo-se necessário um ajuste da legitimidade democrática, criando-se diferentes instâncias de participação política. A subalternização dos saberes e práticas político-jurídicas diz respeito à continuidade da lógica de inferiorização e dominação coloniais, que iniciaram em decorrência da dependência política e perpetuam-se nos discursos e no conhecimento.

Jouannet explica que o Direito das Gentes, apesar de ter sido inicialmente pensado para estabilizar as relações entre os países europeus, refutando hierarquias entre os Estados, acabou por legitimar o movimento colonial e de exclusão das populações periféricas. Defende que a lei que permite a dominação também pode ser instrumento de paz e emancipação diante de políticas hegemônicas. Pahuja, por sua vez, ensina a respeito dos estudos pós-coloniais, que reconhecem que a colonialidade iniciou do ser, como forma de estigmatizar o outro, aquele que pode ser usurpado ou explorado – o Oriente é uma construção simbólica do Ocidente, significando tudo que este rejeita ou evidentemente carece. Ressalta o paradoxo da pretensão ocidental de universalidade. Afirma que a independência política ensejou a criação de novas formas de dominação, daí a criação das noções de “desenvolvimento” e “subdesenvolvimento”, e que os direitos humanos foram pensados para o ser que é, e não para o ser que não é. Trata da necessidade de se revelar as fontes ocultas de valor positivo nos valores universais ostensivamente ocidentais, explicitando as trocas entre colonizador e colonizado.

A decolonialidade é o viés latino-americano das teorias contra-hegemônicas, em que se propõe que houve um modo latino-americano de pensar o Direito Internacional. A colonialidade do ser é compreendida também do saber, uma vez que há o desprezo dos conhecimentos locais. O pensamento científico segue estritamente o modelo de racionalidade eurocêntrica e tudo mais não tem valor enquanto conhecimento, de forma a acentuar a dominação. Mais do que isso, a colonialidade passou a ser epistêmica, com a conversão forçada e supressão dos saberes não ocidentais, considerados atrasados e ilegítimos. Toda essa lógica colonial, portanto, impacta na construção dos saberes, inclusive nos jurídicos, e repercute no comércio de decisões.

Allard e Garapon utilizam a expressão comércio entre juízes para expor o aumento da mobilidade do Direito, por intermédio de redes informais e não hierarquizadas de intercâmbios entre os julgadores, que passaram a utilizar, como fundamentos, decisões já tomadas por colegas de outros países. O contexto é propício à colonialidade, visto que baseado na troca de saberes, e propulsionado pela ideia de que se tem um mesmo patrimônio democrático. Há preocupação com a construção dessa universalidade, a fim de que não tenha viés puramente eurocêntrico, considerando as ligações entre saber e poder. Afinal, muito mais frequente é o fluxo de conteúdo jurídico do norte para o sul global, inclusive bastante criticada no Brasil, por exemplo, a reprodução acrítica de teorias jurídicas alienígenas nas decisões.

Incentivar que os juízes transfronteiriços realizem o comércio de decisões como instrumento de emancipação das populações das ex-colônias e de convivência cultural pode ser compreendido como fator de (pós) (de)colonialidade, combatendo a subalternização dos saberes e práticas político-jurídicas e promovendo a justiça globalmente. Vislumbra-se essa possibilidade desde a profundidade e detalhamento de fundamentação de decisões proferidas pelos juízes do sul global em temas que lhe são mais recorrentes, como biopirataria, por exemplo, bem como considerando a diversidade dos saberes locais nos julgamentos, diante da aproximação dos diferentes pelas novas tecnologias e a indispensabilidade da convivência cultural à manutenção da paz.

6 REFERÊNCIAS

- ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização*. A nova revolução do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.
- ANTONETTE, Amanda Krein; POZZATTI JUNIOR, Ademar. Da sociedade internacional justa à decente: fundamentos ético-morais de global justice para o tratamento de vítimas de violência de gênero no Brasil. In: NETO, Daniel Lena Marchiori; MOREIRA, Felipe Kern; FERREIRA, Luciano Vaz (org.). *Estudos em Relações Internacionais*, v. 1, p. 101-129. Rio Grande: Editora da Furg, 2018. Disponível em: <https://ri.furg.br/images/Estudos-em-RI--Volume-I.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2019.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BENHABIB, Seyla. *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens*. New York: Cambridge University Press, 2004.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Eletrônica, v. 19, n. 1, jan./abr. 2014, p. 201-230. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>. Acesso em: 29 jul. 2019.
- CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Títulos del Programa Sur-Sur, p. 80-87. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, set. 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/plugin-file.php/2591382/mod_resource/content/1/colonialidade_do_saber_eurocentrismo_ciencias_sociais.pdf. Acesso em: 26 jul. 2019.
- DUSSEL, Enrique. Meditações anti-cartesianas sobre a origem do anti-discurso filosófico da modernidade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Edições Almedina, 2009. p. 283-335.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- JOUANNET, Emmanuelle T. Des origines coloniales du Droit International: À propos du Droit des Gens Moderne au 18^e siècle. In: AMICORUM, Líber; HAGGENMACHER, Peter. *The Roots of International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014. p. 649-671.
- JOUANNET, Emmanuelle. Le Droit International de La Reconnaissance. In: *Revue Générale de Droit International Public*. Paris: Editions A. Pedone, 2012. p. 769-800.
- JOUANNET, Emmanuelle T. *O Direito Internacional*. 2015. Disponível em: <https://etourmejouannet.files.wordpress.com/2014/10/e-tourme-jouannet-o-direito-internacional.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2019.
- LORCA, Arnulf. International Law in Latin America or Latin American International Law: Rise, Fall, and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 47, p. 283-305, dez. 2006.
- MIGNOLO, Walter D. Colonialidade: o lado mais escuro da modernidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 32, n. 94, p. 1-18, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbcsoc-3294022017.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2019.
- PAHUJA, Sundhya. The Postcoloniality of International Law. *Harvard International Law Journal*, v. 46, p. 459-469, 2005.
- POGGE, Thomas W. Para erradicar a pobreza sistêmica: em defesa de um dividendo dos recursos globais. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 6, ano 4, p. 142-166, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/a08v4n6.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2018.
- RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- SANTOS, Boaventura de S. Um ocidente não-ocidentalista? A filosofia à venda, a douta ignorância e a aposta de Pascal. In: SANTOS, Boaventura de S.; MENEZES, Maria Paula (org.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Edições Almedina, 2009. p. 445-486.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SEN, Amartya. *Identidade e violência: a ilusão do destino*. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2015.
- SHIVA, Vandana. *Monoculturas da mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia*. São Paulo: Editora Gaia, 2003.

A EFETIVIDADE DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.51-61>

Recebido em: 17/3/2019

Modificações requeridas em: 21/6/2019

Aceito em: 8/7/2019

Daniel Barile da Silveira

Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal (*Ius Gentium Conimbrigae*). Doutor e mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB). Professor do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da Unimar (Universidade de Marília). Professor do Programa de Pós-Graduação e do curso de Graduação em Direito do UniToledo (Centro Universitário Toledo, Araçatuba/SP). É advogado e consultor jurídico em Direito Público, sócio do Escritório Barile e Barros Advogados. Tem experiência na área do Direito Público, com ênfase em Direito do Estado, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Constitucional, Supremo Tribunal Federal, Direitos Fundamentais, Poder Judiciário, Formação do Estado Brasileiro, Jurisdição Constitucional, Direito Administrativo do Estado, Direitos Humanos e Sistema Interamericano de Direitos Humanos. <http://lattes.cnpq.br/8691251635146768>. danielbarile@hotmail.com

Elaine Fachini

Graduada em Direito pela Universidade de Marília/Unimar (2005). Pós-graduada em Docência no Ensino Superior pela Universidade de Marília/Unimar (2017). Mestranda em Direito na Universidade de Marília/Unimar área de concentração: Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social. Linha de Pesquisa 1: Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais. Bolsista Prosup/Capes da Universidade de Marília/Unimar. <http://lattes.cnpq.br/2754195361067583>. lainefachini@gmail.com

RESUMO

Consagrados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais, elencados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, atuam como fundamento do Estado Democrático de Direito, porém somente diante de sua efetividade é que se tornam concretos na vida da sociedade. Neste artigo objetiva-se analisar sobre a efetividade dos direitos fundamentais, com especial atenção ao estudo da liberdade religiosa, abordado no contexto das decisões judiciais que buscam dar guarnição ao contexto maior em que ele se insere, qual seja, a laicidade do Estado brasileiro. Entendendo a garantia à liberdade religiosa como um direito fundamental, busca o estudo avaliar, ainda, o recente julgado referente ao ensino religioso nas escolas públicas, abordado na ADI 4.439/2010. Para tanto, utiliza-se a metodologia hipotético-dedutiva, qualitativamente, colhida em bibliografia e jurisprudência pertinentes ao assunto em questão. Conclui-se, por fim, que o direito fundamental à liberdade religiosa e sua efetivação é dever do Estado, pois a ele cabe assegurar um direito igualitário de escolha e que, por ser laico, não deve adotar políticas confessionais, garantindo, assim, o direito fundamental à liberdade religiosa e a dignidade da pessoa, inserida na possibilidade de escolha livre das pessoas em determinar sua religião ou crença.

Palavras-chave: Liberdade religiosa. Direitos fundamentais. Eficácia dos direitos.

THE EFFECTIVENESS OF RELIGIOUS LIBERTY AS THE FUNDAMENTAL LAW

ABSTRACT

Established in article 5 of the Federal Constitution of 1988, fundamental rights, listed by the principle of the dignity of the human person, act as the foundation of the Democratic State of Right. But only in view of their effectiveness do they become concrete in the life of society. Through this article, the objective is to analyze the effectiveness of fundamental rights, with special attention to the study of religious freedom, addressed in the context of judicial decisions that seek to fit the larger context in which it is inserted, that is, the laity of the State Brazilian. Understanding the guarantee to religious freedom as a fundamental right, the study seeks to evaluate, also, the recent judgment regarding religious teaching in public schools, addressed in ADI 4439/2010. For that, the hypothetical-deductive methodology is used, qualitatively, collected in bibliography and jurisprudence pertinent to the subject in question. Finally, it is concluded that the fundamental right to religious freedom and its realization is the duty of the State, since it is incumbent upon it to guarantee an equal right of choice and that, because it is a lay person, it should not adopt confessional policies, thus guaranteeing the fundamental right to religious freedom and the dignity of the person, inserted in the possibility of free choice of people in determining their religion or belief.

Keywords: Religious freedom. Fundamental rights. Effectiveness of rights.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Direitos Fundamentais e sua Efetividade. 3 A Liberdade Religiosa Como um Direito Fundamental. 4 O Judiciário no Estado Laico e o Direito Fundamental à Liberdade Religiosa. 4.1 O Ensino Religioso no Estado Laico, Como Garantir o Direito à Liberdade Religiosa? 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A abordagem dos direitos fundamentais, apesar de constantes em anteriores Constituições, somente na Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, tem-se a garantia efetiva desses direitos. O maior avanço, porém, será sua efetividade, como concretização da dignidade da pessoa humana para a formação de uma sociedade civil organizada, na qual o indivíduo tem sua autonomia respeitada em razão da defesa dos direitos fundamentais.

Assim, o escopo do presente artigo é averiguar, entre o rol de garantias dos direitos fundamentais, a efetividade da liberdade religiosa como um direito fundamental específico, assegurado em nossa Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso VI. O escopo final deste estudo é averiguar sua gramática fundamental, constante na abordagem dada pelo poder Judiciário a este direito fundamental, com especial atenção ao julgado na ADI 4.439/2010, que tratou a respeito da possibilidade do ensino religioso nas escolas públicas.

Para análise do abordado adota-se a metodologia hipotético-dedutiva, qualitativamente, colhida em bibliografia e jurisprudência pertinentes à temática. O estudo ora proposto divide-se em três partes. A primeira, de caráter conceitual, estabelecerá a concepção dos direitos fundamentais e como são efetivados no ordenamento pátrio. Para que haja realmente a efetivação os direitos fundamentais devem ser interpretados em sua dimensão hermenêutica mais profunda, ligados ao contexto social e cultural em que se inserem.

O segundo item abrange o direito fundamental à liberdade religiosa, baseado em suas origens e estruturação no ordenamento jurídico brasileiro, com vistas à sua efetividade. Neste sentido, o texto permite uma breve apresentação histórica das origens da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988, identificando o trato constitucional acerca da laicidade do Estado brasileiro, da proteção aos locais de culto e à manifestação da crença.

E, por fim, pretende-se analisar a postura do Judiciário brasileiro diante da ponderação dos princípios da laicidade do Estado laico e a busca da harmonização em razão da garantia ao direito fundamental da liberdade religiosa, verificando julgados pertinentes à temática. Busca-se abordar, mais centradamente, o ensino religioso confessional, cuja temática fora decidida pelo STF em decisão mais recente.

Como avaliação final desse caminho percorrido, perceber-se-á que o direito fundamental à liberdade religiosa deve ser visto como uma efetivação ao direito do indivíduo de escolher livremente sua religião ou crença, ou mesmo de abster-se da escolha, dando sentido ao texto constitucional. O Estado laico, que se revela como um princípio implícito, deve permear sua aplicação em harmonia com a permissividade do exercício da liberdade religiosa, não podendo assumir frontalmente uma política de imposição determinante, ou mesmo de proteção ineficiente deste direito fundamental.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFETIVIDADE

Como uma concepção mais geral sobre os direitos fundamentais, podem ser entendidos como aquele conjunto de direitos mais importantes em uma comunidade de pessoas, reconhecidos por uma ordem constitucional. Intimamente relacionados à concretização da dignidade da pessoa humana, tais direitos assumem, na doutrina jurídica, a valoração das prioridades de uma comunidade, na medida em que consolida as reivindicações sociais, visando à evolução do Direito como um todo, bem como forma a base e os elementos de uma sociedade civil organizada (SILVEIRA, 2006).

O estudo dos direitos fundamentais está intimamente ligado à história e ao desenvolvimento do homem em perspectiva e extensão com o tempo. Como explica Hesse, “[...] o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente da idiosincrasia, da cultura e da história dos povos” (2009, p. 26). Em sentido similar, Alexy assim esclarece:

Os direitos do homem têm, porém, independentemente de sua posituação, validade universal. Eles põem, por conseguinte, exigências a cada ordem jurídica. Os direitos do homem tornaram-se vinculativos jurídico-positivamente no plano internacional pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966 (2008, p. 38).

De início, questão primordial que se apresenta é se normas de direitos e garantias fundamentais, conforme o artigo 5º, §1º da Constituição, têm aplicação imediata. Essas normas são aplicáveis a todos os direitos fundamentais ou estão restritas aos direitos individuais e coletivos previstos apenas no artigo 5º?

Como fim imediato do Direito busca-se, portanto, fazer com que os direitos fundamentais sejam efetivamente aplicados. Desta forma, figura injustificável a existência de normas de eficácia limitada que precisam de posterior regulamentação quanto a esse dispositivo, afinal, elas já se materializam como efetivas desde a sua promulgação. Em outros termos, “a questão não está mais em discutir se há ou não aplicação imediata dos direitos fundamentais, que é pressuposto, mas sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata” (CUNHA JR., 2008, p. 283). Assim sendo, conforme a premissa que aqui se adota, a questão da eficácia dos direitos fundamentais não está no plano da sua validade, mas depende de sua interpretação, com vista a seu problema maior, que é a sua efetividade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passa-se ao pensamento de que a efetividade das normas de direitos fundamentais tem prescrição normativa concretamente regulamenta na vida social. Os direitos individuais, políticos, sociais, culturais, difusos e homogêneos são, portanto, protegidos e promovidos como realidade na vida de pessoas e de grupos (FERRAZ JR., 2008, p. 168) e devem assim ser considerados.

Nesse contexto, para promoção da efetividade das normas constitucionais e, em especial, de direitos fundamentais, necessita-se de criação de garantias sociais, políticas e jurídicas, possibilitadas quando o Estado e a sociedade concedem condições materiais adequadas para os seus membros, gerando riqueza e sua distribuição. Tratando da questão fática, para que ocorra o pleno gozo e a efetivação dos direitos fundamentais, não se pode afastar dessas condições materiais de aplicabilidade (BARROSO, 2009, p. 120). Como afirma Cunha Júnior,

[...] o grande problema que aflige os direitos fundamentais sociais não está em sua declaração ou no reconhecimento formal de suas garantias, mas sim na sua efetivação, que consiste na realização concreta das prestações que compõem seus respectivos objetos (2008, p. 216).

São as garantias judiciais valorizadas pela teoria da constituição da efetividade brasileira, entretanto, que se encontram mais próximas dos indivíduos, pois existindo violação do direito pode o cidadão requerer a proteção judicial ao seu bem jurídico violado. No contexto da aplicabilidade dos direitos fundamentais, há uma tendência ampliada de se valorizar a promoção dos direitos fundamentais por meio de ações judiciais, mas não se aprofundou, até então, uma reflexão mais consistente sobre as garantias sociais e políticas para sua realização, bem como o impacto da judicialização dos conflitos na efetividade dos direitos fundamentais (BARROSO, 2009, p. 121-122).

Isso posto, as normas constitucionais apontam uma obrigatoriedade de comportamento, pois “todas as normas constitucionais, sem exceção, mesmo as permissivas, são dotadas de imperatividade, por determinarem uma conduta positiva ou uma omissão, de cuja realização são obrigadas todas as pessoas e órgãos às quais elas se dirigem” (CUNHA JR., 2008, p. 52).

Para os direitos fundamentais serem efetivos, entretanto, é necessário que sejam interpretados adequadamente, aprofundando o estudo em relação à estrutura das normas de direitos fundamentais. Na visão de Barroso e Barcellos:

Efetividade significa a realização do direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-se normativo e o ser da realidade social (2007, p. 303).

Assim, os direitos fundamentais fazem parte da vida social, previda pelo seu reconhecimento e aplicação concreta. Inclusive, para aqueles que adotam uma postura fundamentada em uma visão naturalística desses direitos, são direitos inerentes ao homem, imprescritíveis e inalienáveis, pois o que faz parte ontologicamente do ser humano não acaba e não pode ser despido. Em uma visão ou em outra, os direitos fundamentais são a base e a finalidade da própria organização política, de maneira que o reconhecimento desses direitos é a própria base do Estado (FERREIRA FILHO, 2005, p. 245).

Nesta contextualização e diante destas premissas é que a liberdade religiosa se insere, entendida como um direito fundamental de alta carga valorativa. Assim, precisa ser valorado, inclusive.

3 A LIBERDADE RELIGIOSA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Quando se discorre sobre a liberdade religiosa, deve-se primeiramente verificar quando ela começa a ser percebida. Tal origem vincula-se à autonomia do indivíduo, mais fortemente instaurado nos usos sociais durante a Reforma Protestante de 1517. Agostinho de Hipona, na Idade Média, porém, já havia discutido sobre a temática, o qual, somado aos reformadores Lutero, Calvino e Knox, entendem que a autonomia do indivíduo toma características de uma verdadeira “defesa da liberdade religiosa” (ADRAGÃO, 2002).

O direito à liberdade religiosa foi reconhecido pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa de 1789, quando consignou no artigo 10º que “ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”.

Na América, o tema resultou na Primeira Emenda à Constituição Norte-Americana de 1791. A progressiva laicização do Estado, contudo, pela difusão da ideologia positivista atrelada aos ideais democráticos e republicanos, que se diziam não confessionais, promoveu a separação do Estado e da Igreja, propiciando o surgimento de espaços de afirmação da identidade das minorias religiosas.

No Brasil, os direitos civis de cidadania sofreram o peso da herança colonial, da escravidão e da grande propriedade privada. Esses fatores produziram um país comprometido com o poder privado e com uma ordem social que negava a condição humana à grande parcela da população, os direitos civis só existiam na lei (CARVALHO, 2002). Nesse sentido, explana Silveira:

Como vivemos em uma sociedade pluralista, formada por diversas crenças, valores e concepções de vida, definir direitos de forma universal com referência a valores que pesam mais que outros, destrói com qualquer possibilidade de afirmação do indivíduo enquanto ser dotado de liberdade de escolha, pois vincula seus direitos com o senso geral da sociedade sobre uma hierarquia de valores pré-fixada (2006, p. 61).

Embora a liberdade religiosa tenha sido protegida constitucionalmente desde o Império, não significa que esse direito foi amparado a contento pelo Estado, como posiciona-se Carvalho ao afirmar que “dos direitos que compõem a cidadania, no Brasil, são ainda os civis que apresentam as maiores deficiências em termos de seu conhecimento, extensão e garantia” (2002, p. 210).

Assim, o reconhecimento da liberdade religiosa como direito fundamental, no Brasil, remonta à Proclamação da República, quando então houve um reposicionamento das relações existentes entre o Estado e a Igreja. Sua manifestação social mais explícita funda-se na evolução do reconhecimento à liberdade de pensamento e manifestação, como que um corolário deste princípio.

Com o advento dos tempos atuais, mesmo a liberdade estando presente em anteriores Constituições, foi na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso VI, entre os direitos fundamentais, que consignou inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida na forma da lei a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. Analisando essa normativa, é possível distinguir três direitos distintos protegidos pela norma constitucional: a liberdade de consciência, a liberdade de crença e a liberdade de culto. Embora distintas as liberdades, todas são correlatas. Não há, portanto, sentido concreto de o legislador constitucional resguardar a liberdade de culto sem fazê-lo com relação à crença e à consciência e vice-versa.

Assim, infere-se na visão de Silva que:

Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir à religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo (2000, p. 251).

Na mesma perspectiva Bastos e Martins ensinam:

Liberdade de consciência não se confunde com a de crença. Em primeiro lugar, porque uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma. Deflui, pois, da liberdade de consciência uma proteção jurídica que incluiu os próprios ateus e os agnósticos (1988, p. 127).

Como forma de garantir as liberdades citadas o Estado não pode estar associado institucionalmente a Igreja alguma, o que formalmente ocorre no Brasil, desde o Decreto n. 119, de 17 de janeiro de 1890, quando entrou em vigência o regime de separação entre o Estado e a Igreja instaurando o Estado leigo ou laico. Conforme adverte Miranda: “Laicidade significa não assunção de tarefas religiosas pelo Estado e neutralidade, sem impedir o reconhecimento do papel da religião e dos diversos cultos” (2013, p. 28). É nessa perspectiva que explica Garcia:

A constituição, art. 5º, VI estabelece, como visto, a inviolabilidade de crença e, no inciso VIII, a liberdade de não ser privado de direitos por motivo de crença religiosa – o que denota a afirmação da liberdade de crença, de foro íntimo e infensa a qualquer especulação, até mesmo de órgãos governamentais de pesquisa por não se demonstrar de interesse público num Estado laico (2018, p. 152).

Assim, essa liberdade de crer e manifestar-se sobre uma religião impõe uma conduta obrigacional positiva e negativa tanto ao Estado quanto a terceiros. A obrigação positiva, de acordo com Reimer, consiste no “dever do Estado de proteger esse direito individual em face de eventuais violações por parte de particulares e até por autoridades, servidores, empregados ou agentes públicos” (2013, p. 29). Essa obrigação positiva relaciona-se também com terceiros, determinando que estes respeitem as crenças religiosas, suas manifestações e liberdade das pessoas de não professar uma religião, pois, conforme argumenta Ribeiro, “a liberdade religiosa compreende até mesmo a liberdade de não crer, de não ter uma religião” (2002, p. 13).

Já a obrigação negativa, ao revés, pregoa que o Estado não deve discriminar os que creem dos que não creem, buscando, quando possível, em produção normativa situar-se nas generalidades que permitem abranger e tutelar atividades ou comportamentos religiosos e não religiosos (BASTOS; MARTINS, 1988).

Ademais, importante se faz resguardar o direito de determinar a conduta de acordo com a consciência religiosa, estando no núcleo do direito à liberdade religiosa sua livre expressão. É o que se chama de culto, em seu conceito mais mínimo. Duguit observa que

[...] toda religião contém um segundo elemento: o rito ou culto. Para que a liberdade religiosa exista, é preciso que cada um seja inteiramente livre para praticar qualquer culto religioso, que ninguém possa ser molestado por ele, nem impedido, direta ou indiretamente, de praticar o culto correspondente a suas crenças religiosas, e, o inverso (2005, p. 232).

As Constituições republicanas passaram a prever a liberdade de culto e também da liberdade individual de ter uma crença específica que melhor se coadune com seus anseios religiosos. Instituíram, assim, a proteção constitucional aos cultos e às liturgias das mais diversas religiões, como um corolário prático do princípio da dignidade da pessoa humana, eis que a declaração de que as pessoas são livres para crerem no que quiserem (ou de não crerem) deve também desdobrar-se sobre suas práticas e ritos.

Nesse diapasão, tem-se a garantia da inviolabilidade dos templos e celebração de atos religiosos conforme previsto no artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal de 1988. Entre a liberdade religiosa, consta também a liberdade de organização religiosa, que pode administrar a liturgia, ensinar a doutrina, procurar novos adeptos, formar seus ministros e adquirir bens por contribuições de particulares ou instituições.

No plano infraconstitucional, para tanto, o Código Civil em seu artigo 44, inciso IV, considera as organizações religiosas como pessoas jurídicas de Direito Privado.

Também é assegurado no Código Penal, no Título V, Capítulo I, que trata dos crimes contra o sentimento religioso e do ultraje ao culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo. Mais especificadamente o artigo 208 nos traz:

Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:

Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

Segundo Capez (2004, p. 214-218), a ação nuclear da parte final do artigo 208 consubstancia-se no verbo vilipendiar, isto é, tratar com desprezo, desdém, de modo ultrajante o ato ou objeto de culto religioso por meio escrito, por palavras ou por gestos. Para ser considerado ilícito penal, porém, a ação de vilipendiar deve ser praticada no decorrer do ato religioso, diretamente sobre ou contra objeto de culto religioso e ser realizado publicamente, tendo como elemento subjetivo o dolo, a vontade livre e consciente de vilipendiar o ato ou objeto de culto religioso.

O legislador brasileiro procurou, portanto, garantir nas Constituições, principalmente na de 1988 e em legislações específicas, a liberdade religiosa de crença ou de culto como um direito fundamental, buscando também sua efetividade normativa. Com a separação do Estado e da Igreja promovendo a laicidade, configurou-se um equilíbrio em relação à liberdade religiosa como um direito fundamental do indivíduo em professar sua religião, seja ela qual for.

Assim, partindo dessa visão mais genérica sobre a temática aqui discutida, cabe agora entender mais concretamente sobre a efetividade da liberdade religiosa ante o Estado laico na visão do Judiciário brasileiro, como adiante analisado.

4 O JUDICIÁRIO NO ESTADO LAICO E O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA

A efetividade dos direitos fundamentais e, por conseguinte, da liberdade religiosa, muitas vezes se dá por intermédio do Judiciário. Sendo o Brasil um Estado laico, cabe ao Judiciário amparar a laicidade do Estado junto a liberdade religiosa expressa na sociedade, sem inferir abusos contra qualquer delas.

A ideia de o Judiciário brasileiro reconhecer os processos de mudanças que ocorrem na sociedade, inclusive a busca pela efetividade de um direito fundamental à liberdade religiosa, faz-se essencial e necessário. Assim se identifica:

A evolução do reconhecimento perpassa pela gradual exteriorização das esferas de relação-conflito-reconhecimento num plano prático-material – e não mais idealista – considerando como padrões de reconhecimento intersubjetivo o amor, o direito e a solidariedade. Desse ponto de vista, o esforço passa a ser demonstrar como na sociedade as lutas sociais prestam-se à materialidade do reconhecimento (BORGES DE OLIVEIRA, 2015, p. 61).

Os casos concretos elucidam, ainda mais, a amplitude do direito estudado. No calendário brasileiro, como é sabido, existe a fixação de feriados nacionais religiosos. Se abordada a liberdade religiosa nesse viés, esbarra-se no relacionamento entre Estado e Igreja, como um conflito explícito de direitos constitucionais. Em 1959 o Supremo Tribunal Federal assentou que somente lei municipal, segundo a tradição local, poderia fixar os feriados religiosos, preponderando que as leis municipais podem expressar o sentimento religioso do município, seguindo o conceito vigente na sociedade da época. Contemplou-se, com essa decisão, o disposto na Lei 605 de 5 de janeiro de 1949 (BRASIL, 1959).

Em outro caso julgado tem-se a discussão ocorrida no Tribunal Regional Federal da 1ª Região em processo ajuizado contra a União, por força da Lei 6.802 de 1980, a qual oficializou Nossa Senhora Aparecida como padroeira do Brasil e fixou feriado nacional no dia 12 de outubro. Como argumento preponderante, invocou-se a ilegalidade e antijuridicidade da norma, argumentando que a minoria evangélica residente no país teria sua liberdade religiosa afrontada por esse feriado, pois causaria preconceito e discriminação religiosa. Sustentou-se, também, a violação do artigo 19, inciso I da Constituição Federal de 1988. Tal pretensão, contudo, não alcançou êxito, em decorrência de decisão da desembargadora federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, diante de que, ponderando sobre a fixação de um feriado religioso, mesmo por lei, não causaria injúria aos adeptos de outras religiões. Reconheceu-se, assim, a maioria católica e a confirmação de ter um dia especial para veneração da figura religiosa homenageada, consectária de uma manifestação cultural relevante, expressão da maioria da população religiosamente orientada (BRASIL, 2019a).

Nesse diapasão, inclui-se a discussão da utilização dos símbolos religiosos em instituições públicas, gerando inclusive um embate entre o Ministério Público Federal e a Advocacia-Geral da União sobre a exposição de crucifixos em prédios públicos. Em caso julgado no Supremo Tribunal Federal, decidiu-se improcedente o pedido do Ministério Público Federal embasado na compreensão de que a laicidade do Estado não configura

uma negativa de manifestação de fundo religioso, como a manutenção de crucifixos em prédios de uso público. A decisão baseou-se na possibilidade de convivência entre laicidade e manifestações religiosas presentes na identidade nacional, que também é cultural (BRASIL, 2010).

Infere-se aqui os casos em que a liberdade religiosa consiste apenas na liberdade para professar fé em Deus, não cabendo impedir a demonstração da fé de outrem, Destacando-se que a laicidade do Estado brasileiro não se traduz em oposição ao fenômeno religioso, possibilitando a convivência do Estado laico com símbolos religiosos, entre eles os crucifixos, as imagens, monumentos e nomes de logradouros ou de cidades, pois refletem a história e a identidade nacional ou regional.

Nos casos mencionados, interpretou-se a cultura religiosa prevalecente sobre o direito laico perpetuando as tradições e a cultura. O patrimônio histórico, cultural e os feriados nacionais estão integrados à sociedade de forma inquestionável, entretanto são autodeterminantes quanto aos prédios públicos, não havendo opção garantida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, do cidadão que não comunga com aquela fé, escolher estar no local, pois este se submete ao serviço público ali prestado.

Nesse sentido, a arguição por tradições e costumes para sustentação de símbolos religiosos não se configuraria, pois a laicidade do Estado foi alçada à condição de princípio constitucional, na Constituição de 1891 configurada desde a edição do Decreto 119-A de 7 de janeiro de 1890, rompendo com o antigo Estado Confessional no período do Brasil-Colônia (1500 a 1824) e Brasil-Império (1824 a 1891).

Na mesma toada, Sarmento (2007) explana que a laicidade impõe ao Estado uma postura de neutralidade diante das diversas religiões existentes na sociedade, ficando proibido tomar partido em questões de fé, não podendo favorecer ou atrapalhar, pois está vinculado às premissas da liberdade religiosa e da igualdade como valores constitucionais. Em uma sociedade pluralista com variadas crenças e afiliações religiosas a laicidade apresenta-se como um instrumento para o tratamento igualitário de todos. Diante do pluralismo religioso o posicionamento do Estado por uma religião implicaria desigualdade no tratamento em relação àqueles que não abraçam o credo privilegiado.

4.1 O Ensino Religioso no Estado Laico, Como Garantir o Direito à Liberdade Religiosa?

Em consonância às discussões antes debatidas, bem como dando densidade ao tema central do artigo, faz-se importante entender como o Supremo Tribunal Federal se posiciona sobre o ensino religioso confessional em escolas públicas e privadas, tema discutido na Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada.

Partindo da elucidação constitucional, o parágrafo §1º do artigo 210 da Constituição Federal de 1988 traz que o ensino religioso será de matrícula facultativa e constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de Ensino Fundamental. Observando que o preceito está inserido no Título VII da Constituição, que trata da ordem social, no seu Capítulo III, Seção I, sobre a educação, orientado pelos princípios estabelecidos no artigo 206, especificando o *caput* do artigo 210, o qual orienta que serão fixados conteúdos mínimos para o Ensino Fundamental de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

A matéria em questão foi regulada pelo legislador infraconstitucional por meio da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB – a qual, tratando do Ensino Fundamental, previu no artigo 33 a oferta de ensino religioso em duas modalidades, podendo ser confessional, conforme opção religiosa do aluno ou responsável, a cargo das respectivas igrejas ou confissões; ou interconfessional, mediante acordo entre as diversas entidades religiosas. No ano seguinte, porém, a Lei nº 9.475, de 23 de julho de 1997, promoveu a primeira alteração na LDB e conferiu nova redação ao artigo 33, assegurando o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil.

Assim, sobre a questão levantada, Moraes menciona que o artigo 210, §1º da Constituição Federal de 1988, deverá buscar a adequação com as liberdades públicas de culto religioso e a previsão do Estado laico. Esclarece também estar presente no dispositivo dupla garantia constitucional que não se poderá instituir, na escola pública, o ensino de uma única religião ou doutrinação à determinada fé e que a liberdade das pessoas se matricularem ou não na matéria oferecida configuraria a plena liberdade religiosa, inclusive a liberdade ao ateísmo (MORAES, 2005, p. 120)

No mesmo pensamento, ao comentar o dispositivo, Silva ressalta que “é um direito do aluno religioso ter a possibilidade de matricular-se na disciplina, mas não lhe é dever fazê-lo”. E completa: “Nem é disciplina que demande provas ou exame que importem reprovação ou aprovação para fins de promoção escolar”. Só estão obrigadas as escolas públicas e de Ensino Fundamental, posto que as privadas “podem adotá-la como melhor lhes parecer, desde que não imponham determinada confissão religiosa a quem não o queira” (MORAES, 2005, p. 252-253).

Para Bastos e Martins, o aluno tem o “direito de obter o ensino religioso e o direito de optar entre o ensino de uma religião ou outra de acordo com suas convicções pessoais”. Afirmam que esse direito individual do aluno para requerer acesso ao ensino religioso tem a contrapartida no dever de o Estado propiciar que ocorra nas escolas públicas, pois o “Estado não se encontra obrigado a oferecer ele próprio o ensino religioso”, com o oferecimento do ensino religioso ficando a cargo das entidades religiosas. Já as escolas particulares, que podem ser confessionais, segundo o artigo 20, inciso III, da LDB, são livres para oferecer ou não o ensino religioso, cabendo ao educando ou responsável “escolher nesses casos a escola confessional que mais se adapte a suas crenças e convicções pessoais” (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 595-601).

Ferraz Jr. aborda o tema acerca do parágrafo §1º do artigo 210 da Constituição Federal de 1988, esclarecendo que a “exegese do preceito deve ser feita à luz do direito à educação e da liberdade de religião, considerando o ensino religioso uma projeção da liberdade de religiosa e sua concretização” (FERRAZ JR., 2008, p. 25).

Como argumento comparativo sobre o ensino religioso, tem-se que nos Estados Unidos a religião é enraizada na sociedade, mas a Constituição determina que as escolas públicas sejam neutras em questões religiosas. Os alunos podem manifestar livremente suas crenças, inclusive com uso de símbolos e vestimentas religiosas, mas os professores são proibidos de manifestar qualquer religião. O ensino religioso integra os currículos escolares sob a forma de história da religião, estudo literário da bíblia ou de estudo sociológico da religião como fenômeno cultural, conforme afirmação de Sepúlveda:

Segundo um levantamento com relação ao ensino religioso nas escolas públicas americanas, o ensino confessional não pode ser ministrado. Todavia, a manifestação religiosa dos alunos não sofre qualquer restrição. São permitidos símbolos e vestimentas religiosas, e uma alimentação religiosamente prescrita. Os alunos podem, sem proselitismo, tentar convencer seus colegas. Podem também distribuir literatura religiosa, assim como reunir-se no ambiente da escola com propósitos religiosos (2013, p. 9).

Importante ressaltar que os Estados Unidos, como um Estado laico, defendem a não diferenciação entre seus alunos nas escolas públicas, como dispõe a Suprema Corte Americana, segundo expõe Lupu, no *The Pew Forum on Religion*:

As decisões da Suprema Corte sobre expressão religiosa, patrocinada oficialmente nas escolas consistentemente, distinguem entre atividades religiosas como adoração ou leitura da Bíblia, que são projetadas para incutir sentimentos e valores religiosos, e “ensinar sobre religião”, que é tanto constitucionalmente permissível quanto educacionalmente apropriado. Em várias ocasiões, membros da Corte sugeriram que as escolas públicas ensinassem “a Bíblia como literatura”, incluíssem lições sobre o papel da religião e instituições religiosas na história ou oferecessem cursos sobre religião comparada (LUPU, 2007, p. 7, tradução nossa).

Ainda sobre o ensino religioso, a Suprema Corte do Brasil tratou o tema conjugado na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – proposta pela Procuradoria Geral da República – ADI 4.439/2010, postulando interpretação do Acordo com a Santa Sé para assentar que o ensino religioso em escolas públicas só pode ser não confessional. Buscou-se, portanto, declarar a proibição da admissão de professores que representem confissões religiosas e, subsidiariamente, pugnou-se pela inconstitucionalidade parcial da norma concordatária para suprimir do texto do artigo 11, parágrafo §1º a expressão “católico e de outras confissões religiosas”.

Com a ADI buscou-se assentar que o ensino religioso em escolas públicas deve ter natureza não confessional, proibindo a admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas que, segundo a tese proposta, integraria o ensino religioso com o laicismo do Estado brasileiro. A disciplina traria conteúdo de história e sociologia das religiões e também posições não religiosas sem partidarismo dos educadores. Argumenta-se, na petição da ADI 4.439, que o Estado não pode apoiar a religiosidade em detrimento da não religiosidade por ser um Estado laico.

Após discussões sobre o tema, em 27 de setembro de 2017 o Supremo Tribunal Federal finalmente concluiu o julgamento sobre ensino religioso nas escolas públicas. Em sessão plenária julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.439/2010. Por maioria dos votos, os ministros entenderam que o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras pode ter natureza confessional, ou seja, vinculado às diversas religiões.

Decidiu-se que ensino religioso nas escolas públicas será de conteúdo confessional e matrícula facultativa, respeitando o binômio da laicidade do Estado e liberdade religiosa. Possibilitou-se a igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas, em conformidade com artigo 210, §1º da Constituição Federal de 1988 e abarcando a constitucionalidade do artigo 33, *caput* e §§ 1º e 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e do Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil promulgado pelo Decreto 7.107/2010.

Em dezembro do mesmo ano o Conselho Nacional de Educação (CNE) aprovou a Base Nacional Comum Curricular, a qual dita que Estados e municípios tiveram dois anos para instituir a Base em suas grades curriculares, ou seja, a revisão dos currículos aconteceu em 2018, estando atualmente a nova Base já em uso, constando o ensino religioso de maneira confessional na grade da rede pública, conforme orientação do STF.

São modelos de estudo religioso: o não confessional, pelo qual as aulas de ensino religioso consistem na exposição neutra e objetiva, tratando da prática, da história e dimensão social das diferentes religiões, incluindo posições não religiosas; o modelo confessional, em que uma ou mais confissões são objeto de estudo e, por fim, o interconfessional, pelo qual o ensino de valores e práticas religiosas se dá com base em elementos comuns entre credos dominantes na sociedade.

Verifica-se, desse modo, que no texto constitucional o legislador optou por uma educação que vise a formar cidadãos de maneira ampla, não de forma segmentada. Assim, a educação deve pautar-se pelo respeito às diferenças e fomento à reflexão crítica com vistas ao desenvolvimento pleno da pessoa. Logo, o ensino religioso deve atender para isso, uma vez que se insere como uma das vertentes dessa integralidade (FISCHMANN, 1998, p. 970).

Nesse sentido, deve o Estado direcionar um direito igualitário para as religiões de uma forma geral, por ser um Estado laico. Uma política estatal que favoreça uma ou algumas religiões seria vedada pela Constituição Federal, representando uma coerção indireta sobre os que não professam aquela crença, de que suas crenças são menos dignas de serem favorecidas.

A grande questão está em saber conciliar as diversidades, articulando para não haver comprometimento com uma e nem oprima a outra. O ensino de elementos religiosos fornece ao indivíduo meios de poder escolher uma orientação religiosa, caso deseje. Rechaça-se, destarte, uma opção induzida por influência, provinda de um modelo de ensino religioso confessional.

5 CONCLUSÃO

Para serem efetivos, os direitos fundamentais devem ser interpretados adequadamente, em razão de sua complexidade e da dimensão organizativa de nossa sociedade plural hodierna. Considerando serem a base e a finalidade de uma organização política, o reconhecimento desses direitos faz erigir a própria essência do Estado, legitimando a sua existência e o seu papel social.

No plano da liberdade religiosa, garantido explicitamente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso VI, consignou-se ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida na forma da lei a proteção aos locais de culto e suas liturgias, visando também à laicidade do Estado brasileiro. Tal concepção não foge à historicidade das Constituições republicanas brasileiras, as quais passaram a prever a liberdade de culto como um direito fundamental à liberdade individual de crença e a proteção constitucional aos cultos e às liturgias das mais diversas religiões.

Como antes referido, em diversos casos analisados em relação à concretização da laicidade do Estado brasileiro, em especial sobre a promulgação de feriados religiosos e símbolos de uma determinada religião em espaço público, averiguou-se que a interpretação da cultura religiosa prevalece sobre o direito laico, perpetuando as tradições ao invés da reflexão crítica sobre os fatos, devendo a laicidade ser um instrumento de tratamento igualitário de todos em uma sociedade de múltiplas crenças.

Em relação ao ensino religioso, o legislador constituinte, no 210, §1º da Constituição Federal de 1988, tentou buscar a adequação entre liberdades públicas, liberdade religiosa e Estado laico, tendo como garantia constitucional que na rede pública não se configura o ensino de uma única religião, constituindo escolha do indivíduo cursar ou não determinada matéria, assumindo plenamente sua liberdade religiosa, incluindo a liberdade ao ateísmo.

Neste contexto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4439/2010 – julgada improcedente em setembro de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal, manteve-se posição anterior referente ao Decreto 7.107/2010, ditando que o ensino religioso nas escolas públicas será de conteúdo confessional e matrícula facultativa, respeitando a laicidade do Estado e a liberdade religiosa para dar igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas. Inserido desde este ano de 2019, o ensino religioso confessional, na rede pública de Ensino Fundamental, tornou-se uma possibilidade concreta no regime jurídico brasileiro.

Assim, ao Estado cabe o dever de possibilitar um direito igualitário à liberdade de escolha da religião, por sua laicidade, porém é repellido o comportamento público de favorecer uma ou outra religião, decisão política que agride verticalmente a interpretação mais correta da Constituição Federal, de maneira a desprestigiar o direito fundamental à liberdade religiosa e à dignidade da pessoa em escolher sua religião e crenças.

Conclui-se, por fim, que o Estado brasileiro, ao atribuir o ensino religioso confessional às escolas públicas de Ensino Fundamental, pode ferir o direito fundamental de liberdade de escolha religiosa constante em nossa Carta Magna. Abre-se, destarte, a possibilidade de promoção de uma determinada religião, professada por uma maioria, em detrimento de outras religiões professadas pelas minorias.

Assim sendo, apesar de o STF ter constitucionalizado o ensino religioso confessional, este deveria ser aplicado como área do conhecimento histórico, devido à diversidade de religiões e doutrinas existentes até mesmo dentro do próprio cristianismo. Não pode ser entendido, desta forma, como uma obrigatoriedade vinculativa para as escolas públicas como forma mais concreta de que haja garantia do direito fundamental à liberdade religiosa, vertida pela efetividade dos direitos nesta seara.

6 REFERÊNCIAS

- ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra, PT: Almedina, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, SP: Saraiva, 1988. V. 2.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo, SP: Malheiros, 2007. p. 217-316.
- BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. A estética da luta por reconhecimento na efetivação dos direitos humanos. *Revista Argumentum*, Marília, SP, v. 16, p. 55-72, jan./dez. 2015. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/40/25>. Acesso em: 5 fev. 2019.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 fev. 2019.
- BRASIL. *Código Civil – Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 3 fev. 2019.
- BRASIL. *Código Penal – Decreto Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 3 fev. 2019.
- BRASIL. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 3 fev. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 6802, de 30 de junho de 1980*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6802.htm. Acesso em: 3 fev. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439/2010*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=635016&tipo=TP&descricao=ADI%2F4439>. Acesso em: 4 fev. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 20526/1959*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=7409>. Acesso em: 4 fev. 2019.

- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Cível nº 2000.34.00.027768-5-DF*. Disponível em: <https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2301461/apelacao-civel-ac-27768-df-20003400027768-5>. Acesso em: 4 fev. 2019a.
- BRASIL. *Ação Civil Pública 0017604-70.4.03.6100*. 3ª Vara da Justiça Federal em São Paulo. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais>. Acesso em: 4 fev. 2019b.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2004. Vol.ume 2.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro/RJ: Civilização Brasileira, 2002.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2008.
- DUGUIT, Leon. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada, ES: Comares, 2005.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo, SP: Atlas, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 7. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2005.
- FISCHMANN, Roseli. Estratégias de superação da discriminação étnica e religiosa no Brasil. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (org.). *Direitos humanos no século XXI: seminário parte II*. São Paulo, SP: Ipri, 1998.
- GARCIA, Maria. A Constituição e o ensino religioso nas escolas públicas. In: GRIM, Brian J.; LAZARI, Rafael; SORIANO, Aldir Guedes (org.). *Liberdade religiosa e desenvolvimento econômico*. Belo Horizonte, MG: Editora D'Plácido, 2018. p. 143-156.
- HESSE, Konrad. Significado dos Direitos Fundamentais. Trad. Carlos dos Santos Almeida. In: KONRAD, Hesse. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo, SP: Saraiva, 2009. p. 23-72.
- LUPU, Ira. et al. Religion in the Public Schools. *The Pew Forum on Religion & Public Life*. Washington, DC, p. 1-17, May 2007. Available from: <https://www.pewresearch.org/wp-content/uploads/sites/7/2007/05/religion-public-schools.pdf>. Cited: 3 mar. 2019.
- MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. *Revista Eletrônica Gaudium Sciendi*. Lisboa, PT, n. 4, p. 20-48, jul. 2013. Disponível em: http://www2.ucp.pt/resources/Documentos/SCUCP/GaudiumSciendi/Revista%20Gaudium%20Sciendi_N4/6.%20jmirandaEstado%20%20liberdade%20religiosa%20e%20laicidade.pdf. Acesso em: 3 mar. 2019.
- MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- REIMER, Haroldo. *Liberdade religiosa na história e nas constituições do Brasil*. São Leopoldo: Oikos, 2013.
- RIBEIRO, Milton. *Liberdade Religiosa – uma proposta para debate*. São Paulo, SP: Mackenzie, 2002.
- SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. *Revista Eletrônica da Procuradoria da República de Pernambuco*, Pernambuco, RE, ano 5, maio 2007. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/index.php/internet/Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/O-Crucifixo-nos-Tribunais-e-a-Laicidade-do-Estado>. Acesso em: 5 fev. 2019.
- SEPÚLVEDA, José Antônio. Estados Unidos. *Revista Eletrônica Olé – Observatório da Laicidade do Estado*. NEPP-DH/UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, p. 1-11, 2013. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/ole/textos/eua.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2019.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2000.
- SILVEIRA, Daniel Barile da. Paradigmas de interpretação constitucional: desafios ao entendimento das sociedades modernas. *Revista Eletrônica da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM*, Santa Maria, RS, v. 1, n. 1, p. 51-63, mar. 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6764/pdf>. Acesso em: 5 fev. 2019.
- SILVEIRA, Daniel Barile da. Os direitos fundamentais, sua efetividade e necessidade de declaração. In: BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir et al. *Federalismo à brasileira*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FederalismoaBrasileira/124,-MI288564,81042-Os+direitos+fundamentais+sua+efetividade+e+necessidade+de+declaracao>. Acesso em: 5 fev. 2019.

BASE NATURAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.62-76>

Recebido em: 21/2/2019

Modificações requeridas em: 24/9/2019

Aceito em: 25/9/2019

Denis Leite Rodrigues

Graduação em Direito pela Universidade da Amazônia (1995). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Pará (2000). Doutor em Ciências Jurídicas y Sociales na Universidad del Museo Social Argentino – UMSA, em Buenos Aires, Argentina. Doutorando no curso de Doutorado em Direito no Programa em Pós-Graduação em Direito – PPGD – do Instituto de Ciências Jurídicas/ICJ da Universidade Federal do Pará (UFPA). Exerce atividade de magistério como professor-adjunto no curso de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). <http://lattes.cnpq.br/4836971452554593>. denisrod@gmail.com

RESUMO

O artigo versa sobre a base natural do ordenamento jurídico, ou seja, considera o Direito natural como parte do ordenamento jurídico estatal. Busca este estudo, inicialmente, esclarecer os principais conceitos ligados à matéria, e, a partir daí, expor as considerações de diferentes correntes filosófico-jurídicas que, respectivamente, foram a fonte básica dos escritos e ensinamentos relativos ao Direito natural. Ao final, há também uma confrontação com posições doutrinárias que divergem da posição de considerar o Direito natural como parte do Direito social e efetivamente aplicado. O estudo é desenvolvido por meio da análise de diversas obras doutrinárias, e dele resultam dois fatores até certo ponto opostos e paradoxais: de um lado, uma inicial tendência do crescimento do pensamento cada vez mais de natureza notada e unicamente temporal para a análise jurídica; e, de outro, a resposta fática da retomada do fundamento também divino para a construção de uma ordem jurídica (como reação, por exemplo, às guerras do século 20). A hipótese suscitada por essa análise centra-se no enfraquecimento normativo de ordens jurídicas calcadas em desconsideração ao jusnaturalismo, o que, como referido anteriormente, abriu espaço para teríveis consequências sociais. O problema básico deste estudo ora desenvolvido refere-se à necessária reafirmação de um fundamento moral ao respectivo ordenamento jurídico, algo que é intrínseco à noção de Direito natural.

Palavras-chave: Direito natural. Escolástica. Neoescolástica. Corrente moderna. Jusnaturalismo.

NATURAL BASIS OF THE LEGAL SYSTEM

ABSTRACT

The article deals with the natural basis of the legal system, that is, it considers natural law as part of the state legal system. This study initially seeks to clarify the main concepts related to the subject, and, from there, to expose the considerations of different philosophical-juridical currents that, respectively, were the basic source of writings and teachings related to natural law. In the end, there is also a confrontation with doctrinal positions that diverge from the position of considering natural law as part of social law and effectively applied. The study is developed through the analysis of several doctrinal works, and from it results two points to some extent opposite and paradoxical: on the one hand, an initial tendency of the growth of the less divine and more and more secular thought for the legal analysis; and, on the other hand, the factual response to the resumption of the divine foundation for the construction of a juridical order (as a reaction, for example, to the wars of the twentieth century). The hypothesis raised by this analysis focuses on the normative weakening of legal orders based on disregard of jusnaturalism, which, as stated above, has opened room for dire social consequences. The basic problem of this study is the necessary reaffirmation of a moral foundation to the respective legal order, something that is intrinsic in the idea of a natural law.

Keywords: Natural law. Scholastic. Neo-scholastic. Modern school. Jusnaturalism.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Conceitos Básicos. 3 Correntes do Direito Natural Objeto da Presente Análise. 4 Origem do Direito Natural. 5 Noção de Lei Natural. 6 Noção de Direito Natural. 7 Posições Doutrinárias Divergentes. 8 Considerações Finais. 9 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a pretensão de expor algumas considerações acerca do Direito natural e seu enfoque no legado de pensadores ligados a basicamente três correntes representativas de seu desenvolvimento histórico, a saber: a escolástica, a nova escolástica e a moderna.

Os pensadores escolhidos para uma análise mais detida a ser empreendida são, de forma respectiva, ligados a cada uma das correntes supracitadas, quais sejam: Tomás de Aquino, Fernando Suárez e Hugo Grócio.

A primeira seção deste estudo tratará de conceitos essenciais para a noção da base natural do ordenamento jurídico. Na segunda serão expostas breves análises das correntes supracitadas, e seus elementos que as individualizam e caracterizam, de forma geral.

As seções seguintes irão expor considerações acerca do pensamento de cada um daqueles autores mencionados, relativamente à sua respectiva visão do Direito Natural, dando-se ênfase, em sequência, aos seguintes pontos: origem do Direito Natural e sua relação com uma raiz divina (seção 3); a noção de lei natural (seção 4); a ideia do Direito Natural (seção 5). A seção 6, por sua vez, mostrará algumas posições doutrinárias divergentes por parte de juristas via de regra mais recentes (quanto à valorização do Direito Natural e à consideração deste como parte efetiva de um ordenamento jurídico).

É importante frisar que os tópicos são objeto de uma extensa bibliografia, e sujeitos a diversas e valiosas posições doutrinárias. O estudo ora desenvolvido tenciona dar uma ideia geral e mais satisfatória possível sobre os assuntos ligados a seu tema, dentro das limitações de espaço inerentes a tal espécie de análise.

2 CONCEITOS BÁSICOS

Uma primeira terminologia a ser esclarecida é o que se deve entender por jusnaturalismo. Exprimindo ser uma tendência filosófica, este termo corresponde a um conjunto de doutrinas expressas no decorrer da História, revelando, cada uma destas, uma equivalente atitude crítica em relação ao Direito, no sentido de postular uma ordem jurídica cuja validade está assentada basicamente em uma ideia de Justiça (GARCIA MÁYNEZ, 2012). Diz-se sobre o jusnaturalismo: “Esta doutrina, desarrollada a lo largo de más de dos milenios, comprende una gran variedad de escuelas y teorías, que sostienen concepciones diferentes sobre el fundamento del *derecho natural*” (GREGORIO *et al.*, 2007, p. 35).

Em contraposição ao jusnaturalismo, como uma das áreas em que se fundamenta o Direito, encontra-se o chamado juspositivismo ou positivismo jurídico. A doutrina competente, nesta seara, afirma que “a expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*” (BOBBIO, 2006, p. 15). Assim, justificando-se, inclusive, pelo fato de o conjunto de normas, por sua origem, ser anterior à sua sistematização filosófica, a expressão jusnaturalismo seria derivada de Direito Natural.

A distinção do que seria natural e positivo não está ligada à problemática do que seria jurídico, pois em ambos os campos repousa o Direito, mas da origem de seus ditames, uma vez que a noção de natural exprime o que é em razão de sua natureza (liga-se à ideia do grego *physis*), enquanto que a de positivo está assentada naquilo que é por força do que foi posto pelos homens, seja de forma legislativa ou mesmo costumeira (liga-se à terminologia grega *thésis*) (BOBBIO, 2006).

Será no âmbito do jusnaturalismo em que estarão assentadas as premissas doutrinárias ligadas à ideia, por exemplo, da lei natural e do Direito Natural.

Por sua vez, a lei eterna é um verdadeiro ato de império e a medida do governo de tudo que existe por parte de Deus. Tem esta norma o predicativo de eterna, pois, sendo produto da inteligência divina, está em Deus e é atemporal. A lei eterna será base de toda verdadeira lei, portanto toda norma que seja verdadeira lei será necessária derivação da lei eterna. Toda e qualquer lei será efetivamente lei na medida em que participe dos preceitos da lei eterna, e não mais o será quando desta se alijar (HERVADA, 2006).

Para se chegar a uma satisfatória compreensão do que vem a ser a lei natural, é importante uma visão prévia da lei eterna, em função de uma íntima ligação entre ambas as normas.

Segundo Javier Hervada, inspirado na doutrina de Tomás de Aquino: “ley eterna y ley natural son dos modos distintos de ser de la misma ley. En cuanto está en Dios (*sicut in regulante et mensurante*) es ley eterna; en cuanto se participa en las criaturas (*sicut in regulato et mensurato*) es la ley natural” (HERVADA, 2006, p. 35). Continua o autor: “conocemos, pues, la ley eterna, conociendo la ley natural” (2006, p. 35). Assim sendo, de acordo com esta noção, tendo-se o conhecimento da lei natural, conhecer-se-á a lei eterna.

Há, porém, postulações diversas entre os pensadores. Para Leo Strauss, por exemplo, baseando-se na mesma concepção tomista: “a própria razão natural cria uma presunção em favor da lei divina, que completa a lei natural ou a leva à perfeição” (STRAUSS, 2014, p. 197). Por esta posição doutrinária, portanto, verifica-se ser a lei eterna (aqui chamada de lei divina) um conjunto de preceitos que traria completude à lei natural, e assim o conhecimento desta não seria elemento necessário ou determinante para o entendimento daquela.

Este estudo, neste presente pormenor, posiciona-se em favor da doutrina de Strauss, por entender que, sendo o ser humano criado à imagem e semelhança de Deus, sendo Este a totalidade e aquele uma imagem ou reflexo Deste, é claro que a lei criada por Deus é a perfeição, e a lei natural, presume-se e espera-se, irá tender à perfeição, mas com esta não coincidirá.

Quanto à lei natural, pode-se afirmar que consistiria em juízos fundamentais de ordem eminentemente moral que se manifestam em geral na consciência de ordem individual, com caráter obrigatório ou normativo (RECASENS SICHES, 1983). É importante ter em mente, neste ponto, de que “la naturaleza, base de la ley natural, no tiene aquí la acepción de naturaleza empírica *causal* (como complejo de hechos que se producen forzosamente), antes bien, el sentido de razón *teleológica*” (RECASENS SICHES, 1983, p. 370).

E é exatamente a questão teleológica, ligada à noção de razão prática, a base de outras conceituações de lei natural. Para Hervada, por exemplo, a lei natural é descrita como “el conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona” (HERVADA, 2011, p. 144-145).

Deve-se atentar que, quando se trata da lei natural, faz-se referência a uma normatividade íntima ao ser humano (o que a aproxima da ordem eminentemente moral e da ideia mesma de justiça como elemento da índole de cada sujeito), enquanto que o Direito Natural será a expressão social ou comunitária desta tendência normativa inerente a cada pessoa humana (que considerará agora a Justiça no sentido de uma aplicação na vida em sociedade).

O fato, porém, é que não obstante estejam, de forma inegável, interligados, há por parte inclusive de estudiosos uma dificuldade de distinção entre lei natural e Direito Natural.

Tratando dessa problemática, Javier Hervada afirma: “la ley natural y el derecho natural – en el sentido de norma jurídica que estamos analizando – no pueden separarse, pero tampoco deben confundirse. No toda la ley natural es derecho natural” (HERVADA, 2011, p. 171). O Direito Natural, afirma Hervada “es aquella parte de la ley natural que se refiere a las relaciones de justicia; esto es, la ley natural se llama derecho natural en cuanto es regla de derecho y sólo bajo este aspecto” (p. 171). Continua Hervada: “así, los preceptos ‘no matarás’ y ‘no hurtarás’ tienen indudablemente una vertiente moral, pero son derecho natural en cuanto miran al derecho a la vida o al derecho de propiedad” (2011, p. 171). Ao final, observa Hervada: “el derecho natural es una regla natural de derecho, que regula relaciones de justicia legal, distributiva y conmutativa” (2011, p. 171).

Esclarece Carlos R. Sanz, sobre o Direito Natural clássico, que o mesmo “entiende el derecho como la mejor disposición posible, en un tiempo y en un espacio determinados, de los grupos sociales y de los hombres que los conforman y que tiene como resultado la paz social” (SANZ, 2005, p. 32).

Em um sentido geral, poder-se-ia conceituar o Direito Natural como o conjunto das normas jurídicas necessariamente resultantes da natureza humana, ou em outras palavras; o direito que, com o auxílio da razão, os seres humanos postulam em conjunto (GOMES DA SILVA, 2000).

3 CORRENTES DO DIREITO NATURAL OBJETO DA PRESENTE ANÁLISE

A primeira corrente do Direito Natural a ser analisada corresponde ao que historicamente foi denominado de escolástica, que data da Idade Média.

Sobre a escolástica, afirma Woods Jr. que a terminologia foi relacionada ao pensamento desenvolvido nas universidades europeias de então, comumente chamadas de escolas. É de se notar que o termo, por outro lado, refere-se menos ao conteúdo que ao método utilizado pelos pensadores. Em regra, o método ligava-se à utilização da razão como instrumental para a dialética e estudos de Teologia e Filosofia, por meio do confronto de proposições divergentes, o qual era seguido pela solução, obtida pelo recurso à razão e autoridade. Com seu desenvolvimento, os tratados dessa corrente passaram a seguir uma pauta definida: enunciado da questão; exposição de argumentos; posição do autor e resposta às possíveis objeções (WOODS JR., 2008).

No relativo às questões jurídicas em geral, a doutrina escolástica concebe o Direito como dividido entre o Direito Natural e o Direito Positivo. Neste contexto, o Direito Positivo, como aquele conjunto de normas jurídicas postas pelos membros de uma dada sociedade, acaba por cumprir uma dupla função: de um lado, fixa os preceitos contidos nos princípios do Direito Natural para as situações concretas (porque se tais preceitos não fossem fixados em normas gerais não seriam, afinal, direito); e de outro, determina a estruturação das relações de ordem social cuja configuração foi livremente permitida pelo Direito Natural, para que os membros da respectiva coletividade pudessem livremente legislar (suas normas jurídicas de âmbito eminentemente local), dentro de um espectro de possibilidades, todas de natureza lícita, e aqui se trata do que se pode tecnicamente chamar de Direito Positivo (RECASENS SICHES, 1983).

É claro que para sua aplicação no âmbito social, mesmo as normas de Direito Natural devem se *positivar*, o que mesmo assim não as tornam tecnicamente Direito Positivo, no sentido aqui analisado. Como afirma um dos princípios do Direito Natural da escolástica: o Direito Natural necessita ser complementado pelo Direito Positivo, porém sempre prevalece sobre este, pois enquanto aquele é permanente este é contingente (LEVAGGI, 2004).

Com a escolástica, floresce na cultura ocidental o estudo do Direito Natural. E o principal expoente foi Tomás de Aquino, a quem é atribuída a estruturação científica dos princípios do Direito Natural clássico (LEVAGGI, 2004).

A corrente conhecida como segunda escolástica, ou neoescolástica, floresceu na Espanha entre o final do século 16 e as primeiras décadas do século 17, e foi composta por teólogos originados de várias ordens religiosas da cristandade da época. São considerados em conjunto como teólogos-juristas, porque além de versados em Teologia, foram em regra especialistas em Direito Natural. Refletindo sobre as verdades reveladas, trataram em suas obras de questões jurídicas fundamentais, tais como: o Direito em si, a Justiça, a lei natural, lei positiva, governo e poder político, entre outros relevantes temas. Pelo fato de a totalidade dos estudiosos professar o aristotelismo-tomista (com certas variações), são em conjunto considerados novos escolásticos (LEVAGGI, 2004).

Entre os pensadores destacados na neoescolástica figuram: Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Juan Ginés de Sepúlveda, Bartolomé de Las Casas, Fernando Vázquez de Menchaca, Luis de Molina, Gabriel Vázquez e Francisco Suárez (1548-1617). A partir da segunda metade do século 17, e durante boa parte do século 18, o Direito Natural passou a contar com uma nova corrente de pensamento, que ficou conhecida como escola moderna. Os autores desta corrente em regra escreveram doutrinas específicas sobre Direito Natural. Além disso, a partir desse momento, passou o Direito Natural a ser uma disciplina própria em universidades europeias da época. Caracteriza este contexto histórico um crescente recurso aos argumentos da razão, para, a partir do Direito Natural, buscar uma convivência mais harmoniosa e pacífica no continente europeu então marcado por guerras de fundo religioso, fruto de movimentos como a Reforma. Não por acaso, é nesse período que se dá, no âmbito científico, a substituição da Teologia pelo Direito Natural, como a ciência da vida do homem em sociedade. Quatro fatores foram determinantes para o surgimento desta corrente: as supracitadas guerras religiosas; a influência protestante; o laicismo e o racionalismo (HERVADA, 2006).

Como principais figuras do Direito Natural moderno, destacam-se: Pufendorf, Thomasio e Wolff, mas o considerado fundador foi o pensador holandês Hugo Grócio (1583-1654).

4 ORIGEM DO DIREITO NATURAL

Problemática filosófica típica da Idade Média nos estudos relacionados ao Direito Natural são as considerações acerca da relação deste com a vontade divina. E, como resultado de tal esforço filosófico, surgiram duas correntes distintas: o idealismo e o voluntarismo. Cada uma destas correntes visava a responder indaga-

ções, que Welzel, citado por Gomes da Silva, exemplifica: “Encontram-se as raízes do direito em verdades racionais ou eternas ou em decisões criadoras e singulares da vontade divina? Sancionou Deus o direito porque é direito, ou é direito porque Deus o sancionou?” (GOMES DA SILVA, 2000, p. 387).

Em sua noção sobre o Direito, ao qual identifica como lei, exposta em sua obra *Suma Teológica* (na resposta às objeções de número 1 do artigo 1º da questão 90 da parte I-II), Tomás de Aquino afirma: “siendo la ley una especie de regla y medida, se dice que se encuentra en algo de dos maneras” (AQUINO, 1989, p. 704). A primeira, “como en el principio mensurante y regulador. Y ya que medir y regular es propio de la razón, de esta manera la ley sólo se encuentra en la razón” (p. 704). Por seu turno, a segunda, “como en lo medido y regulado. Y de este modo se encuentra en todas las cosas que obedecen a alguna inclinación consiguiente a una ley” (704).

A posição de Tomás de Aquino, típica do idealismo escolástico é, em linhas gerais, exposta por John Finnis: “separar a filosofia de Tomás de Aquino de sua teologia é compatível com as distinções que ele delineia firmemente no início de suas duas sínteses teológicas maduras, a *Summa contra Gentiles* e a *Summa Theologiae*” (FINNIS, 2007, p. 28). Diz Finnis que: (i) há verdades acessíveis pela razão, e nestas incluem-se as noções de certo e errado, bem e mal; (ii) muitas de tais verdades são esclarecidas e confirmadas pela revelação divina; (iii) algumas das verdades têm seus significados somente alcançados pela reflexão teológica (FINNIS, 2007).

Afirma Javier Hervada, sobre este ponto, que a lei eterna é atribuída à “sabedoria divina, isto é, à razão divina. A lei eterna é governo divino, a lei intradivina pela qual Deus rege o universo. Não é atribuída, então, à vontade divina, mas à inteligência divina” (HERVADA, 2008, p. 392). Por sua vez, Recasens Siches, observa: “Santo Tomás enseña la existencia de una ley eterna, inmensamente rica y que regula todos los acontecimientos del universo, y de modo especial todos los actos de la historia humana” (1970, p. 35).

Por sua vez, para o voluntarismo, o Direito Natural só tem esta natureza porque Deus assim o desejou, e poderia ser de outra forma se a vontade divina assim o quisesse. Destacam-se nesta posição as figuras de Guilherme de Ockham e Duns Escoto (ou DunScot). É de se notar que a radicalização da posição do idealismo tendeu a restringir o liame de Deus com o Direito Natural (GOMES DA SILVA, 2000).

Johannes Duns Escoto foi também conhecido como Doutor Sutil. Este autor, ao tratar da metafísica aristotélica, desta se afasta em muitos pontos, postulando novos critérios para a Filosofia ocidental, critérios esses que seriam radicalizados por pensadores posteriores, a começar destacadamente com Guilherme de Ockham (SILVEIRA, 2015). Foi historicamente o primeiro pensador de vulto a metafisicamente se contrapor à escolástica.

Ao separar a teologia da metafísica, em que esta seria a ciência do ser enquanto ser, e aquela a ciência de Deus enquanto Deus, afirma Sidney Silveira que Duns Escoto, “este piedoso frade franciscano, provavelmente sem querer, deu o primeiro passo para que se cavasse um fosso entre a fé e a razão; preparou terreno, no âmbito da teoria do conhecimento, para estabelecer-se um hiato entre ser e conhecer” (SILVEIRA, 2015, p. 9-10). Escoto, dessa forma “hipertrofiou a vontade, que com ele se torna como que um ato autônomo e autodeterminado; além de abrir caminho, na perspectiva teológica, para a perda da noção de sobrenatural” (SILVEIRA, 2015, p. 10).

A posição idealista foi adotada pela neoescolástica espanhola do século 16. Defendendo a tese idealista, estes pensadores acabaram por afirmar que o Direito Natural existiria ainda que Deus não existisse. Importante atentar que a supressão de Deus na concepção da neoescolástica é de fato o argumento *ad absurdum* para convencer o raciocínio defendido pelos respectivos autores (GOMES DA SILVA, 2000).

Representante eminente da neoescolástica espanhola, Francisco Suárez, tratando das origens do Direito Natural, afirma: “Todas as coisas que pertencem ao direito natural provêm de Deus como autor da natureza. Ora, o principado político pertence ao direito natural. Logo, provém de Deus como autor da natureza” (2015, p. 66).

Ao tratar em sua obra sobre o poder do príncipe, Francisco Suárez afirma que este não seria originado do Direito Natural, pelo fato de o poder do príncipe não ser natural, como também porque, pelos ditames do mesmo Direito Natural, o poder de dominar as outras pessoas de uma dada comunidade não se encontra em sujeito específico, mas nesta comunidade como um todo (SUÁREZ, 2015). De fato, como afirma o autor: “esse poder espiritual não se encontra na comunidade humana enquanto algo que dela flui naturalmente” (p. 154).

E, por se concentrar em um sujeito específico, não poderia igualmente “fundamentar-se na vontade desta mesma comunidade de ceder ou transferir a outrem esse poder, que é de ordem muito mais elevada. Portanto, não pode encontrar-se no rei pelo direito natural” (p. 154).

Para Hugo Grócio será injusto aquilo “which is repugnant to the nature of society, established among rational creatures” (GROTIUS, 1901, p. 18). Uma das concepções de Direito expostas por Grócio em sua obra diz que aquele “has the same meaning as Law, taken in its most extensive sense, to denote a rule of moral action, obliging us to do what is proper” (p. 20).

Pensador destacado na corrente do jusnaturalismo moderno, Hugo Grócio é conhecido como pai da moderna escola do Direito Natural. Embora dito por alguns juristas, como Pufendorf, que Grócio seria um renovador do Direito Natural, por supostamente ter postulado para este a independência perante a religião e determinado o instinto social do ser humano como seu fundamento exclusivo; na verdade o autor ora citado prosseguiu a tradição inaugurada pelos pensadores da neoescolástica espanhola. Para Grócio, o *appetitus socialis* não seria a única fonte do Direito Natural, pois o caráter social do ser humano se rege pela reta razão e esta tem Deus como sua fonte originária (GARCIA MÁYNEZ, 2012).

Destaca-se de Hugo Grócio, por exemplo, o fato de este, entre os pensadores ligados ao jusnaturalismo, ser “o primeiro que desenvolveu o argumento histórico em favor do cristianismo em sua obra *De veritate religionis christianae* (1627)” (CRAIG, 2012, p. 206).

Na visão de Grócio, segundo Garcia Máynez, enquanto os princípios do Direito Natural derivam da sociabilidade humana e da *recta ratio*, e o ser humano é parte da ordem natural, deve-se considerar a Deus com a fonte última e suprema instância daquele Direito, na medida em que a natureza é Sua obra. A noção de *recta ratio*, contida na definição supramencionada, foi tomada da Filosofia escolástica por Grócio. Sauter mostrou como a citada definição é uma síntese das propostas de Francisco Suárez e Gabriel Vázquez. De Vázquez, Grócio buscou os conceitos de *recta ratio* e de *convenientia cum natura*; e de Suárez, a noção de *ius naturale*, que o jesuíta distingue das concepções de *lex naturalis* e *natura sociales* (GARCIA MÁYNEZ, 2012).

A ligação do pensamento de Hugo Grócio com a neoescolástica espanhola revela-se em determinados pontos de seu pensamento. Por exemplo, quando ele diz que o “*direito natural é aquele que teria existido, ainda que Deus não existisse*”, parece que, afinal, mais não é do que simples epígono da neoescolástica espanhola: formalmente, é um repetidor” (GOMES DA SILVA, 2000, p. 388). Não obstante, ao contrário do que ocorreu com a corrente espanhola, que usou este postulado como argumento *ad absurdum*, no caso da escola de Direito Natural, do qual fez parte Hugo Grócio, tal conjectura seria uma premissa de um sistema filosófico que levou à desvinculação do *Direito Natural* da Teologia (GOMES DA SILVA, 2000).

5 NOÇÃO DE LEI NATURAL

A primeira concepção aqui analisada é fruto da escolástica, notadamente do vulto mais célebre desta corrente, qual seja, Tomás de Aquino. Segundo a citação de Finnis, para Tomás de Aquino o termo natural refere-se ao “predicado de algo (por exemplo, uma lei ou uma virtude) apenas, quando e porque aquilo do que é predicado está conforme a razão, a razão prática ou as exigências da razoabilidade prática” (FINNIS, 2007, p. 90). Assim, uma lei será natural se esta norma estiver de acordo com os ditames da razão.

Hervada diz que “na teoria tomista, a lei natural é aquele conjunto de ditames da razão com retidão que prescrevem aquelas condutas adequadas à natureza do homem e proíbem as contrárias” (HERVADA, 2008, p. 347). Assim, “essa lei é natural porque é produto da razão natural, isto é, da razão enquanto naturalmente capta as condutas exigidas pela natureza do homem e as que são contrárias a ela” (2008, p. 347).

Sempre importante notar que ao se falar em lei natural, estar-se-á fazendo referência a uma normatividade inerente a cada ser humano individualmente, e, por isso, a uma noção muito próxima à de moral, como parte da ética (quando passa a se falar na disciplina jurídica de uma coletividade, será o caso, agora, do Direito Natural). Por isso é que a lei natural é, para Aquino, de origem divina, impressa naturalmente no ser humano por meio da participação da lei eterna (a lei divina estando na essência de Deus). Por essa razão, descreve a lei natural, vendo-a como uma participação da lei eterna na criatura com razão, isto é, no ser humano (HERVADA, 2008).

É de se notar que ainda que Aquino creia que a visão de Deus é o fim último de todo conhecimento e esforço humano, concede ao entretenimento um espaço na vida humana. “De todos modos, estos placeres sólo se permiten en la medida en que colaboran al fin más alto o, por lo menos, no lo dificultan” (RAWLS, 1995, p. 500). Em outras palavras, há espaço para o lúdico e o lazer na vida humana.

A visão da neoescolástica espanhola será exposta a partir da análise do pensamento de um de seus maiores expoentes, qual seja, Francisco Suárez, também conhecido como Doutor Exímio.

De acordo com Del Vecchio, no tocante à Filosofia do Direito, tem grande importância o pensamento de Francisco Suárez (1548-1617), que em *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* (1612) apresentou uma das obras sistemáticas mais completas daquela disciplina. As doutrinas de Suárez sobre a lei natural ou o fundamento do poder político não possuem apenas valor histórico para o tempo em que surgiram, “mas actual, pois tratam profundamente problemas e questões que não podem deixar de ser tomados em conta por todos quantos investigam, ainda que por diferentes métodos, a essência do direito e do Estado” (DEL VECCHIO, 1979, p. 260).

Entendendo Suárez ser a lei natural a participação da lei eterna nas criaturas dotadas de razão, inicialmente questiona onde residiria a razão de ordem formal destas leis: se na própria natureza como fundamento da honestidade dos atos praticados ou na razão natural. Ele acaba por concluir que a retidão ou malícia é na verdade a base da obrigação ou da proibição contidas na lei natural. Assim, a lei natural é uma verdadeira lei na medida em que apresenta o obrigado por Deus ou o proibido por Ele, a respeito de coisas que são boas ou más, respectivamente. Para Suárez, é impossível admitir que Deus poderia não proibir o contrário à lei natural, porque, mesmo na premissa de ser a vontade de Deus livre em suas obras, Ele necessariamente teve de prescrever o bem e proibir o mal, considerando que livremente quis criar o ser humano (HERVADA, 2006).

Ainda no pensamento de Suárez, é de se destacar outros postulados, quais sejam: a lei natural, ademais de proibir um ato, pode tornar este nulo; a lei natural não admite mudança, seja ela particular ou universal, pois por ser uma propriedade da natureza racional dos seres humanos, somente se esta natureza se modificasse poder-se-ia admitir a mudança daquela; a lei natural é absolutamente indispensável por si só, e não admite mudança, seja tanto do ser humano quanto do próprio Deus (as poucas exceções à regra ou são mudança da matéria em ocasiões específicas ou seria a ação de Deus na qualidade de supremo senhor de tudo que existe); a lei natural não admite emendas ou interpretações equitativas (HERVADA, 2006).

No que tange à lei natural, portanto, a concebe Suárez “como formalmente inmutable, que no admite derogación o cambio, pero materialmente susceptible de mudanza impropia, o sea, que puede mudar la materia misma de la ley” (LEVAGGI, 2004, p. 116). Para Suárez, ainda, a lei natural compreende a totalidade dos “preceptos o principios morales que tienen evidente honestidad, necesaria para la rectitud de las costumbres, de suerte que los opuestos contienen evidente desorden moral o malicia” (*apud* LEVAGGI, 2004, p. 116).

As considerações doutrinárias acerca da visão de Hugo Grócio sobre a lei natural partem do pressuposto de que ele, tendo recebido uma educação protestante, seguiu uma tendência tanto do Luteranismo como do Calvinismo, concernente ao fato de não reconhecer a lei natural como participação da lei eterna (em função de se negar uma analogia entre Deus e as criaturas). Dessa forma, estão ausentes no pensamento de Grócio considerações sobre, repita-se, ver a lei natural como participação da lei eterna e do ser humano como participação do Ser divino (HERVADA, 2006).

6 NOÇÃO DE DIREITO NATURAL

Aqui sendo denominada simplesmente de *lei*, assim conceitua Tomás de Aquino o *Direito* em sua obra *Suma Teológica* (ST I-II, q.90, a.1), citado por Finnis: “uma ordenação da razão para o bem comum de uma comunidade [completa], promulgada pela pessoa ou corpo responsável por cuidar da comunidade” (FINNIS, 2007, p. 72).

Sempre importante enfatizar que as regras que a pessoa ou a entidade responsável promulgam irão se positivar para a comunidade, ou seja, tornar-se-ão válidas e aplicáveis em determinado lugar e tempo. Na medida em que se trata de uma ordenação da razão para o benefício de uma comunidade completa, nota-se uma aproximação também com a ideia de Direito das Gentes, *jus gentium*, característico da noção de Direito

Natural. O que não quer dizer que em tal contexto não possa ser incluída uma consideração de normas criadas pelo legislador para atender interesses específicos da comunidade, estando aí um enfoque ligado ao Direito Positivo.

Sobre este ponto do pensamento de Aquino, observa Hervada que o Direito ou o justo é uma obra, adequada à outra segundo certo modo de igualdade. Não obstante, uma coisa pode ser adequada ao ser humano de duas maneiras. Primeira, atendida a natureza das coisas: por exemplo, dá-se tanto para receber outro tanto; e isto é o Direito Natural. Segunda, por convenção ou acordo mútuo, quer dizer, quando alguém se diz satisfeito por receber tanto; e tal pode se dar por um acordo de vontades entre particulares ou por conveniência pública, e neste caso quando todo o povo consente em que se considera algo como adequado em ajustado a outro ou quando assim o ordena o príncipe que tem a seu cargo o cuidado com o povo e o representa. E isto é o Direito Positivo (HERVADA, 2006). Sendo direcionada ao bem comum, a lei apela às considerações da razão dos membros da respectiva comunidade, dando a estes justificativas para compreendê-lo como autoritário e obrigatório tanto moral quanto juridicamente. Mesmo nos casos em que parcelas desta comunidade preferam um modo diverso de buscar os bens comuns, a determinação do elaborador da lei (legislador) de procurar promover estes bens não só apoia como é apoiada por sua prerrogativa de legislar. Unicamente nos casos em que estes legisladores tenham esta intenção supracitada é que estes sujeitos podem efetivamente representar o governo adequado desta comunidade (FINNIS, 2007).

A resposta à indagação sobre quais seriam os bens comuns básicos a serem perseguidos, segundo o pensamento tomista, pode ser obtida de uma análise da obra de Finnis. Segundo este autor, seriam tais bens os seguintes: a vida humana (*vitahominis*), um bem a ser servido e preservado; a criação e manutenção da entidade familiar, aqui envolvendo a união sexual, a procriação e a educação da respectiva descendência (*coniunctio maris et feminae, et educativo liberorum, et similia*); as inclinações especificamente humanas em razão dos respectivos objetos serem apreciáveis por algo que é específico ao ser humano, que é sua racionalidade (*secundum naturam rationis*) (FINNIS, 1998).

Esta posição tomista, no sentido de arrolar os bens comuns, é criticada por pensadores como Alasdair MacIntyre. Este autor argumenta que a teoria filosófica deve questionar: Qual o bem específico para os seres humanos? Por sua vez, cada indivíduo deve se questionar: Qual o meu bem como ser humano? E enquanto nenhuma verdadeira resposta possa ser dada pelos teóricos da Filosofia que seja de uma forma ou de outra traduzível em respostas verdadeiras que possam ser dadas às suas questões práticas pelos indivíduos comuns, nenhuma resposta verdadeira pode ser dada às suas perguntas por esses indivíduos, o que não pressupõe algum tipo particular de resposta à pergunta do filósofo (MACINTYRE, 1990).

Tomás de Aquino considera que o caso central relativo à ideia de governo é aquele em que tal governo é destinado a um povo livre, e a lei aplicada a este povo possibilita uma parceria entre os sujeitos e instituições envolvidas (notadamente povo e governo). O sujeito ou a entidade que possui a prerrogativa de legislar tem, igualmente, um dever de cuidar da comunidade à qual será aplicada a lei promulgada. E este cuidado inclui uma exigência imposta ao legislador para que esclareça o melhor possível o sentido da lei que fez entrar em vigência (FINNIS, 2007).

Note-se, porém, nas palavras de Finnis, que, considerando o exposto anteriormente, Tomás de Aquino considera que “fazer-se a lei pelo costume não é incompatível com esta tese; ela equivale à positivação da lei pelo povo, considerado como tendo uma autoridade e responsabilidade difusa por sua própria comunidade” (FINNIS, 2007, p. 73). Continua Finnis: “mesmo em um paraíso não contaminado por qualquer vício humano, haveria, segundo Tomás de Aquino, a necessidade de governo e lei, embora não necessariamente um governo político, ainda menos uma lei coercitiva” (2007, p. 73). Embora não deixe claro neste ponto, Tomás de Aquino, em outra parte de sua obra, afirma que a obrigação decorrente da lei deve possuir uma força coercitiva (*vis coactiva*) e igualmente força diretiva (*vis diretiva*). E isso seria a *ratione legis* (ST I-II, q.96, a.5), ou seja, a razão de ser da lei (FINNIS, 2007).

Na noção de Direito Natural de Aquino, relaciona-se considerações de moralidade, especificamente com a ideia de justiça. A este respeito, Farrell afirma: “Santo Tomás dice por una parte que el derecho es el objeto de la justicia y sostiene luego que la justicia es una virtud, que en ella está ‘el mayor brillo de la virtud’. Se sigue de esto que el derecho es el objeto de una virtud moral” (FARRELL, 1977, p. 28).

Fazendo uma análise geral do Direito Natural, na visão de Tomás de Aquino, o pensador Eric Voegelin afirma que para Aquino, a devida “participação na *lex eterna* é objetiva na medida em que não depende da iluminação individual; e confere peso à singularidade da pessoa porquanto concebe a comunidade juridicamente ordenada como o esforço cooperativo dos *homines christiani* livres” (VOEGELIN, 2012, p. 263). Em outras palavras; todos, como a comunidade cristã, e cada um, como filho de Deus que é; são igualmente importantes na participação na lei eterna.

Continua Voegelin, afirmando que “a teoria tomista é a solução clássica na medida em que fornece um fundamento religioso a uma ordem jurídica que respeita a estrutura ontológica da existência humana” (2012, p. 263). E esta teologia ligada a uma ordem jurídica, informa “que o mundo e o homem foram criados bons e só se tornam defeituosos em consequência dos atos da vontade humana” (MACINTYRE, 2001, p. 302). E estes atos da vida humana, para serem defeituosos, ou atentam de forma direta contra as normas do Direito Natural (como no caso do aplicador das leis ou do cidadão em geral); ou indiretamente, ao se criar normas de Direito Positivo que contrariam os postulados do Direito Natural (no caso do legislador).

Para Francisco Suárez, fazem parte do Direito Natural todos os preceitos “cuya obligación tenga intrínseca unión con el objeto y con la naturaleza, aunque su conocimiento necesite del discurso humano, tanto si es sencillo como si es complicado” (HERVADA, 2006, p. 70). O que, segundo Aquino, “sería derecho obtenido por conclusión – el cual tiene cierto vigor del derecho natural, pero siendo positivo – según Suárez es derecho natural” (*apud* HERVADA, 2006, p. 70).

Ponto destacado no pensamento de Suárez, o povo é o personagem principal da autoridade política. Todo aquele que tenha recebido de forma legítima o poder, o tem em razão de um direito tanto humano quanto político, ou seja, por consentimento popular. Segundo a doutrina de Suárez, busca-se afirmar a convicção de que a comunidade civil realiza a transferência direta do poder para a respectiva autoridade; havendo uma transferência indireta, esta efetuada por Deus. Sua posição invalida duas correntes doutrinárias sobre o poder: o contratualismo (contrato social), que na sua antropologia filosófica nega uma dimensão de ordem social para a pessoa; e a teoria do direito divino, que não considera o povo como fonte do poder. Introduzindo o povo como categoria de Direito Natural, acaba por tornar inválidas as correntes supracitadas. Curiosamente, enquanto a teoria do direito divino é contemporânea à vida e obra de Suárez, este autor se tornou um precursor das discussões contratualistas (BOEIRA, 2015).

Afirma Boeira sobre Francisco Suárez: “para ele, o povo é elemento fundamental de direito natural, sendo indispensável para a ordenação constitutiva das relações sociais e políticas” (2015, p. 37). Destaca ainda Marcos Boeira que a teoria política de Francisco Suárez “se centra basicamente na compreensão de que a raiz da autoridade civil reside naquele que detém o poder de decidir ou transferir, por direito natural, segundo sua necessidade de conservação” (p. 37).

Outro elemento importante na concepção de Francisco Suárez, considerando nesta a sinonímia de *Direito* com a ideia de *ius*, vem a ser a mudança da significação deste instituto diante da doutrina aristotélico-tomista. Segundo esta, o sentido primário de *ius* seria a coisa justa. Para Suárez, não obstante, muda o foco, retirando-o da coisa justa e colocando-o no *direito sobre a coisa*, ou seja, em um direito subjetivo (ou uma faculdade de ordem moral) sobre a coisa, renunciando desta forma os *iura naturalia* como os direitos subjetivos naturais (HERVADA, 2006).

Nas palavras de Hervada, sobre a doutrina de Suárez: “puede observarse fácilmente que en Suárez la cosa justa se ha transformado en el derecho subjetivo sobre la cosa” (2006, p. 68). Isso é um “importante cambio que acerca a este autor a la corriente que iba perfilándose en Europa, de clara tendencia individualista, si bien él está lejos de poder ser considerado como tal” (2006, p. 68).

Citado por Bobbio, Hugo Grócio considera ser o Direito Natural um preceito da razão justa concernente a expor que uma ação será moralmente torpe ou necessária “segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza” (BOBBIO, 2006, p. 20-21). Se Deus é o autor da natureza, e um ato só será moralmente necessário e, portanto, válido se for de acordo com a natureza racional do ser humano, fica claro que o ato será comandado por Deus, pelo simples fato da conduta ter seguido os ditames Deste.

A intenção de Grócio de fundar o Direito Natural na natureza racional do ser humano, e de fazer da sanção proveniente de Deus um ato consequente à inobservância daquelas regras (sendo esta a razão dos ditames de Direito Natural serem prescritos ou proibidos por Aquele), fez nascer a possibilidade de o racionalismo edificar uma teoria do Direito isenta de pressupostos de ordem teológica. Defende Grócio um antivoluntarismo, ao antepor a razão do ser humano à razão divina (LEVAGGI, 2004).

Sobre a doutrina de Grócio, observa-se no ser humano uma propensão a algo chamado sociabilidade (*appetitus societatis*), que nada mais é que um natural anseio de existir em uma comunidade organizada e pacífica. Em consequência, serão justas tanto as ações como as normas que as comandam, que aparentem ser capazes de promover uma ordenada convivência entre os seres humanos, sendo, por outro lado, condenáveis as condutas e normas que venham a turbar ou fazer impossível essa sociedade (LUMIA, 2003). Exposto aqui uma admirável concepção de Justiça, instituto objeto de discussões nos debates concernentes ao Direito Natural.

Segundo Del Vecchio, Grócio considera que “o direito é o que se mostra segundo a razão (não pela revelação) apto a tornar possível a convivência social, isto é, o que a reta razão demonstra conforme a natureza sociável do homem” (DEL VECCHIO, 2006, p. 69). E esta convivência poderia inclusive transcender os limites da pequena comunidade ou mesmo da cidade, pois cita-se na doutrina competente sobre a obra de Hugo Grócio ter este transformado a doutrina de Tomás de Aquino em relação ao Direito Natural em um verdadeiro direito entre as nações (MACINTYRE, 1991). Schneider afirma sobre Grócio: “seu projeto (*De iure belli ac pacis*, 1625) estava baseado na ideia de um direito natural racional, de uma ordem que o criador havia implantado no ser humano, como parte de seu equipamento racional básico” (2014, p. 547). E continua, afirmando que “isso o capacita, como membro racional, a viver numa ordem social racional e constitui a base do direito dos povos” (p. 547).

Diz Hervada, acerca de um ponto crucial da visão de Hugo Grócio sobre o Direito Natural (posição já esboçada anteriormente neste estudo), que este, em sua obra *De iure belli ac pacis*, adotou uma posição tanto *objetivista* quanto *intelectualista*, ao afirmar que o Direito Natural surge de princípios internos ao ser humano e é o ditame da reta razão que indica a conveniência ou não dos atos humanos relativos à sua natureza racional. Ao se adotar tal posição, o Direito Natural estará vinculado a Deus, se a razão humana for entendida como participação criada da razão divina e a lei natural como participação da lei eterna. A conclusão a que chega Grócio é que se prescindindo da teoria da participação, então o Direito Natural será concebido como algo que se origina, de forma imediata, do ser humano, e sem uma verdadeira transcendência divina o Direito Natural existiria com toda sua força mesmo que Deus não existisse. Tais postulados seriam lógicos, pois prescindir a teoria da participação supõe admitir que o Direito Natural não seria o reflexo *creado* de um princípio divino *increado*. A partir dessa premissas, era fácil chegar a um Direito Natural desvinculado de fundamentos teológicos (HERVADA, 2006).

É de se notar, porém, como já descrito anteriormente neste estudo, que as bases desta concepção de separação entre o Direito Natural e a Teologia, por meio de caminhos por vezes diversos, foram sendo construídas desde a obra de Duns Scot (contemporâneo de Tomás de Aquino), passando pela neoescolástica espanhola, até chegar ao pensamento de Hugo Grócio.

7 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES

Por certo tempo, notadamente entre os séculos 19 e 20, o jusnaturalismo e respectivos institutos conexos (como a lei natural e o Direito Natural) foram vistos como elementos a serem considerados em discussões doutrinárias, mas praticamente como tópicos ausentes dos ordenamentos jurídicos, dominados estes quase inteiramente pelo positivismo jurídico e sua aplicação normativa, qual seja, o Direito Positivo.

Assim, é possível verificar citações de alguns juristas corroborando tal consideração supra, recusando validade ao Direito Natural e o jusnaturalismo ou mesmo criticando suas várias doutrinas.

Luis Recasens Siches (em obra originalmente datada de 1958) afirma que “Derecho natural y Derecho positivo ocupan planos diversos. Al Derecho natural le corresponde la función de inspirar correctamente las normas del Derecho positivo” (RECASENS SICHES, 1983, p. 370). É uma afirmação que pode ter um sentido dúbio, uma vez que, para terem efetiva aplicação, as regras do Direito Natural devem ser aplicáveis em determinado lugar e época, portanto se positivar. A afirmação, porém, de que o Direito Natural deve inspirar as

normas de Direito Positivo parece dizer que o primeiro não se constituiria em normas aplicáveis, e estaria ali para auxiliar o posicionamento do legislador, que criaria, aí sim, as normas jurídicas a serem uma disciplina jurídica de uma sociedade.

Em obra originalmente publicada em 1922, Roscoe Pound afirma: “o direito natural era uma teoria filosófica para um período de crescimento” (POUND, 1965, p. 21). Como se vê, este autor, de forma explícita, associa igualmente o tema desta análise unicamente com a ideia de uma postura filosófica. E, ao usar o tempo verbal no pretérito (neste caso, imperfeito), considera as discussões sobre o assunto como algo que faria parte de um tempo que já passou.

Norberto Bobbio, comentando sobre o Direito Natural, diz ser este relativo a uma “corrente de pensamento jurídico segundo a qual uma lei, para ser lei, deve ser conforme à justiça” (BOBBIO, 2008, p. 35). Mais à frente em sua ponderação, o autor escreve: “mas se nos perguntamos o que é de fato o direito, não podemos deixar de responder que, na realidade, vale como direito também o direito injusto, e que não existe nenhum ordenamento que seja perfeitamente justo” (BOBBIO, 2008, p. 36). Esta última afirmação estará correta se se limitar à ideia de Direito Positivo. Tendo, porém, o Direito Natural como base a lei eterna, ou seja, inspiração divina, com sua absoluta correção e completude, terá aquele, como seu elemento intrínseco e característico, a Justiça. Se um Direito for injusto, ele é contrário ao Direito Natural e, portanto, não se confunde com este último. E uma noção bastante adequada de Justiça, no contexto do Direito Natural, pode se obter da doutrina de Grócio, a saber: “são justas as ações (e as normas que comandam essas ações) que pareçam idôneas a promover uma convivência ordenada entre os homens” (*apud* LUMIA, 2003, p. 125). E essa noção é válida em qualquer tempo e lugar.

Hans Kelsen publica em 1960, como apêndice de sua obra *Teoria Pura do Direito*, um texto em que se dedica a criticar em várias passagens a doutrina do jusnaturalismo e o Direito Natural como um todo. Inicialmente, ele afirma que as doutrinas de natureza jusnaturalista, da forma como foram apresentadas pelos seus mais destacados autores, “serviram principalmente para justificar as ordens jurídicas existentes e as suas instituições políticas e económicas essenciais como harmónicas com o direito natural” (KELSEN, 2009, p. 141). Não procede tal ponto de vista, posto que inclusive vultos destacados como Tomás de Aquino buscaram combater o estado de coisas então reinante na comunidade da qual fazia parte. Nesse sentido, Gilbert Keith Chesterton, em sua biografia de Aquino, afirma que assim como São Francisco, Aquino “sentiu subconscientemente que a aderência de seu povo à doutrina e disciplina católicas minguava, roídas continuamente por mais de um milênio de rotina; e que a Fé precisava ser mostrada sob nova luz e tratada desde um novo ângulo” (CHESTERTON, 2015, p. 72). Aquino, que defendia o pensamento de Aristóteles, teve, por exemplo, de encarar “o pânico acerca do perigo aristotélico, que percorrera as altas esferas da Igreja” (CHESTERTON, 2015, p. 74). Isso levando-se em consideração, ainda, que tanto a ousadia quanto a “originalidade dos pensadores do século XIII é mais surpreendente quando nos lembramos de que ocorreram sob um regime fortemente autoritário; por assim dizer, à sombra da Inquisição” (DAWSON, 2014, p. 351). Tal postura de Aquino podia ser tudo, menos a justificativa de uma ordem então reinante.

Kelsen observa que a doutrina do Direito Natural retornou a um destacado plano “da filosofia social e jurídica, acompanhada da especulação metafísico-religiosa, no século 20, como sequela das duas guerras mundiais e da reacção contra o nacional-socialismo, contra o fascismo e, especialmente, contra o comunismo” (KELSEN, 2009, p. 104-105). É de se lembrar que originalmente o comunismo era declarado como abertamente ateu, mas não é a retomada do Direito Natural uma sequela dessas guerras e ideologias, mas justamente são estas conflagrações e estes sistemas políticos que são sequelas do abandono e negação do *jusnaturalismo* e do *Direito Natural*.

Postura similar em sua crítica ao Direito Natural é a assumida por Alf Ross. Afirma este autor dinamarquês, em obra originariamente publicada em 1953, que “não é de se surpreender que o direito natural tenha voltado a prosperar em princípios do século XX e que tenha, desde então, se expandido em tal medida que é comum falar-se de um renascimento do direito natural” (ROSS, 2007, p. 296). Continua o autor: “os abalos tremendos da política e da economia que caracterizam este século têm fomentado a ânsia de descobrir algo absoluto num mundo em dissolução e mergulhado no caos” (ROSS, 2007, p. 296). Não é questão de voltar a prosperar, mas sim de que era uma temática injustamente posta praticamente no esquecimento.

Gustav Radbruch, em obra de 1914, declara que o golpe mortal contra o chamado Direito Natural “não foi dado pela história do direito e pelo direito comparado, mas pela teoria do conhecimento; nem pela escola histórica, mas pela filosofia crítica; nem por Savigny, mas por Kant” (RADBRUCH, 2004, p. 26). Na visão de Radbruch, “a crítica da razão de Kant mostrou que a razão não é um arsenal de conhecimentos teóricos conclusos, de normas éticas e estéticas prontas para a sua aplicação, antes a faculdade de alcançar tais conhecimentos e normas” (2004, p. 26). À frente em sua obra afirma o autor que o sujeito defensor de um Direito Natural reconhecido inequivocamente deve negar a bidimensionalidade do campo jurídico e, além disso, firmar um paralelo entre o Direito Natural formal e o Direito Natural material, entre a exatidão e a vigência do Direito (p. 27). Tal defensor, para Radbruch, não é capaz de reconhecer no Direito Positivo uma razão de ser autônoma junto ao Direito Natural, “chegando a uma absorção total do direito positivo pelo direito justo, da realidade jurídica pelo valor jurídico, da ciência jurídica pela filosofia do direito” (RADBRUCH, 2004, p. 27). Para começar, como se pode constatar, é mais uma posição doutrinária que relega o Direito Natural a uma postura filosófica, negando a sua efetiva normatividade.

Ademais, ainda na análise de Radbruch, de modo algum a ideia de Direito Natural é contrária à concepção de bidimensionalidade do ordenamento jurídico.

É certo que esta postura de ver o *Direito Natural* negando a bidimensionalidade é típica do *positivismo jurídico*, pois, a partir deste, o *Direito Natural* passou a ser alvo de duas classes de negação: o positivismo extremado, no qual se nega a existência de uma ordem moral ou jurídica natural, que de algum modo possa condicionar o Direito Positivo; e o positivismo moderado ou objetivismo jurídico, em que não se considera o Direito Natural como parte da ordem jurídica em vigência, e sim como uma espécie de fator moral, ontológico ou axiológico (portanto, algo filosófico) que embasa o ordenamento jurídico (HERVADA, 2006).

Esta concepção anteriormente descrita, como já foi referido, é produto do positivismo jurídico. É de se notar que para a ciência jurídica clássica, o Direito Natural é um tipo ou classe de Direito em vigor. É, pois, Direito e, portanto, é Direito vigente. Quando fala de direitos naturais, refere-se a verdadeiros direitos do ser humano, que são defensáveis no foro; se fala de lei natural, refere-se a preceitos, proibições e permissões de origem natural, que fazem parte do Direito vigente na sociedade. “Verdadeiros direitos e verdadeiras leis, dadas pela natureza, cuja origem última – para os teístas – se remonta a Deus” (HERVADA, 2006, p. 17).

É de se destacar que, ao comentar sobre as obras de Fernando Vázquez de Menchaca e de Hugo Grotius, afirmando ser este último pensador o iniciador da concepção imanentista do Direito Natural, entre os séculos 16 e 17, Hervada afirma que “as obras desses autores foram obras de jurisprudência, no estilo do humanismo jurídico – sem ser manuais de direito natural – nas quais o *iusnaturalis* continuou sendo entendido como verdadeiro direito” (HERVADA, 2008, p. 24). Como se vê, a visão do Direito Natural como parte do ordenamento jurídico transcendeu o que histórica e posteriormente passou a ser considerado o Direito Natural clássico.

Em relação a este tópico, Joseph Raz, comentando sobre argumentos das teorias do Direito Natural, cita: “Todo sistema jurídico necessariamente contém ao menos algumas leis moralmente válidas e que devem, moralmente, ser seguidas” (RAZ, 2010, p. 161). Esta será, portanto, sempre uma das partes de um vigente ordenamento jurídico.

Errado é confundir um conjunto de normas jurídicas válidas e aplicáveis a uma dada coletividade em determinado tempo e lugar, ou seja, um Direito positivado, com as normas criadas por um organismo representativo de certo povo para a disciplina jurídica específica desta comunidade, criação esta que segue um procedimento legal predeterminado, aqui referido ao Direito Positivo, como aplicação prática do positivismo jurídico.

Esta problemática já foi objeto de ponderação na obra de Tomás de Aquino, como demonstra a observação de John Finnis, ao dizer que Tomás de Aquino “trata todas as leis humanas como ‘positivadas’ e (sinonimamente) ‘positivas’, mesmo aquelas regras que são reafirmações ou deduções (*conclusiones*) promulgadas autoritativamente a partir dos princípios ou normas morais gerais” (FINNIS, 2007, p. 733). Bem a propósito, o que seriam muitos dos direitos e garantias fundamentais, inscritos em várias Constituições nacionais desde o advento das revoluções liberais, senão normas positivadas de Direito Natural?

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 4 de agosto de 1879 o Papa Leão XIII deu um importante passo no sentido da revalorização do Direito Natural (o que se reforçaria notadamente com os eventos traumáticos do século seguinte), com a publicação da encíclica *Aeterni Patris*, que propunha a renovação da Filosofia tomista, com sua base eminentemente cristã, nas escolas católicas.

Destacando mais especificamente a obra de Tomás de Aquino e da corrente filosófica à qual seria filiado, Leão XIII afirma que os doutores da era medieval, que foram chamados de escolásticos, empreenderam uma imensa obra, isto é, “reunir com diligência a messe fecunda e ubertosa de doutrina espalhada nos muitíssimos volumes dos santos Padres, e, depois de a ter recolhido, puseram-na num lugar só, para uso e vantagem dos vindouros” (PECCI, 2005, p. 84). Note-se que o esforço dos filósofos, como citado, foi organizar uma obra para efetivo uso das gerações seguintes, como um conjunto de postulados para bem disciplinar a vida social. A seguir, tratando especificamente de Tomás de Aquino, o pontífice observa que aquele explorou conclusões de ordem filosófica nas razões íntimas das coisas e em princípios “universalíssimos, os quais em seu seio encerram as sementes de verdades quase infinitas, que, em tempo oportuno e com fruto abundantíssimo, seriam feitas germinar pelos futuros mestres” (PECCI, 2005, p. 86).

Noticia-se ter havido certa controvérsia em meio à comunidade católica em virtude da publicação desta Encíclica de Leão XIII. A esse respeito, argumente Alasdair Macintyre que pela metade do século 20 ou até antes, o erro de identificar a Filosofia católica com a Filosofia tomista, como Leão XIII parece ter feito em *Aeterni patris*, não poderia mais ser cometido. Então os questionamentos emergem: No que, caso haja, consiste a unidade da Filosofia católica? Existe algo como uma tradição filosófica católica? Se há, o que poderia ser? Definitivas e iluminadas respostas a essas questões foram dadas por João Paulo II em sua encíclica *Fides et Ratio* em 1998 (MACINTYRE, 2009).

De qualquer forma, afirma-se como bastante oportuna e elogiável a iniciativa até certo ponto visionária de Leão XIII, no sentido de incentivar o renascimento dos estudos e leituras sobre o Direito Natural, ao final do século 19, entre outras razões porque, como já mencionado neste estudo, o século seguinte, com suas tragédias e vicissitudes, iria necessitar e muito desta base jurídica com inspiração divina.

A atual retomada nos estudos e análises relativos ao Direito Natural e sua aplicação às ordens jurídicas (cujos primórdios estão, entre outros pontos, na Encíclica de Leão XIII supracitada) tem como uma de suas possíveis explicações o fato da crescente redescoberta do caráter peculiar das normas de Direito Natural, no sentido de estas possuírem, em função de sua origem, além de aplicação notadamente universalista, uma inegável e profunda base moral, base esta eivada de um senso de justiça e equidade.

Clive Staples (C. S.) Lewis (que trata como lei o que seria o Direito) afirma estar consciente de haver quem afirme que a ideia de uma lei natural ou lei de dignidade relativa ao comportamento que seria do conhecimento de todos os seres humanos não teria fundamento, em razão das diversas civilizações e povos das diversas eras da civilização terem possuído doutrinas morais bastante diversas. Isso, porém, não é fato. É certo existir diferenças entre essas doutrinas morais, mas nenhuma delas chegou a apresentar algo que desse uma ideia de total diferença. Se alguém se dispuser a comparar os ensinamentos de ordem moral dos egípcios, babilônios, hindus, chineses, gregos ou romanos, ficará surpreso com o alto grau de semelhança que possuem entre si e estes com os da atualidade. “Reuni alguns desses dados concordantes no apêndice que escrevi para um outro livro” (LEWIS, 2009, p. 8-9). E neste outro livro, Lewis, no supracitado apêndice, ao qual denominou *Exemplos do Tao*, faz esclarecedora análise comparativa à qual se referiu. Sobre estas citações, afirmou que “os seguintes exemplos da Lei Natural são tirados de fontes que estão perfeitamente ao alcance de qualquer um que não seja historiador profissional” (LEWIS, 2012, p. 79). E, finalmente, expõe que “é no mínimo concebível que toda e qualquer civilização de que temos notícia tenha sido derivada de outra civilização e, em última análise, de um único centro – transmitida como uma doença infecciosa ou como a sucessão apostólica” (p. 80). Eis a *lei natural*, intrínseca à razão humana e inspirada em ideais de ordem divina.

Além disso, sendo presença e evidência da sabedoria divina na razão humana, por meio da influência da lei eterna, as normas de Direito Natural são atemporais. Esta constatação se relaciona com a ideia de eternidade. Neste pormenor, Tomás de Aquino é um dos pensadores que defende o argumento de que, se partindo

de um ponto de vista “da eternidade (*sub specie aeternitatis*), toda a série de eventos temporais é real para Deus e, assim, disponível para sua influência causal em qualquer ponto da história por meio de um único ato atemporal” (MORELAND; CRAIG, 2005, p. 622).

Esse ponto foi igualmente tratado por Clive Staples (C. S.) Lewis quando este comenta, em relação a Deus: “a vida Dele não consiste em momentos que são seguidos por outros momentos” (LEWIS, 2009, p. 223). Continua o autor: “Se um milhão de pessoas oram para Ele às dez e meia da noite, Ele não precisa ouvi-las todas no instantezinho que chamamos de dez e meia” (2009, p. 223). Isso porque, afirma C. S. Lewis: “dez e meia, ou qualquer outro momento ocorrido desde a criação do mundo, é sempre o presente para Deus” (p. 223).

O caráter de universalidade e Justiça, evidenciado no Direito Natural, faz contraponto notável com o atual contexto do que se chama Direito Positivo, que corresponde às normas criadas, em regra, por um parlamento teoricamente representativo de uma dada comunidade, que, em função disso, teria condições de criar normas mais particularizadas e apropriadas àquela específica coletividade.

A realidade social destes tempos atuais, no relativo a muitas câmaras legislativas representativas, com sua corrupção endêmica, e seus *lobbies* e conchavos, além da usual e irracional disputa de ideais partidários e ideológicos, faz com que as normas jurídicas daí provenientes tenham cada vez menos legitimidade e representem cada vez menos os interesses reais da respectiva comunidade representada.

Para os estudiosos e artífices do Direito, “é o momento em que a voz dos juristas-filósofos se faz sentir por cima da dos juristas-intérpretes” (GOMES DA SILVA, 2000, p. 386). E tal voz afirma: “Onde antes a razão se contentava em descobrir a ‘verdade’ do texto jurídico, agora, a razão, insatisfeita, levanta os olhos do texto, despreza-o e procura, antes, uma ‘verdade’ intemporal” (GOMES DA SILVA, 2000, p. 386).

Por isso, repita-se, vem-se evidenciando a urgente necessidade de uma retomada dos estudos do jusnaturalismo e a sua aplicação crescente nas atividades administrativas, legislativas e jurisprudenciais, na forma de um efetivo Direito Natural pulsante e vigente, trazendo assim um muito maior senso de ordem e justiça, tão caro e necessário no atual contexto social da comunidade mundial.

9 REFERÊNCIAS

- AQUINO, Santo Tomás de. Cuestione 90. Tradução ao espanhol Jesús María Rodríguez Arias. In: AQUINO, Santo Tomás de. *Suma de Teología II. Parte I-II*. 2. ed. Madrid, España: Biblioteca de Autores Cristianos, 1989.
- BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Tradução M. Pugliesi, E. Bini e C. E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 2006.
- BOBBIO, N. *Teoria geral do direito*. Tradução D. Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BOEIRA, M. Suárez e os problemas políticos da modernidade In: SUÁREZ, F. *Defesa da fé católica*. Tradução Luiz Artoga e Tiago Gadotti. Porto Alegre: Concreta, 2015.
- CHESTERTON, G. K. *Santo Tomás de Aquino*. Tradução Antônio Emílio Angueth de Araújo. 3. ed. Campinas: Ecclesiae Editora, 2015.
- CRAIG, W. L. *Apologética contemporânea*. A veracidade da fé cristã. Tradução A. G. Mendes, H. U. Fuchs e V. Kroker. 2. ed. São Paulo: Vida Nova, 2012.
- DAWSON, C. *A formação da cristandade*. Das origens na tradição judaico-cristã à ascensão e queda da unidade medieval. Tradução M. X. de Brito São Paulo: É Realizações, 2014.
- DEL VECCHIO, G. *Lições de filosofia do direito*. Tradução A. J. Brandão. 5. ed. Coimbra, Portugal: Armênio Amado Editor, 1979.
- DEL VECCHIO, G. *História da filosofia do direito*. Tradução J. B. da Silva. Belo Horizonte: Editora Líder, 2006.
- FARRELL, M. D. *Cuestiones de filosofía y derecho*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977.
- FINNIS, J. *Aquinas*. Moral, political and legal theory. New York, United States: Oxford University Press, 1998.
- FINNIS, J. *Direito natural em Tomás de Aquino*. Sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Tradução L. Cordioli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- GARCIA MÁYNEZ, E. *La definición del derecho*. Ensayo de perspectivismo jurídico. México D. F.: Ediciones Coyoacán, 2012.
- GOMES DA SILVA, N. J. E. *História do direito português*. Fontes de direito. 3. ed. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- GREGORIO, J. C. de et. al. *Teoria del derecho*. Madrid, España: Uned, 2007.

- GROTIUS, Hugo. *The rights of war and peace*. Tradução ao inglês de A. C. Campbell, A. M. Washington, United States: M. Walter Dunne Publisher, 1901.
- HERVADA, J. *Síntesis de historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona, España: Ediciones Universidad de Navarra, 2006.
- HERVADA, J. *Lições propedêuticas de filosofia do direito* Tradução E. M. Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- HERVADA, J. *Introducción crítica al derecho natural*. 11. ed. Pamplona, España: Ediciones Universidad de Navarra, 2011.
- KELSEN, H. *A justiça e o direito natural*. Tradução J. B. Machado. Coimbra, Portugal: Almedina, 2009.
- LEVAGGI, Abelardo. *Manual de historia del derecho argentino*. Castellano – Indiano/Nacional. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004.
- LEWIS, C. S. *Cristianismo puro e simples*. Tradução Á. Oppermann e M. B. Cipolla. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- LEWIS, C. S. *A abolição do homem*. Tradução R. Mannarino Filho. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- LUMIA, G. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Tradução D. Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MACINTYRE, A. *Three rival versions of moral enquiry*. Encyclopaedia, genealogy and tradition.1. ed. Indiana, United States: University of Notre Dame Press, 1990.
- MACINTYRE, A. *Historia de la ética*. Tradução ao espanhol R. J. Walton. Barcelona, España: Ediciones Paidós, 1991.
- MACINTYRE, A. *Depois da virtude*. Um estudo em teoria moral. Tradução J. Simões. Bauru: Edusc, 2001.
- MACINTYRE, A. *God, philosophy, universities*. A selective history of the catholic philosophical tradition. 1. ed. Maryland, USA: Rowman & Littlefield Publishers, 2009.
- MORELAND, J. P.; CRAIG, W. L. *Filosofia e cosmovisão cristã*. Tradução E. Justino, H. Heim, L. Aranha, R. Portella e S. da S. Sarai-va. São Paulo: Vida Nova, 2005.
- PECCI, G. V. Aeterni patris. A renovação da filosofia cristã tomista nas escolas católicas. In: PECCI, G. V. *Documentos de Leão XIII (1878-1903)*. Tradução H. Dalbosco e L. Costa. São Paulo: Paulus, 2005. (Coleção Documentos da Igreja).
- POUND, R. *Introdução à filosofia do direito*. Tradução Á. Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.
- RADBRUCH, G. *Filosofia do direito*. Tradução M. Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RAWLS, J. *Teoría de la justicia*. Tradução para o espanhol M. D. González. 2. ed. México D. F. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- RAZ, J. *Razão prática e normas*. Tradução J. G. Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- RECASENS SICHES, L. *Ius naturalismos actuales comparados*. Madrid, España: Universidad de Madrid; Facultad de Derecho; Seccion de Publicaciones e Intercambio, 1970.
- RECASENS SICHES, L. *Tratado general de filosofía del derecho*. 8. ed. México D. F., México: Editorial Porrúa, 1983.
- ROSS, A. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.
- SANZ, C. R. La respuesta del derecho natural clásico a los desafíos del siglo XXI. In: FRONTERA, C. et. al. *La codificación: raíces y prospectiva*. ¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza? 1. ed. Buenos Aires: Universitas, 2005.
- SCHNEIDER, H. Protestantismo. In: KAUFMANN, T.; KOTTJE, R. et. al. *História ecumênica da igreja 2*. Da alta Idade Média até o início da Idade Moderna. Tradução I. J. Rabuske. São Paulo: Edições Loyola; Paulus; São Leopoldo: Editora Sinodal, 2014.
- SILVEIRA, S. Duns Scot, filósofo da ruptura. In: SCOT, Duns. *Tratado do primeiro princípio*. Tradução C. Nougé. São Paulo: É Realizações, 2015.
- STRAUSS, L. *Direito natural e história*. Tradução B. C. Simões. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- SUÁREZ, F. *Defesa da fé católica*. Tradução L. Artoga e T. Gadotti. Porto Alegre: Concreta, 2015.
- VOEGELIN, E. *Idade média até Tomás de Aquino*. História das ideias políticas. Tradução M. C. Henriques. São Paulo: É Realizações, 2012.
- WOODS JR., T. E. *Como a igreja católica construiu a civilização ocidental*. Tradução E. Carillo. 2. ed. São Paulo: Quadrante, 2008.

AS TÉCNICAS DA SINALIZAÇÃO E DO JULGAMENTO-ALERTA DE SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL: Estudo de Caso

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.77-91>

Recebido em: 19/11/2018

Modificações requeridas em: 19/4/2019

Aceito em: 31/7/2019

Elmer da Silva Marques

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Professor-adjunto do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, *campus* de Francisco Beltrão/PR. <http://lattes.cnpq.br/7131088598772071>. elmer_adv@yahoo.com.br

Guilherme Machado de Aguiar

Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, *campus* de Francisco Beltrão/PR. Integrante do Projeto de Iniciação Científica “Decisões judiciais e tribunais superiores: análise sob a perspectiva da filosofia da linguagem”. <http://lattes.cnpq.br/1113187659470184>. guil_machado@outlook.com

Juliane Gloria Sulzbach

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, *campus* de Francisco Beltrão/PR. Integrante do Projeto de Iniciação Científica “Decisões judiciais e tribunais superiores: análise sob a perspectiva da teoria dos precedentes judiciais obrigatórios”. <http://lattes.cnpq.br/2209471411119033>. juhliane_@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise de decisão proferida pelo STF na qual este anunciou a possibilidade de rever o entendimento sobre questão jurídica que vinha sendo aplicado de forma pacífica. Especial atenção será dada à reação dos ministros do STF à tentativa de superação de entendimento promovida pelo ministro Dias Toffoli, bem como as consequências jurídicas que se poderiam inferir da manifestação dos demais Ministros, naquele julgamento, no âmbito de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. Para tanto, analisou-se o acórdão proferido na QO-AO 1814/MG (metodologia empírica), bem como conceitos e características do sistema de precedentes judiciais e das técnicas da sinalização e do julgamento-alerta de superação do precedente judicial (metodologia analítico-conceitual). Por fim, propôs-se uma resposta correta ao problema enfrentado (dimensão metodológica normativa): caberia ao STF ter, mediante fundamentação adequada, reanalisado a possibilidade de superação do precedente judicial, tendo em vista o julgamento-alerta realizado anteriormente.

Palavras-chave: Julgamento-alerta. Precedentes judiciais obrigatórios. Superação de entendimento.

THE TECHNIQUES OF SIGNALING AND JUDGMENT-ALERT OF BINDING PRECEDENTS OVERRULING: A CASE STUDY

ABSTRACT

This study analyzes the decision handed down by the Brazilian Supreme Court in which the Court announced the possibility of overruling the ratio decidendi of a precedent that had been applied in a stable manner. Special attention is paid to the Brazilian Supreme Court Ministers' reactions to the Minister Dias Toffoli attempt to overrule the ratio decidendi, as well as to the legal consequences that could be inferred from the other Ministers manifestations in that decision within a system of binding precedents. Therefore, this paper analyses the decision issued in the QO-AO1814/MG judgment (empirical method), as well as analyses the stare decisis system and its techniques of signaling and judgment-alert of binding judicial precedent overruling (analytical-conceptual method). Finally, it was proposed a correct answer to the problem faced (normative-methodological perspective): the Brazilian Supreme Court, having previously issued an overruling judgment-alert, should have reanalysed the possibility of overruling by adequate reasoning,

Keywords: Judgment-alert. Binding precedents. Overruling.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Segurança Jurídica e a Superação do Precedente Judicial: As Técnicas da Sinalização e do Julgamento-Alerta. 3 A Competência do Supremo Tribunal Federal para Conhecer e Julgar Ações que Visam a Impugnar Atos do CNJ. 4 A Tentativa de *Overruling* pelo Ministro Dias Toffoli. 5 O Alerta de Possível Superação de Entendimento e as Consequências Jurídicas em um Sistema de Precedentes Judiciais Obrigatórios. 6 Sistematização dos Votos Proferidos no Julgamento da AO 1814/MG. 7 Decisões Posteriores ao Julgamento da AO 1814/MG. 8 Considerações Finais. 9 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A igualdade e a segurança jurídica são dois direitos fundamentais previstos no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Tanto a igualdade quanto a segurança jurídica podem ser estudadas sob diversas perspectivas e abordagens. Dentre os vários ângulos possíveis de estudo, a análise da igualdade e da segurança jurídica ante as decisões judiciais vem ganhando destaque.

Nesse sentido, a compreensão de que casos iguais devam receber o mesmo tratamento, representado pelo sempre citado brocardo *treat like cases alike*, é um dos fundamentos que embasam o estudo e a defesa, por muitos, da adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios em terra pátria. É um princípio básico da administração da justiça que casos iguais devam ser julgados da mesma forma (*like cases should be decided alike*) (CROSS; HARRIS, 2004, p. 3).

O julgamento de casos iguais de forma diferente é fenômeno que já foi denominado de jurisprudência lotérica, o qual ocorre quando a mesma questão jurídica “é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado” (CAMBI, 2001, p. 111). O fenômeno da jurisprudência lotérica ofenderia, a um só tempo, ambos os direitos fundamentais, a saber: a igualdade jurídica, na medida em que pessoas em idêntica situação jurídica receberiam tratamento jurisdicional diferenciado; a segurança jurídica, quando a falta de uniformidade, coerência e integridade das decisões judiciais impediria a prévia compreensão do sentido do Direito e a possibilidade de a sociedade se organizar de modo a agir de acordo com as disposições normativas.

Defende-se, assim, um sistema de precedentes judiciais obrigatórios para, a um só tempo, concretizar o direito de igualdade de todos perante a lei – todos os que se encontram em situação jurídica idêntica devem receber o mesmo tratamento jurisdicional – e o direito à segurança jurídica – a construção de um sistema de decisões judiciais uniformes, coerentes e íntegras garantiria a previsibilidade de aplicação do Direito pelo órgão jurisdicional.

Defender a obediência aos precedentes judiciais força-nos a reconhecer que, em um determinado momento, o entendimento antes adotado pode se tornar defasado pela evolução da sociedade, da cultura, da tecnologia, do texto legislativo, da política, etc. Tornando-se o precedente obsoleto, o entendimento adotado deverá ser superado, de modo a adequar o Direito à nova realidade. A superação do precedente – chamada na doutrina e na tradição do *common law* de *overruling* – é fenômeno de evolução do direito jurisprudencial e garante sua adaptação aos novos tempos. Um sistema de precedentes judiciais obrigatórios é um sistema estável, e não inflexível. A possibilidade de se superar um entendimento adotado em um precedente não ofende o sistema de *stare decisis* (POWELL JR., 1990, p. 284). Em outras palavras, um sistema de precedentes judiciais busca preservar a estabilidade, mas deixa espaço para a inovação e a correção de erros (FARBER, 2005, p. 1.175).

Surge, novamente, a questão da segurança jurídica: a superação do precedente judicial pode surpreender a sociedade que já havia adaptado e adequado seu comportamento ao precedente superado, atingindo a previsibilidade do Direito e, conseqüentemente, a segurança jurídica. Debater acerca da superação do precedente demanda tratar da segurança jurídica: Como superar um precedente judicial, estabelecendo novas pautas de conduta jurídica à sociedade, sem ofender a garantia da segurança jurídica?

Muito pode ser escrito sobre o assunto. No presente trabalho, o corte metodológico selecionou as chamadas técnicas da sinalização – *signaling* – e do julgamento-alerta, pelas quais o tribunal anuncia à sociedade que pretende rever ou rediscutir o entendimento até então adotado sobre uma determinada questão jurídica. A sociedade é, assim, avisada com antecedência de que o precedente judicial que trata de uma determinada questão jurídica sofreu – ou vem sofrendo – um desgaste e será, em um futuro mais ou menos próximo, rediscutido e, eventualmente, superado. Com isso, visa-se a mitigar eventual ofensa à segurança jurídica.

Para fins do presente trabalho, e ainda dentro do corte metodológico efetuado, selecionou-se, para estudo de caso, o julgamento da Questão de Ordem na Ação Originária nº 1.814/MG, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 24 de setembro de 2014, referente à competência daquele tribunal para conhecer e julgar demandas que visam a impugnar atos do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Inicialmente, apresentar-se-ão as concepções adotadas neste trabalho acerca dos institutos jurídicos abordados, como a segurança jurídica, o *overruling* – a superação do precedente – o *signaling* e o julgamento-alerta (metodologia analítico-conceitual).

Em seguida, promover-se-á a análise da Questão de Ordem na Ação Originária nº 1.814/MG, em especial a tentativa do ministro Dias Toffoli, em voto vencido, de superar o entendimento adotado pelo STF acerca de sua competência para conhecer e julgar ações que visam à impugnação de atos do CNJ. Especial atenção será dada à reação dos demais ministros ao voto do ministro Dias Toffoli, bem como às consequências jurídicas que se poderiam inferir da manifestação dos ministros, naquele julgamento, no âmbito de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios (metodologia empírica).

Ressalta-se, por oportuno, reconhecermos que, no momento, não há a prática de um sistema de precedentes judiciais vinculantes no Brasil, mas, sim, de adoção de técnicas de uniformização de jurisprudência que visam à consolidação do entendimento dos tribunais quanto à interpretação e aplicação das normas jurídicas. A conclusão alcançada pelo trabalho, entretanto, não restou prejudicada.

2 A SEGURANÇA JURÍDICA E A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL: As Técnicas da Sinalização e do Julgamento-Alerta

A compreensão da segurança jurídica está intrinsecamente ligada ao entendimento sobre precedentes judiciais, ao menos no que diz respeito à dimensão da igualdade de tratamento dispensada pelo Poder Judiciário aos jurisdicionados. Se a adoção de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios concretiza a segurança jurídica, sua adoção é apropriada e exigida pelo Estado de Direito constitucionalmente estabelecido, uma vez que “a segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’” (MARINONI, 2016, p. 95).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o advento de um novo Código de Processo Civil ocorrido em 2015, destaca-se a necessidade de previsibilidade do Direito para a sociedade decorrente do princípio da segurança jurídica, sendo de notória importância para a adoção de um sistema de precedentes judiciais vinculantes no Brasil, uma vez que tais institutos têm ligação direta.

Quando se analisa a segurança jurídica a partir da perspectiva de previsibilidade que os cidadãos possuem do tratamento dispensado pelo Judiciário aos jurisdicionados, o *law in books* não é suficiente, como também os textos constitucional e legislativo não são suficientes para garantir a segurança jurídica. É necessário uma prática jurídica que assegure, na aplicação da lei, a igualdade de tratamento e a segurança jurídica, esta entendida como previsibilidade das ações do aplicador da lei.

A segurança jurídica pode ser vista como valor, fato ou norma-princípio. A segurança jurídica como valor é constituída em um ideal a ser buscado em razão de influências sociais, históricas, econômicas ou políticas. No que diz respeito à segurança jurídica como fato, manifesta-se pela possibilidade de o indivíduo prever os resultados jurídicos decorrentes de fatos ou comportamentos. Nessa proposição, a segurança jurídica está ajustada ao aspecto da previsibilidade das relações. Por seu turno, a segurança jurídica como norma-princípio “denota [...] um juízo prescritivo a respeito daquilo que deve ser buscado de acordo com determinado ordenamento jurídico” (ÁVILA, 2011, p. 109).

Dessa maneira, a criação e a aplicação das normas jurídicas, mediante ato interpretativo do texto legislativo, são concretizadas sob a ideia de previsibilidade, proporcionando que os cidadãos antecipem os efeitos jurídicos futuros dos atos presentes. Verifica-se, desse modo, que a segurança jurídica, vista como norma-princípio, auxilia como uma direção prescritiva não somente ao legislador, mas também ao aplicador do Direito como fundamento para a adoção de um sistema de precedentes judiciais vinculantes e relacionando-se estritamente com o instituto do *overruling*. A previsibilidade do Direito é vista aqui – levando em conta a segurança jurídica como norma-princípio – como a ideia de proteger as decisões judiciais, haja vista que a superação de determinado precedente pode vir a mudar completamente o panorama de um ordenamento jurídico (ÁVILA, 2011, p. 109).

Ademais, as preocupações com a segurança jurídica, levando em consideração a certeza, cognoscibilidade e duração da jurisprudência solidificada, é importante para a estabilidade do entendimento consolidado dos tribunais. Assim, mudanças da jurisprudência devem ser realizadas de maneira responsável, controlável e com considerações à segurança jurídica no tempo. Deve haver um equilíbrio entre as exigências de segurança jurídica e a proteção das posições individuais estáveis (CABRAL, 2013, p. 17-18).

Hodiernamente, o Estado de Direito precisa atuar na segurança jurídica com maior flexibilidade, sem relacioná-la com palavras como “inalterabilidade”, “indiscutibilidade”, “imunização” e “intangibilidade”. A segurança jurídica deve ser vista como segurança-continuidade, sendo esta definida como mudança com consistência, uma forma de não bloquear totalmente as mudanças e, simultaneamente, preservar a segurança jurídica. Dessa forma, “a continuidade jurídica atribui ao sistema apenas uma duração tendencial, sem precluir ou impedir a alteração de conteúdos estáveis” (CABRAL, 2013, p. 25-27).

Vejamos o exemplo que nos é trazido por Antonio do Passo Cabral (2013, p. 24):

Imaginemos um caso em que, numa determinada comarca ou subseção judiciária, durante muito tempo o juízo se manifeste em um determinado sentido; é razoável pensar que não só os advogados, membros do Ministério Público, serventuários, enfim, aqueles que trabalhem diretamente com o juízo, mas também os cidadãos, os jurisdicionados, recebam esta reiteração como o sinal de um padrão de resposta do Poder Judiciário para determinada matéria, e, portanto, possam construir suas programações de vida, de negócios etc. com base naquele entendimento.

O juiz, subordinado ao sistema de precedentes, se quiser afastá-lo, assume o dever de apresentar forte carga argumentativa para justificar a sua não aplicação, seja por *distinguishing* (distinção do precedente), seja por *overruling* (superação do precedente).

Se o argumento que embasa o precedente é insuficiente e se os órgãos vinculados o percebem como errado, injusto e absurdo, há formas de buscar a redução da sua *ratio decidendi*, pois a aplicação do precedente não é automática (MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 685).

Assim, o *overruling*, em geral, é somente realizado pela própria Corte que produziu o precedente a ser superado. Pertinente, aqui, a lição de Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 200):

Lembre-se que no *common law* os precedentes são revogados fundamentalmente mediante o que se denomina de *overruling*. Não há dúvida que o Supremo Tribunal Federal pode revogar os seus precedentes. Pode revogar, note-se bem, as *rationes decidendi* das suas decisões. Para tanto, contudo, tem de se desincumbir de pesado ônus argumentativo, demonstrando que as razões que levaram à elaboração do precedente que se quer revogar não são mais sustentáveis em virtude de motivos novos, que devem ser mostrados presentes. Tais “motivos novos”, é evidente, estão muito longe de novos entendimentos pessoais acerca da questão já debatida.

Ocorre a defasagem do precedente judicial diante de um novo contexto social, histórico e cultural. Sua estrutura argumentativa, reunida aos argumentos fáticos e jurídicos que o fundamentam, está ultrapassada, sendo inevitável a superação do entendimento até então firmado. Quando ocorre a superação do precedente – o chamado *overruling* – há a ressignificação do Direito e tanto a sociedade quanto o sistema jurídico adaptam-se em torno daquele novo precedente, visto como confiável para futuras soluções análogas.

Diante disso, um precedente está em condições de ser superado quando perde a chance de corresponder aos padrões de congruência social, verificando que este passou a negar proposições morais, políticas e de experiência da sociedade (MARINONI, 2016, p. 252). Nesse sentido, a técnica do *overruling* pode ofender a segurança jurídica, pois a sociedade organizada em torno do precedente estava orientada e adaptada a seguir determinadas condutas.

Faz-se necessário, portanto, a adoção de técnicas para minimizar os efeitos deletérios do *overruling* à segurança jurídica, pois a mudança de entendimento atinge diretamente a previsibilidade dos cidadãos que organizaram suas vidas a partir da pauta de conduta estabelecida pelo precedente cujo entendimento foi superado pelo tribunal.

Dentre as técnicas adotadas, tem-se a modulação dos efeitos da decisão judicial que promove a superação do precedente. Em regra, a eficácia temporal da revogação de um precedente é retroativa, vez que, tradicionalmente, a decisão judicial resolve determinado caso que ocorreu no passado (MARINONI, 2016, p. 269).

Por sua vez, aplicar o novo entendimento judicial a outros casos pode, igualmente, ocasionar ofensa à segurança jurídica, pois aqueles casos podem se fundar em fatos passados que ocorreram orientados pelo entendimento jurisprudencial superado.

Para atender ao interesse social e à segurança jurídica, os tribunais superiores podem proceder à proteção daqueles valores de três formas: a) por intermédio da sinalização (*signaling*), quando o Tribunal informa a sociedade que irá promover a superação de seu entendimento em um futuro julgamento; b) por meio do *prospective overruling*, quando o Tribunal, atento ao princípio da proteção da confiança, promove a superação do precedente judicial mas determina que a decisão somente iniciará a produção de efeitos a partir da própria decisão; e, c) mediante o *prospective overruling*, quando a corte fixa um momento futuro para que a decisão que promoveu a superação do precedente comece a produzir efeitos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 875-876). Adicione-se, ainda, a técnica do julgamento-alerta, que será apresentada em momento apropriado no presente trabalho.

Para evitar ofensa à segurança jurídica, há a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão judicial, visando a proteger a segurança jurídica e a previsibilidade do ordenamento jurídico, como expresso no § 3º do artigo 927 do Código de Processo Civil, permitindo a modulação de efeitos para atender ao “interesse social” e à “segurança jurídica”. O Tribunal, antes de promover a modulação dos efeitos da decisão, deve fazer, motivadamente, um exame do eventual interesse social e da segurança jurídica em jogo.

Existem cinco formas de se modular os efeitos da decisão judicial que promove a alteração de entendimento jurídico: a) aplicação retroativa pura, em que o novo entendimento abrange os fatos passados, inclusive aqueles relativos a decisões transitadas em julgado, com a possibilidade de utilização de ação rescisória; b) aplicação retroativa clássica: em que o tribunal iria aplicar a sentença aos fatos ocorridos antes da formação do novo precedente, exceto aos que já transitaram em julgado; c) aplicação prospectiva pura: quando o novo precedente se aplica apenas aos fatos posteriores, sequer sendo aplicado às partes litigantes; d) aplicação prospectiva clássica: aplicando-se apenas aos fatos novos, com a exceção das partes no caso concreto abrangido pelo novo precedente; e e) aplicação prospectiva a termo: em que o tribunal fixa uma data ou condição para a eficácia do precedente (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 582).

A modulação dos efeitos da decisão que materializa alteração jurisprudencial, constitui importante instrumento de garantia dos postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança. A ela somam-se as técnicas da sinalização e do julgamento-alerta, objetos do presente estudo, demonstrando a tendência de preocupação com que as decisões judiciais, em um sistema de precedentes judiciais, garantam a segurança jurídica daqueles que se orientaram de acordo com a orientação jurisprudencial fixada anteriormente.

Pela técnica da sinalização (*signaling*) e do julgamento-alerta, as Cortes Supremas podem manifestar-se publicamente sobre a preocupação com a adequação da solução contida no precedente, preparando o caminho para uma superação suave, não abrupta, do precedente (MITIDIERO, 2013, p. 125).

A técnica da sinalização, também conhecida por *signaling*, pode ser definida como um mecanismo prévio para a revogação de precedentes. O tribunal, percebendo a desatualização de um precedente, sinaliza, isto é, anuncia que irá superá-lo, fazendo com que ele se torne incapaz de servir como base para a confiança dos jurisdicionados. Nesses termos, atua como parâmetro inicial da revogação prospectiva (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 583). O *signaling* pode mitigar eventual ofensa à segurança jurídica por promover um aviso prévio à sociedade de que aquele entendimento será superado em um julgamento futuro. Na lavra de Luiz Guilherme Marinoni, pela utilização da técnica da sinalização (*technique of signaling*),

[...] o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve subsistir, mas, em virtude da segurança jurídica, deixa de revogá-lo, preferindo apontar para a sua perda de consistência e *sinalizar* para a futura revogação. [...] Mantém-se o precedente unicamente em virtude da segurança jurídica, da previsibilidade dada aos jurisdicionados e da confiança que o Estado deve tutelar, ainda que não se duvide que a sua manutenção está em desacordo com o ideal de direito prevalente à época (2016, p. 237).

Importante diferenciação é feita por Antonio do Passo Cabral, para quem o anúncio de superação do precedente pode se dar por meio da técnica do julgamento-alerta, instituto semelhante ao *signaling*, mas que com este não se confunde: tanto a técnica quanto a finalidade do *signaling* são diversas da decisão-alerta, pois “através do *signaling*, a Corte reconhece que o conteúdo do precedente está errado e deve ser superado mas, em nome da segurança jurídica, afirma apenas sua ‘perda de consistência’, sinalizando a sua futura revogação”. Utilizando-se da técnica do *signaling*, o tribunal não duvida da necessidade de superação do precedente, ou seja, “já existe uma conclusão pela superação do precedente, mas o *overruling* não é pronunciado de imediato para não ferir a segurança jurídica” (CABRAL, 2013, p. 39).

Por sua vez, valendo-se da técnica do julgamento-alerta ou “anúncio público”, o tribunal informa a sociedade sobre a possibilidade de o tribunal mudar seu entendimento sobre determinada questão jurídica, promovendo a sua superação, no futuro, em outro julgamento. O julgamento-alerta constitui-se em anúncio público de que há a possibilidade de mudança de entendimento, “mas a efetiva alteração não é obrigatória, nem para as instâncias inferiores, nem para o próprio tribunal. Vale dizer, pode haver o aviso sem que posteriormente a mudança de entendimento se verifique” (CABRAL, 2013, p. 34-35).

O *signaling*, por sua vez, constitui-se em reconhecimento, pela Corte, de que o precedente está defasado, mas que não será superado naquela oportunidade tendo em vista a necessidade de se proteger a segurança jurídica dos membros da sociedade que organizaram sua conduta de acordo com o precedente.

Ambas as técnicas – julgamento-alerta e *signaling* – possuem, em grande medida, importantes efeitos no que concerne à segurança jurídica, à ideia de continuidade e à abordagem de jurisdição contemporânea voltada a normas jurídicas para o futuro (*future-law-approach*) (CABRAL, 2013, p. 35). Realizando o julgamento-alerta, o tribunal transfere o risco de prejuízo pela alteração da estabilidade para o particular. Insta salientar que, mesmo que o julgamento-alerta reafirme a *ratio decidendi*, aquele não pode ser visto como algo dispensável, pois serviu para reabilitar a jurisprudência consolidada à luz de novos argumentos, sob uma discussão pluralista em outro contexto temporal (CABRAL, 2013, p. 36-37).

O objeto do presente estudo é a análise da decisão proferida pelo STF no julgamento da QO-AO 1814/MG, a qual se configura, em nosso sentir, um típico caso de julgamento-alerta. Em certa medida, as conclusões aqui obtidas aplicam-se também à técnica da sinalização.

3 A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONHECER E JULGAR AÇÕES QUE VISAM A IMPUGNAR ATOS DO CNJ

Escolheu-se como acórdão para análise aquele proferido pelo STF no julgamento da Questão de Ordem na Ação Originária 1814/MG, tendo como relator o ministro Marco Aurélio, cujo objeto é a discussão acerca da competência do STF em processar e julgar atos do Conselho Nacional de Justiça.

Inicialmente, tratou-se de ação pelo rito ordinário proposta por Juiz do Trabalho ante a União, pela qual se pretendeu o reconhecimento da ilegalidade e a declaração de nulidade de procedimento do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e do CNJ, visando a impedir o desconto no respectivo subsídio do magistrado de valores recebidos indevidamente a título de adicional por tempo de serviço.

A petição inicial foi distribuída ao juízo federal de primeira instância que declinou da competência em favor do STF, entendendo ser aplicável o artigo 102, inciso I, alínea *r*, da Carta Magna. Enviada ao STF, a ação foi registrada como Ação Originária e autuada sob o nº 1.814. A ação foi submetida a julgamento de Questão de Ordem para apreciar a competência do STF para o julgamento daquela causa.

O ministro relator Marco Aurélio votou pela incompetência do STF, aplicando entendimento firmado anteriormente em jurisprudência consolidada, pela qual o disposto no artigo 102, I, alínea *r*, da Constituição Federal, deve ser interpretado de forma restritiva, sendo competente o STF apenas para julgar ações constitucionais que visem à impugnação de atos do CNJ. Adotou-se, assim, a tese anteriormente esposada por aquele Tribunal de que, na hipótese de ser ajuizada ação ordinária perante a União, tendo como pano de fundo atos do CNJ, a competência há de ser da Justiça Federal e não do STF.

Por seu turno, a ministra Rosa Weber especificamente cita os precedentes constituídos pelos Mandados de Segurança nº 27.712 e nº 29.118, pelos quais o STF somente tem competência para julgar as ações constitucionais, isto é, *habeas corpus*, mandado de segurança e *habeas data*, tendo como objeto atos proferidos pelo CNJ.

A profusão de “precedentes”, citados pelos ministros do STF referentes a uma mesma questão jurídica, demonstra a inexistência de um sistema de precedentes judiciais vinculantes no Brasil. Não há um precedente claro sobre a questão, um *leading case* que seja continuamente citado como sendo o *locus* de extração da *ratio decidendi* e que tenha dado a interpretação do dispositivo em questão. A própria *ratio decidendi* não é claramente definida, pois alguns julgados dizem respeito apenas à competência do STF para o julgamento de mandado de segurança, enquanto outros referem-se às demais ações constitucionais.

O ministro Celso de Mello acompanhou o voto do ministro relator, embasado pelo precedente criado pelo próprio STF (AO 1.706-Agr/DF), reconhecendo a competência deste para julgamento de ações que visam a impugnar atos do CNJ apenas quando se cuidar de impetração de mandado de segurança, *habeas data*, *habeas corpus* ou mandado de injunção. Afirmou, ainda, que tal entendimento tem sido preponderante em diversos julgamentos recentes e de causas semelhantes, votando pelo reconhecimento da competência da Justiça Federal comum de primeira instância para processar e julgar, com fulcro no artigo 109, I, da Constituição Federal, aquela causa.

Houve, assim, por parte daqueles ministros do STF, clara aplicação de entendimento firmado em jurisprudência consolidada da Corte, pela qual se estabeleceu a seguinte interpretação a ser dada ao artigo 102, I, *r*, da Constituição Federal: nas ações que visem a impugnar atos do CNJ, somente as ações constitucionais são de competência originária do STF, sendo da Justiça Federal a competência para julgamento das demais ações. Adotou-se, assim, um critério formal-restritivo para definição da competência do STF ou da Justiça Federal para julgamento das ações que objetivam impugnar atos do CNJ.

A Suprema Corte concluiu pela aplicação do entendimento adotado em julgamentos anteriores, determinando a competência da Justiça Federal para o conhecimento, processamento e julgamento daquela ação ordinária, conforme disposto pelo artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, em razão de a União ser parte no processo, não se aplicando a competência originária do STF prevista no artigo 102, I, *r*, da Constituição Federal, alvo de interpretação restritiva que limitou sua aplicação apenas às ações constitucionais.

Neste ponto, é necessário esclarecer, mais uma vez, que não temos ainda, no Brasil, uma prática judicial de precedentes judiciais em sentido semelhante ao que ocorre nos países do *common law*. Assim, verifica-se que os ministros do STF, no julgamento da QO-AO 1814/MG, fazem referência a diversos precedentes – e não a um *leading case*. O que há, de fato, no STF, é uma jurisprudência consolidada quanto à interpretação a ser dada ao artigo 102, I, *r* da CF. Isto, entretanto, não prejudica nem altera as conclusões alcançadas no presente estudo.

4 A TENTATIVA DE OVERRULING PELO MINISTRO DIAS TOFFOLI

É sob a ótica da Ação Ordinária 1814/MG do STF que nos propomos a analisar a tentativa de *overruling* realizada pelo ministro Dias Toffoli, bem como expor a reação dos demais ministros à possibilidade de modificação do entendimento adotado pela jurisprudência consolidada do STF no que se refere à interpretação dada ao artigo 102, I, *r* da CF. Todas as citações diretas e paráfrases deste capítulo foram feitas com base no voto do ministro Dias Toffoli proferida no julgamento da QO-AO 1814/MG.

No voto do ministro Dias Toffoli, verifica-se que ele pretende alterar o fundamento que disciplina a determinação da competência para julgamento de ações, visando a impugnar atos do CNJ, a saber:

- a) interpretação da jurisprudência consolidada do STF referente ao artigo 102, I, *r*, da CF: utilização do critério formal para determinação da competência, de modo que apenas as ações constitucionais são de competência do STF, enquanto as demais ações são de competência da Justiça Federal;
- b) superação da jurisprudência consolidada do STF, mediante alteração da interpretação a ser dada ao artigo 102, I, *r*, da CF, segundo entendimento do ministro Dias Toffoli, propugnando pela adoção de critério material de determinação da competência: seriam de competência do STF as ações que impugnam atos do CNJ que possam ser enquadrados em sua atuação finalística de disciplina e fiscalização e que possam repercutir

frontalmente nos tribunais ou seus membros, ainda que não veiculadas por meio de ação constitucional, hipótese em que a submissão do julgamento à Justiça Federal poderia promover subversão na posição constitucional do CNJ que lhe foi atribuída pela Constituição.

Ao final, o ministro Dias Toffoli votou por se reconhecer a incompetência do STF para conhecer e julgar aquela AO 1814, uma vez que o ato do CNJ atacado referia-se a mero ato administrativo, de ordem financeira, envolvendo o interesse de magistrados que se encontrem em situação específica.

Tanto pelo critério formal de interpretação do artigo 102, I, r, da CF (entendimento atual do STF), quanto pela utilização do critério material (proposto pelo ministro Dias Toffoli), o resultado alcançado é o mesmo. As consequências em termos de integridade e unidade do Direito, entretanto, são diferentes: o ministro Dias Toffoli pretende o *overruling* da *ratio decidendi* até então adotada pelo STF, superando-se a aplicação do critério formal para interpretação do artigo 102, I, r, da CF para, em seu lugar, aplicar o critério material apresentado. A adoção de nova interpretação do artigo 102, I, r, da CF lançaria seus efeitos para as demais ações futuras ou em trâmite de impugnação de atos do CNJ.

Logo, o ministro Dias Toffoli, em seu voto, a despeito de ter acompanhado o voto do ministro relator, valeu-se de fundamento determinante diferente. Esse fundamento diverso da *ratio decidendi* adotada na decisão em estudo pelo STF, ao contrário do que se poderia supor, no entanto, possui grande importância para o desenvolvimento do Direito, exercendo função semelhante aos chamados *minority cases* do Direito norte-americano: casos decididos contra uma tendência predominante de decisões tornam-se a principal maneira pela qual os juízes podem expressar pontos de vista contrários à tendência jurisprudencial vigente. Transmitem informações que, de outra forma, permaneceriam enterradas sob a decisão da maioria do tribunal. Embora não sejam diretamente aplicáveis como fonte de direito, os casos que não se conformam à tendência dominante servem como um sinal de divergência emergente no Judiciário. Os *minority cases* desempenham importante papel de *signaling*, influenciando informalmente decisões futuras (FON; PARISI, 2006, p. 525).

Nesse sentido, o ministro Dias Toffoli levantou algumas questões no sentido de lhe parecer temerária a redução do alcance do artigo 102, I, r, da CF, tendo como escopo a interpretação formal acerca do dispositivo. O ministro entendeu ser realmente necessário restringir o dispositivo, contudo a restrição deveria ser feita sob outro fundamento, uma vez que não deveria a interpretação do dispositivo ser realizada de acordo com a ótica meramente instrumental, sob pena de se promover o esvaziamento do conteúdo da norma. Segundo o ministro, deveria ser adotada a análise a partir de cada caso concreto, analisando-se o conteúdo do ato do CNJ.

Para o ministro Dias Toffoli, a fim de que seja preservada a necessária e importante missão constitucional atribuída ao CNJ, a restrição interpretativa a ser realizada não pode deixar de lado a razão subjacente atinente à vontade do legislador quando da criação da norma constitucional: devem ser objetos de apreciação pela Corte Suprema todas aquelas ações que tenham relação com a autoridade dos tribunais ou com o regime disciplinar da magistratura. Ele posicionou-se no sentido de que descabe fazer qualquer delimitação de modo a admitir apenas as ações de cunho constitucional, uma vez que não foi essa a real intenção do legislador, intentando promover o *overruling* do entendimento do STF, que adota o critério formal de restrição da competência do STF para julgamento de causas cujo objeto é a impugnação de atos do CNJ.

Defende Dias Toffoli a competência do STF quanto a: a) demandas relacionadas ao exercício do poder disciplinar do CNJ sobre os membros da magistratura; b) ações ante decisões do Conselho que desconstituam ato normativo ou deliberação de tribunal local relacionados a matérias a esse diretamente afetas; e c) outras em que a atuação do CNJ se dê, precipuamente, na consecução de sua atividade-fim, quando direta e especialmente incidente sobre membros e órgãos a ele diretamente subordinados.

Por outro lado, entende não ser a Corte Suprema competente para apreciar demandas cujos objetos sejam deliberações do CNJ que: a) atinjam tão somente servidores dos órgãos fiscalizados ou mesmo as serventias extrajudiciais fiscalizadas pelos tribunais locais; b) revejam atos administrativos gerais dos tribunais (assim considerados os que não se sujeitam à regulamentação distinta do Judiciário, de que seriam exemplos os relacionados a concursos públicos ou licitações dos tribunais locais); ou c) não digam respeito a ações de interesse exclusivo de toda a magistratura.

Assim, de forma incisiva, o ministro Dias Toffoli pondera que um ato proferido pelo CNJ dentro de suas atribuições regimentais (âmbito finalístico e funcional) deve estar sob a tutela do STF. Desta forma, afirmou em seu voto que “os atos administrativos do CNJ – como os atos de qualquer órgão do Judiciário – se submetem à jurisdição de primeira instância (porque nenhuma subversão hierárquica pode daí decorrer)”;

por sua vez, “os atos finalísticos, por outro lado, e tão somente os que digam respeito à missão precípua do Conselho (quais sejam: os que incidam frontalmente sobre interesses diretos de tribunais e membros da magistratura), devem ser submetidos à competência originária desta Corte”.

O ministro Dias Toffoli propõe, em seu voto, uma alteração da interpretação que vinha sendo adotada pelo STJ acerca da interpretação restritiva a ser concedida ao artigo 102, I, r, da CF. Ele pretende superar o entendimento firmado que adota o critério formal de limitação da competência do STF apenas ao julgamento das ações constitucionais, substituindo-o por um critério material que leva em consideração não a natureza da ação, mas a natureza do ato do CNJ impugnado.

5 O ALERTA DE POSSÍVEL SUPERAÇÃO DE ENTENDIMENTO E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS EM UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS

Na análise da QO-AO n. 1.814/MG ora sob exame, especial consideração se faz à reação dos demais ministros ao voto do Ministro Dias Toffoli, os quais, apesar de não concordarem com a realização do *overruling*, mostraram-se simpatizantes pela necessidade de superação do precedente (*in casu*, da jurisprudência consolidada do STF) e toda a argumentação no voto do ministro Dias Toffoli diante do caso em análise.

É perceptível que nos votos de alguns ministros que participaram do julgamento está exposta a intenção de que pretendem rever o entendimento adotado pelo STF, isto é, a sinalização na qual, em casos futuros e análogos, o posicionamento do ministro Dias Toffoli – em relação à adoção do critério material em substituição ao critério formal para definição da competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar ações que visam a impugnar atos do CNJ – poderia ser aderido pelos demais ministros, viabilizando, assim, a realização do *overruling*.

O ministro Luis Roberto Barroso, em um primeiro momento, exaltou o voto do ministro Dias Toffoli, compartilhando da percepção levantada a respeito da importância do CNJ e em especial à sua competência. Tal reflexão, contudo, não foi suficiente para alterar o entendimento do ministro Roberto Barroso, o que não o impediu de, em meio à sua exposição, indicar que seu posicionamento poderia vir a mudar:

[...] eu estou acompanhando as manifestações do Ministro Teori Zavascki e do Ministro Marco Aurélio. Portanto, Presidente, eu estou aderindo à conclusão desses dois votos. Como a reflexão do Ministro Toffoli foi extremamente profunda e com alcance mais largo, eu gostaria de me reservar um pouco mais de tempo para refletir sobre os pontos que ele aventou, embora já antecipe, desde logo, que, em linha de princípio, estou de acordo com eles e que, portanto, o critério de seleção deva ser em relação à matéria e não um critério puramente formal. Mas não gostaria de me comprometer, de plano, com essa visão, com a qual tive contato hoje, mas devo dizer que fiquei seduzido por ela. De modo que, por ora, eu estou apenas acompanhando ambos os relatores e guardando para minha própria reflexão o voto do Ministro Dias Toffoli e os fundamentos que ele apresentou, que me parecem substanciais, e devo dizer que me sinto inclinado a adotá-los também.

De forma semelhante, a ministra Rosa Weber expôs em seu voto indicação de que poderá, em julgamento futuro, aderir ao posicionamento do ministro Dias Toffoli, adotando o critério material em substituição ao critério formal para definição da competência do STF. Não o fez, porém, naquele julgamento, não aderindo seu voto à tentativa de *overruling*, mas podendo ser caracterizada indicação de mudança de seu entendimento em futuro julgamento. Confira-se trecho de seu voto no qual, claramente, a ministra Rosa Weber indica possível mudança de entendimento:

[...] por ora, na íntegra, não só a conclusão como os fundamentos que embasaram os votos dos eminentes Relatores, tanto o Ministro Marco Aurélio quanto o Ministro Teori Zavascki; sem deixar de louvar a reflexão profunda com que nos proporcionou – a mim, então, confesso, com muito gosto – o voto do eminente Ministro Dias Toffoli. Comprometo-me a refletir a respeito, mas por ora continuo a entender na linha do voto do Ministro Sepúlveda Pertence e na linha de decisões do Plenário desta Suprema Corte – belíssimos acórdãos da lavra de Vossa Excelência e do Ministro Celso de Mello.

Continuarei a refletir, quem sabe, para amanhã ou depois aderir a uma compreensão que priorize não a classe, mas o tema. Senhora Presidente, com todo o respeito aos entendimentos contrários, não teria nenhuma dificuldade em entender que cabe submeter decisões de órgão administrativo à magistratura, mesmo de primeiro grau. Não veria, pessoalmente, nenhuma dificuldade; mas, como disse, continuarei a refletir sobre o tema.

Durante o debate, o ministro Luiz Fux mostrou-se relutante, num primeiro momento, em relação ao caminho percorrido pelos precedentes da Suprema Corte no controle dos atos do CNJ, conforme ressalta em seu voto:

[...] eu também deixaria só para um momento de reflexão dos Colegas, por exemplo, que uma solução que leve à denegação da competência do Supremo para o julgamento dos atos do CNJ pode encerrar a seguinte hipótese, como já ocorreu: o CNJ afasta um presidente de um tribunal, e esse afastamento do presidente do tribunal vai ser analisado com inversão hierárquica total por um juiz de Primeiro Grau.

Reconheceu, contudo, que deveria haver restrição da competência do STF em relação aos atos proferidos pelo CNJ, em especial aos processos objetivos de controle permeados por este último, conforme discorreu:

[...] entendi que o Ministro Dias Toffoli fez uns balizamentos expressivos e razoáveis, porque realmente a submissão de membros de hierarquia superior ao julgamento de integrantes da carreira em nível inferior poderia gerar, digamos assim, uma disfuncionalidade da própria razão de ser do CNJ. De sorte que eu acompanho o voto do Ministro Dias Toffoli.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, destacou o questionamento levantado pelo ministro Dias Toffoli, aludindo “as próprias razões que marcaram a decisão do legislador constituinte, quando entendeu que colocar o CNJ na estrutura do Poder Judiciário significava também lhe dar uma certa proteção institucional”. Afirmou, ainda, que corrobora com o posicionamento trazido pelo ministro Dias Toffoli:

[...] compartilho dessa preocupação trazida pelo Ministro Toffoli e faria coro a essa proposta, trazida por Sua Excelência, de redução teleológica para que façamos a leitura do texto constitucional com esse ajuste. Estou sintetizando o que Sua Excelência já disse com todas as palavras no que diz respeito tanto às atividades disciplinares do CNJ de caráter positivo, porque, claro, também temos aqueles recursos que são dirigidos ao CNJ que se limitam a confirmar, mas isso já está resolvido em jurisprudência. Por isso estou chamando de atos de caráter positivo, deliberações positivas; e também as deliberações normativas ou regulamentares do CNJ.

Não obstante, o ministro Teori Zavascki afirmou seguir a jurisprudência consolidada estabelecida pela Corte, fundada “exclusivamente numa distribuição de competência com base no critério da natureza da ação”. O ministro-relator ressaltou, no entanto, o voto do ministro Dias Toffoli, reconhecendo o seu impacto:

Todavia, também quero registrar que fiquei sensibilizado com o voto do Ministro Dias Toffoli e, portanto, não gostaria de fechar as portas no sentido de evoluir. Talvez, e isso fica aqui à meditação dos Colegas, se devesse conjugar os dois critérios. É que, se adotarmos apenas o critério de conteúdo, como o fez o Ministro Dias Toffoli, nós vamos ter um outro problema: os próprios mandados de segurança que não declinarem uma pretensão segundo aquele conteúdo seriam da competência do juiz de primeiro grau.

A presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, expôs que a discussão proposta pelo ministro Dias Toffoli é de grande valia para a Casa, bem como abre caminho para novas reflexões acerca do tema, caracterizando a possibilidade de a Corte refletir sobre ele em julgamentos futuros:

Em primeiro lugar, Ministro Dias Toffoli, gostaria de elogiar o trabalho realizado por Vossa Excelência, que abre caminho para que possamos realmente refletir sobre tema da maior importância, e para que o Supremo Tribunal Federal possa, de alguma forma, sedimentar e consolidar ideias numa única diretriz, por ser o Conselho Nacional de Justiça instituição muito nova.

A Ação Ordinária 1814/MG, a despeito de ter sido reconhecida por unanimidade a incompetência do STF para seu conhecimento, caracterizou-se pela tentativa de *overruling* que o ministro Dias Toffoli pretendia promover. Além disso, podemos constatar que, mesmo alguns ministros não votando de acordo com a fundamentação do ministro Dias Toffoli, concordaram em revisar suas interpretações acerca do tema, caracterizando o alerta de possível superação do entendimento do STF, que adota o critério formal de restrição de competência do STF prevista no artigo 102, I, r, da CF.

6 SISTEMATIZAÇÃO DOS VOTOS PROFERIDOS NO JULGAMENTO DA AO 1814/MG

No julgamento da AO 1814/MG, o STF, por unanimidade, reconheceu a incompetência daquela Corte para julgamento da ação, enviando-a à primeira instância da Justiça Federal.

A unanimidade do julgamento refere-se apenas ao dispositivo da decisão, que reconheceu a incompetência da Corte. O ministro Dias Toffoli, entretanto, para fundamentar seu voto, apresenta fundamentos determinantes diferentes da *ratio decidendi* adotada pelo STF em sua jurisprudência consolidada.

Trata-se de exemplo em que é possível vislumbrar a diferença entre a *ratio decidendi* e a norma jurídica concreta firmada no dispositivo da decisão: tanto a adoção do critério formal quanto a adoção do critério material, naquele específico caso, levariam à mesma consequência de reconhecimento da incompetência do STF. A mudança de critério para determinação da competência – do formal para o material –, alterando-se assim o entendimento do STF sobre a questão, todavia, poderia trazer resultados diferentes a outros julgamentos.

Em um sistema de precedentes judiciais vinculantes (e também para o atual sistema de jurisprudência consolidada existente no Brasil), a importância recai sobre a *ratio decidendi*, isto é,, sobre os motivos determinantes da decisão.

Na tabela a seguir procuramos sistematizar os votos proferidos pelos ministros do STF no julgamento da AO 1814/MG:

Votos dos ministros do STF na AO 1814/MG	
(Obs.: O ministro Ricardo Lewandowski não participou do julgamento. À época do julgamento, o STF encontrava-se com apenas 10 ministros em virtude da aposentadoria do ministro Joaquim Barbosa. Posteriormente, sua vaga seria preenchida com a nomeação do ministro Edson Fachin)	
Marco Aurélio (Relator)	Aplicação da <i>ratio decidendi</i> da jurisprudência consolidada do STF: aplicação do critério formal de determinação da competência do STF prevista no artigo 102, I, r da CF.
Dias Toffoli	Tentativa de superação da <i>ratio decidendi</i> da jurisprudência consolidada do STF: substituição pela aplicação do critério material de determinação da competência do STF prevista no artigo 102, I, r da CF.
Roberto Barroso	Seguiu o relator, mas considerou a possibilidade de, em novo julgamento, alterar seu entendimento: “De modo que, por ora, eu estou apenas acompanhando ambos os relatores e guardando para minha própria reflexão o voto do ministro Dias Toffoli e os fundamentos que ele apresentou, que me parecem substanciosos, e devo dizer que me sinto inclinado a adotá-los também”.
Rosa Weber	Seguiu o relator, mas comprometeu-se a refletir sobre o tema: “Continuarei a refletir, quem sabe, para amanhã ou depois aderir a uma compreensão que priorize não a classe, mas o tema. Senhora Presidente, com todo o respeito aos entendimentos contrários, não teria nenhuma dificuldade em entender que cabe submeter decisões de órgão administrativo à magistratura, mesmo de primeiro grau. Não veria, pessoalmente, nenhuma dificuldade, mas, como disse, continuarei a refletir sobre o tema”.
Luiz Fux	Acompanhou o voto dissidente do ministro Dias Toffoli.
Gilmar Mendes	Seguiu o relator quanto ao dispositivo, mas em seu voto mostrou concordância com a fundamentação trazida pelo ministro Dias Toffoli.
Teori Zavascki	Seguiu o voto do relator, mas admitiu a possibilidade de rever seu entendimento para adoção de um critério misto: “Todavia, também quero registrar que fiquei sensibilizado com o voto do ministro Dias Toffoli e, portanto, não gostaria de fechar as portas no sentido de evoluir. Talvez, e isso fica aqui à meditação dos colegas, se devesse conjugar os dois critérios”.
Celso de Mello	Seguiu o voto do relator
Cármem Lúcia	Seguiu o voto do relator, mas ressaltou a possibilidade de que o assunto seja rediscutido: “Em primeiro lugar, ministro Dias Toffoli, gostaria de elogiar o trabalho realizado por Vossa Excelência, que abre caminho para que possamos realmente refletir sobre tema da maior importância, e para que o Supremo Tribunal Federal possa, de alguma forma, sedimentar e consolidar ideias numa única diretriz, por ser o Conselho Nacional de Justiça instituição muito nova”.

Temos, no que se refere aos fundamentos determinantes da decisão, o seguinte panorama:

Adoção do critério formal (jurisprudência consolidada do STF)	6 votos
Adoção do critério material (superação da <i>ratio decidendi</i> da jurisprudência consolidada do STF)	3 votos
Manifestação de possibilidade de mudança de entendimento em julgamentos futuros	4 votos

Dos nove ministros que participaram do julgamento, três deles fundamentaram seu voto pela superação do critério formal de determinação da competência do STF, adotando o critério material para a interpretação da competência do STF prevista no artigo 102, I, *r* do STF. Outros quatro ministros seguiram a *ratio decidendi* da jurisprudência consolidada do STF, mas manifestaram a possibilidade de modificarem seu entendimento em julgamentos futuros.

Da soma dos ministros que fundamentaram seus votos pela adoção de uma nova interpretação ao dispositivo em questão, com os ministros que anunciaram a possibilidade de modificação de seu entendimento, temos sete ministros, isto é, maioria absoluta do Plenário do STF, número suficiente para um futuro *overruling* da *ratio decidendi* da jurisprudência consolidada da Corte.

Havia, assim, número suficiente de ministros para se alterar o entendimento do STF sobre a questão jurídica debatida. Esperava-se que, em julgamentos futuros, a questão fosse novamente debatida, seja para manter, seja para alterar a *ratio decidendi* aplicada no julgamento da QO-AO 1814/MG. Não foi, porém, o que aconteceu, como veremos.

7 DECISÕES POSTERIORES AO JULGAMENTO DA QO-AO 1814/MG

Neste trabalho, a partir da análise da decisão proferida pelo STF na QO-AO 1814/MG, procurou-se analisar alguns aspectos próprios de um sistema que reconhece a autoridade do precedente judicial. Dentre eles ressalta-se o interessante fenômeno pelo qual o ministro Dias Toffoli tenta promover a superação de um entendimento jurisprudencial consolidado pelo STF, atingindo, entretanto, o mesmo resultado.

Procurou o ministro Dias Toffoli superar o entendimento do STF de que a competência da Suprema Corte para julgar as causas impugnativas de atos do CNJ prevista no artigo 102, I, *r*, da CF, deve ser limitada a partir de um critério formal: somente as ações constitucionais que visam à impugnação de ato do CNJ seriam de competência do STF, enquanto as demais ações, ditas ordinárias, seriam de competência da Justiça Federal. Trata-se de *ratio decidendi* estabelecida na jurisprudência consolidada do STF.

O ministro Dias Toffoli, entretanto, pretende superar esse entendimento substituindo o critério formal pelo critério material, de modo que seriam de competência do STF as ações que impugnem atos do CNJ que sejam capazes de serem enquadrados em sua atuação finalística de disciplina e fiscalização, que possam repercutir frontalmente nos tribunais ou seus membros, ainda que não veiculadas por meio de ação constitucional, hipótese em que a submissão do julgamento à Justiça Federal poderia promover subversão na posição constitucional do CNJ que lhe foi atribuída pela Constituição.

No acórdão sob estudo, aplicando-se tanto o critério formal quanto o material, o resultado seria o mesmo: naquele caso específico, envolvendo determinação do CNJ de que o magistrado devolvesse aos cofres públicos valores recebidos considerados indevidos, a competência seria da Justiça Federal de primeira instância, e não do STF: pelo critério formal, por não se tratar de ação constitucional, e pelo critério material, uma vez que o ato do CNJ atacado refere-se a mero ato administrativo, de ordem financeira, envolvendo o interesse de magistrados que se encontrem em situação específica.

Trata-se de claro exemplo de que a *ratio decidendi* não se confunde com a norma jurídica estabelecida para o caso concreto. Houvesse o ministro Dias Toffoli obtido sucesso em sua tentativa de *overruling*, o resultado do julgamento da ação restaria inalterado: o reconhecimento da incompetência do STF para o julgamento daquela causa. Para fins de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios, entretanto, o resultado seria de grande importância: a alteração da interpretação do artigo 102, I, *r*, da CF, lançando seus efeitos para todas as demais ações a serem movidas que visem à impugnação de atos do CNJ.

A decisão analisada é, também, um dos raros casos em que se verifica a ocorrência da técnica do julgamento-alerta, pela qual a Corte sinaliza a possibilidade de que, em julgamento futuro, poderá reexaminar a questão para uma possível mudança de entendimento. Com a técnica do julgamento-alerta, a Corte procura

minimizar os impactos deletérios à segurança jurídica, alertando a comunidade jurídica – e também a sociedade como um todo – sobre a possibilidade de se promover a superação de um determinado entendimento jurisprudencial.

Com o alerta promovido pelo STF no julgamento da QO-AO 1814/MG, entendemos que a *ratio decidendi*, adotada até então pelo STF em sua jurisprudência consolidada, de limitação de sua competência para julgamento de causas cujo objeto seja a impugnação de atos pelo CNJ aplicando-se o critério formal, deveria ser reexaminada pelo STF, para fins de:

- a) promover, em definitivo, o *overruling* do entendimento, adotando-se o critério material para limitação da competência do STF estabelecida no artigo 102, I, r, da CF; ou
- b) reafirmar a *ratio decidendi* adotada pela jurisprudência consolidada do STF de adoção do critério formal para limitação da competência do STF estabelecida no artigo 102, I, r, da CF.

Realizado o julgamento-alerta, a Corte precisaria manifestar-se novamente sobre a questão, seja para reafirmar o precedente judicial (ou, *in casu*, a jurisprudência consolidada do STF), seja para promover a sua superação, reestabelecendo a segurança jurídica sobre a interpretação e aplicação do referido dispositivo constitucional.

Ressalta-se, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal não voltou a discutir o assunto, pois, em julgamentos posteriores, manteve o entendimento de definição da competência, utilizando-se o critério formal, sem que houvesse maiores considerações sobre a superação da *ratio decidendi* para adoção do critério material de fixação da competência.

Até mesmo os ministros que, no julgamento da QO-AO 1814, manifestaram sua intenção de rever seu posicionamento para fins de adoção do critério material de fixação de competência, não se manifestaram posteriormente em outros julgamentos envolvendo a mesma questão.

A título de exemplo, no julgamento do AgRg na AO 1.894/DF, em voto da lavra do ministro Roberto Barroso, houve a aplicação da *ratio decidendi* pela qual se adota o critério formal para fixação de competência do STF. Nenhuma consideração, entretanto, se fez sobre a tentativa de superação desta *ratio decidendi*, havendo, inclusive, invocação do julgamento proferido na QO-AO 1814/MG. Relembre-se que, no julgamento da QO-AO 1814/MG, o ministro Roberto Barroso manifestou-se no sentido de que precisaria de mais tempo para refletir a questão, “embora já antecipe, desde logo, que, em linha de princípio, estou de acordo com eles e que, portanto, o critério de seleção deva ser em relação à matéria e não um critério puramente formal”, e que, embora não se comprometesse, naquele momento, “devo dizer que fiquei seduzido por ela”.

Quanto ao atual posicionamento do ministro Dias Toffoli em relação à questão: Teria ele desistido de promover a superação do entendimento adotado pelo STF? O Ministro dias Toffoli manifestou-se, ainda que de forma não aprofundada, sobre a questão no julgamento do AgRg na AO 2.891/DF.

No AgRg na AO 2.891/DF, o recorrente pede a aplicação da tentativa de *overruling* havida no julgamento da QO-AO 1814-QO/MG pelo próprio ministro Dias Toffoli. O ministro Dias Toffoli, no entanto, no julgamento daquele recurso (AgRg na AO 2.891/DF), teve a oportunidade de reavivar sua tentativa de *overruling* da *ratio decidendi* aplicada pelo STF, mas não o fez. Confira-se, *in verbis*, a decisão do ministro Dias Toffoli sobre sua própria tentativa de *overruling* realizada anteriormente na QO-AO 1814-QO/MG:

Não obstante minha posição pessoal acerca do assunto, no sentido da competência desta Corte para o exame de demandas disciplinares de magistrados e das que interferem na autonomia dos Tribunais ainda que não veiculadas por ação mandamental (o que externei nos autos da AO nº 1814-QO/MG e da ACO nº 1680-AgR/AL), essa posição tem sido avaliada pontualmente por esta Corte em demandas nas quais a apreciação do ato do CNJ por magistrados de origem possa subverter a posição constitucional atribuída ao Conselho. Trata-se de apreciação individualizada que não tem recebido desta Corte o caráter de generalidade que a ela pretende atribuir o agravante. Ao contrário, a regra adotada ainda é a que explicita o descabimento de ajuizamento de demanda que refuja das hipóteses de ações tipicamente constitucionais, sendo, portanto, de se manter a decisão monocrática pelo não conhecimento do feito.

A decisão do ministro Dias Toffoli causa-nos certa estranheza: por certo que toda ação precisa ser analisada de forma individualizada, mas quando se trata de concretizar as garantias constitucionais da igualdade e da segurança jurídica, precisamos lidar com a aplicação sistematizada, coerente e íntegra das normas jurídi-

cas. O entendimento firmado pelo Tribunal na *ratio decidendi* do precedente ou da jurisprudência consolidada precisa ter um mínimo caráter de generalidade, a fim de que possa abarcar casos materialmente iguais, concretizando o famoso brocardo jurídico de que casos iguais devem ser julgados de forma igual.

A necessidade de análise individualizada de cada caso demanda que esta individualização seja feita respeitando-se a racionalidade do ordenamento jurídico: toda decisão judicial deve estar localizada dentro de um sistema racional, orgânico, coerente e íntegro de decisões judiciais.

No caso em apreço – o julgamento do AgRg na AO 2.891/DF – o ministro Dias Toffoli, aparentemente, não abandonou seu entendimento de adoção do critério material para fixação da competência do STF, exposta como tentativa de *overruling* na QO-AO 1814/MG, mas afirmou que sua aplicação deve se dar de forma individualizada. Esta afirmação, todavia, não veio acompanhada da respectiva fundamentação pela qual o ministro: a) promovesse a distinção dos casos (*distinguishing*) e, a partir desta distinção, deixasse de aplicar a *ratio decidendi* em favor de um entendimento diverso; b) demonstrasse a semelhança jurídica do caso sob julgamento e dos casos passados sobre os quais foi construída a *ratio decidendi*.

Ademais, havendo a distinção dos casos, uma nova *ratio decidendi* deveria ser adotada para os casos não semelhantes ao daquele objeto da QO-AO 1814/MG, para, então, termos duas *ratio decidendis*, cada uma aplicada a um conjunto de fatos diversos. Nada, porém, disso é feito. A apreciação individualizada dos casos não pode levar a julgamentos isolados que firam a integridade do Direito e o caráter de harmonia que as decisões dos tribunais devem guardar entre si.

Nesse sentido, a advertência de Daniel Farber (2005, p. 1.183) é de que o respeito aos precedentes não significa simplesmente recusar-se a superar as decisões passadas, mas considerá-los seriamente como ponto de partida para a análise de casos futuros. Essa noção deriva parcialmente da fundamentação por analogia fundada na similaridade entre os fatos das causas, mas, mais importante, ela reflete a necessidade de dar confiança ao raciocínio das opiniões anteriores. O desejo dos juízes de submeter-se dessa maneira a seus predecessores – e a expectativa deles de submissão similar de seus sucessores –, transforma a Corte de uma coleção de juízos individuais em constante mutação para uma instituição capaz de construir um corpo contínuo de direito ao invés de uma mera sucessão de regras aplicáveis uma única vez.

O tratamento individualizado de cada caso deve se dar como garantia de que o litígio receberá um julgamento adequado às suas peculiaridades, mas mesmo esta decisão singular deve guardar relação de harmonia e compatibilidade com o conjunto de outras decisões do tribunal, mantendo a possibilidade de compreensão racional do Direito.

Em síntese, após o julgamento-alerta promovido no julgamento da QO-AO 1814/MG, o STF não mais se manifestou adequadamente sobre a questão, seja para promover o *overruling*, seja para reafirmar a *ratio decidendi*, cuja correção do entendimento havia sido questionada por sete dos ministros do STF.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há certo consenso de que não há, no Brasil, um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. Embora os precedentes judiciais e o sistema de *stare decisis* tenham sido objeto de inúmeros estudos e debates, estes não se fizeram acompanhar de uma prática jurídica adequada a um sistema de respeito à autoridade do precedente judicial.

No presente estudo, procedemos a abordagem do julgamento da QO-AO 1814/MG pelo STF, no qual o ministro Dias Toffoli procurou alterar o entendimento da Corte acerca da fixação de competência do STF para julgar ações que visem à impugnação de atos do CNJ.

A tentativa de mudança de entendimento veio acompanhada, naquele julgamento, de diversas manifestações dos outros ministros do STF, seduzidos pela nova abordagem trazida pelo ministro Dias Toffoli e indicações de que, em novo julgamento, poderiam seguir o novo entendimento apresentado, promovendo-se o *overruling* da *ratio decidendi* da jurisprudência consolidada da Corte.

Aparentemente, no entanto, a discussão caiu no esquecimento e o STF continuou, desde então, a aplicar o mesmo entendimento de aplicação do critério formal para fixação da competência do STF. O julgamento-alerta não foi seguido de nova discussão sobre a questão jurídica que: a) pudesse levar ao *overruling* do

entendimento aplicado pela jurisprudência consolidada do STF; ou b) expressamente, e de maneira fundamentada, mantivesse o mesmo entendimento, informando à sociedade a manutenção da jurisprudência consolidada do STF.

A análise do julgamento da QO-AO 1814/MG e também do julgamento proferido no AgRg na AO 2891/DF, no qual o recorrente demanda nova manifestação do ministro Dias Toffoli sobre seu posicionamento exarado na QO-AO 1814/MG, demonstra a possibilidade de que caia em descrédito a utilização das técnicas de sinalização e julgamento-alerta pela Corte Suprema, justamente dois dos mecanismos que deveriam ser utilizados como concretização da segurança jurídica em casos de alteração de entendimento jurisprudencial consolidado.

Quando, no julgamento da QO-AO 1814/MG, os ministros do STF manifestaram sua intenção de rediscutir um entendimento jurisprudencial consolidado, isto é, expressamente demonstraram a possibilidade de se promover a superação da *ratio decidendi* quanto à questão jurídica discutida, assumiu-se a responsabilidade, perante a sociedade e a comunidade jurídica, de reapreciar a questão, mantendo ou superando o entendimento até então adotado, e deveriam fazê-lo sob a égide da fundamentação qualificada.

Há muito, ainda, o que se fazer para a adoção de uma prática adequada de respeito, manejo e aplicação dos precedentes judiciais no Brasil.

9 REFERÊNCIAS

- ÁVILA, H. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Originária 1814/MG. Tribunal Pleno. Relator ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça da União Eletrônico* 237. Julgado em 24/9/2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Originária 2.891/DF. Tribunal Pleno. Relator ministro Dias Toffoli. *Diário da Justiça da União Eletrônico* 87. Julgado em 31/3/2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Originária 1.894/DF. Primeira Turma. Relator ministro Roberto Barroso. *Diário da Justiça da União Eletrônico* 168. Julgado em 7/8/2018.
- CABRAL, A. P. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 221, p. 13-48, jul. 2013.
- CAMBI, E. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.
- CROSS, Rupert; HARRIS, James W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.
- DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- FARBER, D. A. The rule of law and the law of precedents. *Minnesota Law Review*, v. 90, n. 5, p. 1.173-1.203, 2005-2006.
- FON, V.; PARISI, F. Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis. *International Review of Law and Economics*, n. 26, p. 519-535, 2006.
- MARINONI, L. G. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 667-688, 2018.
- MITIDIERO, D. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- POWELL JR., L. F. Stare Decis and judicial restraint. *Washington & Lee Law Review, Lexington*, v. 47, n. 2, p. 281-290, mar. 1990.

OS DIREITOS HUMANOS, A MULTICULTURALIDADE E O RISCO DO CHOQUE DE CIVILIZAÇÕES: Uma Análise do Mundo Pós-Guerra Fria

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.92-105>

Recebido em: 25/8/2019

Modificações requeridas em: 19/10/2019

Aceito em: 26/10/2019

Gilmar Antonio Bedin

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor permanente do curso de Graduação em Direito e dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí – e da Universidade Regional Integrada – URI Santo Ângelo. <http://lattes.cnpq.br/0553982956028307>. <https://orcid.org/0000-0001-9183-7065> gilmarb@unijui.edu.br

Elenise Felzke Schonardie

Doutora em Ciências Sociais pela Unisinos. Mestre em Direito pela Unisc. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – cursos de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí. Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia e Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/0918929438055294>. <https://orcid.org/0000-0002-9240-5886> elenise.schonardie@unijui.edu.br

Aline Michele Pedron Leves

Mestra pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – curso de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí. Bacharela em Direito pela Unijuí. Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/9564252232431565>. <https://orcid.org/0000-0002-0371-5234>. alineleves@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo examinar, no mundo pós-guerra fria, a emergência da globalização e o risco do choque de civilizações daí decorrentes. Partindo do pressuposto de que o direito e a história sempre tiveram algum nível de conexão, nota-se que as transformações após a Segunda Guerra Mundial e os processos resultantes do fenômeno da globalização, tornaram mais evidente essa circunstância e, em consequência, potencializaram os riscos de conflitos de grande intensidade e a violação dos direitos humanos. Nesse sentido, torna-se necessário o questionamento acerca de como é possível superar os impasses, os choques ou os conflitos oriundos das aproximações entre as civilizações de culturas e identidades heterogêneas e, assim, avançar na construção de uma sociedade internacional mais pacífica e coesa. Para tanto, são analisadas, mediante a utilização do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, com aporte teórico-sociológico nas obras de Ulrich Beck e Samuel Huntington, as interseções da sociedade de risco e a interdependência multicultural que se estabelece na nova estrutura da ordem mundial. Com efeito, muitos povos se entrecrocaram uns com os outros em virtude de suas culturas e ideologias distintas, fato que coloca em xeque os parâmetros da soberania estatal e contribui para que se acentuem os problemas, a fragmentação e o ressurgimento de racismos, nacionalismos e fundamentalismos. Por fim, torna-se necessária a ampliação das iniciativas que fortalecem o diálogo entre as pluralidades culturais existentes e a proteção internacional dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos. Globalização. Multiculturalidade. Sociedade de risco.

HUMAN RIGHTS, MULTICULTURALITY AND RISK OF THE CLASH OF CIVILIZATIONS: AN ANALYSIS OF THE POST COLD WAR WORLD

ABSTRACT

This article aims to examine, in the post-Cold War world, the emergence of globalization and the resulting risk of civilization clash. Assuming that law and history always had some level of connection, it can be noted that the transformations after Second World War and processes resulting from the phenomenon of globalization made this circumstance more evident and, consequently, potentiated the risks of intense conflict and the violation of human rights. In this sense, it becomes necessary to question how it is possible to overcome the impasses, shocks or conflicts arising from the approximations between civilizations of cultures and identities heterogeneous and, thus, to advance in the construction of a more peaceful and cohesive international society. Therefore, are analyzed, using the hypothetico-deductive method and the bibliographic research technique, with the theoretical-sociological support in the works of Ulrich Beck and Samuel Huntington, the intersections of the risk society and the multicultural interdependence that is established in the new structure of world order. Indeed, many peoples clash with each other because of their different cultures and ideologies, fact that puts in check the parameters of state sovereignty and contributes to accentuating the problems, fragmentation and resurgence of racism, nationalisms and fundamentalisms. Finally, it is necessary to expand the initiatives that strengthen the dialogue between the existing pluralities cultural and the international protection of human rights.

Keywords: Human rights. Globalization. Multiculturality. Risk society.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Globalização e a Ampliação dos Riscos. 3 A Emergência de um Cenário Multicivilizacional. 4 A Excessiva Importância do Ocidente. 5 A Nova Configuração do Mundo e a Permanência dos Conflitos. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

As transformações das últimas décadas foram bastante profundas e geraram grande complexidade política e uma possibilidade concreta de configuração de um verdadeiro choque de civilizações (HUNTINGTON, 2010). Por isso, pode-se afirmar que o fenômeno da globalização se constitui numa referência essencial para a compreensão de um conjunto de transformações nos âmbitos econômico, político, social e cultural que ocorre em todas as regiões do planeta. Em um cenário repleto de modificações, os fatores internos e os externos passam a se confundir e a transcender as fronteiras territoriais, contribuindo para a redefinição das concepções espaço-temporais e corroborando para o crescimento exponencial da complexidade do entorno e da vida humana. Essa conjuntura da contemporaneidade permite a ampliação dos horizontes de possibilidades para as mais distintas culturas que compõem o tecido social e, simultaneamente, indica a emergência de novos desafios mundiais.

Ao mesmo tempo em que a sociedade internacional se configura com base nos benefícios e facilidades resultantes dos avanços dos processos industriais, tecnológicos e científicos da globalização, enfrenta uma série de riscos que anteriormente eram desconhecidos e imprevisíveis, mas que, na atualidade, se encontram plenamente alinhados a esse panorama que se altera permanentemente. Desse modo, a possibilidade de transponibilidade das fronteiras territoriais e das relações de mútua interação entre os povos, tornam-se, até certo ponto, irreversíveis e, por conseguinte, institui-se uma nova ordem mundial, mais institucionalizada e integrada, mas, também, repleta de riscos, conflitos e contradições. Com efeito, o problema central deste artigo reside justamente na questão de como é possível superar os impasses e os choques resultantes das aproximações entre as civilizações de culturas e identidades distintas e, assim, avançar na construção de um mundo mais pacífico e que garanta a proteção internacional dos direitos humanos.

No atual contexto de pluralização dos sujeitos e de relativização das fronteiras territoriais, é inegável a relevância dos direitos humanos. Isso significa afirmar que a combinação das novas realidades, sobretudo no que concerne aos riscos que se predispõe no tecido social e às interações multiculturais entre as civilizações mundiais, reforçou o debate sobre o respeito da proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, o presente trabalho analisa, a partir das obras de Ulrich Beck e Samuel Huntington, as transformações ocorridas e suas implicações, com destaque para as abordagens multiculturais e multidisciplinares do tema. Daí, portanto, por meio da utilização do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, o destaque dado se incide na reflexão sobre alguns aspectos fundamentais da sociedade de risco globalizada, sua forma de funcionamento e suas distintas implicações na interdependência civilizacional.

2 A GLOBALIZAÇÃO E A AMPLIAÇÃO DOS RISCOS

A conformação de um mundo globalizado impõe um conjunto de desafios. Entre estes, destacam-se a potencialização dos riscos oriundos da modernização, o célere desenvolvimento dos centros de convergência mundial e dos novos processos tecnocientíficos, bem como as mudanças que evidenciam um futuro incerto, efêmero e dotado de liquidez. Em outras palavras, os contornos da contemporaneidade, que se configuram a partir dos densos processos de globalização, resultam, conforme a concepção de Ulrich Beck – que cunhou o conceito da sociedade de risco –, em constantes sentimentos de medo e de incerteza ocasionados pelo surgimento contínuo de novas formas de riscos que ameaçam a proteção universal dos direitos humanos, a paz mundial e as possibilidades de uma maior cooperação entre as nações do globo diante da imprevisibilidade das relações sociais.

Beck (2016, p. 36-37) evidencia, portanto, que a referida sociedade de risco expressa “a acumulação de riscos – ecológicos, financeiros, militares, terroristas, bioquímicos, informacionais – que tem uma presença esmagadora hoje no mundo”. Esses riscos caracterizam-se por serem invisíveis, imperceptíveis, escorregadios e de composição futura, possuindo proporções imateriais que escapam à possibilidade de compreensão por meio da ciência. Nessa sociedade de risco ou mesmo de insegurança, consoante Zygmunt Bauman e Ezio Mauro (2016, p. 75), diferentemente “dos perigos antiquados dos períodos anteriores, os riscos que assombam os habitantes da modernidade tardia não são visíveis a olho nu”.

Importa lembrar que, para Beck (2016), risco e perigo não são expressões sinônimas ou equivalentes. O risco ao qual se refere é a ameaça, o contratempo associado a um componente decisório, ou seja, o risco é algo que se corre, é inerente a alguma coisa que se decide enfrentar. O risco está associado a uma probabilidade. O perigo, por sua vez, está associado a toda situação que possui potencial de causar ameaça ou dano, seja em relação a alguém, seja em relação à alguma coisa. Na sociedade de risco não se defende “a ideia de que o mundo contemporâneo é mais arriscado do que as épocas passadas, mas, sim, de que há uma mudança na natureza dos riscos que somos obrigados a enfrentar” (GIDDENS, 2005, p. 538). Na contemporaneidade, o risco provém menos dos perigos ou das ameaças naturais do que das incertezas geradas pelo nosso próprio desenvolvimento social, tecnológico e científico.

O risco tornou-se o elemento central, cotidiano e onipresente em nossas sociedades, e seu controle é o principal aspecto da ordem global. Para Anthony Giddens (2005, p. 74), “os riscos de hoje afetam todos os países e todas as classes sociais. Suas consequências não são meramente pessoais, e sim globais. [...] cruzam as fronteiras nacionais”. Tais fatores fazem com que os seres humanos vivam, hoje, em meio a uma constante ansiedade e ameaça de perigos que permeiam a realidade, e que podem, notoriamente, se concretizar em qualquer lugar e momento. Essas sensações, de caráter permanente e difuso, consubstanciam um contexto de medo e insegurança na sociedade de risco globalizada. Importa salientar que o conceito de risco, como afirma Bauman (2008, p. 129), “apreende e transmite a verdadeira novidade inserida na condição humana pela globalização”, representando de modo indireto e reafirmando tacitamente “o pressuposto da regularidade essencial do mundo”.

Por isso, ao lidar com os riscos, a sociedade confronta-se consigo mesma, uma vez que esses consistem em um produto histórico das civilizações ou, ainda, no reflexo das forças provenientes das ações e omissões dos indivíduos (BECK, 2011, p. 275). Daí, portanto, a atual sociedade, repleta de paradoxos e desafios globais, é, via de consequência, catastrófica, e deve não somente encontrar alternativas para suportar os inúmeros riscos, mas remodelar-se para enfrentar e resolver uma realidade de desastres humanos. Nesse sentido, segundo o entendimento de Eric Hobsbawm (1995, p. 561-562), é bem provável que

[...] a fase atual de colapso pós-Guerra Fria seja temporária. Contudo, esperanças ou temores não são previsões. Sabe-se que, por trás da opaca nuvem de ignorância e da incerteza de resultados detalhados, as forças históricas que moldaram o século continuam a operar. [A humanidade vive] num mundo conquistado, desenhado e transformado pelo tirânico processo econômico e tecnocientífico do desenvolvimento do capitalismo, que dominou os dois ou três últimos séculos. Sabe-se, ou pelo menos é razoável supor, que ele não pode prosseguir *ad infinitum*. O futuro não pode ser uma continuação do passado, e há sinais, tanto externamente quanto internamente, de que [a sociedade chegou] a um ponto de crise histórica. As forças geradas pela economia tecnocientífica são agora suficientemente grandes para destruir o meio ambiente, ou seja, as fundações materiais da vida humana. As próprias estruturas das sociedades humanas, incluindo mesmo algumas das fundações sociais da economia capitalista, estão na iminência de ser destruídas pela erosão do que se herdou do passado humano. O mundo corre o risco de explosão e implosão. Tem de mudar.

Nesse panorama, toda a radicalidade e o ritmo dos processos de transformação dos últimos anos trazem à tona os riscos como uma antecipação das catástrofes, os quais dizem respeito, segundo Beck (2016, p. 31), à “possibilidade de acontecimentos e desenvolvimentos futuros, tornando presente um estado do mundo que (ainda) não existe” e com os quais as civilizações podem vir a ser confrontadas em razão dos avanços da industrialização, da ciência e das tecnologias. Assim, a categoria dos riscos refere-se, de um lado, à realidade controversa existente na possibilidade especulativa e, de outro, à catástrofe incidida.

Efetivamente, a soma dos perigos e das inseguranças, sua intensificação ou neutralização recíproca, constitui a dinâmica social e política da sociedade internacional contemporânea, a qual necessita de uma consciência universal de responsabilidade e solidariedade em defesa dos direitos inerentes à humanidade, dentro e fora das fronteiras territoriais dos Estados. Em suma, para Beck (2016, p. 129), “a sociedade de risco mundial promove uma nova lógica histórica”, dado que “nenhuma nação pode resolver sozinha” os problemas relacionados à proteção universal dos direitos humanos e à manutenção da paz.

A humanidade, nesse contexto, enfrenta inúmeros riscos de ordem internacional, os quais se encontram articulados irrestritamente na atual sociedade de risco globalizada, com os céleres avanços dos processos técnicos e científicos da modernização. Evidencia-se, pois, que os riscos assumem dimensões globais,

mas, muitas vezes, podem ocasionar manifestações em âmbito local, com efeitos nocivos, imprevisíveis e, até mesmo, incalculáveis. Esses fatores fazem com que os mecanismos, bem como os instrumentos construídos pela sociedade, tornem-se insuficientes para a identificação e, inclusive, para um verdadeiro controle das inseguranças que afligem a realidade do mundo contemporâneo.

Por esse motivo, com o reconhecimento dos riscos como resultado histórico das civilizações, o Estado de bem-estar social, a segurança coletiva e os direitos humanos restam ameaçados. Isso acontece porque os riscos, envoltos no panorama da sociedade globalizada, não são alternativas capazes de oportunizar uma escolha ou rejeição no curso do debate sociopolítico. Ademais, se anteriormente ao mundo atual os riscos implicavam inúmeras fatalidades, na era global eles passam a adquirir um sentido mais profundo, ou seja, surgem como uma ameaça que, conforme afirma Beck (2016, p. 32), “determina as nossas expectativas, ocupa as nossas cabeças e orienta a nossa ação”, transformando-se em uma “força política que muda o mundo”. Diante disso, os riscos globais consistem-se, hoje, nos principais motivos desencadeadores das transformações explosivas

[...] através da qual os contornos da sociedade do século XXI se tornam visíveis. A teoria da sociedade de risco mundial ocupa-se da onipresença crescente de uma incerteza criada à escala global. As instituições básicas, os agentes da Primeira Modernidade, cuja tarefa consiste em avaliar e controlar as incertezas criadas, são minadas pela consciência crescente da sua própria ineficiência, se não mesmo do caráter contraproducente das suas medidas. Tal não acontece de forma desorganizada, mas sim sistemática. A radicalização da Modernidade realça esta ironia do risco: as ciências, o Estado e as forças armadas tornam-se parte do problema que deviam resolver. É este o significado da expressão “modernidade reflexiva”: não se vive em um mundo *pós-moderno*, mas num mundo *mais* moderno. Não é a crise, mas sim a *vitória* da Modernidade (BECK, 2016, p. 110-111, grifo do autor).

À vista desse cenário de modificações oriundas dos processos da globalização, emerge a necessidade de se encontrar outras maneiras para compreender o mundo atual, posto que novos conflitos e riscos passam a integrar a vida cotidiana dos indivíduos e, inclusive, as estruturas de governança mundial. Todas as crises e incertezas que acompanham o processo histórico-social tornam o mundo cada vez mais inseguro e ávido por tentar construir novas formas de cooperação internacional. Nesse sentido, a demanda por novos instrumentos e por iniciativas sem precedentes é considerada fundamental para a compreensão do mundo em transformação e sua configuração como uma nova era.

Essa nova era caracteriza-se por ser tardia, reflexiva, globalizada e radicalizada, que conecta os indivíduos em uma mesma experiência mundial, a qual distribui e socializa os riscos das civilizações dentro e fora das soberanias estatais, ou seja, em âmbito transnacional. Logo, as grandes inovações e os impactos dos processos tecnocientíficos, que possibilitaram uma nova conformação do mundo, com aspectos positivos e negativos, somam-se à dissolução das fronteiras geopolíticas, à cooperação planetária para o estabelecimento de ações coordenadas capazes de evitar o risco do choque de civilizações e aos anseios pelo fortalecimento dos direitos humanos e do respeito às heterogeneidades culturais no seio da sociedade globalizada.

3 A EMERGÊNCIA DE UM CENÁRIO MULTICIVILIZACIONAL

Foi justamente por meio dos desafios emergentes no final do século 20 que se intensificou a efervescência das transformações da nova era que se configurava mundialmente, marcada pela relativização da soberania dos Estados modernos, pela possibilidade de transponibilidade das fronteiras territoriais e por uma maior interdependência entre as nações do globo. Em diferentes contextos, pode-se afirmar que as relações históricas e culturais que intervêm nos processos da sociedade global vêm demonstrando que estas já não são suficientes para explicar a complexidade das interações entre os atores políticos, econômicos e sociais que se cristalizam nos albores do novo milênio.

Nesse panorama contemporâneo de interconexões que se consolidam diante dos paradigmas e paradoxos provenientes dos processos da globalização do mundo, os mecanismos e as vertentes pragmáticas da sociedade fundamentam-se, sobretudo, nos pilares das forças ideológicas de poder, na tecnologia informacional

e nos interesses econômicos, distanciando-se, cada vez mais, dos valores humanistas e universais. Além de ser um fenômeno revolucionário na contemporaneidade, a globalização desafia, essencialmente, as formas tradicionais que produzem a condição ou o sentimento de pertença e as identidades¹ culturais.

No mundo globalizado pós-Guerra Fria (1991), conforme Samuel Huntington (2010, p. 22), “pela primeira vez na História, a política mundial se tornou multipolar e multicivilizacional”. Notadamente, durante a maior parte da existência humana as interações entre as civilizações foram praticamente intermitentes ou, até mesmo, inexistentes. Perpassado o primeiro período do sistema internacional multipolar – caracterizado pela presença dos grandes impérios, pelas conquistas e colonizações de territórios, bem como pelas devastadoras guerras mundiais – e a mais duradoura época em que a política planetária constituiu-se como bipolar – na qual as civilizações eram lideradas, de um lado, pelas ideologias capitalistas norte-americanas e, de outro, pelas ideologias socialistas soviéticas –, nota-se que as distinções entre os povos não se perfaziam apenas em patamares ideológicos, econômicos ou políticos. Muito pelo contrário, elas se sobressaíam pelo drástico afastamento cultural que se demonstrava como característico no âmbito da sociedade de risco globalizada.

É evidente que um dos riscos, e, talvez, o mais proeminente que advém da globalização do mundo atual, consiste no choque das civilizações já consolidadas no final do século 20, haja vista que este impacto inevitável e resultante do incremento da multiculturalidade configura-se, como afirma Samuel Huntington (2010, p. 14), “na maior ameaça à paz mundial”, até porque é plenamente inegável que “uma ordem internacional baseada nas civilizações consiste na melhor salvaguarda contra a guerra mundial”. O novo período da história contemporânea requer, então, uma série de novas perspectivas e escala de valores, pois, o significativo desenvolvimento das relações comerciais, o amplo estímulo da indústria cultural e o incremento das inovações tecnológicas e científicas, proporcionaram uma contundente expansão das culturas para além das fronteiras estatais e, por conseguinte, inauguraram novos padrões que inspiram as tendências universalistas a partir de uma postura globalizante.

Pode-se afirmar, então, que foi em virtude dos progressos sobrevividos dos processos da globalização do mundo que a humanidade se aproximou, independentemente do lugar no qual se situam os indivíduos. Nesse sentido, lembra Milton Santos (2017, p. 172) que “o próprio mundo se instala nos lugares”, essencialmente “pela presença maciça da humanidade misturada, vinda de todos os quadrantes e trazendo consigo interpretações variadas e múltiplas” que se entrecrocaram e cooperam para “a produção renovada do entendimento e da crítica da existência”. Esses novos padrões culturais em escala planetária, no entanto, não conseguiram suprimir os modelos peculiares dos povos e a raiz primordial das relações internacionais, que continuaram a residir no seio das sociedades nacionais. Ainda assim, foram considerados fundamentais para remodelar a consciência a respeito do que é *ser do mundo e estar no mundo*, conforme os anseios dessa nova era globalizada.

Mesmo que o progresso seja capaz de possibilitar, de certo modo, uma maior integração das sociedades internas dos Estados em uma sociedade global ou transnacional, os choques civilizacionais são consequências que não podem ser evitadas ante a conformação da nova ordem do mundo contemporâneo, isso porque as heterogeneidades culturais são múltiplas e profusamente perceptíveis. Nesse contexto, à medida que o paradigma clássico, fundado nas reflexões acerca da sociedade nacional, foi sendo subsumido gradativamente por um novo modelo, amparado nas ponderações que analisam a sociedade de risco globalizada, surgem inúmeros conflitos que se contrapõem aos pressupostos homogeneizantes. Ao mesmo tempo em que as heterogeneidades culturais das civilizações se chocam, contudo, elas também contribuem para uma produção da compreensão acerca da existência humana, quando o cotidiano de um indivíduo enriquece, simultaneamente, o do outro (IANNI, 2013, p. 239; IANNI, 2014, p. 12-81; LUCAS, 2013, p. 166; SANTOS JUNIOR, 2007, p. 78).

Consolida-se, então, um novo mundo. De acordo com Milton Santos (2017, p. 173, grifo do autor), o que, afinal, “se cria é o *mundo* como realidade histórica unitária, ainda que ele seja extremamente diversificado”. Isso pressupõe que, na medida em que o mercado global de efeitos avassaladores se constitui como capaz de acarretar a homogeneização do planeta, as diferenças entre as culturas locais passam a ser aprofun-

¹ A identidade sempre relaciona-se com a cultura. Por isso, a identidade cultural consiste em um processo, em uma invenção dialética e dinâmica, capaz de evidenciar o posicionamento específico dos seres humanos no mundo e definir as especificidades coletivas. Além disso, a identidade é caracterizada pela diferença, uma vez que essa apenas pode ser percebida quando comparada ou relacionada com outras culturas (LUCAS, 2013, p. 165).

dadas. É justamente por isso que a mundialização cultural se institui como uma verdadeira reação aos efeitos perversos do fenômeno da globalização, pois, ao invés de se sustentar em um modelo flexível que não vise a homogeneidade e a assimilação, possibilita uma articulação reacionária que valoriza as culturas sempre que se contrapõe às forças do mercado global.

Desse modo, as transfigurações que ocorrem na sociedade internacional, em especial a desterritorialização produzida pela possível dissolução das fronteiras territoriais, fragilizam os espaços privilegiados e exclusivos de determinada cultura, o que promove uma verdadeira deslocalização das relações sociais que perdem a força enraizadora do seu entorno físico e, por conseguinte, assumem contornos mais abstratos. Segundo Lucas (2013, p. 167), portanto, “torna-se cada vez mais difícil definir os limites de cada povo e de cada cultura e aqueles entendimentos lastreados em conceitos como ‘os de fora’ e ‘os de dentro’, estrangeiro e nacional, tendem a ser substancialmente relativizados”.

Além do mais, há controvérsias que são engendradas pela globalização em todas os âmbitos da sociabilidade contemporânea. Acerca disso, Octavio Ianni (2014, p. 28) afirma que as ações empenhadas na sociedade global “provocam forças adversas, novas, antigas, atuais e anacrônicas, recriando e multiplicando articulações e tensões”. Nesse contexto, ainda que o local e o global não se excluam mutuamente e se interpenetram no que concerne à (re)estruturação espacial, social, política e institucional, não é possível afirmar que a globalização do mundo gera somente fragmentações, isso porque as novas conexões se constituem como indispensáveis para as relações de interdependência mundial.

O que se percebe, portanto, é que os processos de interconexão entre as culturas, os indivíduos e os locais se transnacionalizam e, conseqüentemente, modificam o cotidiano da vida em sociedade em razão da desterritorialização. Então, quando caem por terra as antigas concepções de tempo e de espaço, pluralizadas pelo mundo afora – isso em virtude das aproximações proporcionadas pelas novas tecnologias, pelas redes de transporte e de informação –, tanto o local quanto o global não podem mais ser compreendidos de forma autônoma e isolada, pois, nas palavras de Beck (1999, p. 139), “em todos os lugares, a ideia de que se vive num lugar isolado e separado de todo o resto vai se tornando claramente fictícia”. Ainda, conforme preceitua o referido autor,

[...] a globalização – que afinal nunca deixa os globalizadores globalizados se globalizarem globalmente [...] impõe uma nova sociologia do local. O local é redescoberto, porém não [...] em sua antiga estrutura, que o encapsula e aparta do mundo, e sim como ponto nodal da rede global. [...] Não há possibilidade de retorno às idealizadas comunidades isoladas e homogeneizadas, fechadas para o exterior. A exigência de abertura da localidade para o mundo não é uma fantasia, é uma realidade global que, no entanto, tampouco deve ser idealizada (BECK, 2003, p. 184-185).

Nessa conjuntura da nova ordem mundial estabelecida em decorrência de uma série de fatores, dentre estes o fim da bipolaridade entre capitalismo e socialismo, verifica-se uma unificação entre o local e o global. Na mesma esteira de pensamento, Ianni (2014, p. 97) afirma que desde que a sociedade de risco globalizada passa a se caracterizar como uma verdadeira “realidade histórica, geográfica, econômica, política e cultural, modifica-se o contraponto parte e todo, singular e universal”. Apesar, no entanto, da notável aproximação provada pela globalização, as diferenças culturais continuam presentes, não mais de uma forma isolada, mas, sim, misturadas e interdependentes no tecido social.

Desse encontro de identidades plurais deriva um conjunto de ruídos ou riscos, isto é, as divergências sobressaem-se e o choque entre as civilizações, que antes viviam separadamente, se acentua e desafia o cenário do mundo contemporâneo, cuja sociedade internacional precisa encontrar mecanismos capazes de gerir os conflitos e as estranhezas provocadas por uma mescla de fatores complexos – tais como as migrações em massa, o terrorismo, as disputas pelo poder e acúmulo de capital, a proliferação nuclear, a democracia e os direitos humanos – que se estabelecem, com notoriedade, frente aos mais diversos contrastes multiculturais. No pós-guerra fria, de acordo com Huntington (2010, p. 43), “os Estados cada vez mais definem os seus interesses em termos civilizacionais”; isso significa que as nações do globo “cooperam e se aliam com os Estados que têm culturas semelhantes ou em comum e entram em conflito com maior frequência com países de culturas diferentes”. É evidente, portanto, que as intenções e as relações estatais são surpreendentemente instituídas conforme considerações de caráter socialmente cultural.

4 A EXCESSIVA IMPORTÂNCIA DO OCIDENTE

O momento de euforia que se estabeleceu com o fim do conflito Leste-Oeste acarretou uma verdadeira ilusão de harmonia, à medida que muitos acreditavam que o marco final das evoluções ideológicas da humanidade contribuiria com a universalização democrática liberal do Ocidente. Mesmo com a queda do Muro de Berlim (1989), no entanto, o desmoronamento dos regimes socialistas (1991) e o triunfo da democracia liberal, a ausência de conflitos e a harmonia global, não passaram de uma grande ilusão. De fato, o mundo se (re)configurou de uma forma bastante distinta no início da década de 90, entretanto, ainda que as mudanças fossem inevitáveis, o final do século 20 não foi, necessariamente, o mais pacífico. Os novos paradigmas da política mundial ajustaram-se de acordo com os mais diversos patamares culturais e civilizacionais, os quais contribuem para a emergência de uma série de desafios relativos aos múltiplos aspectos da sociedade propriamente globalizada, a qual rege a maneira com que se constroem as nações do planeta.

Por isso, os conflitos mais irrestritos, relevantes e temerosos não se instituíram, e tampouco ocorrerão entre as classes sociais – ricos e pobres – ou entre os demais grupos estipulados em termos econômicos, mas, sim, entre os povos pertencentes às mais distintas identidades culturais. Desse modo, os choques das dissemelhanças nacionais são capazes de produzir um conjunto de guerras tribais e de conflitos étnicos no seio de qualquer uma das civilizações mundiais (HUNTINGTON, 2010, p. 24-37; IANNI, 2014, p. 95; SASSEN, 2010, p. 38). Além disso, a tendência de pensar acerca da existência de dois mundos vem sendo constantemente repetida em esfera social, posto que as pessoas ficam sempre tentadas a dividir

[...] os povos em nós e eles, o grupo que está na onda e o outro, nossa civilização e aqueles bárbaros. Os estudiosos analisaram o mundo em termos de Oriente e Ocidente, Norte e Sul, centro e periferia. Os muçulmanos tradicionalmente dividem o mundo em *Dar al-Islam* e *Dar al-Harb*, o reino da paz e o reino da guerra. Essa distinção se refletiu – e, num certo sentido, se inverteu – ao fim da Guerra Fria por estudiosos norte-americanos que dividiram o mundo em “zonas de paz” e “zonas de agitação”. As primeiras abrangiam o Ocidente e o Japão, com cerca de 15 por cento da população mundial, e as últimas compreendiam todos os demais (HUNTINGTON, 2010, p. 39).

Com efeito, a predominância do poderoso sistema de economia capitalista, do contratualismo político estatal e da ideologia liberalista como a única sustentável no mundo multipolar pós-guerra fria, fez da última onda da globalização e de todo o avanço tecnológico, científico e informacional, conforme pressupõe José Eduardo Faria (2002, p. 52-55), uma clara tentativa de ocidentalização mundial, que se originou na Europa e foi revigorada nos Estados Unidos, expandindo-se pelos “países e continentes, em surtos sucessivos e frequentemente contraditórios” (IANNI, 2002, p. 71). A ideia de ocidentalização do mundo já havia sido prevista por Georg Hegel (2005) e sopesada por Karl Marx (2008) ainda no século 19, entretanto foi largamente desenvolvida, a partir do decurso do século 20, por teóricos como Max Weber (2013), em razão da ascensão do capitalismo e, na sequência, pela emergência esmagadora do fenômeno da globalização.

Desde o término da Segunda Guerra Mundial, os Estados empenharam-se em compreender as condições, as vantagens e as desvantagens da ocidentalização, preocupando-se com o desenvolvimento, os avanços da modernização, a urbanização, a industrialização, as relações de dependência e o imperialismo, bem como em relação às distinções entre centro e periferia. Pouco a pouco, conforme Ianni (2002, p. 73), “todos os lugares, regiões, países, continentes, a despeito das diferenças socioculturais que lhes são próprias, os indivíduos e as coletividades [passam a ser] movidos pela mercadoria, mercado, dinheiro, capital, produtividade, lucratividade”, sendo amplamente influenciados pela orientação das diversas organizações multilaterais e das empresas transnacionais.

Foi com a dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), em 1991, que o Ocidente triunfou, ao ver ser afastado o seu desafiante mais poderoso do predecessor período bipolar. Como consequência, o mundo passou a ser moldado de acordo com os objetivos, interesses e prioridades dos principais países ocidentais, os quais admitiam uma participação ocasional do Japão. Nesse contexto, os Estados Unidos da América (EUA) assumiram a condição de ser a única superpotência mundial, atuando em conjunto com o Reino Unido e a França para decidirem as questões cruciais relacionadas às políticas de manutenção da paz e

da segurança internacionais; como também, juntamente com a Alemanha e o Japão, a potência norte-americana passou a tomar um conjunto de decisões concernentes aos assuntos de ordem econômica (HUNTINGTON, 2010, p. 125).

Por isso, é possível perceber que o Ocidente tem importância fundamental no mundo atual. Essa significância revela-se em vários fatores: a) dominam os mercados internacionais de capitais; b) são donas e operadoras do sistema bancário mundial; c) controlam o sistema monetário internacional; d) constituem-se como os principais clientes do mundo; e) fornecem a maioria dos bens de consumo; f) exercem controle sobre as principais rotas marítimas do mundo; g) desenvolvem a maior parte das pesquisas científicas e das tecnologias de ponta; h) dominam o acesso ao espaço e a indústria aeroespacial; i) regem as redes de comunicação e informação internacionais; j) controlam a indústria bélica que produz armamentos de alta tecnologia; k) são capazes de realizar intervenções militares maciças; e l) exercem uma grande liderança e influência moral dentro de diversas sociedades (HUNTINGTON, 2010, p. 125).

Todos esses fatores são fundamentais e revelam a excessiva presença do Ocidente na atual sociedade internacional. De fato, na atualidade, a ocidentalização, que é ao mesmo tempo social, econômica, política e cultural, desenvolve-se de formas díspares, articuladas e desencontradas. Esse fato somente é contrabalançado pela rápida emergência econômica e política da Ásia (em especial, da China). De qualquer forma, a hegemonia do Ocidente deixa evidente a grande desigualdade existente e explica o desenvolvimento paradoxal, de um lado, de uma crescente interdependência mundial e, de outro, a existência de uma grande tensão e de um conjunto de conflitos e contradições, tanto em âmbito nacional quanto internacional. Esse fato, contudo, não impede a unificação mundial como resultado da globalização, haja vista que as aproximações decorrentes da desterritorialização e da compreensão acerca do tempo e do espaço trazem à tona os efeitos que acentuam as diferenças em âmbito social e que, simultaneamente, aumentam o clima de tensão e de disputa entre os povos (IANNI, 2002, p. 49; LUCAS, 2013, p. 179).

Daí, portanto, faz sentido a afirmação de Zygmunt Bauman (1999, p. 6) de que a globalização do mundo “tanto divide como une; divide enquanto une – e as causas da divisão são idênticas às que promovem a uniformidade do globo”, isso porque, juntamente com as “dimensões planetárias dos negócios, das finanças, do comércio e do fluxo de informação, é colocado em movimento um processo ‘localizador’, de fixação no espaço”. Ambos os processos, globalização e localização, estão intimamente relacionados e se diferenciam nos mais variados segmentos civilizacionais, contribuindo com as desigualdades e com a estratificação de uma época pós-moderna, quando o mundo ocidental se apresenta com uma hegemonia de caráter neoimperial bastante intenso. Apesar disso, lembra Huntington (2010, p. 122) que esse cenário pode ser alterado e que a modernização da era global não significa, necessariamente, ocidentalização, pois, “as sociedades não ocidentais podem se modernizar, e têm se modernizado, sem abandonar suas próprias culturas e sem adotar de forma generalizada os valores, as instituições e as práticas ocidentais”.

Isso, entretanto, não pode ser considerado algo simples. É que, ao final do século 20, a cultura também representou, concomitantemente, uma força que unifica e divide. Cabe observar que muitos povos se separaram em virtude das ideologias, mas se unem pela cultura semelhante – como no caso das duas Alemanhas pós-1989 e, inclusive, como vem acontecendo com as duas Coreias e com a China. Já as sociedades que se aproximam pelas ideologias ou circunstâncias históricas se dividem, no entanto, em virtude das divergências culturais da civilização – como ocorreu na União Soviética, na Iugoslávia e na Bósnia – e, além disso, restam sujeitas a tensões intensas – a exemplo da Ucrânia, Índia, Nigéria, Sudão, Sri Lanka, dentre outros Estados nacionais. Logo, percebe-se que os países que possuem afinidades culturais conseguem cooperar tanto em termos políticos quanto econômicos.

Diante disso, a história das relações internacionais contemporâneas vem demonstrando que as organizações mundiais que instituem seus pilares básicos nas nações que detêm aspectos culturais comuns, apresentam mais êxito em sua atuação quando comparadas às entidades que ousam transcender as identidades das culturas locais. Nesse sentido, o Ocidente possui uma grande vantagem. Isso verifica-se no fato de que não é possível negar, então, que a política mundial vem sendo cada vez mais influenciada pelas organizações internacionais, estando nela presentes muitos dos valores tidos como ocidentais. É evidente, entretanto, que isso não impede que as mesmas fortaleçam a emergência de uma sociedade multicêntrica e multicultural,

apontando para a impossibilidade da criação de um império global, tendo em vista o surgimento de outras potências em todas as áreas do mundo, que rompem com supremacia norte-americana (HUNTINGTON, 2010, p. 25; LUCAS, 2013, p. 181).

Em um contexto em que a diversidade cultural se institui de forma bastante emblemática e, até mesmo, relativamente profética, verifica-se que a ascensão expressiva de novas potências mundiais vem contribuindo com a progressiva perda da hegemonia do Ocidente, a exemplo da China,² dos “velhos tigres asiáticos” (Taiwan, Coreia do Sul, Hong Kong e Cingapura), bem como dos “novos” de economias emergentes (Filipinas, Tailândia, Malásia, Indonésia e Vietnã). Além disso, merecem ser destacados também os Estados do Catar, Kuwait e Emirados Árabes Unidos (EAU), localizados no Oriente Médio, os quais se sobressaem pela forte economia de exportação de petróleo e gás natural. Ressalta-se, ainda, a atuação da Rússia, que reemerge no contexto pós-guerra fria como a nação detentora da maior reserva nacional de gás natural do mundo, bastante influente na exploração de suas grandes reservas de petróleo e dos setores industriais bélico, nuclear e aeroespacial. Também, salienta-se a ampla atuação do Brasil, Índia, África do Sul e demais países que surgem como potências emergentes³ no âmbito das relações econômicas Norte-Sul.

Diante disso, o Ocidente perde parte de sua importância e o mundo torna-se muito mais diversificado e plural. Esse fato confirma os argumentos de Samuel Huntington na medida em que afirmou ser inconcebível pensar que a modernização, oriunda da globalização econômica e do triunfo civilizatório, “levaria ao fim da pluralidade das culturas históricas corporificadas durante séculos nas grandes civilizações do mundo”. Ao contrário, sustenta o referido autor, o que se verifica é justamente que “a modernização reforça as outras culturas e reduz o poder relativo do Ocidente”, isto é, a nova ordem mundial caracteriza-se como mais moderna e menos ocidental (HUNTINGTON, 2010, p. 122).

Desse modo, cabe observar que as identidades culturais, inclusive as periféricas, passam a ter influência e a modificar o cenário da sociedade globalizada em defesa das diferenças multiculturais perante os anseios dos ideais de uma homogeneização que não se concretiza mundialmente. É bem verdade, no entanto, que as aproximações possibilitadas pela globalização fazem com que as mais distintas culturas se entrecruzem, disputando, frequentemente, os mesmos espaços e, até mesmo, refutando-se mutuamente “como forma de estabelecer sua retórica de exclusão e inclusão a partir da afirmação de sua identidade” (LUCAS, 2013, p. 180). À medida que o globalismo ocidental carrega consigo as tendências da homogeneização, acentua também os problemas sociais, coloca em xeque os parâmetros modernos da soberania dos Estados e contribui com a fragmentação e o ressurgimento de localismos, racismos, nacionalismos e fundamentalismos (IANNI, 2014, p. 191). Ainda sobre o declínio do poder político, econômico e militar da civilização ocidental, deve-se observar que:

² Para os economistas Jose Gabriel Porcile Meirelles e Wellington Pereira (2008, p. 19-21), a ascensão econômica da China possui um lugar de destaque, sobretudo no comércio mundial. Esse fato consistiu em uma das mudanças mais significativas e relevantes das últimas décadas do século 20 e início do 21, haja vista que foram redefinidas as modalidades e as intensidades dos fluxos comerciais e de investimentos em âmbito global. Sem dúvida, é inegável “a rapidez com que a China se transformou num ator de primeira linha no comércio mundial”, multiplicando “por oito sua participação nas exportações no total dos setores (embora partindo de um patamar muito baixo) entre 1985 e 2003, e alcançou valores superiores a 20% no caso dos setores de baixa tecnologia.” (MEIRELLES; PEREIRA, 2008, p. 19-21). Além disso, ao analisar um conjunto de dados estatísticos divulgados pelo Banco Mundial, o economista José Eduardo Cassiolato (2013, p. 78), em uma tentativa de avaliar os resultados das estratégias político-econômicas chinesas, constatou que “a porcentagem de produtos de alta tecnologia, no total de manufaturados exportados, aumentou vertiginosamente: passou de aproximadamente 5%, em 1990 para algo em torno de 30%, em 2011”. Esse amplo crescimento do poder econômico e da influência geopolítica fez da China a maior nação importadora de *commodities* e exportadora mundial de tecnologias informacionais e comunicacionais, o que levou até mesmo “os Estados Unidos a dificultarem a entrada em seu mercado dos bens de origem chinesa”. De fato, as políticas nacionais implementadas na China vêm surtindo efeitos expressivos, trazendo à tona o prognóstico de que “se os objetivos traçados pelo Estado chinês forem alcançados, em 2050, a China deverá se tornar líder tecnológica mundial” (CASSIOLATO, 2013, p. 78). Por fim, apesar da significativa desigualdade socioeconômica, a China já se classifica como uma das maiores potências econômicas do mundo.

³ As principais potências econômicas emergentes do mundo constituem o grupo político de cooperação Brics: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul, que se reúnem anualmente e, desde a sua primeira cúpula, no ano de 2009, vêm expandindo expressivamente o seu conjunto de atividades nos âmbitos da coordenação da governança política e da cooperação de governança econômico-financeira e multisetorial (ITAMARATY, 2019).

A vitória do Ocidente na Guerra Fria produziu não um triunfo, mas a exaustão. O Ocidente está cada vez mais preocupado com seus problemas e necessidades internos, ao mesmo tempo em que enfrenta um lento crescimento econômico, o desemprego, enormes déficits públicos, uma ética de trabalho em declínio, baixas taxas de poupança e, em muitos países, inclusive nos Estados Unidos, a desintegração social, drogas e criminalidade. O poder econômico está se deslocando rapidamente para a Ásia Oriental e o poder militar e a influência política estão começando a ir pelo mesmo caminho. A Índia está na iminência de uma decolagem econômica e o mundo islâmico está cada vez mais hostil para com o Ocidente. Está se evaporando rapidamente a disposição de outras sociedades de aceitar os ditames do Ocidente ou de acatar seus sermões, bem como a autoconfiança e a vontade de dominar o Ocidente (HUNTINGTON, 2010, p. 126-127).

Nesse panorama, surge o seguinte questionamento: o Ocidente ocupa, realmente, um lugar de destaque ou de declínio no mundo contemporâneo? Talvez a resposta mais precisa para essa pergunta seja: ambos. Isso se deve ao fato de que o mundo ocidental ainda possui um predomínio muito amplo na sociedade internacional e, provavelmente, continuará tendo poder e influência por um longo período no século 21. É evidente, contudo, que um somatório de transformações graduais, inevitáveis e fundamentais tem influenciado os equilíbrios de poderes entre as mais distintas civilizações do globo, ressaltando que o poderio do Ocidente permanecerá em declínio. Enquanto a supremacia ocidental se decompõe, grande parte do seu poder irá se esvaír ou simplesmente ser difundido entre outras civilizações principais. É plenamente verificável que uma expansão significativa do poder de influência mundial vem ocorrendo, sobretudo, nas civilizações asiáticas, “com a China emergindo gradualmente como a sociedade com maior probabilidade de desafiar o Ocidente” (HUNTINGTON, 2010, p. 128).

5 A NOVA CONFIGURAÇÃO DO MUNDO E A PERMANÊNCIA DOS CONFLITOS

A perda da importância do Ocidente é um fato muito importante e que abre novas possibilidades. É que, como lembra Arjun Appadurai (1990, p. 295), um dos problemas centrais do mundo global atual reside na “tensão entre a homogeneização e a heterogeneização cultural”.⁴ Nesse sentido, as pluralidades culturais, que transcendem as fronteiras estatais, ampliam as tensões e, por conseguinte, induzem a afirmação dos particularismos. Pode-se afirmar, então, que a defesa das diferenças ganha força no panorama global, enquanto estas reivindicam, cada vez mais, reconhecimento. Assim, se coloca a questão de como é possível compatibilizar esse paradoxo complexo.

Talvez, a saída esteja na afirmação de uma única civilização global plural. Esse fato confirmaria a possibilidade indicada por Samuel Huntington (2010, p. 57-58) de que deve ser uma “entidade cultural mais ampla”, na qual fazem parte “as aldeias, as religiões, os grupos étnicos, as nacionalidades e os grupos religiosos” que possuem “culturas distintas em diferentes níveis de heterogeneidade”. Desse modo, é bem verdade que as identidades culturais se constituem pelas diferenças e estranhamentos provocados nos encontros sociais. Se Huntington (2010, p. 62-66) divide o mundo em oito⁵ grandes civilizações – Sínica, Japonesa, Hindu, Islâmica, Ortodoxa, Ocidental, Latino-americana e Africana –, frequentemente as culturas dessas comunidades, que compõem a pluralidade do entorno, chocam-se em relação às próprias individualidades. Acerca disso, nota-se que tanto a cultura quanto as identidades civilizacionais delineiam os padrões coesivos e desintegrativos no âmbito de uma sociabilidade que se globalizou, bem como os inúmeros conflitos que emergem na ordem mundial, com suas tensões e articulações, contradições e perspectivas, próprias do fim do século 20.

O cenário das décadas de 80 e 90 do século 20, foi marcado pela soma dos problemas raciais e culturais. Esses impasses estavam inseridos, profundamente, no seio das guerras e revoluções, nas lutas sociais em busca da descolonização, nos ciclos expansivos e recessivos das economias, nas migrações, nos movimentos da força de trabalho, dentre outros mais ou menos notáveis na perspectiva histórica-social do século passa-

⁴ Tradução nossa. Texto original: “[...] the central problem today’s global interaction is the tension between cultural homogenization and cultural heterogenization”.

⁵ Essa divisão do mundo, realizada por Samuel Huntington, padece de elementos mais elucidativos, isso porque o cientista político norte-americano separa, até mesmo, as civilizações de países que possuem padrões de sociabilidade cultural bastante semelhantes. A exemplo disso, não faz muito sentido desassociar, em civilizações diferentes, a Europa da América Latina e, inclusive, dos Estados Unidos, uma vez que as nações latino-americanas foram colonizadas pelas comunidades europeias e apresentam uma influência ocidental norte-americana bastante intensa no âmbito da cultura civilizacional.

do. Cabe observar que a expansão das demandas culturais advém da ampla convivência relacional oriunda da globalização, contexto no qual os contornos das diferenças passam a ser expostos e as vulnerabilidades intensificam-se diante dos estranhamentos que exigem uma profunda reflexão acerca das noções de interno e externo, as quais disputam, em um mesmo espaço, por igual reconhecimento.

Como já foi referido anteriormente, os diversos conflitos que surgem nesse contexto são oriundos das adversidades étnicas ou raciais que se desenvolvem no jogo das forças sociais, compreendendo consequências políticas, econômicas e culturais em esfera local, regional, nacional e, por vezes, mundial (IANNI, 2014, p. 151; LUCAS, 2013, p. 183). De fato, não existem possibilidades para escapar das tensões existentes – que se caracterizam de maneiras distintas e com múltiplos graus de intensidade –, pois, na sociedade de risco globalizada, repleta de heterogeneidades, as reivindicações em busca do respeito à igualdade e à diferença eclodem em todos os lugares do mundo. Nessa mesma perspectiva, Ulrich Beck (2016, p. 114) evidencia que a chamada sociedade de risco

[...] exige um olhar sobre a pluralidade do mundo, que o olhar nacional poderia ignorar. Os riscos globais criam um espaço moral e político *capaz de dar origem a uma cultura civil de responsabilidade que pode transcender fronteiras e contradições*. A experiência traumática da vulnerabilidade de todos e a responsabilidade pelos outros, daí resultante, também em nome da própria sobrevivência, constituem as duas faces da crença no risco mundial [...] que cria novos espaços de ação.

Por tais razões, Huntington (2010, p. 405-408) defende que “a segurança mundial requer a aceitação da multiculturalidade global”, haja vista que em todas as civilizações de culturas distintas existem disposições universais, e é justamente por isso que os requisitos necessários “para a coexistência cultural exigem uma busca do que é comum à maioria das civilizações. Num mundo multicivilizacional, o caminho construtivo reside em [...] aceitar a diversidade e buscar os aspectos em comum”. Com efeito, a própria cultura consegue encontrar os horizontes da universalização e, ao mesmo tempo, recriar-se em suas singularidades. Na contemporaneidade, não existem indícios suficientes para afirmar que os conflitos futuros serão, exclusivamente, estabelecidos entre grupos ou nações de culturas distintas.

Em consequência disso, o risco do choque de civilizações é uma das possibilidades que se dispõem na atual recomposição da ordem mundial. Muitos dos conflitos que emergem com expressividade, no entanto, continuam a ocorrer no interior de uma mesma civilização em virtude de diferenças étnicas, como é o caso das disputas dos mundos árabe e africano. Esses conflitos são, portanto, uma realidade incontestável. De acordo com Hobsbawm (2007, p. 79-80), desde o pós-guerra fria o mundo vive em “uma era em que os conflitos armados, incontroláveis ou quase incontroláveis, tornaram-se endêmicos em grandes áreas da Ásia, da África, da Europa e em partes do Pacífico” e, além disso, “volta a ocorrer massacres em nível de genocídio e expulsões em massa de populações (‘limpezas étnicas’), em escalas que já não eram vistas desde a Segunda Guerra Mundial.

Como já lembrava Winston Churchill em outro contexto, as disputas entre continentes, países e culturas, mesmo após as grandes guerras mundiais, “vão, sem dúvida, sempre continuar a existir” (2017, p. 1.154). Então, diante de uma série de contingências presentes em um ambiente compreendido como altamente complexo e perigoso, o uso difuso da violência em relação aos membros da mesma espécie traz à tona a irracionalidade sanguinária do único primata racional e autoconsciente: o *homo sapiens*. É justamente na hipótese da morte que se fixam as raízes da intensificação do medo e da insegurança presentes no contexto da sociabilidade humana (ZOLO, 2011, p. 89).

Essas sensações permanentes e prolixas são as principais características da sociedade de risco global, em que o medo retroalimenta-se por meio das intermináveis novas formas de ameaça e violência geopolítica que podem se concretizar em qualquer lugar do mundo, independentemente do contexto. Ao longo do percurso histórico-social, verifica-se que as expectativas em relação à consolidação de um mundo único e pacífico aparecem sempre ao final dos grandes conflitos, mas as inúmeras formas de violência entre os Estados e os grupos civilizacionais distintos carregam consigo um potencial que dificulta a união e a cooperação total entre as nações do globo, tornando ainda “mais distante o sonho de uma cidadania verdadeiramente universal” (SANTOS, 2017, p. 19).

Em muitos países – como Sri Lanka, Caxemira, Colômbia, Ruanda, Camboja, Kosovo e Sérvia – o poder armado dos governos estatais tem se mostrado plenamente insuficiente para conter a explosão de conflitos étnico-religiosos ou de guerras civis, bem como para manter o controle dos seus territórios diante dos inúmeros desafios que se impõem socialmente. O que se evidencia, na verdade, é uma crise generalizada do poder e da legitimidade estatal. Tal fato pode ser constatado, inclusive, nos territórios de antigas e estáveis nações europeias, a exemplo da Espanha e do Reino Unido. Em 1993 estimava-se que estavam em curso cerca de 48 guerras étnicas pelo mundo afora e que existiam, aproximadamente, 164 conflitos étnico-territoriais em relação às fronteiras da ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (HOBSEBWM, 2007, p. 84).

Diante dessas circunstâncias conflitivas, não existem quaisquer perspectivas para a concretização de uma hegemonia imperial global por parte de um único Estado nacional, como pretendia os Estados Unidos, independentemente da maestria de sua força militar. Isso significa que a era dos grandes impérios já terminou e, portanto, a humanidade precisará encontrar outras maneiras e mecanismos capazes de gerir a organização da atual sociedade globalizada (HOBSEBWM, 2007, p. 84-85; HUNTINGTON, 2010, p. 45). Nesse caso em específico, é verificável que o componente político e as diretrizes governamentais dos Estados nacionais constituem-se fatores de ampla importância para a integração entre os povos e para a solução das inúmeras crises hostis que se instituem entre as mais variadas culturas, até porque as principais desigualdades “em desenvolvimento político e econômico entre as civilizações estão nitidamente enraizadas em suas culturas diferentes” (HUNTINGTON, 2010, p. 32).

Fato é que a dialética das relações existentes entre a globalização, as identidades nacionais, as xenofobias e os fundamentalismos religiosos, refletem no avanço dos cataclismos sociais e, inclusive, na desintegração moral do fim do século 20. Os grandes movimentos populacionais e os encontros culturais de civilizações distintas podem ser naturalmente explosivos, em especial, conforme aponta Hobsbawm (2007, p. 92), nos “países e regiões étnica, confessional e culturalmente homogêneos e desacostumados a grandes influxos de estrangeiros”. Mesmo que a humanidade esteja seguindo em direção a uma história unificada, as identidades culturais que se configuram no seio das múltiplas civilizações jamais serão superadas mundialmente. Isso se deve ao fato de que a homogeneização das culturas se constitui como algo plenamente impossível na contemporaneidade e, por conseguinte, faz-se necessário deixar de pensar na possibilidade de construir uma sociedade plenamente integrada.

Por fim, torna-se urgente a ampliação das reflexões acerca das ideologias que visam o respeito, a inclusão e a proteção internacional dos direitos humanos às pluralidades culturais, compostas por diferentes cores, raças, etnias e religiões. Apesar das incertezas (BECK, 2011), no entanto, não se pode afirmar que o mundo está totalmente desprovido de ordem. Por isso, seria anacrônico crer que o passado não retroalimenta o presente, sugerindo um novo horizonte, afinal, como muito bem lembra Eric Hobsbawm (1995, p. 26), não se sabe “o que moldará o futuro, embora não se tenha resistido à tentação de refletir sobre os problemas, na medida em que eles surgem dos escombros do período que acaba de chegar ao fim”, o que se espera é que a sociabilidade humana seja plenamente capaz de construir um “mundo melhor, mais justo e mais viável” – fortalecendo, para tanto, no novo milênio, as propostas teóricas em defesa dos direitos e garantias fundamentais inerentes a toda humanidade – uma vez que, em relação a isso, “o velho século [XX] não acabou bem”.

6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa preocupou-se em analisar a configuração política do mundo a partir da emergência do fenômeno da globalização e suas implicações para a aproximação das culturas e para os conflitos que esse processo estabelece. Em relação aos novos contornos estabelecidos pelo processo da globalização, emerge a necessidade de se encontrar formas eficazes para solucionar os conflitos e os riscos que passam a integrar o tecido social. Isso porque as respostas tradicionais, de cunho nacional, já não são mais suficientes para tal fim e, portanto, precisam ser reformuladas sob o viés do respeito às pluralidades e aos direitos humanos. Partindo desses aspectos, foram bordados os efeitos da potencialização dos riscos em um cenário repleto de medos, inseguranças e incertezas, em especial a possibilidade da emergência de um choque de civilizações.

Perante os anseios das civilizações no mundo contemporâneo, de culturas e identidades plurais, torna-se bastante difícil a consolidação de uma sociedade internacional pacífica e coesa, que garanta para toda a humanidade os direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, a proposta deste artigo apostou em abordar as in-

terseções da sociedade de risco e a interdependência multicultural que se predispõe no seio da sociabilidade humana. Buscou-se, então, destacar a reconfiguração da ordem global no pós-Segunda Guerra Mundial e, em especial, depois do conflito bipolar Leste/Oeste da Guerra Fria, incorporando a tentativa de homogeneização e de estabelecimento de um império mundial por parte da maior potência econômico-militar da época: os Estados Unidos da América. Essa pretensão audaciosa tornou-se plenamente inviável, haja vista que surgiram outras potências estatais nas mais distintas áreas do mundo, fato que consolidou uma nova etapa: a multipolar.

No bojo do novo mundo que se configurou, as relações de interdependência intensificaram-se à medida que o modelo de Estados soberanos se relativizou em razão da possibilidade de transponibilidade das fronteiras. Por outro lado, a globalização contribuiu para a redução das distâncias e para a aproximação dos povos, o que ressaltou as heterogeneidades e fez emergir conflitos nos encontros de indivíduos de culturas distintas. Em outras palavras, pode-se afirmar que do choque de civilizações multiculturais deriva-se um conjunto de riscos e divergências que desafiam a contemporaneidade, uma vez que as culturas já não estão mais restritas aos territórios estatais; pelo contrário, elas ultrapassam as fronteiras das nações, ampliando as tensões, as lutas pela sobrevivência e, conseqüentemente, a afirmação de particularismos contra-hegemônicos.

O certo é que os processos que conectam as mais variadas culturas, pessoas e localidades se transnacionalizam e, por conseguinte, modificam o cotidiano da vida em sociedade. Em uma conjuntura assim estabelecida, reforça-se a necessidade de que a comunidade internacional precisa adotar políticas sociais capazes de solucionar pacificamente os conflitos, de gerir as estranhezas contrastantes provocadas por uma mescla de fatores complexos e de proteger universalmente os direitos inerentes a todos os seres humanos. Por fim, a cooperação entre as nações evidencia-se como um fator urgente para o estabelecimento de ações coordenadas aptas a evitar os choques de civilizações, de atender as exigências multiculturais e os anseios pelo fortalecimento dos direitos humanos e do respeito às heterogeneidades da sociedade de risco globalizada. Assim, sob o prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos, esta pesquisa conclui que a convivência pacífica entre os povos torna-se possível mediante a criação de políticas sociais que visam o respeito, a inclusão, o diálogo e a proteção dos direitos humanos às pluralidades culturais.

7 REFERÊNCIAS

- APPADURAI, Arjun. Disjuncture and Difference in the Global Cultural Economy. In: *Theory, Culture & Society*, London: SAGE Publications, vol. 7, n. 1, jun. p. 295-310, 1990. Available from: http://www.arjunappadurai.org/articles/Appadurai_Disjuncture_and_Difference_in_the_Global_Cultural_Economy.pdf. Cited: 27 jul. 2019.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Ezio. *Babel: entre a incerteza e a esperança*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2003.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. Tradução Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2016.
- CASSIOLATO, José Eduardo. As políticas de ciência, tecnologia e inovação na China. In: *Boletim de Economia e Política Internacional*. Governo federal: repositório do conhecimento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). 2013. p. 65-80. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3928>. Acesso em: 26 jul. 2019.
- CHURCHILL, Winston. *Memórias da Segunda Guerra Mundial*. Volume 1 (1919-1941) e Volume 2 (1941-1945). Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: HarperCollins, 2017.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- HEGEL, Georg W. Friedrich. *Introdução à história da filosofia*. São Paulo: Redeel, 2005.
- HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

- HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Tradução M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.
- IANNI, Octavio. *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- ITAMARATY. *BRICS – Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul*. Brasília: Itamaraty – Ministério das Relações Exteriores, 2019. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/mecanismos-inter-regionais/3672-brics>. Acesso em: 28 jul. 2019.
- LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Ijuí: Editora Unijuí, 2013.
- MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. Tradução Florestan Fernandes. São Paulo: Expressão Popular, 2008.
- MEIRELLES, Jose Gabriel Porcile; PEREIRA, Wellington. A ascensão da China na economia mundial: efeitos sobre o Brasil e América Latina. In: *Revista Economia & Tecnologia (RET)*, Curitiba: UFPR, vol. 4, n. 1, p. 19-18, jan./mar. 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/ret.v4i1.27452>. Acesso em: 27 jul. 2019.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2017.
- SANTOS JUNIOR, Raimundo Batista dos. *A globalização ou o mito do fim do Estado*. Ijuí: Editora Unijuí, 2007.
- SASSEN, Saskia. *Sociologia da globalização*. Tradução Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução Mário Moraes. São Paulo: Martin Claret, 2013.
- ZOLO, Danilo. *Rumo ao Ocaso Global? Os direitos humanos, o medo, a guerra*. Org. Maria Luiza A. Feitosa e Giuseppe Tosi. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO À SAÚDE E UM BREVE ESTUDO DE CASO: A Aplicação da Decisão do RE 657.718 do Supremo Tribunal Federal em uma Demanda por Saúde na Cidade de Tavares – RS

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.106-114>

Recebido em: 22/10/2019

Modificações requeridas em: 28/10/2019

Aceito em: 4/11/2019

Guilherme Camargo Massaú

Professor da Faculdade e do Mestrado em Direito da UFPel. Pós-doutor na PUCRS. Doutor em Direito pela Unisinos. Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. <http://orcid.org/0000-0001-5955-4292>. <http://lattes.cnpq.br/8341523169751885>. uassam@gmail.com

Carolina Polvora Bica

Servidora pública da Procuradoria Municipal de Tavares/RS – representante legal do município. Advogada. Mestranda em Direito na Universidade Federal de Pelotas. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul e pós-graduada em Direito Tributário (Esmafe/RS-FEDST). <http://lattes.cnpq.br/8781892482274970>. carolinabica@outlook.com.br

RESUMO

O presente artigo tem como escopo tecer considerações acerca do direito à saúde tendo em vista um caso concreto em que poderia ser aplicada a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que afastou o custeio estatal de tratamentos de saúde custosos sem comprovação de eficácia reconhecida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Será primeiramente realizado breve estudo acerca do direito à saúde com a finalidade de situá-lo nas categorias dogmáticas. Tais categorias serão também, ainda que de modo breve, analisadas ao se fazer um contraponto com a reserva do possível. Após a categorização e delimitação do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, passar-se-á ao estudo da decisão do RE n. 657.718 do STF, para, então, finalmente, serem feitas ponderações sobre seu possível reflexo no caso concreto. O método empregado é o hipotético-dedutivo, pois se analisará um caso de possível aplicação de decisão do STF. O meio de pesquisa empregado é o bibliográfico, sendo feito o uso de dados no que se refere à decisão do STF.

Palavras-chave: Direitos sociais. Direito à saúde. Recurso Extraordinário n. 657.718.

NOTES ABOUT THE RIGHT TO HEALTH AND A BRIEF CASE STUDY:

THE APPLICATIN OF THE RE 657.718 DECISION OF THE SUPREME COURT IN A DEMAND FOR HEALTH IN THE TAVARES' TOWN

ABSTRACT

This article has the objective of to write considerations about the right to health analysing a concrete case where it would be possible to aply a recente decision of the Supreme Court which stabilished that the state would not to pay expensive treatments of healthy without comproved efficacy recognised by Anvisa. First of all it will study the right to healthy in order to classificate it in a dogmatic category. That categories will be, in a brief way, analyzed when compared with the possible reservation. After the categorization and the delimitation of the right to healthy in the brazilian law, it will study the decision RE n. 657.718 of the Supreme Court of Brazil, that in order to, finally do considerations about the consequences of the decision. The research used the bibliographic method and datas about the decision of Supreme Court, object in analisis.

Keywords: Social rights. Right to healthy. Decision of Supreme Court 657.758.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Direito Fundamental Social à Saúde. 3 Os Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível: Breves Digressões. 4 O Direito Social Essencial à Saúde e sua Prestação na Realidade Brasileira. 5 A Decisão do RE n. 657.718 do STF. 6 Da Aplicação da Decisão do RE n. 657.718 em um Caso Concreto. 7 Considerações Finais. 8 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem como objetivo demonstrar a importância da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), de 23 de maio de 2019, no que diz respeito às demandas de fornecimento de remédios de alto custo que não tenham comprovada a sua eficácia. Para se chegar a esse objetivo, invocar-se-á uma demanda judicial envolvendo o município de Tavares no Rio Grande do Sul.

O tema “saúde” é da maior relevância, posto que trata de direito social fundamental. A decisão que será analisada, todavia, apresenta elementos polêmicos no que se refere à prestação de tratamentos custosos sem eficácia reconhecidamente comprovada e que leva, muitas vezes, a uma decisão que potencializa o risco de morte à pessoa humana que pleiteou o direito e não obteve a tutela jurisdicional.

Dessa feita, perante a finitude de recursos que dispõem o Estado e em razão do princípio da reserva do possível, é necessário reconhecer que se pode tratar de uma *escolha de Sofia*, na medida em que o Estado estaria limitado, ante os seus recursos financeiros, diante dos avanços da medicina e, com isso, incapaz de ofertar aos pacientes tratamentos avançados, porém ainda sem determinados parâmetros de comprovação. Isso acarreta uma série de problemas, sendo um deles a limitação orçamentária do Estado para atender todas as demandas de saúde.

Por consequência, o caso oriundo do município de Tavares mostra o impacto orçamentário diante de uma demanda com uma prestação de saúde cujo resultado é incerto em termos do reconhecimento dos órgãos técnicos do Estado. Neste ponto encontra-se o aspecto crucial da legitimidade do direito pleiteado por parte da demandante. Se a demandante conseguir o tratamento, por conseguinte faltará recursos para outras demandas correntes de prestação de saúde. Se, porém, não conseguir, terá acentuado o risco de morte. Entre essas duas possibilidades situa-se o fato de o tratamento não ter sua eficácia plenamente comprovada pelos órgãos competentes do Estado brasileiro, no caso a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

2 DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

O direito fundamental social à saúde situa-se na segunda dimensão de direitos humanos e fundamentais. Assim, trata-se de um direito social previsto no Artigo 6º da CF e densificado pelo artigo 196 ao artigo 200 da CF. Além da classificação histórica, ele é considerado direito prestacional – em sua característica marcante –, sendo o Estado constitucionalmente responsável por estruturar, manter e desenvolver um sistema de saúde capaz de, universal, gratuito, de modo integral e igualmente, promover, proteger e recuperar a saúde dos indivíduos (artigo 196, *in fine*, da CF).

Por conseguinte, identificado o direito à saúde como direito constitucionalmente previsto e, ainda, direito fundamental, surge a questão da sua exigibilidade. Em termos de localização no ordenamento jurídico, o fato de ser um direito derivado de norma de direito constitucional, o situa com força normativa (HESSE, 1993, p. 28) suficiente para ter, ao menos, um mínimo de exigibilidade. Tanto que o artigo 5º, §1º, da CF estabelece a aplicação imediata das normas que definem direitos e garantias sociais, e isso inclui o artigo 6º da CF. Ao observar, contudo, as características do artigo 6º e do artigo 196 ao artigo 200 da CF, pode-se inferir que se trata de direito de baixa densidade normativa (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 184), ou seja, o texto constitucional traz normas que necessitam de densificação infraconstitucional para que o Estado possa concretizar o acesso à saúde em toda a sua complexidade. A ausência de normas complementares, no entanto, não afasta o surgimento do direito subjetivo.

Destaca-se, por conseguinte, que as pretensões são ilimitadas, mas os recursos financeiros do Estado são limitados. Desta forma, mesmo que a CF estabeleça o acesso universal às prestações relacionadas à saúde, os recursos financeiros não são suficientes para suportar a demanda. Por isso, o Estado-administração delimita, estrategicamente, os recursos financeiros e os meios a serem utilizados na concretização da saúde. Isto implica definir as pretensões consideradas legítimas e as não legítimas. Com isto, surge a reserva do possível, argumento utilizado pelo Estado quando se encontra diante de uma pretensão à prestação da saúde que supera seu orçamento financeiro.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL: Breves Digressões

Aqui será tratado brevemente sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, para contrapô-los ao princípio da reserva do possível, posto que demandam de investimentos estatais diretos para a sua consecução, uma vez que, conforme Sarlet (2018, p. 47): “Não se cuida mais, portanto, de liberdade, do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”. Por conseguinte, defende-se que, somente por meio da instituição dos direitos fundamentais sociais é que se podem realizar os chamados direitos de liberdade, sendo os primeiros a condição ao exercício efetivo dos direitos de liberdades. Isso pelo fato de que os direitos de primeira dimensão são assegurados ao se garantir a cada indivíduo o mínimo de bem-estar econômico e uma vida digna (BOBBIO, 2004, p. 206).

A CF é o instrumento de garantia do mínimo de bem-estar econômico. Para tanto, o Estado precisa de mais recursos, precisa deter meios econômicos e intervir na economia para proteger os indivíduos nos aspectos sociais. Ocorre que o Estado esbarra em um limite denominado “reserva do possível”. Tal expressão

foi difundida a partir de célebre decisão do Tribunal Constitucional alemão, proferida em 1972, em caso conhecido como *Numerus Clausus* (ALEMANHA, Tribunal Constitucional, 1972), que tratou da validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão de ingresso de um número maior de candidatos. Não há, na Constituição alemã, a garantia do direito à educação, mas o Tribunal Constitucional entendeu que a liberdade profissional demandava, em alguma medida, o direito de acesso ao ensino superior. Todavia, frisou que tal direito “se encontra sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”. Segundo a Corte germânica, tal decisão cabe primariamente ao legislador, que deve “atender, na administração do seu orçamento, também a outros interesses da coletividade” (SARMENTO, 2016, p. 1.671).

Ora, de fato os direitos sociais apresentam uma divisa fática à sua efetivação, que, como visto, está na real existência de recursos por atribuição dos cofres públicos para efetivar com suas obrigações. Além dessa divisa fática, encontra-se também limite quanto à possibilidade jurídica do Estado de fruir desses recursos, quando efetivos. Essas duas divisas consistem na formação da chamada “reserva do possível” (SARLET; FIGUEREIDO, 2008, p. 189). Consoante Silva (2010, p. 593), os direitos sociais possuem custos, assim como os direitos civis, mas aqueles requerem maior investimento por parte do Estado. Para Cordeiro (2012), não seria o Judiciário o Poder que deveria atender às questões concernentes aos direitos sociais, uma vez que falta aos juízes uma “visão global das necessidades desatendidas”:

Prova disso é o impacto da judicialização do direito à saúde no orçamento público. No ano de 2010, o Ministério da Saúde gastou R\$ 135,58 milhões com a compra de medicamentos de alto custo cujo fornecimento fora determinado judicialmente. (...) O Estado do Rio Grande do Sul já teve 50% de todo orçamento destinado à saúde comprometido com a compra de medicamentos por ordem judicial. Segundo o balanço do Conselho Nacional de Justiça, mais de 240 mil processos judiciais na área da saúde tramitam atualmente (p. 164-165).

Nesse sentido, a reserva do possível não impossibilita que o Poder Judiciário possa “zelar pela efetivação dos direitos sociais” (SARLET; FIGUEREIDO, 2008, p. 190), mas deve concebê-lo com moderação e sensatez, consciente do problema de carência de recursos. Paradoxalmente, no entanto, a reserva do possível é utilizada como justificativa para a não intervenção do Judiciário em se tratando de direitos sociais. Logo, compete ao Poder Público o encargo de provar a ausência de recursos e de provar que executa sua obrigação de administrá-los eficientemente, o que foi, inclusive, expressamente estabelecido no STA 223 Agr¹:

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo 80 STF: RE 410.715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22/11/2005, p. 13. 55 objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Poder Público, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

¹ STA 223, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 12/3/2008, publicado em DJe-049 DIVULG 17/3/2008 PUBLIC 18/3/2008.

A Suspensão de Tutela Antecipada de nº 223 (STA 223 Agr) trata do caso de uma vítima de assalto de Pernambuco que pleiteou o custeio de cirurgia a ser realizada no exterior. Segundo o ministro Celso de Mello, a garantia do mínimo existencial deveria se sobrepor ao argumento da reserva do possível dada ainda a responsabilidade objetiva do Estado em custear a cirurgia de pessoa que fora vítima de assalto em razão de falha no dever de segurança.

Fora decidido, todavia, que, no caso, deveria ser deferido o pedido de suspensão da tutela cautelar pelo fato de que ocorreria grave lesão ao erário e infração administrativa se a decisão cautelar fosse mantida, uma vez que essa ordenava a realização de cirurgia de alto custo não prevista no Sistema Único de Saúde e sem garantia de que os recursos enviados para o exterior seriam, de fato, utilizados para o fim da feitura do procedimento médico. Na decisão do STA 223 Agr/PE, além de se entender que restou violado o artigo 196 da Carta Magna em virtude de que o “tratamento médico sequer existente no país, de caráter experimental e sem qualquer prova de eficácia ou aplicabilidade ao caso do paciente”, ainda foram estabelecidos importantes critérios:

- a) competência da Presidência do Supremo Tribunal Federal para a análise do presente pedido de suspensão de tutela antecipada, tendo em vista que a ação principal tem por fundamento matéria constitucional: arts. 37, § 6.º, 100 e 196 da Constituição da República;
- b) a existência do perigo na demora, ante o fato de que “a decisão está em vias de ser executada, já tendo sido determinada a transferência dos recursos que foram depositados em conta judicial, para uma conta bancária no exterior, pertencente ao médico norte-americano que a família alega que virá ao Brasil para operar o recorrido” (fl. 05);
- c) a ocorrência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-administrativa, dada a iminência de transferência de recursos públicos ao exterior, “para pessoa não domiciliada no país, sem prévia autorização do Banco Central do Brasil” (fl. 07).
- d) a ocorrência de grave lesão à economia pública, consubstanciada na determinação do pagamento em tela sem o prévio trânsito em julgado da sentença condenatória e sem a obrigatória expedição de precatório, em afronta direta ao art. 100, da Constituição da República (fl. 10/11).
- e) violação ao disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal, diante da inexistência de nexo de causalidade entre o Estado requerente e o dano provocado na vítima em “um assalto à mão armada, praticado por terceiro” (fls. 11/13);
- f) a ocorrência de grave lesão à economia pública, ante a possibilidade de ocorrência do denominado “efeito multiplicador”, diante do risco de proliferação de demandas objetivando que o Estado arque com os custos dos procedimentos terapêuticos desejados “em qualquer lugar do mundo” (fls. 15/16);

Observa-se que a decisão do STA 223 Agr/PE já sinalizava, nos idos de 2008, um possível posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o qual somente fora obtido com a decisão proferida no RE 657.718, a qual será minudenciada no tópico a seguir.

Sarlet e Figueiredo (2008, p. 190) equiparam-se com posicionamentos que resguardam que a reserva do possível deve ser relativizada no momento em que está na perspectiva do mínimo existencial, posto que este cria direito subjetivo a prestações, assim como deve ser auferido nos intentos orçamentários. No momento em que o mínimo existencial estiver em causa, dispõem-se um direito subjetivo a contribuições que são integralmente exigíveis pela via jurisdicional, uma vez que deve preponderar a vida e a dignidade da pessoa acima de impasses quanto à reserva do possível.

Neste contexto, dada a íntima conexão desta problemática com a discussão em torno da assim designada “reserva do possível” na condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial (e até mesmo política) de direitos fundamentais – e não apenas dos direitos sociais, consoante já frisado – vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 191).

Já Barcellos (2011, p. 321-322) afirma que a atuação do Judiciário deve se limitar a atender ao mínimo, mas deve se ater somente a ele e não extrapolar:

O Judiciário poderá e deverá determinar o fornecimento das prestações de saúde que compõe o mínimo, mas não devesse fazê-lo em relação a outras, que estejam fora desse conjunto. Salvo é claro, quando as opções políticas dos poderes constituídos – afora e além do mínimo – hajam sido juridicizadas e tomem a forma de uma lei. Também aqui caberá ao Judiciário dar execução – eficácia ou simétrica – à lei.

É preciso levar em consideração a realidade econômica do Estado. Logo, é necessário que a reserva do possível fática não seja restrita apenas à pretensão individual demandada em juízo. Trata-se de uma exigência do princípio da igualdade que o Estado conceda a um indivíduo aquilo que possua condições de conceder aos outros que estiverem na mesma situação. Nesse sentido, a reserva do possível fática deve ser entendida como capacidade financeira do Estado no sentido de sustentar a universalização da pretensão material postulada no Judiciário (SARMENTO, 2016, p. 1.672).

Observa-se, assim, que os temas correlatos ao objeto central do presente trabalho, qual seja, a decisão Recurso Extraordinário (RE) n. 657.718, estudado no item 5 infra, são, por si mesmos, passíveis de discussão, tais como os que foram aqui abordados, ainda que sem a devida profundidade pela limitação espaço-temporal, como o próprio princípio da reserva do possível. No tópico seguinte se explanará como encontravam-se as decisões relativas às demandas por saúde antes do proferimento do *decisum* paradigmático do Supremo.

4 O DIREITO SOCIAL ESSENCIAL À SAÚDE E SUA PRESTAÇÃO NA REALIDADE BRASILEIRA

A Constituição de 1988 (artigo 6º) estabeleceu o direito à saúde como direito fundamental (SILVA, 2010, p. 308). A importância desse direito na CF pode ser notada pela sua densificação constitucional contida nos artigos 196 e 200, quando, juntamente com a seguridade social, deve ser assegurado e concretizado. Ressalta-se, ainda, que o direito à saúde é universal, gratuito, descentralizado, integral e com equidade, sendo que todos, sem nenhuma distinção, são possíveis usuários dos serviços de saúde prestados pelo Estado por meio de políticas públicas que promovam a saúde, evitando e combatendo as doenças da população.

Em paralelo com o Estado, o artigo 197 prevê a possibilidade de prestação de serviços de saúde por particulares – tanto pessoas físicas quanto jurídicas – desde que sejam atendidas as exigências normativas do Poder Público que regulamentam não somente o fornecimento de serviço de saúde, mas a sua fiscalização e controle. Destarte, como se trata, preponderantemente, de serviço, o direito à saúde “exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas (...), de cujo cumprimento depende a própria realização do direito” (SILVA, 2010, p. 309).

Assim, em caso de não ser atendido este direito pelo Poder Público, é possível que seja acionado o Poder Judiciário por meio de ação de inconstitucionalidade por omissão, a Adin por omissão, prevista no artigo 102, I e 103, §2º da Constituição. Já o sujeito de direito, que é qualquer pessoa, dada a universalidade deste direito, tem direito subjetivo de, respeitada a legitimidade para a propositura da ação, impetrar mandado de injunção nos termos do artigo 5º, LXXXI também da Carta Magna (SILVA, 2010, p. 309-310).

Discute-se sobre essa “intromissão” do Poder Judiciário no que se refere à imposição de realização de políticas públicas para o Poder Público, em geral para o Executivo. Ocorre que o mínimo existencial deve ser tutelado conforme expresso na Constituição, logo há obrigação constitucionalmente prevista de prestações de saúde que, se não atendidas livremente pelos poderes públicos, implicam possibilidade de se pleitear perante o Poder Judiciário para que não ocorra um atentado à dignidade da pessoa humana (BARCELLOS, 2011, p. 321).

Tratar, entretanto, de modo abstrato o dever de prestação estatal, sem o devido estudo econômico para que na realidade sejam apuradas quais as possibilidades do Estado, torna a pretensão normativa totalmente inexecutável. Assim, como parâmetro geral da realidade doutrinária brasileira, traz-se o estudo de Acca, que afirma que tratar de direitos sociais somente abstratamente, trazendo à tona a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e um punhado de “frases de efeito”, sem o devido aprofundamento teórico e, principalmente, sem se tratar da realidade com análise empírica de dados, faz com que não seja possível entender, de fato, a realidade (ACCA, 2009, p. 146).

A decisão do RE n. 657.718, que teria vindo em sentido oposto para adequar minimamente a um parâmetro, objetiva o fornecimento de tratamentos custosos, consoante será estudado no tópico a seguir, mas, antes, retomam-se outros casos correlatos já decididos pelo STF, que, segundo Leivas (2006), quando da análise do agravo regimental no RE n. 271.286-8 já havia se posicionado no sentido de que o direito fundamental à saúde é um direito público subjetivo.

O caso concreto deu-se em uma demanda por saúde em que foram acionados o município de Porto Alegre e, concomitantemente – dado a solidariedade dos entes públicos na prestação de saúde –, o Estado do Rio Grande do Sul. Fora interposto recurso extraordinário pelo município de Porto Alegre, uma vez que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul havia condenado a municipalidade ao fornecimento de medicamentos, de modo gratuito, para tratar a Aids ou retardar a incorporação do HIV para os seus portadores de baixa renda. Em sua defesa, o município afirmou que a decisão violava o artigo 167, I, da CF, que trata de políticas públicas sem legislação específica e não incluídas na lei orçamentária do ente público, além da separação dos poderes (LEIVAS, 2006, p. 118).

Existia, então, uma lei que tratava do fornecimento dessa classe de medicamentos, somente lhe faltava regulamentação. Daí que o STF entendeu que há direito subjetivo à saúde para todos e isso está previsto na Constituição. Destarte, não impede o fornecimento de tratamento de saúde a inexistência de lei específica, uma vez que o direito subjetivo à saúde tem seu fundamento na Constituição (LEIVAS, 2006, p. 118). Ainda, Leivas (2006, p. 118) defende que o direito fundamental à saúde deve prevalecer quando colidir com a competência orçamentária do legislador. Esse posicionamento é criticado por Acca (2009).

O STF sinalizou uma mudança com a decisão do RE n. 657.718, estabelecendo parâmetros objetivos para serem observados nas futuras decisões judiciais. Como exemplo, a necessidade da presença do medicamento na lista da Anvisa, conforme será especificado na sequência.

5 A DECISÃO DO RE N. 657.718 DO STF

A decisão, objeto do presente estudo, fora proferida pelo Plenário do STF no dia 22 de maio do ano de 2019, que deu repercussão geral à questão da existência ou não da obrigação de os entes públicos fornecerem medicamentos sem registro na Anvisa em virtude do direito à saúde assegurado pela Constituição.² Desta forma, restou decidido, por maioria de votos, o tema de repercussão geral de número 500, o qual dispõe que, em que pese a exigência normativo-constitucional de acesso à saúde, essa não implica dever de prestação de medicamentos experimentais, independente de sua fase de pesquisa, quanto à eficácia medicamentosa contra a doença.

Por consequência, o STF adotou o parâmetro da necessidade de registro do medicamento na Anvisa; logo, como regra, se a medicação não está registrada, a administração não está obrigada a fornecê-la nem cabe sua obtenção por meio de decisão judicial. Em geral, os medicamentos experimentais são de alto custo, e, dada a não comprovação de sua eficácia, implicam custos infundados ao Estado (BRASIL, 2019a).

Ocorre que foram estabelecidos parâmetros que possibilitam que se obtenha medicamentos ainda em fase experimental. Para tanto, é necessário, primeiramente, que exista prévia solicitação de registro do medicamento – exceto em caso de doença rara ou ultrarrara –; em segundo lugar, o medicamento deve ter registro em agências de regulação no exterior; e, por fim, deve inexistir medicamento substituto no país. Ainda, restou estabelecida a legitimação passiva da União nas ações que tratam da matéria (BRASIL, 2019a).

Restou decidido que o Estado, tanto os municípios quanto os Estados da Federação, o Distrito Federal e a União, não podem ser obrigados a fornecer medicamento que não possua a sua eficácia comprovada, logo, que esteja ainda em fase experimental ou não possua registro na Anvisa, salvo em casos excepcionais em que devem ser observados requisitos objetivos elencados na decisão (BRASIL, 2019a). Isso pelo fato de o *decisum*

² SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. (RE 657.718 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 17/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 09-3-2012 PUBLIC 12-3-2012 REPUBLICAÇÃO: DJe-092 DIVULG 10-5-2012 PUBLIC 11-5-2012).

ter repercussão geral reconhecida, ou seja, efeito vinculante para demais decisões de casos similares. Cabe ressaltar que a relatoria do caso fora do ministro Marco Aurélio, e, a seguir, será feito brevíssimo estudo dos votos.

O julgamento iniciou em 2016 e foi retomado, em sessão extraordinária, em maio de 2019, com o voto-vista do ministro Alexandre de Moraes. Esse acompanhou a divergência aberta pelo ministro Luís Roberto Barroso no sentido do provimento parcial ao recurso. Em seu voto-vista, Moraes afirmou que “Não se trata de negar direito fundamental à saúde. Trata-se de analisar que a arrecadação estatal, o orçamento e a destinação à saúde pública são finitos”, e concluiu pela constitucionalidade do artigo 19-T da Lei 8.080/1990,³ que veda, em todas as esferas de gestão do SUS, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento experimental ou de uso não autorizado pela Anvisa (BRASIL, 2019a).

Para o ministro Alexandre de Moraes, ainda, caso não seja assim não se terá universalidade, mas seletividade, quando aqueles que obtêm uma decisão judicial acabam tendo preferência em relação a toda uma política pública planejada. Consoante noticiado, os ministros que votaram contrariamente à posição vencedora foram Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Segundo esses ministros, o Estado tem o dever de fornecer até os medicamentos sem registro, posto que se tratam de casos excepcionais. Já Edson Fachin também votou no sentido de que caberia ao Poder Público fornecer os medicamentos, e mais, esse deveria fixar os parâmetros para a concessão (BRASIL, 2019a).

O ministro Dias Toffoli, que votou no sentido de acompanhar o relator ministro Marco Aurélio, entendeu que nenhum medicamento pode ser comercializado sem registro na Anvisa e ressaltou que o contrário configura prática criminosa prevista no artigo 273, parágrafo 1º-B, do Código Penal. Desse modo, negaram provimento ao recurso. Ainda, segundo o presidente do STF, a regulamentação dos medicamentos pela Anvisa permite o controle dos preços pelo Poder Público. Também por maioria de votos, fixou-se a seguinte tese de não ser responsabilidade do Estado fornecer medicamentos experimentais; para que sejam fornecidos, os medicamentos devem ter registro na Anvisa; como exceção, existindo o pedido de registro na Anvisa, e diante da demora para efetivar o registro, exceto no caso de doenças “raras e ultrarraras”, seria possível a obtenção de medicamentos; assim como nos casos de haver registro do medicamento em agências renomadas no exterior, ou ainda não existir outro recurso medicamentoso registrado (BRASIL, 2019).

Restou ainda estabelecido que, a competência para ajuizamento de ações que pleiteiam medicamentos sem registro da Anvisa é da União. A decisão fora julgada com aplicação de repercussão geral. Desta feita, identificam-se parâmetros objetivos para se obter tutela jurisdicional do que se pleiteia em relação ao direito à saúde.

6 DA APLICAÇÃO DA DECISÃO DO RE N. 657.718 EM UM CASO CONCRETO

O caso concreto escolhido para breve análise é uma demanda de saúde originária da cidade de Tavares/RS, na qual a autora é uma idosa de 93 anos, portadora de gonartrose primária bilateral (CID 10 M 17.0), quando fora proferida em Recurso Inominado decisão da Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que tratou do pedido de fornecimento dos medicamentos sulfato de glicosamina, peptídeo de colágeno, Cloridrato de tramadol e celecobixe. No caso dos autos restou comprovada a necessidade do requerente e entendeu-se ainda que o “direito à vida se sobrepõe a regulamentações administrativas do ente público”.⁴ Como é de praxe, dado o que estabelece a Constituição, ficou estabelecida a responsabilidade solidária entre os entes federados para o atendimento integral à saúde (RIO..., 2019).

³ “Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011) I – o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011).

II – a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.”

⁴ Recurso Cível, n. 71007823545, Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Lílian Cristiane Siman, Julgado em: 23-5-2019.

Salienta-se que o medicamento sulfato glicosamina apresenta ausência de comprovação de eficácia do fármaco presente em nota técnica do Ministério da Saúde. Assim, não há como exigir o fornecimento pelo Estado. Logo, nesse ponto em específico, a sentença de procedência fora reformada e foi provido parcialmente o recurso interposto pela municipalidade (RIO..., 2019).

A recente decisão do STF, coincidentemente proferida no mesmo dia do julgamento do Recurso Inominado, impossibilita a interposição formal de recurso contra a decisão, mas torna materialmente inviável a mudança, dada a repercussão geral do julgamento do RE n. 657.718. Sabe-se que a decisão do STF é polêmica, até pelo fato de tratar de direito social, que é pedra angular para o Estado Democrático de Direito, positivado pela primeira vez na Constituição Cidadã de 1988.

Desta feita, de acordo com Acca (2009), não basta trazer à baila o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana como fundamento para pleitear direitos sociais. É óbvia a afirmação de que o Estado deve garantir o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana por meio de direitos sociais. Os empregos desses argumentos necessitam de fundamentos, pois não basta o doente pleitear o direito à saúde sob os fundamentos do princípio da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e da previsão genérica de seu direito à saúde. Deve-se considerar a questão de como o Estado – a Administração Pública – deve gerir o montante de pedidos iguais.

Isso significa pensar e executar as políticas públicas para que não se tornem um balcão em que aquele que protocolar seu pedido primeiro o tem atendido, em desfavor da coletividade. Para Acca (2009, p. 149), a questão da distribuição dos direitos sociais deve ser mais bem discutida, não somente se estruturando sobre conceitos abstratos sem efetividade na prática. Assim, da aplicação da decisão do RE n. 657.718 à decisão do caso concreto, qual seja, o Recurso Cível n. 71007823545, podem ser feitas algumas considerações.

Quando se está tratando de demanda sobre saúde, deve-se ter em vista o macrossistema como um todo. Assim,

Uma observação importante é a de que a hierarquização da rede de serviços não implica uma hierarquia entre União, Estados-membros e Distrito Federal e Municípios, os quais possuem autonomia no plano federativo. Por outro lado, o princípio da regionalização e hierarquização se articula com o da descentralização, o qual indica que a prestação de serviços se dê primordialmente pelos municípios. Todavia, essa descentralização deve ser responsável e com gradativa capacitação da esfera local (BARBOSA, 2014, p. 37).

Juntamente com isso, e por se tratar de Direito Público, o Estado não deve ser condenado a financiar um tratamento que pode ser custoso e ineficaz, assumindo o risco de faltarem recursos para tutelar a saúde dos demais cidadãos. É preciso levar em conta a escassez dos recursos financeiros perante a demanda de saúde. Nesse caso em análise (RE n. 657.718), os valores podem chegar, ao ano, em R\$ 112.109,76. O valor da causa é de R\$ 9.342,48. Esse valor é o correspondente ao tratamento mensal da autora da ação.

Tal valor seria destinado a uma única pessoa. Destaca-se que a previsão do orçamento do município de Tavares, em 2017, foi de R\$ 15.300.000,00, e a previsão de recursos para a saúde foi de R\$ 4.112.138,86; em 2018, o orçamento total foi de R\$ 16.232.000,00, e para a saúde foi de R\$ 4.594.240,00; já em 2019, a previsão orçamentária foi de R\$ 17.221.887,66, sendo reservado para a saúde R\$ 5.114.514,71,⁵ destacando-se que é mais dos 15% do orçamento municipal previstos em lei.

Nesse caso, o Estado optaria por apostar seus recursos financeiros em um tratamento medicamentoso incerto, que não possui registro na Anvisa, em detrimento de outros tratamentos reconhecidos. Não há diferenças de valores em relação a vidas que dependem do acesso à saúde. Destarte, o estabelecimento de parâmetros objetivos deu-se unicamente para vinculação dos Tribunais, do mesmo modo que se entende que a aplicação da decisão do RE n. 657.718 e do tema 500, com repercussão geral, pode, ainda e inclusive, trazer maior celeridade aos julgados.

⁵ Dados fornecidos pelo município de Tavares/RS.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto teve como finalidade apresentar, a partir de um caso concreto, o acesso à prestação de saúde. Situou-se o direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio em relação à sua aplicabilidade. Como se trata de um direito social, o mesmo caracteriza-se, especificamente, pela necessidade de o Estado efetuar a prestação. Para problematizar a temática, buscou-se trazer a decisão do STF do RE n. 657.718, a qual se entende que estabeleceu parâmetros a fim de otimizar a prestação à saúde e não a cercear, quando se pode isso entender em um primeiro momento.

Somou-se o caso concreto oriundo do município de Tavares/RS correspondente ao Recurso Cível n. 71007823545. Daí foram apresentadas breves explanações sobre a reserva do possível e o mínimo existencial para, então, ser realizada o contraponto na realidade brasileira entre o direito à saúde e a reserva do possível. Por isso, trata-se de tema importante e que merecerá futuras reflexões. Destaca-se que foram estabelecidas diretrizes para obtenção de medicamentos que já tenham sido aprovados pela Anvisa, mas ainda não regularizados pela mora da própria autarquia. Ainda, entende-se que a aplicação em repercussão geral do tema 500 traz celeridade ao sistema.

Por fim, buscou-se mostrar o impacto que a demanda referente ao município de Tavares impactaria no seu orçamento. Levou-se em conta três exercícios financeiros, posto que são os que correspondem aos anos da referida ação de acesso à prestação de saúde. O possível valor a ser gasto anualmente para custear somente o tratamento referente a essa ação, fica por volta de 5% do orçamento anual previsto para a área da saúde. Por conseguinte, é imperial refletir sobre a possibilidade de a população vir a arcar financeiramente com tratamentos experimentais, embora a decisão possa colidir com o direito à vida. A decisão, no entanto, tende a resguardar à dimensão coletiva financeira, pois é incabível que todos os contribuintes financiem tratamentos ainda não comprovados.

8 REFERÊNCIAS

- ACCA, Thiago dos Santos. *Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006*. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- BARBOSA, Jeferson Ferreira. *Direito à saúde e solidariedade na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. STF. *Recurso especial: RE 657.718*. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 1º jul. 2019a.
- BRASIL. STF. *Suspensão de tutela antecipada: STA 223*. Brasília. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar-jurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+223%2ENUME%2E%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/aj28lcv>. Acesso em: 29 out. 2019b.
- CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. Comentários ao artigo 170. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 1.785.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19 Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 1993.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- RIO GRANDE DO SUL. TJRS. *Recurso Cível n. 71007823545*. Porto Alegre. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 1º jul. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. In: *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, vol. 8, n. 4, p. 1.644-1.689, 2016.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL: Parágrafo Único do Artigo 40 da Lei 9.279/96 e Acesso a Medicamentos Genéricos

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.115-124>

Recebido em: 1º/5/2019

Modificações requeridas em: 26/10/2019

Aceito em: 4/11/2019

José Antonio Remedio

Pós-doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep) e de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo (Unasp). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo aposentado. Advogado. <http://lattes.cnpq.br/1121639468800540>. jaremedio@yahoo.com.br

Cristiane Canisela Villalva Prado

Mestranda em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). Advogada. Farmacêutica-bioquímica pela Faculdade de Ciências Biológicas de Araras (FHO). <http://lattes.cnpq.br/5129232526462805>. crisvprado@gmail.com

RESUMO

A presente pesquisa pretende avaliar os efeitos da aplicação do parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, que confere possibilidade de prorrogação da vigência da patente em relação ao acesso aos medicamentos genéricos. Apresenta algumas reflexões sobre a proteção da propriedade intelectual enquanto direito fundamental. Verifica também a situação do processo de análise de pedidos de patentes de responsabilidade do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (Inpi), como forma de entender o que levou o legislador a introduzir o referido parágrafo único no artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, especialmente no que se refere aos medicamentos genéricos. O método utilizado é o dedutivo, com base na revisão bibliográfica da legislação, doutrina e jurisprudência. Conclui que o parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, que deveria ser utilizado apenas em casos excepcionais, é aplicado sistematicamente ante a questão do *backlog*. Conclui também que a aplicação do referido dispositivo normativo retarda a entrada de novos medicamentos genéricos no mercado, impedindo um maior acesso da população aos mesmos, em regra mais baratos, e tão seguros e eficazes quanto os medicamentos originais.

Palavras-chave: Lei de propriedade industrial. Medicamentos genéricos. Patente. Propriedade industrial. Prorrogação de patente.

INDUSTRIAL PROPERTY LAW: SINGLE PARAGRAH FROM ARTICLE 40 OF THE LAW N. 9.279/96 AND THE ACCESS TO GENERIC MEDICINE

ABSTRACT

The present research intends to evaluate the effects of the application of the single paragraph from article 40 of the Industrial Property Law, which provides the possibility of extending the validity of the patent regarding the access to generic medicines. It presents a view about the protection of the intellectual property as a fundamental right. It also verifies the situation of the analysis of patent applications process, under the responsibility of the National Institute of Industrial Property (Inpi), as a way of understanding what led the legislator to introduce the aforementioned paragraph in article 40 of the Industrial Property Law, especially regarding generic medicines. The method used is the deductive, based on legislation bibliographical revision, doctrine and jurisprudence. It is concluded that the single paragraph of the article 40 of the Industrial Property Law, which should be used only in exceptional cases, is systematically applied in the context of backlog issues. It is also concluded that the application of this normative device delays the entry of new generic medicines in the market, preventing a greater access of the population to them, usually cheaper, and as safe and-effective as original medicines.

Keywords: Industrial property law. Generic medicine. Patent. Industrial property. Patent extension.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Breves Considerações sobre a Proteção da Propriedade Intelectual. 3 O Artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial. 4 Medicamentos Genéricos. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A propriedade industrial integra o rol de direitos e garantias fundamentais e está prevista no artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988. A Lei Maior assegura o direito subjetivo à proteção patentária aos autores de inventos industriais, desde que preenchidos os requisitos legais.

A concessão de patentes é de responsabilidade do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (Inpi) e está regulamentada pela Lei 9.279/96, conhecida como Lei de Propriedade Industrial (LPI).

A norma constitucional determina que os autores de inventos gozarão de privilégio temporário para a sua utilização, visando o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Os prazos para a exploração exclusiva estão estabelecidos na Lei de Propriedade Industrial, e são de 20 anos para a patente de invenção e de 15 anos para a de modelo de utilidade, o que obedece à previsão constitucional de temporariedade da patente.

O parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, contudo, confere possibilidade de prorrogação da vigência da patente como forma de preservar o direito do inventor pela demora excessiva no processamento do pedido da patente.

Nesse contexto, a exploração exclusiva da patente, que deveria ter prazo inicial e final fixados previamente, passa a poder vigorar por prazo indeterminado, o que causa sérias consequências aos consumidores e fabricantes de medicamentos genéricos. Essa indeterminação faz com que versões genéricas de medicamentos demorem mais para entrar no mercado, causando sérios prejuízos aos cofres públicos e aos particulares.

A proteção conferida pelas patentes, em especial no setor farmacêutico, acarreta graves problemas para a saúde pública, em especial no que se refere aos elevados preços e ao desabastecimento dos medicamentos.

Nessa perspectiva é que se formula a presente pesquisa, objetivando discutir a proteção da propriedade intelectual no direito pátrio e as consequências da aplicação da prorrogação de parte da disposição constante do parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial.

No tocante à estrutura, a pesquisa está organizada em três partes, além da introdução: inicia-se com considerações a respeito da proteção da propriedade intelectual no Brasil; a seguir verifica a proteção e fundamentalidade da propriedade intelectual no Direito Pátrio; na sequência faz uma análise sobre o artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, com ênfase na situação do processo de análise de patentes no Brasil, notadamente as patentes farmacêuticas; e, por fim, realiza algumas reflexões sobre os medicamentos genéricos e as vantagens decorrentes de sua utilização.

A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica de caráter dedutivo, a partir da análise da legislação, livros, artigos científicos, teses e jurisprudência aplicáveis ao tema.

Tem-se, como hipótese, que a prorrogação da vigência da patente, prevista no parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, que deveria ocorrer apenas em casos excepcionais, vem sendo aplicada sistematicamente, retardando a entrada de novos medicamentos genéricos no mercado.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

A propriedade intelectual integra o rol de direitos e garantias fundamentais, estando contemplada no artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), nos seguintes termos (BRASIL, 1988):

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

(...)

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Dessa forma, a Lei Maior assegura o direito subjetivo à proteção patentária aos autores de inventos industriais, desde que preenchidos os requisitos legais. O mecanismo de concessão de patentes é vinculado e independe de juízo de conveniência e oportunidade por parte da União.

A lei referenciada no texto constitucional é a Lei 9.279/96, que trata da Propriedade Industrial (Lei de Propriedade Industrial – LPI), posto que a referida lei regula e disciplina os direitos e obrigações inerentes à propriedade industrial.

A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerados seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, efetua-se conforme o disposto no artigo 2º da Lei 9.279/96, mediante concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade, concessão de registro de desenho industrial, concessão de registro de marca, repressão às falsas indicações geográficas e repressão à concorrência desleal. O Estado concede os direitos industriais por meio de uma autarquia federal: o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi).

Em linhas gerais, a patente corresponde ao título de propriedade concedido pelo Estado, que assegura ao titular exclusividade temporária para exploração de uma determinada invenção (CHAVES; OLIVEIRA, 2007).

A proteção conferida pela Constituição Federal à propriedade intelectual tem caráter temporário e deriva de lei ordinária, a Lei de Propriedade Industrial. Para tanto, como todas as demais espécies de propriedade, a propriedade intelectual deve atender à sua função social, no caso representada pelo interesse social e pelo desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Desta forma, resta assegurado aos autores de inventos a possibilidade temporária de exploração exclusiva de seus inventos, ao mesmo tempo em que confere à sociedade em geral a possibilidade de exploração ou uso de tal invenção após o término da vigência da patente.

No âmbito internacional, a Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – Ompi (Wipo em inglês) –, define a propriedade intelectual como (ABIMAQ, 2019)

[...] a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Ainda, de acordo com a OMPI, a propriedade intelectual é um tema de crescente importância para a economia do país, assim como um canal de inserção na comunidade internacional e, “juntamente com as patentes, é um instrumento essencial na difusão do conhecimento e na transformação do mesmo em benefícios sociais, influenciando também na cooperação universidade-empresa, beneficiando ambas as partes e favorecendo o avanço tecnológico” (ABIMAQ, 2019).

A propriedade intelectual não é tema recente na história do Direito Brasileiro. A proteção jurídica destes bens constitui uma tradição antiga em nosso ordenamento jurídico, dada sua relevância para o desenvolvimento do país. O Brasil foi um dos primeiros países a legislar sobre a matéria, por meio do Alvará Régio de 28 de janeiro de 1809, promulgado pelo príncipe regente Dom João VI, que “previa a concessão do privilégio de exclusividade aos inventores e introdutores de novas máquinas e invenções, como benefício para a indústria e as artes” (BARRAL; PIMENTEL, 2006, p. 13).

A Constituição Federal protege a propriedade intelectual, que integra o Título II da CF/88, concernente aos direitos e garantias fundamentais, Capítulo I, relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos.

A localização topográfica da propriedade intelectual entre os direitos e garantias fundamentais é alvo de discussões na doutrina. Alguns autores questionam a existência ou não de um direito natural aos bens intelectuais (PRONER, 2007, p. 139).

Silva (2014, p. 280) sustenta que, por não possuir natureza de direito fundamental do homem, a propriedade intelectual não deveria encontrar previsão no artigo 5º da CF/88, mas entre as normas sobre a ordem econômica. Além disso, assevera que o direito assegurado no dispositivo é de garantia relativa, e que decorrerá de legislação ordinária, isto é, a eficácia da norma depende de legislação ulterior.

Nestes termos, a norma possui eficácia limitada e sua aplicação é mediata, o que contraria o disposto no § 1º do artigo 5º da CF/88, que estabelece que a aplicação das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais é imediata (BASSO, 2008, p. 41).

Trata-se de um direito subjetivo assegurado aos autores de inventos industriais, desde que preenchidos os requisitos previstos na Lei de Propriedade Industrial.

No mesmo sentido manifestou-se a Organização das Nações Unidas (ONU), por intermédio da Comissão dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Segundo o Comentário Geral n. 7, de novembro de 2005, a propriedade intelectual não possui natureza de direito fundamental do homem (UNITED NATIONS, 2005):

1. O direito de todos se beneficiarem da proteção dos interesses morais e materiais resultantes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual ele ou ela seja o autor é um direito humano, que deriva da dignidade e valor inerentes a todas as pessoas.(...). Direitos humanos são direitos fundamentais, inalienáveis e universais pertencentes a indivíduos e, sob certas circunstâncias, grupos de indivíduos e comunidades. Os direitos humanos são fundamentais, pois são inerentes à pessoa humana como tal, enquanto os direitos de propriedade intelectual são, antes de mais nada, meios pelos quais os Estados procuram incentivar a inventividade e a criatividade, incentivar a divulgação de produções criativas e inovadoras, bem como o desenvolvimento de identidades culturais e preservar a integridade das produções científicas, literárias e artísticas para o benefício da sociedade como um todo.

2. Ao contrário dos direitos humanos, os direitos de propriedade intelectual são geralmente de natureza temporária e podem ser revogados, licenciados ou atribuídos a outra pessoa. Enquanto na maioria dos sistemas de propriedade intelectual, os direitos de propriedade intelectual, muitas vezes com exceção dos direitos morais, podem ser alocados, limitados no tempo e escopo, comercializados, alterados e até confiscados, os direitos humanos são expressões atemporais dos direitos fundamentais da pessoa humana.(...).¹ (tradução nossa).

Em sentido contrário, porém, Maristela Basso (2008, p. 41) entende que, apesar das discussões a respeito, a propriedade intelectual deve integrar o rol das garantias fundamentais, desde que atendida sua função social:

Muito embora exista na doutrina a discussão sobre sua natureza jurídica, o certo é que a propriedade industrial, nos termos da Carta de 5 de outubro de 1988, e desde a Constituição do Império de 1824, é uma espécie de propriedade com matriz constitucional, sendo um conceito de propriedade paralelo ao clássico, embora seja a nossa opinião que devesse fazer-se incluir no elenco das garantias fundamentais. E, estando a “propriedade geral” do art. 5º, inciso XXII, submetida ao atendimento de sua função social (art. 5º, XXIII), é possível relacionar essa condição também ao exercício da propriedade industrial.

Ainda de acordo com a autora, quando a Constituição faz menção à propriedade, esta engloba todos os direitos patrimoniais privados. Neste sentido, os direitos intelectuais, apesar de possuírem faculdades específicas, também possuem características de direitos patrimoniais privados (BASSO, 2008, p. 41).

3 O ARTIGO 40 DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A Propriedade Industrial é o ramo da Propriedade Intelectual que trata das “criações intelectuais voltadas para as atividades de indústria, comércio e prestação de serviços e engloba a proteção das invenções (patente de invenção e modelo de utilidade), desenhos industriais, marcas, indicações geográficas, bem como

¹ Texto original em inglês:

“1. The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author is a human right, which derives from the inherent dignity and worth of all persons. (...) Human rights are fundamental, inalienable and universal entitlements belonging to individuals and, under certain circumstances, groups of individuals and communities. Human rights are fundamental as they are inherent to the human person as such, whereas intellectual property rights are first and foremost means by which States seek to provide incentives for inventiveness and creativity, encourage the dissemination of creative and innovative productions, as well as the development of cultural identities, and preserve the integrity of scientific, literary and artistic productions for the benefit of society as a whole.

2. In contrast to human rights, intellectual property rights are generally of a temporary nature, and can be revoked, licensed or assigned to someone else. While under most intellectual property systems, intellectual property rights, often with the exception of moral rights, may be allocated, limited in time and scope, traded, amended and even forfeited, human rights are timeless expressions of fundamental entitlements of the human person.”

a repressão da concorrência desleal”. No Brasil, o Sistema de Propriedade Industrial é constituído basicamente pela Lei da Propriedade Industrial, a Convenção de Paris, os Tratados Internacionais e os Atos Normativos e Resoluções do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi) (ABIMAQ, 2019).

No país, a vigência da patente decorre especialmente da Lei 9.279/96. Nos termos do artigo 40 do referido diploma normativo (BRASIL, 1996), traz:

Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.

Da redação do dispositivo citado pode-se notar que o prazo de vigência da patente de invenção é de 20 anos, enquanto o prazo da patente de modelo de utilidade é de 15 anos, contados a partir da data do depósito do pedido no Inpi, o que obedece à temporariedade da proteção prevista na norma constitucional.

Segundo Paesani (2012, p. 41), os prazos previstos no *caput* do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial não são renováveis. O parágrafo único do dispositivo prevê, no entanto, um prazo mínimo de vigência para as patentes a partir da concessão, a saber, dez anos para a patente de invenção e sete anos para a patente de modelo de utilidade, como forma de compensar o titular do direito pelo atraso excessivo no processamento de seu pedido junto ao Inpi.

O processamento de pedidos de concessão de patentes, todavia, tem sido marcado por excessiva demora, seja no Brasil, seja no exterior. Especificamente no Brasil, o Inpi há anos vem enfrentando sérias dificuldades relativas ao prazo de concessão de patentes. Atualmente, a autarquia possui um número bastante elevado de pedidos de patentes pendentes, o chamado *backlog* (SPADANO; SANTOS; TÂNGARI, 2017).

Com base em dados estatísticos disponíveis no site do Inpi, pode-se ter uma noção da situação dos pedidos de patentes. Em junho de 2017 havia 231.184 pedidos de patentes pendentes de exames. Levando-se em consideração que o Inpi conta com 326 examinadores e o índice de produtividade é de 55 decisões em exame técnico por examinador por ano, se não forem tomadas medidas do Órgão que reduzam significativamente o número de exames pendentes, a tendência é de que em 2029 esse número chegue a 349.080 pedidos na fila de espera (INPI, 2017).

A ineficiência do Inpi gera um ambiente de insegurança e de desestímulo aos investimentos no Brasil, comprometendo o desenvolvimento do país e, conseqüentemente, causando prejuízos incalculáveis, tanto para o poder público quanto para os consumidores e a iniciativa privada.

O próprio presidente do Inpi, Luiz Otávio Pimentel, confirma a morosidade para a obtenção de uma patente no Brasil. Segundo suas palavras, “o trâmite de uma patente hoje está estimado em 10 anos e 9 meses. A nossa capacidade de exame técnico hoje é de cerca de 9 mil patentes por ano. E, nos últimos 3 anos, a média de pedidos junto ao Inpi tem sido de 30 mil pedidos. Então nós estamos sempre aquém” (JORNAL, 2017).

Na seara farmacêutica, a estatística baseada nos anos de 2016 e 2017 indica que os pedidos de patentes têm sido concedidos, em média, mais de 12 anos após o depósito (INPI, 2017).

Como os direitos de propriedade industrial devem refletir o interesse social, foi editada a Resolução 80/2013, do Inpi, que disciplina a priorização do exame de pedidos de patente de produtos e processos farmacêuticos, bem como equipamentos e materiais relacionados à saúde pública, com o objetivo de dar celeridade ao exame de pedidos de patente relacionados aos produtos, processos, equipamentos e materiais de uso em saúde, em particular aqueles considerados estratégicos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Sendo assim, ao menos formalmente, desde então esses pedidos têm prioridade na fila de espera.

Conforme estimativa realizada pelo Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, porém, o atual processo faz com que a patente fique vigente além do prazo legal, entre 1,75 e 5,58 anos adicionais. A análise foi feita com 7 medicamentos usados no tratamento de hepatite, HIV/Aids e artrite reumatoide, entre outros, resultando no gasto adicional, pelo Ministério da Saúde, de R\$ 2,02 bilhões até 2016 (ANVISA, 2017b).

Diante deste cenário de morosidade excessiva na análise dos pedidos de patentes por parte do Inpi e da possibilidade de prorrogação do prazo de vigência da patente que o parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial contempla, tem-se que a proteção patentária irá ultrapassar os prazos previstos no *caput* do artigo 40, que é de 20 anos para patentes de invenção e de 15 anos para patente de utilidade.

A possibilidade de exploração exclusiva da patente por prazo indeterminado gera grande insegurança e viola sua função social, qual seja, o interesse público e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. O prolongamento da vigência de uma patente farmacêutica impede que novos medicamentos genéricos entrem no mercado. As consequências disso decorrentes podem ser desastrosas, como gastos desnecessários ao Ministério da Saúde e menor acesso da população a medicamentos com preços mais acessíveis.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.721.711-RJ (BRASIL, 2018) relacionado a medicamentos, sufragou o entendimento no sentido de que o adiamento da entrada das invenções em domínio público “significa retardar o acesso ao mercado de genéricos, causando, como consequência, o prolongamento de preços mais altos, o que contribui para a oneração das políticas públicas de saúde e dificulta o acesso da população a tratamentos imprescindíveis”.

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao julgar a Apelação e Reexame Necessário n. 0132260-18.2013.4.02.5101, decidiu que “o parágrafo único do artigo 40 da Lei n. 9.279/96 ofende o caráter temporário dos privilégios sobre patente (inciso XXIX do artigo 5º) ao conferir prazo indefinido à vigência desses registros” (BRASIL, 2015).

4 MEDICAMENTOS GENÉRICOS

No Brasil, as primeiras discussões sobre medicamentos genéricos tiveram início na década de 70, e resultaram na publicação do Decreto 793/73, posteriormente revogado pelo Decreto 3.181/99, que regulamentou a Lei 9.787/99.

A Lei 9.787/99 alterou alguns dispositivos da Lei 6.360/76, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária, e introduziu, de modo formal, a questão da denominação genérica e de medicamentos genéricos no país, em consonância com as normas estabelecidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), países da Europa, Estados Unidos e Canadá.

Os primeiros registros de medicamentos genéricos datam do ano 2.000, quando foram concedidos 182 registros e tomadas as ações para instituir a produção dessa espécie de medicamento, inclusive com incentivo à importação (ANVISA, 2018a).

Antes de quaisquer considerações acerca dos medicamentos genéricos, é mister diferenciá-los dos medicamentos de referência e dos medicamentos similares.

Considera-se medicamento de referência, consoante artigo 3º, inciso XXII, da Lei 9.787/99, o produto inovador registrado no órgão federal responsável pela Vigilância Sanitária e comercializado no país, cuja eficácia, segurança e qualidade foram comprovadas cientificamente junto ao órgão federal competente por ocasião do registro.

Tem-se como medicamento similar, conforme artigo 3º, inciso XX, da Lei 9.787/99, aquele que contém o mesmo ou os mesmos princípios ativos, apresenta a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica, preventiva ou diagnóstica, do medicamento de referência registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, podendo diferir somente em características relativas ao tamanho e à forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículos, devendo sempre ser identificado por nome comercial ou marca.

Considera-se medicamento genérico, de acordo com o artigo 3º, inciso XXI, da Lei 9.787/99, o medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela Denominação Comum Brasileira (DCB)² ou, na sua ausência, pela Denominação Comum Internacional (DCI).³

² Denominação Comum Brasileira (DCB) – denominação do fármaco ou princípio farmacologicamente ativo aprovada pelo órgão federal responsável pela Vigilância Sanitária.

³ Denominação Comum Internacional (DCI) – denominação do fármaco ou princípio farmacologicamente ativo recomendada pela Organização Mundial de Saúde.

O medicamento genérico contém o mesmo princípio ativo, dose, forma farmacêutica, administração de via e indicação terapêutica do medicamento de referência. Não possui nome comercial e seu custo deve ser no mínimo 35% inferior ao produto de marca. As embalagens devem apresentar uma tarja amarela com a letra “G” e a indicação “Medicamento Genérico”. Medicamentos genéricos podem substituir os medicamentos de marca, sendo, portanto, considerados intercambiáveis (LISTA, 2018).

A intercambiabilidade é garantida por meio de testes de equivalência terapêutica, que incluem comparação *in vitro*, mediante estudos de equivalência farmacêutica, e *in vivo*, com os testes de bioequivalência apresentados à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA, 2018a).

A introdução de políticas públicas quanto ao uso de medicamentos genéricos pode “contribuir na promoção de uma maior acessibilidade, redução de custos, aumento de alternativas, além de contribuir na racionalização da seleção e do uso de medicamentos” (BERMUDEZ, 1999, p. 158).

Segundo dados da Anvisa, desde o ano de 2000, quando iniciaram as concessões dos primeiros registros, até 30 de junho de 2017, 4.886 medicamentos genéricos foram registrados, posto que, deste montante, 1.016 tiveram seus registros cancelados, restando um saldo de 3.870 medicamentos genéricos com registros válidos (ANVISA, 2018b).

No período em questão, 120 empresas eram detentoras dos registros válidos, considerando que 85,6% dos medicamentos genéricos com registro válido são fabricados no Brasil. Do restante, entre outros, 8,3% são fabricados na Índia, 1,1% na Alemanha, 0,7% no Canadá, 0,3 na Itália e 0,3% nos Estados Unidos da América.

No Brasil, as vantagens na utilização dos medicamentos genéricos são bastante expressivas. Segundo dados do Conselho Federal de Farmácia (CFF), em 2016 o Brasil ocupava a sexta posição entre os maiores consumidores de medicamentos do mundo, com projeção, segundo a IMS Health, de alcançar a quarta posição até 2018, atrás apenas de Estados Unidos, China e Japão (CFF, 2016).

Tal consumo deve-se, em grande parte, ao envelhecimento da população brasileira. Conforme estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população acima dos 60 anos de idade deve passar de 14,9 milhões (7,4% do total), em 2013, para 58,4 milhões (26,7% do total) até 2060, graças ao aumento da expectativa de vida (CFF, 2016).

Como é notório, é justamente na velhice que doenças crônicas, como hipertensão e diabetes, tendem a se manifestar com maior frequência, causando expressivo aumento no consumo de medicamentos.

Além disso, os medicamentos são um dos maiores responsáveis pelos gastos com saúde pública. Segundo a Anvisa, em 2016 o faturamento do setor farmacêutico industrial foi de R\$ 63,5 bilhões, posto que 15% deste valor, ou seja, R\$ 9.719.138.198,00, foram comercializados com o governo (ANVISA, 2017a). Cabe ressaltar que o faturamento das indústrias com medicamentos genéricos somou R\$ 8.581.021.119,00 no mesmo ano.

A Lei 8.080/90, que trata das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, estabelece que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício por meio da formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e do estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (artigo 1º).

Ademais, a referida Lei dispõe que os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do país, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais (artigo 3º).

É importante salientar que a Organização Mundial de Saúde (OMS) destaca que ocorre uso racional de medicamentos quando os pacientes recebem medicamentos adequados às suas condições clínicas, em doses ideais para suas necessidades individuais e ao menor custo para si e para a comunidade (WHO, 1985).

Os medicamentos genéricos, por disposição legal,⁴ devem ser, no mínimo, 35% mais baratos que os medicamentos de referência. Podem ser produzidos apenas após o término do prazo de proteção patentária do medicamento original. São cópias fiéis das fórmulas já existentes e, pelo fato de os fabricantes não precisarem investir quantias enormes em pesquisa e desenvolvimento, chegam ao mercado com preços mais acessíveis.

Desta forma, amplia o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade comprovada. Isto porque os medicamentos genéricos somente podem ser comercializados após serem aprovados em testes de equivalência farmacêutica⁵ e bioequivalência,⁶ segundo as normas da Anvisa (PRÓ-GENÉRICOS, 2018).

Além disso, estimulam a concorrência, fazendo com que os preços dos medicamentos de referência sejam reduzidos, beneficiando todos os que necessitam de medicamentos, sobretudo a população mais carente e portadora de doenças crônicas.

Ademais, medicamentos genéricos podem substituir os medicamentos de referência prescritos nas receitas médicas, oportunizando uma alternativa segura e eficaz de viabilização dos tratamentos a preços mais baratos.

5 CONCLUSÃO

O direito à proteção patentária está expressamente previsto no artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988, integrando o rol de direitos e garantias fundamentais.

Trata-se de um direito subjetivo assegurado aos autores de inventos industriais, desde que preenchidos os requisitos previstos na Lei 9.279/96, a Lei de Propriedade Industrial.

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi) é o órgão responsável por processar os pedidos de patentes e analisar se estão presentes os requisitos de patenteabilidade, conforme determina a Lei de Propriedade Industrial.

A Constituição Federal deixa claro a temporariedade da exploração exclusiva da patente, desde que atendida sua função social, neste caso representada pelo interesse social e pelo desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

A exclusividade da exploração patentária tem seu prazo previsto no artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial, sendo de 20 anos para a patente de invenção e de 15 anos para a de modelo de utilidade.

O parágrafo único do artigo 40 da Lei 9.279/96, contudo, confere possibilidade de prorrogação da vigência da patente como forma de preservar o direito do inventor por uma possível demora no processamento do pedido da patente.

Em razão da demora sistemática no processamento de pedidos de patentes por parte do Inpi, no entanto, a patente passou a ter uma vigência maior que aquela inicialmente prevista no *caput* do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial. Assim, a exploração exclusiva da patente farmacêutica, que deveria ter prazo inicial e final fixados previamente num total de 20 anos, passa a poder vigorar por prazo indeterminado, conforme estudos, entre 1,75 e 5,58 anos adicionais. Essa indeterminação faz com que versões genéricas de medicamentos demorem mais para entrar no mercado, causando sérios prejuízos aos cofres públicos e aos particulares.

Os medicamentos genéricos são muito importantes na promoção da saúde, pois são, no mínimo, 35% mais baratos que os medicamentos originais, o que permite que um maior número de pessoas tenha acesso a tratamentos eficientes, seguros e de baixo custo.

⁴ Nesse sentido, a Resolução n. 2, de 2004, da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED).

⁵ Os testes de equivalência farmacêutica têm por objetivo comprovar que os genéricos possuem os mesmos fármacos, na mesma dosagem e forma farmacêutica encontradas nos medicamentos de referência, além de cumprirem com as mesmas especificações físicas e físico-químicas relativas ao controle de qualidade.

⁶ Os testes de bioequivalência são realizados em voluntários sadios e obedecem a três fases: a fase clínica, quando ocorre a administração do medicamento genérico e de referência em períodos distintos, com a coleta de amostras de sangue ou urina em tempos determinados; a fase analítica, na qual é feita a quantificação do fármaco nas amostras por meio de método específico; e a fase estatística, em que são realizados cálculo dos parâmetros farmacocinéticos e análise estatística para determinar a bioequivalência.

Sugere-se, com o estudo, sem a pretensão de se enveredar para o esgotamento do tema, que o parágrafo único do artigo 40 da Lei 9.279/96 seja revisto, e que o Poder Público dê maiores e melhores condições de atuação e trabalho ao Inpi, a fim de evitar atrasos nos processamentos de pedidos de patentes, e assim assegurar o acesso da população aos medicamentos genéricos.

Tem-se, em conclusão, que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que o parágrafo único do artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial é aplicado sistematicamente ante a morosidade da análise dos pedidos de patentes pelo Inpi, retardando a entrada de novos medicamentos genéricos no mercado e, conseqüentemente, impedindo um maior acesso da população aos mesmos.

6 REFERÊNCIAS

- ABIMAQ. *Manual Propriedade Industrial – Abimaq/IPD-Maq – Núcleo de Apoio ao Patenteamento*. 2019. Disponível em: <https://vdocuments.com.br/propriedade-intelectual-definicao-a-convencao-da-.html>. Acesso em: 7 abr. 2019.
- ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Anuário estatístico do mercado farmacêutico 2016*. Brasília, 2017a. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/3413536/Anu%C3%A1rio+Estat%C3%ADstico+do+Mercado+Farmac%C3%AAutico+-+2016/485ddf50-a37f-469f-89e5-29643c5c9df5>. Acesso em: 10 set. 2018.
- ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Anvisa e Inpi: acordo acelera análise de patentes*. Brasília: Anvisa, 2017b. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/anvisa-e-inpi-acordo-acelera-analise-de-patentes/219201/pop_up?_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_viewMode=print&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_languageId=pt_BR. Acesso em: 2 set. 2017.
- ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Medicamentos genéricos*. 2018a. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/genericos>. Acesso em: 3 set. 2018.
- ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Medicamentos genéricos: estatísticas e listas*. 2018b. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/medicamentos-genericos-registrados>. Acesso em: 5 set. 2018.
- BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luis Otávio. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luis Otávio (org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- BASSO, Maristela. A tutela constitucional da propriedade intelectual na Carta de 1988: avanço indiscutível. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 179, jul./set. 2008. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176539/Tutela_constitucional_propriedade_intelectual.pdf?sequence=1. Acesso em: 17 out. 2018.
- BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda. Informação e regulamentação com qualidade: as bases para uma política de medicamentos genéricos. In: BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda; BONFIM, José Ruben de Alcântara (org.). *Medicamentos e a reforma do setor saúde*. São Paulo: Hucitec; Sobravime, 1999. p. 179-191.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 maio 2017.
- BRASIL. *Lei n. 9.279*, de 14 de maio de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Acesso em: 28 abr. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.721.711-RJ*. Relatora ministra Nancy Andrighi. Brasília: DJE, 20 abr. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82416191&num_registro=201702619910&data=20180420&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 8 abr. 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação e Reexame Necessário n. 0132260-18.2013.4.02.5101*. Relator Andre Fontes. Publ. 15 jul. 2015. Disponível em: http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=apolo-inteiro-teor&id=2015,07,14,01322601820134025101_55467.pdf. Acesso em: 8 abr. 2019.
- CHAVES, G. C.; OLIVEIRA, M. A. Direitos de propriedade intelectual e acesso a medicamentos. In: REIS, R.; TERTO JR., V.; PIMENTA, C.; MELLO, F. (org.). *Propriedade intelectual: interfaces e desafios*. Rio de Janeiro: Abia, 2007. p. 13-55.
- CFE. Conselho Federal de Farmácia. *Farmácias de elite*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cff.org.br/noticia.php?id=3879>. Acesso em: 5 set. 2018.
- INPI. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. *Resumo estatístico da situação dos pedidos de patentes*. Rio de Janeiro: INPI, 2017. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/sobre/estatisticas>. Acesso em: 4 dez. 2017.
- JORNAL Nacional. *Inovar vai além de ter uma boa ideia: é preciso ousar e persistir*. Ago. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/08/innovar-vai-alem-de-ter-uma-boua-ideia-e-preciso-ousar-e-persistir.html>. Acesso em: 3 set. 2017.
- LISTA de Medicamentos Genéricos. *O que são genéricos?* Disponível em: <http://medicamentogenerico.com.br>. Acesso em: 3 set. 2018.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *A proteção jurídica das invenções de medicamentos e de gêneros alimentícios*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

PAESANI, Liliana Minardi. *Manual de propriedade intelectual: direito de autor, direito da propriedade industrial, direitos intelectuais sui generis*. São Paulo: Atlas, 2012.

PIMENTEL, Luís Otávio. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento: considerações para o debate. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, p. 7-25, dez. 2004. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/726/286>. Acesso em: 27 abr. 2018.

PRÓ-GENÉRICOS. *Medicamento genérico: uma importante conquista para a saúde pública no Brasil*. Disponível em: http://www.progenericos.org.br/pdf/Medicamento_Generico_15anos.pdf. Acesso em: 10 set. 2018.

PRONER, Carol. *Propriedade intelectual e direitos humanos: sistema internacional de patentes e direito ao desenvolvimento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SPADANO, Lucas; SANTOS, Bernardo; TÂNGARI, Luiza. Inpi reforça medidas contra acúmulo de patentes pendentes de exame. *Revista Consultor Jurídico*, 21 ago. 2017.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. *General Comment*, n. 7, 2005. Disponível em: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQcMZjyZIUmZS43h49u0CNAUJljwgfzCL8J-Q1SHYTZH6jsZteqZOpBtECZh96hyNh%2F%2FHW6g3fYyiDXsSgaAmIP%2BP>. Acesso em: 16 out. 2018.

WHO. World Health Organization. The Rational Use of Drugs. In: *Report of the Conference of Experts*. Nairobi: WHO, nov. 1985. Disponível em: <http://apps.who.int/medicinedocs/documents/s17054e/s17054e.pdf>. Acesso em: 6 set. 2018.

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E RESPONSABILIDADE DECISÓRIA: Uma Leitura Contemporânea

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.125-142>

Recebido em: 21/2/2019

Aceito em: 7/7/2019

José Eduardo Ribeiro Balera

Bacharelado em Direito (2013) e Mestrado em Filosofia (concentração em Ética e Filosofia Política, 2016) pela Universidade Estadual de Londrina. Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2018). Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus (2015). Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (2015). Colaborador dos Projetos de Pesquisa: Habermas, Rawls e MacIntyre: um debate entre neo-kantianos e neo-aristotélicos; Estudos Foucaultianos; Acesso à Justiça: a instrumentalidade do processo frente à Jurisdição. Tem experiência em Direito Público, Direito do Trabalho, Filosofia Política e do Direito. É advogado e professor universitário. <http://lattes.cnpq.br/7986665214511225>. j.ribeirobalera@gmail.com

RESUMO

O surgimento e o fortalecimento do Estado de Direito impuseram, a partir do substrato normativo constitucional, balizas ao agir dos indivíduos em sociedade, ao próprio aparato estatal e aos seus administradores. Assim, a Administração Pública, dotada de prerrogativas, é incumbida do atingimento de resultados coletivamente relevantes e desejados. Neste cenário, o presente trabalho tem por objetivo analisar o espaço da discricionariedade administrativa ante as exigências de correção decisória, em especial pelo rigorismo imposto pela teoria hermenêutica jurídica contemporânea. Inicialmente, apresenta-se o entendimento consolidado na dogmática jurídica acerca da discricionariedade e seus pontos de divergência. Em seguida expõe-se a relação entre a atividade interpretativa e o agir discricionário, segundo a doutrina administrativista. Em continuidade ao estudo sistemático deste instituto jurídico, examina-se as diferentes espécies de discricionariedade e suas potenciais fragilidades. Por fim, são pormenorizadas as críticas advindas da hermenêutica contemporânea em razão do direito fundamental à resposta correta ou “verdadeira”.

Palavras-chave: Discricionariedade administrativa. Liberdade decisória. Interpretação. Correção decisória. Controle jurisdicional.

ADMINISTRATIVE DISCRETION AND DECISION-MAKING RESPONSIBILITY: A CONTEMPORARY ANALYSIS

ABSTRACT

The emergence and strengthening of the Democratic State of Law have imposed, from the constitutional normative substrate, signposts for the individuals' actions in society, the State Apparatus and its administrators. Endowed with prerogatives, the Public Administration is therefore charged with achieving the collectively relevant and desired results. Considering this scenario, the objective of this work is to analyze the range of the administrative discretion in the face of decision-making demands, particularly the rigor imposed by the contemporary legal hermeneutic theory. Initially, the understanding consolidated in the legal dogmatic about discretion and its aspects of divergence are presented. Then, one exposes the relation between the interpretative activity and the discretionary act, according to the administrative doctrine. Following the systematic study of this legal institute, one examines the different sorts of discretion as well as their potential fragilities. Finally, the critiques of contemporary hermeneutics are thoroughly presented in reason of the fundamental right to a correct or “true” response.

Keywords: Administrative discretion. Freedom of decision. Interpretation. Correct decision. Judicial control.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Obediência ao Estado e a Imposição de Limites Legais: A Relação entre Administrados e Administração Pública. 2.1 O Exercício da Discricionariedade pela Administração Pública e seus Limites Segundo a Dogmática Jurídica. 2.2 Disposição Normativa, Interpretação e Discricionariedade. 2.3 Espécies de Discricionariedade Administrativa. 3 Uma Proposta Contemporânea: A Incompatibilidade da Atuação Discricionária em Relação ao Estado Democrático de Direito. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Diferentes razões podem ser elencadas como justificativas à obediência dos indivíduos ao Estado e as suas deliberações. Em contraposição, a este também não é concedida, como demonstrou a História, a ampla e total liberdade na escolha das soluções que atenderão aos interesses da coletividade.

As prerrogativas da Administração Pública permitem o atingimento de resultados que dificilmente poderiam ser obtidos e gozados, individualmente ou em pequenos grupos, pelos cidadãos em sua vida em sociedade. Isto não legitima, contudo, toda e qualquer decisão da Administração, ao contrário, impõe maiores responsabilidades e a necessidade de inserção de instrumentos para seu controle.

Diante disto, o presente trabalho tem por objetivo analisar o espaço decisório da Administração a partir do instituto da discricionariedade administrativa diante da teoria hermenêutica contemporânea, por exemplo, de Ronald Dworkin. Em outros termos, pretende-se examinar a extensão decisória da Administração perante as exigências impostas ao processo interpretativo de fenômenos juridicamente relevantes.

Para tanto, inicialmente, delinea-se o contexto no qual a Administração Pública está inserida, isto é, a conjuntura legalista e limitadora do Estado Democrático de Direito. Em seguida apresenta-se o estado da arte quanto ao tema da discricionariedade, quer dizer, o modo que a dogmática jurídica tem delimitado o agir discricionário na esfera administrativa, bem como as divergências que persistem.

Para a continuidade desta investigação resgata-se a classificação estabelecida por Georges Abboud, revelando-se as peculiaridades do instituto e as fragilidades de cada uma de suas facetas. Estes primeiros pontos de vulnerabilidade permitem o desenvolvimento de objeções que são trazidas na sequência, a partir da teoria hermenêutica, por exemplo, o direito fundamental à resposta correta e a maior abertura ao controle jurisdicional do mérito dos atos administrativos.

Embora seja de predominância teórica e com aportes filosóficos, a investigação mostra-se relevante ao crescimento de uma cultura jurídica mais exigente no âmbito do Direito Administrativo, em prol da averiguação e do controle do cumprimento das obrigações pela Administração Pública e distanciada das perspectivas que favoreçam o uso temerário e pessoal dos recursos públicos, muitas vezes blindados do exame de mérito pelo poder Judiciário.

2 A OBEDIÊNCIA AO ESTADO E A IMPOSIÇÃO DE LIMITES LEGAIS: A Relação Entre Administrados e Administração Pública

Ao longo da História, os pensadores da filosofia política e do Direito arquitetaram diferentes explicações quanto à essencialidade da criação do Estado e dos motivos pelos quais os indivíduos em sociedade sujeitam-se aos comandos e à ordem jurídica estatal. Para Hobbes (1979), por exemplo, a vida do homem no estado de natureza é marcada pela luta em busca da sobrevivência. Destarte, a passagem à sociedade civil, por meio do contrato social, é justamente a garantia do cumprimento dos pactos e a abolição do cenário geral de guerra e da violência. Para Locke (2003), o Estado surge com a função de garantir a tutela de direitos e também de resolução de conflitos, visto que a disputa e as contendas seriam inevitáveis, inexistindo um terceiro imparcial, no estado de natureza, à solução de tais inconvenientes.

Em *Lectures of Jurisprudence*, o positivista John Austin (1911) entende uma íntima relação entre o direito e a coerção, pois a constituição de obrigações jurídicas decorreria da habitual sujeição às ordens de um soberano. Hart (1994), por sua vez, defende que a existência do direito estaria diretamente relacionada a fontes sociais, o direito seria constituído por regras primárias (delimitadoras de condutas) e secundárias (quanto ao reconhecimento de regras primárias, a sua alteração e até mesmo em relação a sua aplicação) e tais as regras jurídicas não se confundiriam com ordens meramente coercitivas.¹

¹ Seria possível diferenciar entre ser obrigado e ter uma obrigação. A mera ameaça ou coerção por um comando não é o elemento definidor do direito em Hart, embora tenha certa importância na teoria de Austin. Conforme a tese hartiana, pode ocorrer a obediência a uma ordem coercitiva, por exemplo, de um assaltante, mas esta não será, necessariamente, uma regra jurídica.

Estas perspectivas, conquanto sucintas, revelam a importância adquirida pelo aparato estatal e pelo Direito, com impacto direto sobre a vida de cada indivíduo em meio ao convívio social. Mesmo que as normas quanto às funções administrativas do Estado já existissem, inseridas no *jus civile*, somente em meio ao contexto revolucionário, entre o fim do século 18 e primórdios do século 19, que foi possível o estabelecimento de um ambiente fértil ao desenvolvimento do conceito de Estado de Direito e de balizas ao exercício das prerrogativas e imposição de limites à atuação dos governantes (DI PIETRO, 2016, p. 1-2).

Sem embargo, como destaca Martins (2014, p. 201-205), é possível observar distintos paradigmas na compreensão da relação entre Administração e administrados: (i) no Estado Liberal, entende-se a tutela formal da autonomia privada diante das interferências estadistas como suficiente, ao considerar a liberdade dentro da própria dinâmica de mercado; (ii) no Estado Social, enfatiza-se o substrato da isonomia em sentido social e político e almeja-se o incremento da equiparação material; (iii) no Estado Democrático de Direito, objetiva-se aprimorar esta relação, com a superação de obstáculos presentes nos modelos anteriores, por exemplo, o “paternalismo” do Estado social e a tensão entre autonomia pública e privada. Cumpre ressaltar, porém, que o modelo burocrático pouco a pouco entra em crise com o Estado Social e o formato gerencial passa a sucedê-lo. Termos referentes à saúde e à assistência pública, por exemplo, deixam de ser questões de preocupação exclusiva do Estado, pois tais responsabilidades são transferidas “às organizações da sociedade civil organizada, mantendo uma espécie de controle por intermédio de contratos de gestão” (MARTINS, 2014, p. 213).

Este recorte evidencia a complexidade da atuação estatal e, por consequência, a faceta ambivalente da Administração, visto que é possuidora de prerrogativas em favor da concretização de interesses coletivos e, concomitantemente, sujeita-se a grandes imposições e controles. Com o Estado Constitucional de Direito, como recorda Abboud (2011), a partir dos ensinamentos de Garcia Herrera, a legalidade aplicada ao poder público tem dúplice expressividade: (i) seu aspecto formal subordina-o aos comandos mais gerais e abstratos da lei; (ii) enquanto, segundo a perspectiva substancial, exige-se dos três poderes o seu exercício em garantia e em tutela dos direitos fundamentais, posto que “constituem prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas ao cidadão, ao mesmo tempo em que constituem limites/restrições à atuação do Estado” (ABBOUD, 2011, p. 64).

Diante disto, é essencial delinear o espaço admissível de decisão pela Administração Pública. Para Justen Filho (2013, p. 240), a disciplina da discricionariedade passou a ser uma questão central no âmbito do Direito Administrativo ante a evolução democrática da concepção de Estado, afinal, em um Estado autoritário tal conceito seria inexistente e toda escolha e consequente imposição seriam regidas pela vontade daquele que possui o poder de fato.

Divergindo da doutrina tradicional, Ommati (2013, p. 27) defende que a emergência do Direito Administrativo não se deu em prol da efetivação do Direito Constitucional e das limitações trazidas por este, mas “como mecanismo de manutenção das práticas de poder do antigo regime”. Embora, trivialmente, exprima-se o sentido liberal atribuído ao Direito Administrativo, ou seja, limitador do Estado e garantidor dos direitos fundamentais dos particulares, especialmente a propriedade, o histórico brasileiro, como revelado por Sergio Buarque de Holanda (1995) e Raymundo Faoro (1998), esteve comprometido pelas práticas patrimonialistas, isto é, “a Administração Pública brasileira sempre foi vista como a continuidade da casa do dono do poder do momento” (OMMATI, 2013, p. 29). Abboud (2014, p. 123), seguindo Enterría, compreende uma proximidade do instituto da discricionariedade em relação ao *gubernaculum*,² diante de sua intangibilidade pelo controle jurisdicional.

Isto posto, é preciso compreender como a dogmática administrativista tem tratado o referido instituto, bem como as perspectivas e as exigências conduzidas pela hermenêutica contemporânea.

² Na definição de Abboud (2014, p. 102, itálico no original): “[...] era um poder, ainda que não contra legem, que não precisava prestar contas a ninguém, uma vez que inexistiria qualquer padrão normativo que pudesse avaliar a correção do ato do Rei, determinado em regime de *gubernaculum*”.

2.1 O Exercício da Discricionariedade pela Administração Pública e seus Limites Segundo a Dogmática Jurídica³

A discricionariedade é, muitas vezes, entendida como um poder concedido pela lei à Administração, pois não é possível a previsão do expediente necessário e mais vantajoso à coletividade diante da diversidade de casuísmos. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles (2011, p. 173) entende este instituto como uma faculdade pela qual “a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”. Apesar disso, seriam discricionários tão somente os meios elegíveis pela Administração, mas nunca os fins a serem alcançados.

Para Furtado (2013, p. 526), a discricionariedade não pode ser considerada um poder atribuído à Administração Pública, posto que os termos “vinculado” e “discricionário” refletem uma tradição, mas que não é repetida propriamente por correção técnica, pois os poderes administrativos implicam o “exercício de prerrogativas” com interferência no âmbito individual, com a imposição de encargos, sanções ou outras culminações; por outro lado, o poder discricionário ou vinculado não importa no necessário exercício de tais prerrogativas.⁴

A confusão decorre da proximidade do exercício dos poderes administrativos (hierárquico, disciplinar, regulamentar e de polícia) com os conceitos de atividade administrativa vinculada e discricionária. A hipótese de aplicação de sanção ao servidor público é um dos exemplos trazidos pela doutrina para melhor esclarecimento desta relação, pois o ordenamento outorga, muitas vezes, certo grau de liberdade ao administrador para definição da penalidade a ser imposta, logicamente de acordo com o ato praticado e o caso em concreto no âmbito do exercício do poder hierárquico, não obstante, em outras ocasiões, o seu exercício é vinculado, como o observado pelo artigo 132 da Lei 8.112/90. Nesse sentido, conclui Furtado (2013, p. 527, *itálico no original*), a discricionariedade administrativa seria “a liberdade conferida pela lei ao administrador público para a adoção da melhor solução para o caso concreto”. O grande problema desta compreensão é conferi-la à qualidade de “um direito subjetivo de natureza privada” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 242, *itálico no original*).

Diferentemente de Hely Lopes Meirelles, que define a discricionariedade como verdadeiro poder em abstrato da Administração, Marçal Justen Filho (2013) entende o mesmo instituto como uma disciplina normativa que tem por objeto as atividades administrativas do Estado e pela qual se exige a apuração de alguns elementos tendo em vista o caso concreto. Dessarte, nas hipóteses em que os preceitos jurídicos restringem “a autonomia de escolha da autoridade administrativa, há vinculação;⁵ quando a norma cria intencionalmente margem de autonomia, há discricionariedade” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 242). Cumpre ressaltar que não existe ato totalmente discricionário, afinal, esta liberdade só pode ser exercida segundo as balizas legais (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 424).

No mesmo sentido, Di Pietro (2016, p. 254) afirma a existência de “certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto” autorizado pela lei, logo, a escolha dar-se-á diante da pluralidade de soluções igualmente válidas. Haveria, ao menos, dois critérios para sua justificação, um de natureza jurídica e outro de ordem prática. Para o primeiro, referencia-se a ideia kelseniana da elaboração do Direito por degraus, pois seria a discricionariedade a viabilizadora dos acréscimos, em cada grau, de elementos inovadores, com ponto de partida a norma de maior grau (no caso, a constitucional), seguido pelas leis, regulamentos, até sua aplicação no fato em concreto. Quanto ao segundo fundamento (o prático), elide-se o automatismo na aplicação legal e minimiza-se as consequências advindas da impossibilidade de preestabelecimento pelo legislador de todos

³ Não se trata de interpretações finais, absolutas e estáticas acerca do fenômeno jurídico e até mesmo da conduta social, mas do trabalho sistematizado e apropriado à compreensão do cenário existente, inclusive, no âmbito do pensamento jurídico. Esclarece Adeodato (2007, p. 143): “[...] A dogmática jurídica consiste justamente na sistematização e no manejo das regras que garantem que esses processos de revisão e atualização permanecerão dentro dos limites fixados pelas próprias normas jurídicas, estabelecendo modos interpretativos e integradores para a adaptação da norma ao fato”.

⁴ Nas palavras de Furtado (2013, p. 526): “Não negamos, é evidente, a existência de atividades vinculadas e discricionárias. Negamos, ao contrário, que o simples fato de determinada atividade administrativa ser discricionária (quando exercida pelo administrador público em razão da liberdade conferida por lei para a definição do conteúdo dos atos a serem praticados) ou vinculada (o que se verifica quando a atividade está totalmente definida em lei, inclusive quanto ao conteúdo dos atos administrativos dela decorrentes) importe em exercício de prerrogativa pública. Ao exercer uma prerrogativa, a Administração Pública, ao contrário, define o comportamento de particulares ou de agentes públicos, aplica sanções ou restringe o exercício de direitos e de atividades”.

⁵ Maria Sílvia Zanella Di Pietro (2016, p. 254) vai além quanto à caracterização dos atos vinculados e defende que, além de inexistirem outras opções à Administração em razão dos requisitos e dos limites legalmente previstos, surge um direito subjetivo pelo qual o particular pode exigir de determinada autoridade pública a realização de tal ato e sujeito à sindicabilidade jurisdicional.

os cenários de atuação do administrador, diante das imensuráveis e crescentes necessidades e demandas coletivas, afinal, a “dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível ao moroso procedimento de elaboração das leis” (DI PIETRO, 2016, p. 255).

Vale lembrar que a ausência de diplomas legais não implica a origem de qualquer abertura à discricionariedade. Esta, contudo, não deve servir de justificativa para a não concretização de direitos fundamentais, afinal, a própria Constituição é o fundamento normativo a sua concretização e a eles deve-se garantir uma eficácia mínima.⁶ Na condição de prerrogativa de valoração concedida aos agentes administrativos, a discricionariedade possibilita a eleição da melhor conduta que atenda aos interesses coletivos ou denominados públicos. Tem-se, desta maneira, sua efetivação no instante da prática do ato,⁷ como também em momento posterior, quando se decide pela sua revogação (CARVALHO FILHO, 2013, p. 51). Não obstante, ela não se confunde com a arbitrariedade, pois deve estar fundada em princípios da boa administração, como a eficiência, a imparcialidade e a tutela da legalidade, inclusive passível de contestação pela coletividade ou mesmo por via do Judiciário.

Ao se considerar os elementos do ato administrativo, há sempre vinculação quanto ao sujeito. A forma, em geral, é vinculada, exceto quando a lei admite uma diversidade de modos para sua prática. Quanto à finalidade, há vinculação quando considerada em sentido restrito, mas se admite a discricionariedade em relação à finalidade ampla.⁸ No que tange ao motivo, a discricionariedade pode decorrer: (i) da omissão legal ou (ii) da utilização de “vocábulos plurissignificativos”, também denominados de conceitos jurídicos indeterminados (DI PIETRO, 2016, p. 257-258).

Desta última observação emergem algumas divergências relevantes a serem consideradas: Haveria alguma relação entre a atividade interpretativa e o surgimento da discricionariedade? Seria uma liberdade intencionalmente concedida ou também decorrente da estrutura atécnica na produção legislativa?

2.2 Disposição Normativa, Interpretação e Discricionariedade

Não se pode negar que a atividade de aplicação do Direito implica, inevitavelmente, a “contribuição criativa” do intérprete e, em alguns casos, revela inovações relevantes diante do texto normativo. Esta, entretanto, não se confunde com o poder-dever atribuído por lei ao administrador na análise das circunstâncias do caso ao atingimento de determinadas finalidades. Enquanto na interpretação almeja-se a explicitação da “vontade legislativa que é determinada pelo sistema jurídico em si”, a discricionariedade legitima juridicamente a vontade do aplicador (JUSTEN FILHO, 2013, p. 243-244). A qualidade insatisfatória da redação legislativa, a textura aberta da linguagem ou até mesmo a adoção de conceitos ultrapassados e anacrônicos pelo legislador não podem justificar a atuação discricionária do administrador.

Há que se reconhecer, todavia, a impossibilidade de previsão de regras a todos os casos e a marcante insuficiência da linguagem jurídica. Diante disto, Hart reconhece a textura aberta do Direito e a necessidade de as autoridades, administrativas e judiciais, decidirem a forma adequada à resolução das contendas, observando-se as circunstâncias e os interesses em conflito, isto é, situações em que atuarão discricionariamente. Como destaca Herbert L. A. Hart (1994, p. 127, tradução livre),

A discricionariedade, portanto, deixada pela linguagem pode ser muito ampla; de modo que, se ele [a autoridade pública ou judicial] aplica a regra, a conclusão, mesmo que ela não possa ser arbitrária ou irracional, é a disposição de uma escolha. Ele escolhe pela inclusão de um novo caso em uma linha de casos por causa das semelhanças que possam ser defendidas, razoavelmente, tanto juridicamente relevante como suficientemente

⁶ A crítica surge às denominadas “normas programáticas”, por definir fins almejados, justificando-se a atuação no processo legiferante. A omissão do legislador, todavia, não pode servir de obstáculo à concretização dos preceitos e das ordens constitucionais, inclusive, definidoras de “tarefas”. Como ensina Canotilho (1999, p. 1.051, itálico no original): “todas as normas são *actuais*, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa”, ou seja, as disposições constitucionais não são meras declarações, mas todas devem ter seu valor normativo e com conteúdo definido em concreto e mesmo com alcance específico em cada caso.

⁷ Como ressalta Fernanda Marinela (2011, p. 254), tecnicamente o ato não é discricionário, pois “a liberdade está no exercício da competência e não efetivamente na prática do ato”.

⁸ A finalidade ampla é o interesse público, afinal, o regime jurídico administrativista é marcado pela supremacia do interesse público e almejando o atingimento das necessidades da coletividade. A finalidade restrita, por sua vez, refere-se aos resultados e desfechos singulares delineados pela lei, seja de maneira implícita ou explícita.

próxima. No caso das normas legais, os critérios de relevância e a proximidade da semelhança dependem de muitos fatores complexos que funcionam através do sistema legal e sobre os objetivos ou propósitos que podem ser atribuídos à regra.

Para Hart (1994, p. 136), na condição de integrante do viés do positivismo jurídico,⁹ todo ordenamento jurídico deixa um grande espaço em aberto à atuação discricionária de tribunais e demais autoridades para resolver incertezas de seus estatutos e de suas leis, além do desenvolvimento de qualificações únicas manifestadas pelos seus precedentes.

No contexto da teoria positivista contemporânea, Luigi Ferrajoli (2013, p. 70-75) sustenta uma distinção entre a discricionariedade de caráter político ou administrativo e a de cunho judicial. A primeira seria inerente às funções do governo e legislativa. A segunda estaria atrelada à atividade interpretativa, às possibilidades de decidibilidade da verdade processual, à potencial probabilidade da verdade fática e ao cunho discutível da verdade para o Direito. Além deste primeiro elemento, a judicial seria mais restrita, pois está vinculada à “aplicação substancial da lei”, ou melhor, “se manifesta unicamente nas decisões interpretativas [...] relativas ao ‘significado’ das normas aplicáveis, começando pelos direitos constitucionalmente estabelecidos” (FERRAJOLI, 2013, p. 75). A discricionariedade política cria novos direitos nos limites constitucionais e, neste aspecto, não se trata de vinculação, mas limitação das normas de sua produção. O pensador italiano vai além ao defender que possuem fontes de legitimação distintas, dado que a discricionariedade política estaria legitimada pelo fundamento da representação e a judicial na sujeição à lei com o objetivo de dizer o Direito. Nas palavras do autor: “Se trata de dos tipos de discrecionalidad profundamente distintos, que remiten a las dos fuentes de legitimación a su vez distintas y diferenciadas en los [...]: la representación política para la legis-lación y la sujeción a la ley para la juris-dicción” (FERRAJOLI, 2013, p. 74).

A diferenciação, estabelecida por Ferrajoli, parece evidenciar componentes implícitos considerados pela doutrina, como se fosse possível a instituição de métodos distintos de trabalhar com o Direito de acordo com a esfera de poder a qual pertença o seu operador, fato que é, no mínimo, arriscado e capaz de distribuir o ônus operacional de maneira assimétrica e constituir espaços de atuação totalmente variáveis, com um Judiciário contido e uma ampla esfera de decidibilidade ao Legislativo e ao Executivo.

Segundo Di Pietro (2016, p. 256), é possível o surgimento da discricionariedade por três espaços de apreciação consentidos pela lei: (i) quando a legislação atribui, expressamente, à Administração tal margem de liberdade, por exemplo, nas remoções de servidores *ex officio*; (ii) por omissão legal, via aplicação do substrato principiológico do Direito, em virtude das limitações de previsão do legislador; e (iii) da delimitação de competências sem objetivar a conduta esperada. Nesse contexto, o uso de conceitos jurídicos indeterminados causa polêmica. A doutrina majoritária tem entendido que sua adoção representa abertura ao agir discricionário da Administração, desde que sejam “conceitos de valor”. A corrente doutrinária oposta, todavia, compreende que se trataria de um espaço à atividade interpretativa para a obtenção de uma única solução (DI PIETRO, 2016, p. 258).

Em sentido distinto, de acordo com Justen Filho (2013, p. 246-248), há pelo menos três técnicas legislativas de transferência de margem de autonomia ao aplicador do Direito sem implicar discricionariedade: (i) a adoção de conceitos técnicos-científicos: momento em que a ciência e a técnica indicarão ao aplicador a medida apropriada a ser tomada, ou seja, trata-se da abertura às alternativas decorrentes do conhecimento científico, devendo esclarecer os fundamentos da escolha de tal opção; (ii) o uso de conceitos jurídicos indeterminados: na verdade, seu conteúdo é determinável e delimitável ao caso concreto, contudo não exato, viabilizando sua aplicação caso a caso, isto é, não há autonomia na deliberação da solução ao atingimento de determinado fim e sim na abrangência conceitual; (iii) o emprego de conceitos valorativos: não se confunde

⁹ Como esclarece Rafael Simioni (2011, p. 211): “Naturalmente, no âmbito do positivismo jurídico, não é possível demonstrar que existem respostas corretas, porque o positivismo vê o direito como uma questão semântica que pergunta se um caso concreto se encaixa ou não se encaixa na descrição contida nos textos jurídicos”. Mesmo Kelsen (2003), em sua *Teoria Pura do Direito*, faz referência à decisão discricionária no Direito, visto que o intérprete define o sentido da norma no ordenamento, logicamente, tendo em vista a moldura existente.

com o conceito jurídico indeterminado, pois este “envolve um juízo de conhecimento sobre os fatos, enquanto o conceito valorativo exige juízos de valor”, ou melhor, os juízos vigentes em determinado momento histórico de uma sociedade.¹⁰

Para Carvalho Filho (2013, p. 56), a confusão surge por não possuírem padrões claros de conduta, com uma notória distinção: os conceitos jurídicos indeterminados possuem previsão normativa e os efeitos derivados de sua ocorrência estão estabelecidos também no texto normativo; a discricionariedade, por sua vez, possui maior abrangência no processo deliberativo pelo órgão administrativo, pois este amoldará também seus efeitos.

Como ressalta Eros Roberto Grau (2016, p. 160), porém, os conceitos, na condição de ideias universais, não podem ser passíveis de indeterminação, na verdade os termos e as expressões que são indeterminados. Explica o autor que

[...] são tidos como “indeterminados” os “conceitos” cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos – razão pela qual necessitam ser complementados por quem os aplique. Neste sentido, são eles referidos como “conceitos” carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade. Os parâmetros para tal preenchimento – quando se trate de conceito aberto por imprecisão – devem ser buscados na realidade, inclusive, na consideração das concepções políticas predominantes. [...] Quando se trate de conceito aberto por ambiguidade, seu preenchimento é procedido também mediante a consideração do contexto em que inserido – o que, de qualquer forma, não deve obscurecer a verificação de que, sempre, é da participação no jogo de linguagem no qual inserido o termo do conceito que decorre a possibilidade de o compreendermos, procedendo ao seu preenchimento. [...] ainda que ambíguas ou imprecisas, as palavras e expressões jurídicas (= os termos dos conceitos) expressam significações sempre determináveis (GRAU, 2016, p. 160-161).

Ainda que a sua relação com os conceitos indeterminados seja questionada por parte da doutrina, a prática da discricionariedade deve observar alguns limites, entre os quais: (i) a adequação – a concatenação entre a opção eleita e a finalidade legal – e (ii) a aferição dos elementos motivadores – a impossibilidade de análise dos fundamentos motivadores, seja de fato e de direito, da decisão ou a incongruência entre eles conduz, quando menos, à apreensão de vícios como a má aplicação do poder discricionário ou mesmo o desvio de finalidade, embora seja inevitável a existência de um espaço de escolha, inclusive de ordem técnica.

Diferentemente das atividades vinculadas, as quais se submetem a critérios legais para sua integral execução e, por consequência, torna-se viável a sua avaliação quanto à validade, a doutrina tem destacado a impossibilidade de o Judiciário adentrar no mérito do ato discricionário, ou seja, quanto à valoração da conveniência e oportunidade, pois a tutela jurisdicional estaria restrita ao controle de legalidade e da observância dos limites de seu exercício. Segundo esta visão, o exame dar-se-ia por três mecanismos: (i) os limites do poder e a correspondência com as finalidades legalmente pretendidas; (ii) os motivos determinantes e (iii) a compatibilidade aos princípios jurídicos.

A primeira está diretamente relacionada à margem deliberativa legalmente concedida, em outros termos, se não foi utilizada pela autoridade pública para a obtenção de um resultado distinto do preceituado pela lei (o denominado desvio do poder). Como salienta Furtado (2013, p. 209, *itálico no original*), no desvio do poder ou “*desvio de finalidade não se faz necessária a presença de qualquer outro elemento invalidante, como a violação dos princípios da moralidade ou da impessoalidade; basta que a finalidade do ato seja incompatível com o interesse público*”. Logo, a necessidade de anulação e os vícios no agir podem surgir na hipótese de inexistência da relação de correspondência entre os objetivos imediatos do ato e na efetivação do interesse público.

¹⁰ No mesmo segmento, destaca Carvalho Filho (2013, p. 56): A discricionariedade não pressupõe imprecisão de sentido, como ocorre nos conceitos jurídicos indeterminados, mas, ao contrário, espelha a situação jurídica diante do qual o administrador pode optar por uma dentre várias condutas lícitas e possíveis. Aqui é própria norma que, ao ser criada, oferece ao aplicador a oportunidade de fazer a subsunção do fato à hipótese normativa mediante processo de escolha, considerando necessariamente o fim a que se destina a norma. Não é, portanto, uma opção absolutamente livre, visto que tem como parâmetro de legitimidade o objetivo colimado na norma. A fisionomia jurídica da discricionariedade comporta três elementos: (1) norma de previsão aberta que exija complemento de aplicação; (2) margem de livre decisão, quanto à conveniência à oportunidade da conduta administrativa; (3) ponderação valorativa de interesses concorrentes, com prevalência do que melhor atender ao fim da norma.”

Quanto ao segundo mecanismo, como reforça Hely Lopes Meirelles (2011, p. 202, *itálico no original*), a “*teoria dos motivos determinantes* funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos”. Logo, mesmo em atos discricionários, haveria a possibilidade de avaliação da conformidade e da relação entre os motivos fundamentais do ato e da realidade, caso contrário aquele deve ser considerado inválido. Pelo fato de esta perspectiva ser doutrinária, todavia, o Judiciário não poderá considerar como válido o ato em razão de fundamentos distintos dos explicitados pela Administração. Segundo Di Pietro (2016, p. 263, *negrito do original*), o exame dos motivos engloba “os **pressupostos de fato** e as **provas** de sua ocorrência”.

A congruência aos princípios jurídicos representa a concepção mais atual e talvez mais sensível ao mérito administrativo. Com o maior reconhecimento da Constituição e de sua força normativa,¹¹ em especial por seus princípios fundamentais, o controle não se reduz à mera formalidade dos atos, mas a sua afinidade aos preceitos fundamentais do ordenamento. Nesse sentido, embora a conveniência e a oportunidade sejam blindadas por um discurso tradicional, inevitavelmente a prévia análise de sua consistência normativa gera uma apreciação tangencial do mérito do ato. Abboud (2014, p. 120), a partir da doutrina alemã, resgata que “o uso da discricionariedade será ilegítimo, juridicamente inválido, sempre que forem violados os princípios constitucionais e outros princípios jurídicos, como os direitos de liberdade, de igualdade e de proporcionalidade”. Segundo a perspectiva de Luís Roberto Barroso (2001, p. 33-34), dentro da teoria constitucional, os princípios traduzem o núcleo de valores acolhidos por determinado ordenamento jurídico, refletindo ideologias da sociedade, além de suas premissas basilares e suas metas. Possuem uma função importante de proporcionar harmonia e coesão ao ordenamento, minimizando tensões normativas.

Apesar disso, este controle reflete um risco potencialmente paradoxal, pois a utilização dos princípios pode retratar um avanço à tutela da integridade sistêmica do ordenamento ou mesmo à interferência arbitrária dos poderes em bases de um decisionismo acrítico. O princípio da moralidade pode servir de exemplo, afinal, confunde-se a guarda da moralidade prestigiada juridicamente com a ética, as distintas perspectivas de bem viver e a moralidade em sentido mais amplo. Certamente a moralidade deve ser entendida de acordo com os valores políticos consagrados na história de uma sociedade, pois o seu substrato não é o mesmo em todas as ordens jurídicas, isto é, ecoa as experiências, os avanços e as conquistas da história particularizada de uma comunidade.¹²

Dentro desta temática surgem as divergências quanto ao controle e à efetivação de políticas públicas, em especial via a adoção da denominada judicialização da política ou ativismo judicial, uma vez que as limitações dos administradores equivalem-se, em certo grau, às vivenciadas pelos magistrados, observando-se que estes, muitas vezes, sofrem com o desamparo técnico, minimamente necessário à avaliação holística do Direito no âmbito das práticas da Administração.

2.3 Espécies de Discricionariedade Administrativa

Conquanto, habitualmente, os atos administrativos sejam apreendidos e classificados a partir das margens decisórias facultadas pelas disposições legais, para Georges Abboud (2014) há possibilidade de ordenação do instituto da discricionariedade em cinco grupos: (i) a interpretativa, (ii) a optativa, (iii) a performática, (iv) a volitiva e (v) a técnica. Não obstante, esta divisão pode ser compreendida como suas distintas facetas, dado que a identificação de determinada característica, sua aproximação ou pertencimento à categoria específica não conduzirá, necessariamente, à exclusão de outra. Pelo contrário, garantirá um estudo sistemático e esclarecedor das fragilidades, ordinariamente ignoradas e que exigem uma alteração de pensamento e de postura técnica.

¹¹ Entende-se por força normativa o “caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos poderes públicos” (BARROSO, 2001, p. 42).

¹² Como explica Di Pietro (2016, p. 264): “Não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões do homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade. Não é possível estabelecer regras objetivas para orientar a atitude do juiz. Normalmente, os atos imorais são acompanhados de grande clamor público, até hoje sem sensibilizar a Administração. Espera-se que o Judiciário se mostre sensível a esses reclamos”.

A primeira abordagem ou agrupamento conceitual, a denominada discricionariedade interpretativa, funda-se no espaço de liberdade concedido à Administração pela lei, ou seja, leva à costumeira distinção entre atos discricionários e vinculados. Por esta concepção, a decisão de ordem vinculada decorreria de um “processo lógico-subsuntivo da aplicação da lei” (ABBOUD, 2014, p. 127). Ou seja, enquanto o ato vinculado decorreria da estrita subsunção aos critérios e às definições legais, a atuação discricionária não identificaria os parâmetros para sua concretização, em razão da abertura permissiva legal propiciada à mensuração dos motivos e do objeto do ato a ser praticado, isto é, a seu juízo de conveniência (os benefícios e as vantagens) e de oportunidade (momento adequado) em sua prática. Neste viés, estaria inclusa a perspectiva de Celso Antônio Bandeira de Mello e com consequências importantes no que tange às possibilidades de controle de tais atos pelo poder Judiciário, posto que existiriam obstáculos à avaliação do mérito e, conseqüentemente, na invalidação do ato em razão do objeto ou motivo, embora fosse possível o exame de outros elementos, como a competência, a forma, a finalidade e sua manifestação (ABBOUD, 2014, p. 128). Segundo esta visão, a ampliação da margem de escolha induz a um espaço da discricionariedade, pois a resposta não está expressamente prevista no instrumento legal.

Aparentemente esta perspectiva estabelece métodos diferenciados de solução de acordo com o enquadramento do ato, se forem “casos fáceis” e previsíveis tratar-se-ia de mera combinação lógica concretizada por atos vinculados; se a Administração deparar-se com “casos difíceis”, estes seriam hipóteses de agir de modo discricionário. Muitas críticas decorrem desta visão. Abboud (2014, p. 129), por exemplo, considera-a defasada, pois aposta “na subsunção e na possibilidade de pré-fabricar normas prontas para o caso concreto”. Para José Emílio Medauar Ommati (2013), trata-se de uma definição contraditória que ignora o giro hermenêutico oportunizado pela Filosofia, como se a atuação deliberativa estivesse dissociada da atividade interpretativa. Nas palavras do autor:

Desde Gadamer, se sabe que toda atividade de compreensão envolve também a interpretação e a aplicação (decisão). [...] entender que exista objetividade desvinculada de escolhas subjetivas não se sustenta mais. A atividade hermenêutica pressupõe compreensão, interpretação e aplicação em um todo unitário, de modo que o intérprete possa colocar seus preconceitos em jogo, em diálogo com as demais pré-compreensões, a partir de uma determinada tradição.

Assim, entender que o ato vinculado é aquele em que não há margem de escolha da Administração é desconhecer que todo processo de aplicação é tão de interpretação e compreensão e, portanto, imantado de pré-compreensões, de subjetividade (OMMATI, 2013, p. 33).

Logo, revela-se um empecilho nas bases hermenêuticas, pois a relevância da linguagem tornou-se explícita e um componente essencial à compreensão do fenômeno jurídico, inclusive quanto às possibilidades da constatação de verdades em sua esfera de conhecimento.

O segundo tipo nominado de discricionariedade administrativa optativa, no que lhe concerne, focaliza na pluralidade de respostas ou soluções às mesmas questões, ou seja, o agir discricionário está diretamente relacionado à diversidade de opções a serem consideradas pela Administração e, sob tal justificativa, “parcela da doutrina chega a afirmar que a eleição de alternativas igualmente válidas, essência do conceito de discricionariedade, é outorgada por normas jurídicas que atuam como pressuposto [...] mas também como limite” (ABBOUD, 2014, p. 131-132).

Os limites a tais atos seriam os princípios gerais de Direito e, conseqüentemente, seu controle estaria acentuadamente abalado, pois somente seria viável sua avaliação pelo Judiciário quando observadas notórias irregularidades ou desproporcionalidades.¹³

¹³ Abboud demonstra especial preocupação com esta forma de compreender a discricionariedade, pois acaba por esvaziar ainda mais as possibilidades de controle do ato administrativo e a busca pela tutela via Judiciário. O exemplo de discricionariedade optativa trazido pelo autor é o de nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos, pois a nomeação ou não é pura expectativa de direito do candidato, sujeito à discricionariedade da Administração. Surgiria o seu direito tão somente se um candidato, fora da ordem de classificação, viesse a ser nomeado, ou seja, contrário a princípios gerais do Direito e da própria lógica de ingresso nas carreiras públicas.

Esta visão, que sustenta a possibilidade de atribuir-se igual valor¹⁴ a todas as respostas e aos problemas jurídicos (inclusive no âmbito da Administração Pública), reflete uma contradição interna ao próprio caráter ambivalente da interpretação. Afinal, quando se interpreta e se define a resposta juridicamente correta, acaba-se pode considerar todas as outras como inferiores ou inadequadas.

O processo interpretativo é um fenômeno social e pressupõe, caracteristicamente, que determinada conclusão esteja correta ou incorreta, verdadeira ou falsa e que seja, até mesmo, boa ou má (DWORKIN, 2011, 125-126). A reivindicação do domínio único ou do monopólio da verdade poderia parecer, no mínimo, esdrúxula em determinadas ocasiões, por exemplo na explicação de um dispositivo legal diante de tantas outras interpretações desenvolvidas pela doutrina. Semelhantemente, porém, seria surreal ou incomum pressupor a igual validade de todas as abordagens.

Para melhor explicar este fato, em *Justice for Hedgehogs* Ronald Dworkin traz um exemplo das implicações de tal postura, ou melhor, desvencilhada de qualquer afirmação, mesmo implícita, da verdade ou da única resposta correta no Direito:

[...] Em certas circunstâncias, o ceticismo pareceria não somente estranho como também escandaloso. Imagine um juiz que envia um réu penal para a prisão, ou talvez para o corredor da morte, ou que obriga um réu cível a pagar uma imensa indenização, mas admite no meio da sentença que outras interpretações das leis, que exigiriam decisões contrárias, são tão válidas quanto a sua (DWORKIN, 2014, p. 191).¹⁵

É imprescindível reconhecer: quando um indivíduo assume determinada opinião e seus fundamentos como os mais apropriados, razoáveis ou mais bem interpretados, fatalmente, acaba por inferiorizar ou ao menos atribuir o caráter de falsidade ou erroneidade às proposições opostas (DWORKIN, 2011, p. 126). Por isso, os indivíduos discordam tanto quanto às conclusões, como também em relação aos métodos para a obtenção de tais conclusões.

Vale lembrar que, diferentemente, de outras áreas, como a científica, que trabalha com conceitos criteriosais, a área jurídica (e também política) trabalha com conceitos interpretativos, como a ideia de democracia, igualdade, liberdade, entre outras. Os conceitos criteriosais (*criteria concepts*) têm uma definição em comum pelo uso dos mesmos critérios para distinguir casos específicos.¹⁶ Os conceitos interpretativos (*interpretive concepts*) podem ser reconhecidos nas práticas sociais, porém sem concordância exata quanto ao seu caráter, identificando-se algum valor ou desvalor.

Apesar de tudo isso, “a fenomenologia da interpretação como uma atividade que visa caracteristicamente buscar a verdade permanece intacta”, parece deixar evidente uma justificativa: “os juízos interpretativos, como os juízos morais, não podem ser independentemente verdadeiros” (DWORKIN, 2014, p. 194-195).¹⁷

¹⁴ A tradicional concepção de discricionariedade apresenta grande proximidade à corrente do pragmatismo jurídico, pois acaba por aceitar valores pessoais como fatores influentes no ato de decidir, impondo tão somente a condição de que sejam devidamente atrelados ao suporte empírico. Dentro da teoria da decisão judicial, esta corrente ganha destaque com Richard Posner (1997), pois acredita que há um enriquecimento do pensamento político e da prática política a partir do momento que são introduzidos valores controversos em concepções do interesse público. Esclarece o autor a partir da tese pragmatista aplicada às decisões judiciais: “[...] por agora, baste com advertir que se refere a que el fundamento de los juicios (sean jurídicos o de otro tipo) ha de encontrarse em sus consecuencias y no en la deducción a partir de premisas al modo de un silogismo” (POSNER, 2011, p. 52).

¹⁵ No texto em inglês: “In some circumstances skepticism would seem not only odd but outrageous. Imagine a judge sending an accused criminal to jail, perhaps to death, or awarding a huge verdict against a civil defendant, and then conceding in the course of his opinion that other interpretations of the law that would have required contrary decisions are just as valid as his own.” Cf. DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 125-126.

¹⁶ Dworkin faz uso do conceito de triângulo equilátero, uma vez que se tem critérios bem definidos para o reconhecimento de outros padrões do mesmo triângulo, no caso, o critério seria uma figura geométrica com três lados iguais. Logicamente, o pensador reconhece que a precisão dos critérios do triângulo equilátero não é o mesmo em outros conceitos criteriosais, pois podem gerar uma divergência maior.

¹⁷ É interessante que Dworkin distingue um aspecto importante entre juízos morais e sobre o mundo físico, pois aqueles não são independentemente verdadeiros, ou seja, sempre estão dependentes de razões pelas quais permita considerá-los como verdadeiros. Cf. DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 114.

A questão, todavia, agrava-se a partir do momento em que se considera a circularidade, pois “não tenho como verificar a precisão de minhas convicções morais exceto usando outras convicções morais” (DWORKIN, 2014, p. 151).¹⁸

Em sequência, a discricionariedade performática está diretamente vinculada à “autoblindagem” originada do uso de termos e expressões como interesse público, conveniência e oportunidade. O caráter performativo decorre de uma distinção estabelecida por John Langshaw Austin. De modo diverso da visão tradicional acerca da linguagem, em que esta tem como característica fundamental a natureza descritiva, Austin distingue entre enunciados constataativos e performáticos. Os primeiros relacionam-se a fato, inclusive, quanto a sua representação e descrição. Os performativos, por sua vez, “não constata fatos ou ações, mas antes eles mesmos executam uma ação, fazem parte de uma operação” (OLIVEIRA, 2006, p. 152). Nas palavras de Austin, esta nomenclatura decorre do termo “executar” (*perform*) e “indica que a emissão do enunciado é a realização de uma ação – não é normalmente considerado como apenas dizendo algo” (AUSTIN, 1962, p. 7, tradução livre).

A admissão deste recurso acaba por exaurir também o âmbito de controle do próprio Judiciário, como se observa na prática cotidiana, no momento em que as decisões judiciais passam a negar a análise de correção do mérito dos atos administrativos a partir destes conceitos de abrangência ilimitada. Como destaca Georges Abboud (2014, p. 138-139, *itálico no original*):

Os termos *interesse público* e *conveniência* e oportunidade são os enunciados performáticos por excelência no que se refere à discricionariedade. Na maior parte das lides, o Judiciário nega-se a adentrar no mérito do ato administrativo com fundamento em que o ato teria sido pautado em critérios de conveniência e oportunidade. Frise-se: nada mais performático do que essa afirmação: o julgado que diz que o ato administrativo está embasado em critério de conveniência e oportunidade, na realidade, não diz nada, não diz se o ato é ou não legal/constitucional, limita-se apenas a afirmar que se pauta em critério é a de conveniência e oportunidade.

O uso da linguagem performática, contudo, não se trata de uma particularidade do âmbito administrativo, posto que a mera citação de termos como a razoabilidade e a proporcionalidade é, muitas vezes, considerada pelo Judiciário como suficiente para a motivação sem a adequada explicitação dos critérios utilizados, mesmo que a prática e a doutrina alemãs tenham delimitado o apropriado uso do postulado da proporcionalidade. Apesar disso, a aceitação da prática performativa na seara administrativa e a recusa do Judiciário na avaliação dos critérios do ato administrativo, para a devida reputação do caráter legal ou constitucional, são obstáculos para uma maior efetivação do Estado de Direito e da inafastabilidade da tutela jurisdicional (artigo 5º, XXXV, CF).

A quarta modalidade de discricionariedade, intitulada de volitiva, enfatiza o agir intelectual da Administração proporcionado pelo ordenamento, quer dizer, “a arte de escolher o melhor, de apreciar e avaliar todas as coisas, tendo em vista a sua finalidade” (ABBOUD, 2014, p. 146). Este, no entanto, não parece ser um atributo próprio da atuação discricionária, mas inerente a toda aplicação do Direito e, conseqüentemente, a definição da melhor resposta pela interpretação. Por esta via, prestigia-se o agir que satisfaça a vontade do agente (administrador) e seu juízo de conveniência e oportunidade, na mesma proporção que também seja apreendida como um proceder consonante à vontade da lei.

A “vontade da lei” ou a “intenção da legislação” não podem ser confundidas com os estados mentais ou estados psicológicos dos legisladores. Embora, muitas vezes, alegue-se a “intenção do legislador” como argumento de validação das proposições interpretadas, tem-se denominado como falácia intencional (*“intentional” fallacy*), pois diferentemente da interpretação conversacional,¹⁹ a correta interpretação do Direito não é dependente do que os legisladores de determinada época tinham em mente ou mesmo subconscientemente.

¹⁸ Para Dworkin (2011, p. 100), o grande problema da circularidade é que o indivíduo sempre fará recurso a outras proposições morais para justificar as anteriores, com a esperança de que este círculo possua um raio maior. Com isso, é possível que indivíduos com percepções completamente distintas não venham a concordar com nenhuma das razões e, embora persista a expectativa de convencê-la, é mais importante demonstrar a atuação com responsabilidade do que a demonstração da veracidade de sua opinião. Cf. DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 100.

¹⁹ Como ensina Dworkin (2011), o interpretar do direito é diferente do científico, pois os objetos de estudo deste último não são criados pelas pessoas, e também diferente da interpretação ‘conversacional’, uma vez o objeto desta última é o que as pessoas dizem, por exemplo, quando um amigo lhe diz algo e é essencial que se entenda o que ele desejava no momento da fala diretamente direcionada.

Nas palavras de Dworkin (2011, p. 129-130, tradução livre):

Mas, quando falam acerca da intenção da lei, eles não podem estar relacionando ao que os legisladores tinham em mente enquanto votaram. Muitos legisladores não entendem as leis que votam, e aqueles que o fazem são tão frequentemente movidos por seus próprios motivos políticos – para agradar eleitores, financiadores, ou líderes do partido – como por quaisquer dos princípios ou projetos políticos que um jurista pode atribuir às leis por eles aprovadas.²⁰

Em suma, a adequada interpretação do Direito não é dependente do conhecimento dos estados psicológicos ou o que pensavam os legisladores no processo legislativo, mas da construção linear e responsável pela compreensão do Direito concatenada e coerente aos valores consagrados pelo ordenamento.

A discricionariedade técnica, por último, refere-se ao “poder para atuar com fundamento em critérios fornecidos por saberes especializados, sejam esses saberes derivados de ciências puras ou aplicadas” (ABBOUD, 2014, p. 150), quer dizer, alicerça-se em conhecimentos técnicos no processo decisório. Este instituto gera divergências na doutrina, afinal, o juízo de conveniência e oportunidade seriam mitigados ou, praticamente, inexistentes, pois o critério técnico deve sobressair. Por consequência, a identificação deste critério, cientificamente estruturado e reconhecido, esvazia a margem de liberdade e o espaço de escolha da própria Administração, tendo em vista a máxima eficiência e também o melhor atendimento dos direitos constitucionalmente consagrados.

Neste caso, a lei estabelece referências gerais a serem cumpridas, mas a escolha em concreto estará vinculada aos “juízos técnico-científicos”, porém é preciso admitir também que “nenhuma ciência pode gerar aplicações práticas absolutamente precisas, uniformes e destituídas de alternativas ou dúvidas” (JUSTEN FILHO, 2013, p. 257). Em outros termos, ao mesmo tempo que inexiste uma abertura discricionária quanto à conveniência e oportunidade ao administrador na escolha da solução a ser empregada diante das demarcações de natureza técnico-científica, a ciência dificilmente subtrairá a pluralidade de alternativas disponíveis.

3 UMA PROPOSTA CONTEMPORÂNEA:

A Incompatibilidade da Atuação Discricionária em Relação ao Estado Democrático de Direito

Além das críticas e fragilidades já salientadas na seção anterior, a doutrina contemporânea tem buscado novas saídas ao tratamento da discricionariedade administrativa e das respostas juridicamente esperadas, em proveito de uma postura mais rigorosa à prática administrativista e, conseqüentemente, suscetível de controle pela via jurisdicional e pela população em geral, haja vista o caráter democrático atribuído ao Estado de Direito Moderno.

Por meio do recurso à hermenêutica e à leitura integrada do ordenamento, revelam-se contradições na técnica jurídica. Por exemplo, haveria realmente um espaço de liberdade à Administração? Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), a discricionariedade expressaria justamente um grau de liberdade para a adoção da melhor solução ao fato em concreto e ao atendimento dos fins legais. Embora não a entenda como uma liberdade, Marçal Justen Filho (2013, p. 242) segue próximo à mesma perspectiva, ao defini-la como o “poder-dever de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto”. Para Alexandre Santos de Aragão (2013), trata-se de uma margem de escolha legalmente admitida entre “indiferentes jurídicos”.

A tradicional compreensão da discricionariedade administrativa, exposta pela doutrina, reflete o antigo problema de desagregar a discricionariedade da interpretação, como se fosse possível a dissociação desta e a aplicação (OMMATI, 2013, p. 34). Como já explicitado, esta crítica revela a influência do giro linguístico filosófico no âmbito jurídico, pois a linguagem passa a ser condição ao conhecimento. Segundo Luis Henrique Madalena (2016, p. 160), tem-se algumas premissas: (i) a linguagem é necessária a todo conhecimento, inclusive pelo discurso científico; (ii) é por ela “que o mundo se desvela”; (iii) é também pela linguagem que o sujeito se

²⁰ Nas palavras de Dworkin (2011, p. 129-139): “But they cannot mean, by the intention of the statute, what the legislators had in mind as they voted. Many legislators do not understand the statutes they vote on, and those who do are as often moved by their own political motives — to please constituents, financial backers, or party leaders — as by any principles or policies that a lawyer might attribute to what they enact.”

demonstra; (iv) pratica-se ações pela linguagem (ou seja, supera o caráter constatativo das proposições) e (iv) “a linguagem é capaz de criar novos mundos ao abrir novos caminhos de sentido, visto que nomear e adjetivar é criar”.

Reconhecer a imprescindibilidade da atividade interpretativa não significa admitir uma multiplicidade de respostas igualmente verdadeiras, mas a exigência de uma atuação responsável que vise à obtenção de uma solução coerente ao caso em concreto e concatenada às decisões já tomadas no passado, como salienta Dworkin com sua teoria do Direito como integridade.²¹

Por esta perspectiva, decisões do passado devem servir de baliza às decisões do presente e do futuro, por exemplo, uma Administração que incentive seus servidores ao aperfeiçoamento em determinadas áreas, por tê-las considerado correlatas as suas atividades, até mesmo com a concessão de auxílio financeiro ou de outra natureza para sua realização, não pode inadmitir a compatibilidade de tais ramos do conhecimento caso venha a instituir um plano de carreira baseado na formação e no aperfeiçoamento técnico. Neste caso, a concessão da progressão fundada na correlação das formações complementares não deve ficar dependente de seu arbítrio ou do modo que formule seu juízo de conveniência e oportunidade. A questão fica ainda mais complexa se este plano de carreira exigir a correlação e as áreas compatíveis nunca sejam expressamente especificadas por ato decorrente do poder regulamentar; a Administração não poderá negar sua análise ou exarar uma resposta negativa diante da aparente ausência de regulamentação, mas deverá estabelecer um exame integrado que conjugue a nova formação, o detalhamento das atividades do cargo ocupado e até mesmo o eventual incentivo dado pela própria instituição.

Para autores como Georges Abboud e José Emílio Medauar Ommati, inexistiria espaço ao agir discricionário, afinal, a atuação da Administração Pública está atrelada ao ordenamento jurídico como um todo, incluindo os princípios, e vinculada ao corolário do Estado Democrático de Direito. A partir desta perspectiva, outras objeções acabam por emergir: (i) a faceta antidemocrática da discricionariedade; (ii) a utilização arbitrária dos princípios; (ii) a exigência da resposta correta.

Não obstante a democracia também seja um conceito interpretativo árduo ao Direito, a admissão da prática discricionária, na condição de esfera de liberdade concedida ao administrador, representa um esvaziamento dos limites impostos por meio da ideia de Estado de Direito e, particularmente, à decisão de cunho democrático.

A democracia, em grande medida, pressupõe em sua legitimação a participação simétrica dos cidadãos,²² ou seja, as decisões deixam de ser mera imposição, mas são resultado da abertura participativa aos cidadãos (e também aos seus representantes) e a efetivação de sua autodeterminação, muito mais eficaz no âmbito do processo deliberativo político e legiferante do que no momento da concretização das disposições legais pela Administração Pública.

Admitir que o Direito delegue para o administrador escolhas que ficam ao seu alvitre, partindo da definição de princípios em uma concepção teleológica, em que estes convertem-se em mandados de otimização que possuem o condão de abrir a interpretação do direito e abrir o leque de possíveis resposta, apresenta-se claramente antidemocrático. Não é possível que se realize uma interpretação do direito em que a democracia, de forma democrática, delegue a definição do direito para instrumentos não democráticos, o que é o mesmo que dizer que se escolhe democraticamente não ser mais democrático (MADALENA, 2016, p. 211).

²¹ O Direito deve ser entendido como um romance em cadeia, em que a autoridade, especialmente o juiz, deve construir uma narrativa sequencial e contínua, como capítulos de um mesmo romance escrito por diferentes autores, ou seja, cada autor, no momento em que for escrever seu capítulo, deve interpretar e compreender as pretensões da prática dos capítulos anteriores e não simplesmente dar uma nova direção à história sem considerar sua linearidade. Ou seja, o Direito passa a ser visto como uma prática social e argumentativa. Cf. DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

²² Para Habermas (2007, p. 137), este substrato da democracia pressupõe que os cidadãos se entendem como destinatários e autores da lei, “devem respeitar-se reciprocamente como membros de sua respectiva comunidade política, dotados de iguais direitos [...]”.

De acordo com o já exposto, há na doutrina quem considere a omissão legislativa e o substrato dos princípios responsáveis pelo afloramento da discricionariedade administrativa. Os princípios, considerados em alguns momentos como mandatos de otimização, não devem servir de instrumento à ampliação do espaço de decisão do julgador ou mesmo do administrador público, pois a prática tem evidenciado sua utilização, muitas vezes, como verdadeiros trunfos para a aparente justificação de arbitrariedades e do decisionismo.²³

Na concepção de Madalena (2016, p. 212), os princípios também devem ser entendidos pelo seu caráter deontológico, ou seja, na delimitação de deveres jurídicos, “de modo a estreitar a interpretação do Direito, especificando a resposta correta e não abrindo a possibilidade de diversas respostas serem tidas como aceitáveis, mesmo que umas sejam mais ou outras menos corretas”.

Para Luigi Ferrajoli (2012, p. 44), pertencente ao positivismo jurídico, ao atribuir as normas constitucionais à qualidade de princípios ético-políticos,²⁴ ou seja, resultado de um processo de argumentação moral e não propriamente “normas rigidamente vinculantes”, enfraquece-se a força normativa da Constituição e propicia-se um grande arcabouço principiológico, sem fundamento em seu texto, a serviço da atividade inventiva e até mesmo discricionária do intérprete, especialmente utilizado na atividade jurisdicional. Neste cenário, pelo uso da ponderação, cria-se “uma espécie de bolha terminológica, tão dilatada que chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo quanto no nível jurisdicional” (FERRAJOLI, 2012, p. 47).

Logo, a crítica cinge-se à utilização dos princípios como instrumentos retóricos de uma pseudomotivação das decisões no Direito, passíveis a justificar qualquer escolha diante de sua abrangência e ambiguidade, algo próximo, no âmbito administrativo, quando se recorre à ideia de interesse público e de sua supremacia.

Embora as críticas opostas ao principalismo possam atingir também a teoria dworkiniana, tais objeções combinadas ao dever de motivar, constitucionalmente consagrado, culminam no esvaziamento do sentido atribuído ao exercício da discricionariedade pela Administração e em sua sobreposição por um direito fundamental implícito à decisão correta.

Como já tratado anteriormente, a teoria dworkiniana enfatiza a necessidade de a interpretação jurídica atingir um grau de integridade geral que não se confunde com a mera consistência, pois esta elimina tão somente as contradições lógicas entre diferentes formulações, enquanto a coerência manifesta uma concepção única de justiça, em que a formulação pode apoiar-se em uma rede de valores, definindo-se o certo e o errado, o justo e o injusto (GUEST, 2010, p. 46). Logo, a interpretação, no processo deliberativo, não se trata da escolha arbitrária das concepções mais favoráveis às perspectivas subjetivas do intérprete, mas uma atividade rigorosa e ciente do caráter plural dos valores políticos.

Por isso, a escolha responsável pelo intérprete, no caso, o administrador, deve evidenciar como a melhor resposta ao caso concreto e à Constituição e não à própria vontade. Como destaca Lênio Streck (2014, p. 363), baseada na perspectiva hermenêutica não fragmentadora do conhecimento, do processo de interpretação e também de aplicação do Direito, a obtenção das decisões corretas decorre da “integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância à autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade [...] a tradição não depende da vontade ou da discricionariedade do intérprete”.

Para Abboud, Carnio e Oliveira (2015, p. 466-467), a essencialidade de respostas corretas em relação à Constituição conduz a cinco ditames: (i) a conservação da autonomia do Direito diante de argumentos da política, da moral ou mesmo da economia; (ii) a garantia de condições ao controle da interpretação constitucional, embora não exista um método apropriado a assegurar a resposta correta, ou seja, as conclusões não podem resultar da sua mera “consciência”; (iii) propiciar um respeito à “história institucional do Direito”, isto

²³ Não se pretende aqui avaliar as vantagens e desvantagens do principalismo, mas salientar um desvirtuamento com razoável impacto quanto à respeitabilidade do ordenamento jurídico.

²⁴ Para Barroso (2001, p. 26): “Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético”. Segundo Hesse (1983, p. 47-48), os princípios são responsáveis pela orientação, bem como pela condução das relações/interações, coordenação e valoração das distintas perspectivas que devam ser consideradas para a solução dos problemas jurídicos.

é, à coerência e integridade; (iv) afirmar a fundamentação como um direito fundamental e, por consequência, um dever; (v) oportunizar a avaliação da decisão acerca da sua adequação em relação à Constituição, ou seja, a preservação de sua força normativa.

Nesta visão, não há que se falar em discricionariedade da Administração, mas de um dever responsável à explicitação da resposta mais apropriada ao caso concreto. Logo, a conclusão não é objeto da apreciação conforme a conveniência e a oportunidade, mas da análise rigorosa ao cumprimento da Constituição e de seus preceitos normativos. A melhor solução, neste sentido, não é a conclusão intangível do administrador, mas a resposta motivada e integrada à prática jurídica até então existente e passível de controle pelos cidadãos, inclusive o Judiciário.

Georges Abboud (2011, p. 88-90) vai além, ao atribuir o caráter de direito fundamental à *judicial review*,²⁵ pois este seria essencial ao exercício do direito de ação e na preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Para tanto, destaca o especial papel do controle difuso de constitucionalidade, como garantia fundamental à análise do caso concreto e de suas particularidades, pois o poder público não está autorizado a violar direitos fundamentais e estes são, inclusive, condição de legitimidade de sua atuação; afinal, “a soberania do Estado está sim limitada pelos fatos e pela história, pelo lugar que o poder político ocupa na sociedade liberal do século XIX” (ABBOUD, 2011, p. 91).

A leitura²⁶ do ordenamento jurídico e também a avaliação da atuação do poder público, a partir da Constituição, é complexa e exigente, porém imprescindível. Não significa que se deva recorrer ao que os “pais da Constituição”²⁷ queriam dizer, mas que “apenas se pode compreender a Constituição e sua indissociável totalidade ao se compreender a tradição em que se encerra, a historicidade que lhe acompanha” (MADALENA, 2016, p. 167).

Nesse sentido, o protagonismo dos direitos fundamentais e a essencialidade de sua tutela revelam que se trata de um mito a defesa da supremacia do interesse público, afinal, deve-se almejar a supremacia dos direitos fundamentais no dimensionamento do interesse público, pois este “não é direito fundamental, conseqüentemente, não deve ser utilizado para sopesar outro direito fundamental sob pena de descaracterização da tese de Robert Alexy” (ABBOUD, 2011, p. 99).

Assim, aduz-se uma perspectiva política de sociedade fundamentada em direitos e não meros objetivos a serem alcançados, caso contrário os objetivos justificariam a supressão ou ofensa aos direitos de grupos em nome da utilidade e da máxima felicidade coletiva. Logo, os cidadãos e seus direitos não podem ser utilizados como meios, mas como um fim em si mesmos. A admissão de ofensas aos direitos fundamentais em prol dos benefícios coletivos pode comprometer a própria compreensão de Estado Democrático de Direito e o caráter contramajoritário desses direitos. Haveria, porém, total impossibilidade de impor qualquer restrição aos direitos fundamentais?

Entender a oponibilidade dos direitos fundamentais e sua efetivação até mesmo diante da atuação do poder público não significa a inexistência de limites a tais direitos, mas de uma mudança de foco com o protagonismo dos preceitos constitucionais. Esclarece Georges Abboud (2011, p. 114):

A restrição dos direitos fundamentais pode ser constitucionalmente autorizada e fundamentada em interesse social, mas não no interesse público. Isso ocorre porque a decretação do “interesse público” é um ato arbitrário do Estado que, como Midas, coloca o selo de “público” em tudo o que toca. Nesse cotejo, do ponto de vista prático seria complicado conseguir demonstrar que determinada restrição não atende ao interesse público, contra justamente o instituidor e o principal beneficiário da restrição. Ao contrário, o interesse social demanda

²⁵ Não se trata aqui de uma concepção doutrinária favorável ao ativismo judicial, mas da atribuição da plena efetividade ao controle de constitucionalidade e em defesa dos direitos fundamentais.

²⁶ No âmbito da teoria constitucional, Hesse (1983, p. 46) destaca a ideia de programa normativo, ou seja, o conteúdo basilar da norma a ser aplicada/efetiva, em que deve ser entendida a relação de sua significação vinculante à resolução do problema.

²⁷ A tese do originalismo tende a compreender que as autoridades públicas têm o dever de aplicar o Direito segundo a maneira que seus criadores desejavam. Parecem ignorar, todavia, “a distinção entre o que as pessoas querem dizer e aquilo que pretendem – ou esperam, ou desejam, ou temem – que venha a ser resultado do que disserem” (DWORKIN, 2009, p. 187). Esta tese pode parecer útil ao argumentar-se que se deve estar atento não propriamente ao que queriam dizer, mas aos objetivos que almejavam. Ainda assim, negligencia-se quanto aos diferentes graus de abstração e concretude englobados por estes ideais e que, inevitavelmente, necessitam de um critério a demonstrar que sua determinação não foi arbitrária, algo que o originalismo parece não ter propriamente estipulado.

justificativa exaustiva por parte do poder público quando determinar a restrição a algum direito fundamental, haja vista que terá que demonstrar, pormenorizadamente, quais os direitos que serão beneficiados com a medida e qual o dispositivo constitucional autorizativo da referida restrição.

Por este entendimento, a atuação discricionária passa a ser vista como inapropriada, pois não existe um espaço de livre decisão ao poder público, mas um dever de atuar responsável com a explicitação dos fundamentos circunstanciais e detalhados, de ordem fática e também jurídica, que acabou por culminar naquela decisão, ou seja, na resposta correta e passível de exame pelo poder Judiciário.

Provavelmente as dificuldades sofridas pelos administrados pela ausência de apropriada fundamentação dos atos do poder público assemelham-se às vivenciadas pelos demandantes no poder Judiciário, pois se os jurisdicionados não sofressem com esta deficiência haveria grande potencial de o artigo 489, do Código de Processo Civil de 2015, sequer existir. Talvez a admissão da insurgência pela devida fundamentação dos atos exarados pela Administração Pública e a imposição de requisitos objetivos a sua concretização, a exemplo do dispositivo anteriormente nominado, levariam a um maior rigor no agir da Administração Pública, inclusive despida do uso performativo da linguagem em atos supostamente discricionários.

4 CONCLUSÃO

A doutrina administrativista tem, tradicionalmente, delineado o espaço decisório da Administração Pública a partir dos conceitos de atos vinculados e atos discricionários. Enquanto os primeiros seriam caracterizados pelo cumprimento em concreto da previsão objetivamente traçada pelo ordenamento e pela ausência de espaço de deliberação, posto que tantos os meios como resultados jurídicos almejados estão previstos de maneira incontestável, os segundos garantiriam uma extensão disponível à apreciação, segundo aspectos de conveniência e oportunidade.

Por esta compreensão, aparentemente, haveria uma pluralidade de opções, igualmente válidas, à livre decisão do administrador, todavia as divergências da doutrina expõem algumas fragilidades, entre elas, os riscos:

- (i) da blindagem de decisões administrativas arbitrárias ao entender a discricionariedade como uma liberdade e não propriamente como um dever de agir responsável e motivado, passível do controle formal pelo Judiciário;
- (ii) da utilização de termos indeterminados, do *déficit* da técnica legislativa e da abertura valorativa como instrumentos à atuação discricionária;
- (iii) do recurso ao arcabouço principiológico como instrumento retórico à motivação rasa de soluções de questões jurídicas complexas no âmbito da Administração Pública.

O estudo pormenorizado das espécies de discricionariedade, baseado nas reflexões de Georges Abboud, retrata diferentes facetas deste instituto e revela as dificuldades na alteração dos paradigmas jurídicos, fato que ocasiona a continuidade do tratamento do fenômeno da interpretação, da decisão administrativa e da aplicação do Direito, como distintos e, até mesmo, autônomos.

O reconhecimento de fragilidades na justificação e teorização da discricionariedade administrativa conduz a três outras objeções:

- (i) a primeira, de expressão política, ao realçar a necessidade de abertura democrática, seja ao controle geral e à influência decisória, inferindo-se uma incoerência ao transferir importantes decisões da esfera deliberativa democrática para a seara restrita da escolha unilateral do administrador público;
- (ii) a perda da força normativa da Constituição, a partir do momento que são mantidas esferas intangíveis ao controle jurisdicional, por exemplo, do mérito do ato administrativo e pelo uso dos princípios à abertura dos segmentos decisórios ao administrador público;
- (iii) a reivindicação da resposta correta, também no âmbito administrativo, em substituição à atividade discricionária, diante dos pressupostos hermenêuticos hodiernos, que exigem uma construção coerente e rigorosa das respostas às questões jurídicas e à concretização de direitos fundamentais.

Pouco a pouco a temática investigada combinada aos paradigmas da teoria hermenêutica contemporânea acaba por culminar na insustentabilidade do conceito tradicional de discricionariedade administrativa e, conseqüentemente, na sua substituição pelo pressuposto do agir motivado (e não da livre decisão do administrador), com ampla sujeição ao controle jurisdicional e ao acompanhamento pelo cidadão. Nesse sentido, a Administração Pública passa a comprometer-se com a historicidade de suas decisões, com a efetivação de direitos fundamentais, como da resposta correta, e com a adoção de uma cultura marcada, prioritariamente, pela justificação pública, integrada e coerente de seu agir.

5 REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrições a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 100, v. 907, p. 61-119, maio 2011.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AUSTIN, John. *Lectures of Jurisprudence: or the philosophy of positive law*. 4 edition, revised and edited by Robert Campbell. London and Manchester: Sherratt & Hughes, 1911. Vol. 1.
- AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. Great Britain: Oxford University Press, 1962.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista da Emerj*, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 13 jun. 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito administrativo*. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdade individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.
- FERRAJOLI, Luigi. 13.14. Conflictos entre derechos y ponderación judicial. Discrecionalidad política y discrecionalidad judicial. In: FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. 2. Teoría de la democracia. Madri: Editorial Trotta, 2013. p. 70-75. Vol. 2.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do Direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HABERMAS, Jurgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.
- HART, Herbert L. A. *The Concept of law*. Second edition. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Colección "Estudios Constitucionales". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 2. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

- HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LOCKE, John. *Two Treatises of Government and a Letter Concerning Toleration*. Edited and with an Introduction by Ian Shapiro. New Haven and London: Yale University Press, 2003.
- MADALENA, Luis Henrique. *Discricionariedade administrativa e hermenêutica*. Coord. Lenio Luiz Streck. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- MARTINS, Argemino Cardoso Moreira. A noção de Administração Pública e os critérios de sua atuação. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE Francisco Carlos. (org.). *Constitucionalismo em debate: uma homenagem aos 30 anos de pesquisa e docência de Sérgio Cademartori*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 187-228. V. 2.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- OMMATI, José Emílio Medauar. *Do ato ao processo administrativo: a crise da ideia e discricionariedade no Direito Administrativo Brasileiro*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, ano 102, v. 930, p. 23-49, abr. 2013.
- OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- POSNER, Richard A. *Overcoming law*. Massachusetts: Harvard University Press, 1997.
- POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*. Trad. Victoria Roca Pérez. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.
- ROBL FILHO, Ilton Norberto; MADALENA, Luis Henrique Braga. Discricionariedade administrativa no Estado Democrático de Direito: algumas notas a partir das teorias do Estado e da Constituição. *Revista Jurídica – CCJ*, v. 19, n. 38, p. 147-160, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/4885>. Acesso em: 3 fev. 2016.
- SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. *Revista Direito Mackenzi*. v. 5, n. 1, 2011, p. 203-218. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4756/3658>. Acesso em: 1º fev. 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

O VOTO NO DIREITO BRASILEIRO: História, Problemas e Propostas de Mudança

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.143-156>

Recebido em: 3/1/2019

Modificações requeridas em: 19/7/2019

Aceito em: 22/7/2019

Lucas Catib De Laurentiis

Professor titular da PUC-Campinas. Coordenador e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (PPGD), vinculado à linha de pesquisa “Cooperação Internacional e Direitos Humanos”. Doutorado e Mestrado em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado e consultor nas áreas de Direito Público e Direito Tributário.
<http://lattes.cnpq.br/2294492760875997> lucas.laurentiis@gmail.com

Yohanan David Azevedo Bianchi

Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Brasil (2017).
<http://lattes.cnpq.br/8060432339243632>. yohabianchi@icloud.com

RESUMO

O presente artigo discute o sistema eleitoral brasileiro no Estado Democrático de Direito e o voto obrigatório dentro deste sistema, levantando hipóteses a serem respondidas no decorrer da pesquisa. O método utilizado é o descritivo analítico, por meio do qual as conclusões do trabalho são extraídas de premissas históricas e dogmáticas retiradas do Direito Positivo brasileiro. Nesse sentido, faz-se necessário um estudo histórico dos sistemas eleitorais e do voto, bem como suas origens, fundamentos, finalidades, limites e conceito atual. Será igualmente apresentado um estudo do Direito comparado, por meio do qual o sistema eleitoral brasileiro e o direito ao voto no Brasil serão confrontados com modelos de sistemas eleitorais de outros países. Ao final, o trabalho será concluído com a análise de propostas legislativas que buscam alterar a configuração do direito ao voto no Direito brasileiro. O estudo analisa essas propostas e apresenta respostas aos questionamentos jurídicos delas decorrentes.

Palavras-chave: Direito eleitoral. Voto obrigatório. Sistemas eleitorais. Soberania popular. Cidadania.

THE VOTE IN BRAZILIAN LAW: HISTORY, PROBLEMS AND PROPOSALS OF CHANGE

ABSTRACT

This paper discusses the Brazilian electoral system in the Democratic State of Law and the mandatory voting which exists within this system, raising hypotheses to be answered in the course of the research. The research method used is the analytical descriptive, through which the conclusions of the work are taken from historical and dogmatic premises derived from Brazilian positive law. In this sense, it is necessary to develop a historical study of the electoral systems and the vote as well as its origins, foundations, purposes, limits and current concept. It will also be presented a study of comparative law, through which the Brazilian electoral system and the right to vote in Brazil will be confronted with models of electoral systems in other countries. In the end, the work will conclude with the analysis of legislative proposals that seek to change the configuration of the right to vote in Brazilian law. The paper analyzes these proposals and presents answers to the legal questions arising from them.

Keywords: Electoral law. Compulsory vote. Electoral systems. Popular sovereignty. Citizenship.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Voto no Direito Comparado. 2.1 O Voto no Sistema Eleitoral dos Estados Unidos da América. 2.1 O Voto no Sistema Eleitoral Alemão. 2.3 O Voto no Sistema Eleitoral Argentino. 3 O Sistema Eleitoral Brasileiro: Histórico e Características Atuais. 3.1 Origem Histórica do Sistema Eleitoral Brasileiro. 3.1.1 Sistema Eleitoral do Período Imperial Brasileiro. 3.1.2 Sistema Eleitoral da Primeira República Brasileira. 3.1.3 As Mudanças no Sistema Eleitoral na Era Vargas. 3.2 Conceito e Características do Sistema Eleitoral. 3.3 Previsão Constitucional do Sistema Eleitoral Brasileiro. 3.4 O Problema do Voto Obrigatório. 3.4.1 A Obrigatoriedade e sua Coercibilidade. 3.5 Voto Obrigatório e Cláusulas Pétreas. 3.6 Uma Proposta de Instituição do Voto Facultativo. 4 Conclusões. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como seu objetivo central discutir o voto obrigatório de maneira ampla, seu conceito, limites e formas de atuação, e principalmente a forma como este se manifesta nas eleições brasileiras. Além disso, o texto analisa propostas legislativas que propõem a alteração da configuração do direito ao voto, tal qual regido pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o voto no Brasil será analisado sob diversos aspectos constitucionais e legais. Com base na comparação de modelos adotados em outros países, serão também indicadas algumas perspectivas de aprimoramento do sistema político brasileiro.

A análise aqui desenvolvida é descritiva analítica, método por meio do qual são fixadas as premissas da hipótese teórica a ser testada com base em uma exposição histórico-evolutiva do tema em debate. Com base nessas premissas, o trabalho apresenta soluções jurídico-dogmáticas para problemas práticos encontrados no sistema eleitoral brasileiro. Nesse sentido, a análise tem início com a exposição dos sistemas eleitorais brasileiros e busca, com isso, determinar a função de desempenho do voto. Com base nesse raciocínio, as diversas características do sistema eleitoral brasileiro são analisadas e confrontadas com modelos existentes em outros países. Ao final, serão também debatidas algumas propostas legislativas que pretendem alterar a configuração do direito ao voto no Brasil. Essas propostas serão avaliadas no que diz respeito à sua operacionalidade e constitucionalidade. O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema ou trazer uma resposta cabal acerca das questões aqui abordadas, mas pretende ao fim analisar e criar reflexões mais profundas a respeito dos problemas e possíveis soluções para o atual modelo eleitoral brasileiro.

2 VOTO NO DIREITO COMPARADO

O sistema jurídico brasileiro foi construído com base em diversas influências estrangeiras, muitas delas decorrentes de estreitamento diplomático, influências jurídicas, proximidade territorial e relações comerciais. As decorrências diretas de tais influências múltiplas são a complexidade do modelo estatal adotado pela Constituição Federal de 1988, que combina conceitos e influências europeias a um sistema de controle de ações estatais de tipo marcadamente norte-americano.¹

Com o sistema eleitoral ocorre algo semelhante, pois nos diversos níveis do federalismo brasileiro são previstas formas variadas de eleição de representantes políticos, ora indicados pela sistemática majoritária simples, ora pela maioria absoluta e, enfim, pelo sistema proporcional. De toda forma, para efeitos classificatórios, é possível dizer que o Brasil adota a forma de Estado federativa, o Regime republicano e o sistema de governo presidencialista. Para que as características e especificidades deste modelo sejam devidamente compreendidas, é necessário que se realize uma análise de comparação entre o sistema eleitoral brasileiro e o de outros países, bem como sua forma de organização interna e o efetivo respeito aos direitos fundamentais.

2.1 O Voto no Sistema Eleitoral dos Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América possuem uma das Constituições mais antigas ainda em vigor. Promulgada em 1788, a Constituição Americana estabeleceu inicialmente a Forma de Estado Federalista, o Sistema de Governo Presidencialista, a separação dos poderes e a forma de realização das eleições. Não obstante, houve modificações, também chamadas de emendas constitucionais, que adicionaram a proteção aos direitos individuais e coletivos e restrições aos poderes inerentes ao governo.

Diferentemente do Brasil, os Estados Unidos da América possuem um sistema eleitoral diferenciado, em que as eleições para o poder Legislativo são realizadas diretamente pelo povo, de forma direta, e as eleições presidenciais são realizadas por meio dos chamados “eleitores”, de forma indireta.² Cria-se, com isso, uma potencial discrepância na forma de se realizar as eleições e o possível “peso” do voto nas eleições para

¹ Para uma análise comparativa das Constituições brasileiras em relação a outros modelos constitucionais, conferir: FERREIRA, 1971, p. 108 *et seq.*; BONAVIDES, 2003, p. 362.

² Para a fundamentação e exposição do funcionamento de tal sistemática eleitoral, ver: HAMILTON; MADISON; JAY, 2009, p. 75.

o mais alto cargo do poder Executivo.³ Dita forma de escolha e o número de eleitores estão definidos no artigo II, seção 1 da Constituição Americana: “Cada Estado nomeará, de acordo com as regras estabelecidas por sua Legislatura, um número de eleitores igual ao número total de senadores e deputados a que tem direito no Congresso; todavia, nenhum senador, deputado, ou pessoa que ocupe um cargo federal remunerado ou honorífico poderá ser nomeado eleitor... Os eleitores reunir-se-ão em seus respectivos Estados e votarão em escrutínio”.⁴

As eleições presidenciais dos Estados Unidos da América são, portanto, realizadas de forma indireta, pois os eleitores são escolhidos pelo povo, por meio do voto facultativo, para votarem nos candidatos existentes ao cargo de presidente. Ressalta-se que inicialmente os eleitores não possuíam vinculações partidárias e estavam livres para votar, mas tal estigma inicial encontra-se superado, visto que hoje os eleitores possuem laços partidários em virtude de serem eles eleitos por uma chapa estabelecida por um determinado partido. Com fundamento em tais constatações, Bernard Schwartz extrai as seguintes conclusões:

Os eleitores presidenciais, há mais de um século, vêm votando nos candidatos do partido político em cuja chapa foram eleitos. Em muitos estados, realmente, nem aparecem na cédula os nomes dos eleitores, e os votantes votam somente no partido do candidato presidencial que eles preferem. É verdade que, em teoria, os eleitores ainda mantêm o seu arbítrio constitucional de votar em qualquer pessoa que escolham. Na prática, porém, o poder dos eleitores nesse particular é tão destituído de sentido quanto muitas das prerrogativas que, em teoria, a Coroa britânica ainda possui (1966, p. 119).

Desta maneira, surgiu o princípio que rege a eleição norte-americana: “vencedor leva tudo”, o que indica que a chapa vitoriosa de eleitores em um Estado votará integralmente no candidato de seu partido. Para ilustrar tal orientação, observe-se a seguinte situação hipotética: em uma eleição presidencial, um dos Estados federados possui 30 eleitores, os quais devem ser eleitos pelo voto popular, e 1 milhão de cidadãos votantes. Neste contexto, o partido A e o partido B apresentaram a sua chapa de 30 eleitores presidenciais e aguardaram a apuração das eleições. Os votos resultantes foram contabilizados e totalizaram 499.000 votos para o partido A e 501.000 votos a favor do partido B. O resultado final foi: vence o partido B por diferença de 1.000 votos, mas como os votos do distrito não podem ser divididos de forma proporcional, é preciso atribuir ao partido B os 30 votos ao seu candidato presidencial, respectivamente. Suponha-se agora que existam outros dois distritos com 800 mil eleitores e 12 delegados cada. Mesmo que o partido A vença nestes dois distritos, obtendo em cada um deles 750 mil votos, o número de delegados a seu favor no colégio eleitoral será inferior ao que apoia a eleição do partido B, mesmo que a quantidade de votos dos cidadãos a favor do partido B (601.000) seja muito inferior às depositadas no partido A (1.899.000).

Com essa pequena amostra, é clara a possibilidade de vitória de um presidente sem obter a maioria dos votos populares, mas sim a maioria dos eleitores do chamado Colégio Eleitoral. Essa forma indireta de votação é estritamente contraposta ao sistema eleitoral brasileiro, no qual a soberania popular nas eleições presidenciais é essencial para a vitória de um candidato, pois, conforme será demonstrado adiante, o Brasil adota o sistema majoritário para os cargos do poder Executivo e o voto é obrigatório.

Em contrapartida, há nos dois países igualdade no que diz respeito à defesa dos direitos dos cidadãos e o seu livre direito de votar, inclusive no período de mandato de quatro anos do presidente, e na exigência de naturalidade originária do candidato à Presidência, assim como em se exigir dele a idade mínima 35 anos e, enfim, a possibilidade de uma recondução.

³ Por isso, em seus comentários a tal dispositivo, observou Edward Corwin que “embora Madison houvesse testemunhado que o sistema de votação pelos distritos fora o tencionado pelos elaboradores da Constituição, os eleitores são hoje universalmente escolhidos pelo voto popular, em cédulas gerais para todo o Estado. O resultado é que o candidato vitorioso pode alcançar consideravelmente menos que uma maioria, ou até mesmo uma pluralidade do voto popular” (CORWIN, 1978, p. 115).

⁴ Lê-se no original: “Each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors, equal to the whole Number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress: but no Senator or Representative, or Person holding an Office of Trust or Profit under the United States, shall be appointed an Elector. The Electors shall meet in their respective States, and vote by Ballot” (traduzido livremente).

2.2 O Voto no Sistema Eleitoral Alemão

A Alemanha possui imensas diferenças em seu sistema interno e a maneira de escolha de seus candidatos em comparação com o Brasil. A primeira e mais óbvia diferença está na própria definição do sistema de governo, que no caso alemão é parlamentarista. Os membros do Parlamento alemão (*Bundestag*) são os responsáveis por eleger o chanceler federal, chefe de governo alemão, por meio de votação de maioria simples, para mandato de quatro anos e sem restrições quanto ao número de reconduções.⁵

Atualmente, o Parlamento alemão possui 709 membros, com número mínimo de 598 assentos, sendo este número variável conforme as eleições realizadas. O sistema eleitoral alemão é razoavelmente complexo: nele cada cidadão tem direito a votar duas vezes, com o voto sendo um direito facultativo. Conforme explicado por Luís Virgílio Afonso da Silva:

(a) Cada Estado federado é dividido em um número de distritos igual à metade das cadeiras a que tem direito no Parlamento; (b) cada partido apresenta dois tipos de candidaturas: um candidato para concorrer à eleição majoritária uninominal no interior de cada um dos vários distritos e uma lista de candidatos com ordem previamente definida pelo partido (lista bloqueada), igual para todos os distritos de um determinado Estado (lista estadual); (c) cada eleitor dispõe de dois votos, referentes às duas formas de candidaturas: no primeiro deles, vota no candidato do seu distrito e, no segundo, em uma das listas partidárias. (d) para o cálculo do número de cadeiras a que cada partido terá direito, são utilizados somente os segundos votos, ou seja, os votos dados para a lista partidária (1999, p. 81).

São, portanto, duas votações. A primeira com base no método majoritário, a segunda, com base no sistema proporcional. Após a apuração dos resultados, o número de cadeiras do Parlamento será dividido em função do quociente partidário, determinado pela fórmula proporcional Hare-Niemeyer. Possuirá o direito às cadeiras na proporção da porcentagem de votos obtidos na eleição da lista partidária e o número de assentos obtidos pelo partido com base na primeira votação (majoritária) são deduzidos do total de cadeiras determinado pela votação proporcional.⁶ Isso, contudo, não exclui a possibilidade de um determinado partido eleger na primeira votação um número de deputados superior ao determinado pela segunda votação, caso em que a lei eleitoral alemã admite a figura dos mandatos suplementares (*Überhangmandat*), o que gera a necessidade de se subtrair o número de cadeiras excedentes do total obtido pelos demais partidos. Contestada perante a Justiça Constitucional alemã, por ser vista como uma perversão do sistema proporcional alemão, essa prática foi considerada constitucional pelo Tribunal Constitucional Alemão.⁷

Outra característica existente no sistema eleitoral alemão é a cláusula de barreira existente para acesso às cadeiras do Parlamento, em que apenas os partidos que obtiverem 5% dos votos válidos nas eleições de lista podem ter representantes na Casa Legislativa. Esta cláusula-barreira visa a impedir a ascensão ao *Bundestag* de partidos considerados ínfimos, sob a afirmação de que poderiam causar uma quebra política extrema e criar dificuldades para a governabilidade. Como exemplo do impedimento de participação nos assentos por motivo de não atingir o percentual mínimo, o Partido do Bem-Estar Animal obteve 0,8% dos votos válidos nas eleições para o parlamento do ano de 2017 e foi impedido de possuir representantes.⁸

⁵ Descrevendo o modo de indicação de deposição do chanceler alemão, observou Jorge Miranda que “o governo, composto pelo chanceler e por ministros de sua escolha, passa a ser responsável perante a Assembleia nacional. É a esta que, sob proposta do presidente da República, compete eleger o chanceler (art. 63); e se lhe manifestar desconfiança, ele terá de ser substituído (art. 67). No entanto, a censura ao chanceler deverá ser acompanhada da indicação do seu sucessor” (MIRANDA, 2007, p. 125).

⁶ Nesse sentido, ver: HESSE, 1998, p. 442.

⁷ BVerfGE 95, 335. Por isso, é de se duvidar da correção da tese defendida por Virgílio Afonso da Silva, que sustenta que o sistema eleitoral alemão é puro e simplesmente proporcional. Para esse autor, a esmagadora maioria dos autores alemães considera que o sistema eleitoral alemão não é misto, pois o número de cadeiras é determinado pelo critério proporcional. Esse mesmo autor, contudo, cita as palavras de Hans Meyer, para quem o sistema alemão é proporcional, com a peculiaridade de que a metade dos assentos obtidos pela sistemática proporcional é preenchida com base no critério majoritário (SILVA, 1999, p. 83). Se esta peculiaridade existe, porém, isso quer dizer que o sistema eleitoral alemão não é proporcional puro e simplesmente. Tal conclusão é reforçada pela previsão legislativa que determina a distribuição dos mandatos excedentes. Mesmo que no plano da teoria constitucional tal instrumento seja polêmico, na prática sua constitucionalidade foi confirmada pelo Tribunal Constitucional, o que faz com que *de fato* o sistema eleitoral alemão seja *misto*, vez que utiliza simultaneamente duas regras decisórias para a distribuição das cadeiras no parlamento.

⁸ Tierschutzpartei (livremente traduzido pelo autor).

2.3 O Voto no Sistema Eleitoral Argentino

Na República Argentina vige ainda a Constituição de Santa Fé de 1853, texto que sofreu diversas modificações, a última delas operada no ano de 1994 (CASIELLO, 1954, p. 89). As regras eleitorais daquele país são muito próximas às adotadas no Brasil, tanto no que diz respeito à representatividade, como à forma da eleição, mas existem também algumas particularidades.

As eleições são divididas entre as eleições para presidente e as eleições para as Casas Legislativas. O sistema eleitoral adotado é diferente em cada uma delas. Na eleição para presidente da Nação Argentina exige-se do candidato ter nascido no território argentino ou que possua nacionalidade originária. O mandato é de quatro anos e essa eleição segue o sistema eleitoral majoritário de duas voltas – também chamado de dois turnos.

A particularidade encontrada nas eleições para presidente é a porcentagem necessária para ser considerado eleito o novo presidente: a chapa que obtiver 45% dos votos válidos na primeira volta será proclamada vencedora e seus candidatos para presidente e vice-presidente, eleitos. Quando a chapa mais votada na primeira volta obtiver pelo menos 40% dos votos válidos e existir uma diferença maior do que 10% do total dos votos válidos para o segundo colocado, os integrantes da chapa também são considerados eleitos.⁹

Um dos pontos interessantes nas eleições presidenciais é a inexistência da inelegibilidade reflexa na reeleição. Ou seja, não há o impedimento de parentes se elegerem para o mesmo cargo após o último mandato possível do detentor do mandato eletivo. Justamente por isso, por diversos anos a Presidência da República argentina foi dominada pela família Kirchner.

A votação para a composição das duas Casas Legislativas argentinas também se aproxima da existente no Brasil: segue o sistema eleitoral proporcional de escolha dos candidatos, mas não se assemelha na escolha direta dos candidatos pelos eleitores. O objetivo do sistema proporcional argentino, chamado de representação proporcional, é favorecedor do multipartidarismo em um mundo eleitoral de dimensões grandes, pois quanto maior a disputa eleitoral, melhor a representatividade proporcional e efetiva dos anseios populares. Os detentores de mandatos eletivos para o poder Legislativo Federal Argentino são renovados em sua metade a cada dois anos, por meio das eleições proporcionais, em que os partidos apresentam listas com os respectivos candidatos, como observa Juan Vicente Sola:

As listas dos partidos podem ser fechadas, quando os candidatos são eleitos em uma ordem determinada pelo próprio partido; ou abertas, quando os candidatos são apresentados pelos partidos em uma ordem determinada, mas os eleitores possuem a possibilidade de manifestar uma preferência ou mais, mudando a ordem dos nomes e adicionando nomes de outras listas (2010, p. 509).¹⁰

Com essa possibilidade, os partidos têm a faculdade de escolher entre a lista fechada e aberta, abrindo as possibilidades aos eleitores ou restringindo apenas para os seus próprios candidatos. Mesmo com a busca da efetivação da soberania popular, a Argentina ainda mantém o voto obrigatório em seu sistema democrático e nas eleições, uma possível contradição a ser tematizada adiante.

3 O SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO: HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS ATUAIS

Com a criação dos cargos eletivos, que são o instrumento por excelência da efetivação da representação partidária, faz-se necessário criar uma sistemática para a indicação dos representantes eleitos.¹¹ Para tanto, os esforços são direcionados no sentido da sistematização e normatização de técnicas e procedimentos para alinhar a vontade dos cidadãos e sua conversão em mandatos eletivos políticos.

⁹ Artículo 97 de la Constitución argentina: Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta, hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación. Artículo 98: Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vice-presidente de la Nación.

¹⁰ No original: Las listas de los partidos pueden ser cerradas, cuando los candidatos son electos en el orden determinado por el partido; o abiertas, cuando los candidatos son presentados por los partidos en un orden determinado pero los electores tienen la posibilidad de manifestar una preferencia o más, cambiando el orden de los nombres o agregando nombres de otras listas (livremente traduzido).

¹¹ A esse respeito, ver: LAURENTIIS, 2011.

Tal sistematização e normatização é chamada de sistema eleitoral. Sua finalidade é a adequação das eleições por meio de um sistema confiável, eficaz e a existência de transparência. Os principais sistemas eleitorais presentes no Brasil são: majoritário simples, majoritário absoluto e proporcional, e suas variações serão apresentadas conforme a aplicação. Os sistemas eleitorais possuem mutabilidade ao longo do tempo, momento em que não há de se falar em sistema eleitoral perfeito, mas sim em adequação e evolução histórica dos sistemas eleitorais perpetuados no Brasil.

3.1 Origem Histórica do Sistema Eleitoral Brasileiro

Para que possamos entender a feição que o sistema eleitoral brasileiro possui na contemporaneidade é necessário remontar ao surgimento do Direito Constitucional brasileiro e apresentar a sua mutabilidade e evoluções ao longo dos anos. Cumpre salientar que o estudo do sistema eleitoral brasileiro remonta ao período imperial, dado que o Brasil Colônia não possuía seu próprio sistema eleitoral em virtude da imposição exploradora de Portugal sobre as terras brasileiras, bem como a aplicação da Monarquia e de suas leis dominantes.

3.1.1 Sistema Eleitoral do Período Imperial Brasileiro

Após a outorga da Constituição de 25 de março de 1824 por Dom Pedro I, surge o primeiro sistema eleitoral brasileiro constitucionalizado e a divisão dos poderes políticos. Tem-se essa divisão em: poder Legislativo, poder Moderador, poder Executivo e o poder Judicial. A escolha por meio de votos, conforme expressamente continha a Constituição de 1824, seria dos cargos políticos do poder Legislativo, composta por deputados eleitos para mandatos de 4 anos e senadores, com mandatos vitalícios da Assembleia Geral – composta pela Câmara dos Deputados e Câmara dos Senadores, ou Senado – e dos membros dos Conselhos Gerais das Províncias. As eleições eram realizadas de forma indireta.

Depreende-se da análise do texto constitucional imperial a existência da divisão da eleição em dois graus, chamadas de eleições primárias e eleições de província. As eleições primárias (ou de 1º grau) eram compostas por eleitores considerados cidadãos ativos que escolheriam os eleitores das eleições de província. Para serem considerados eleitores de primeiro grau, deveriam preencher certos requisitos e não poderiam ser enquadrados em determinadas hipóteses de impedimento contidas na Constituição de 1824.¹² O voto era censitário, pois apenas aqueles cidadãos que atendiam aos critérios de renda mínima previstos na Carta Magna Imperial poderiam exercer o voto em primeiro grau. A despeito disso, a participação política no período imperial era significativa se comparada com as eleições realizadas em outros países.¹³

Após serem realizadas as eleições de primeiro grau – também chamadas de eleições paroquiais – os eleitos tinham a tarefa de eleger os deputados e senadores que iriam compor o Legislativo brasileiro na chamada eleição de segundo grau ou de província. Para ser considerado eleitor da província era necessário ser eleitor de primeiro grau, além de não fazer parte do grupo dos libertos, criminosos pronunciados e também não ter renda líquida vinculada a comércio ou emprego.

Cumpre salientar que não eram todas as vagas do poder Legislativo escolhidas pelos cidadãos eleitores, visto existir o poder Moderador, conferido única e exclusivamente ao imperador, que detinha a prerrogativa da nomeação dos senadores em lista tríplice formada pelos mais votados. Fora isso, o imperador detinha prerrogativa de dissolver a Câmara dos Deputados, fato que ocorreu com alguma frequência no período imperial.

¹² Os artigos 91 e 92 da Constituição Imperial regulamentavam essa matéria, dispondo que: Têm voto nestas eleições primárias: I) Os cidadãos brasileiros, que estão no gozo de seus direitos políticos; II) os estrangeiros naturalizados” (Art. 91.), e que “Não possuem direito de votar: I) Os menores de vinte e cinco anos, nos quais se não compreendem os casados, e oficiais militares, que forem maiores de vinte e um anos, os bacharéis formados, e clérigos de ordens sacras; II) os filhos-famílias que estiverem na companhia de seus pais, salvo de servirem ofícios públicos; III) Os criados de servir, em cuja classe não entram os guarda-livros, e primeiros-caixeiros das casas de comércios, os criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas rurais e fábricas; IV) os religiosos e quaisquer, que vivam em comunidade claustral; V) os que não tiverem de renda líquida anual cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio, ou emprego” (Art. 92).

¹³ Segundo a observação de José Murilo de Carvalho: “Em 1872, os votantes chegaram a um milhão, o que correspondia a 13% da população livre. A porcentagem subia para 53% da população masculina de 25 anos ou mais e 43% da mesma população de 20 anos ou mais. Estudos sobre a participação efetiva nas eleições confirmam esses dados. A participação era alta para a época, de vez que envolvia no exercício do voto metade da população adulta masculina (CARVALHO, 1996, p. 343).

3.1.2 Sistema Eleitoral da Primeira República Brasileira

Após o fim da Monarquia imperialista em 1889, foi promulgada a primeira Constituição Federal brasileira em 1891, que instituiu inúmeras inovações eleitorais, entre as quais: foi definido o sistema de governo presidencialista, a forma de Estado Federativo e o sistema bicameral manteve-se no poder Legislativo, chamado agora de Congresso Nacional; foram alteradas as durações dos mandatos e foram redefinidos os requisitos para o exercício dos direitos políticos, com a extinção do voto censitário.

No âmbito do poder Executivo federal, o chefe era o presidente da República, sucedido pelo vice-presidente, eleitos simultaneamente para um mandato de 4 anos, sem a possibilidade de reeleição. Era utilizado o sistema majoritário absoluto, por meio do voto direto dos eleitores e, caso não fosse atingida a maioria necessária, o Congresso Nacional escolheria mediante a maioria dos presentes.

Já o poder Legislativo federal era composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, eleitos simultaneamente pelo território nacional para mandatos de 3 e 9 anos, respectivamente. O sistema eleitoral adotado para as eleições legislativas variou ao longo do tempo, não tendo previsão expressa na Constituição Federal de 1891. Sendo assim, ocorreram diversos desdobramentos do sistema eleitoral majoritário simples em leis esparsas.

Uma das particularidades do período inicial da República era a inexistência de partidos nacionais e de vinculação dos votos a candidatos determinados. Ou seja, o eleitor poderia votar em qualquer nome, independentemente se existia prévia inscrição.

Eram considerados eleitores os maiores de 21 anos, excluídas as condicionantes para casados, oficiais militares, bacharéis e clérigos de ordens sacras. Eram excluídos do direito ao voto os mendigos, os praças e os religiosos sujeitos ao voto de obediência. As mulheres ainda não possuíam esse direito, conforme elencado por Nicolau Jairo: “À maneira da Constituição do Império, a Carta de 1891 não vetava, em nenhum de seus artigos, o direito de voto para as mulheres. Não havia necessidade de fazê-lo, pois a política do século XIX era pensada como uma atividade eminentemente masculina” (NICOLAU, 2012, p. 28).

Além disso, foi extinto o voto censitário, e foi incluída a obrigatoriedade de não ser analfabeto para votar. Tal requisito limitou o avanço do eleitorado brasileiro por muitos anos em virtude do elevado contingente de analfabetos existentes no período da República Velha. E um dos institutos mais deletérios da história do Direito Eleitoral brasileiro surgiu com a Constituição Federal de 1891. Não existia nenhum instituto protetivo ao sigilo do voto e de possíveis fraudes, o que possibilitou o controle dos resultados eleitorais pela elite latifundiária, perpetuada na pessoa do coronel detentor dos meios de sobrevivência nas regiões menos abastadas. Isso levou à criação do chamado “voto de cabresto”, em que o coronel possuía redutos eleitorais e os controlava por intermédio do abuso de autoridade, compra de votos ou a utilização da máquina pública para atingir as suas finalidades pessoais.¹⁴ Por isso mesmo, a República Velha ficou conhecida como o período do coronelismo e da baixa adesão da população nas votações, tendo em vista os incontáveis esforços, inclusive fraudulentos, para perenizar políticos em suas atribuições e a falta de participação maciça da população.¹⁵

A quebra dos paradigmas eleitorais cobertos de fraudes e baixa participação da população apenas ocorreu a partir de 1930 com o fim da República Velha e da instauração de institutos inovadores do Direito Eleitoral mundial.

¹⁴ Acerca do fenômeno do coronelismo no Brasil, sua origem e pressupostos, ver: LEAL, 1949.

¹⁵ A esse respeito, sustentou Jairo Nicolau que “a taxa de analfabetismo variava entre os Estados e era mais acentuada entre as mulheres, mas, para o ponto que nos interessa (definir o teto de adultos alistáveis), podemos dizer que cerca de dois terços dos adultos em idade de voto estavam excluídos do direito de voto. (...) O fato de o cidadão ter de voluntariamente requisitar sua inscrição (a partir de 1904) e a exigência de precisar apresentar uma série de documentos (a partir de 1916) provavelmente contribuíram para que uma parte dos eleitores não solicitasse o registro. Há de considerar, ainda, o papel das eleições no sistema representativo da Primeira República. Seja por conta das fraudes ou dos arranjos prévios entre os diversos grupos políticos, elas eram pouco competitivas. Nesse quadro, os indivíduos que não fossem vinculados a determinados grupos políticos não se sentiam motivados a coletar seus documentos e requisitar a inscrição como eleitor” (NICOLAU, 2012, p. 32).

3.1.3 As Mudanças no Sistema Eleitoral na Era Vargas

Em 1930 iniciou-se um novo período para o Direito Eleitoral brasileiro. Popularmente conhecida como Era Vargas, o início desse período foi marcado pelo fechamento do poder Legislativo e pela avocação de suas atribuições pelo autoproclamado chefe do Executivo Federal, até que os trabalhos finais da Constituinte fossem finalizados. Esse foi o início de diversas mudanças eleitorais.

Com a promulgação da Constituição de 1934, uma das maiores inovações do sistema eleitoral brasileiro surgiu: a judicialização constitucional das eleições. A Justiça Eleitoral passou a ter previsão na Constituição e o procedimento das eleições federais, estaduais e municipais, bem como seus processos judiciais, foram centralizados em suas competências.

O prazo do mandato presidencial permaneceu em 4 anos para presidente da República e vice-presidente, sendo proibida a reeleição e a simultaneidade das eleições. Em contrapartida, o poder Legislativo Federal sofreu diversas alterações. Os integrantes da Câmara dos Deputados, na qual se reuniam os representantes do povo brasileiro, passaram a ter o mandato de 4 anos, eleitos mediante sistema proporcional. Já os senadores possuíam um mandato de 8 anos, com o Senado sendo composto pelos representantes dos Estados e do Distrito Federal.

As principais mudanças geradoras de evolução das eleições são atinentes aos direitos de sufrágio ativo e voto. As mulheres, pela primeira vez na História brasileira, consolidaram seus direitos eletivos por meio do Código Eleitoral de 1932 e a idade mínima para votar foi reduzida de 21 para 18 anos. Neste período surgiu, também, o voto obrigatório, fundamentado no temor de que uma participação não expressiva da população no processo eleitoral pudesse fragilizar a legitimidade das eleições (SOARES, 1973).

Foram criadas medidas para prevenir a possibilidade de fraudes durante a votação e na apuração. Foi instituído o gabinete indevassável, espaço particular para votar e as urnas eram lacradas logo após o encerramento da votação. Enfim, o voto no Brasil foi tornado universal, secreto, obrigatório, igual e direto, mas a proibição ao voto do analfabeto ainda perdurou durante a Era Vargas, o que afastava grande parte da população do processo eleitoral.¹⁶ Diante de todas essas alterações, viu-se uma grande evolução do sistema eleitoral brasileiro em caráter de representatividade, rotatividade, direito de votar, segurança e transparência das eleições, mas ocorreram também restrições impeditivas de aumento significativo da participação popular.

3.2 Conceito e Características do Sistema Eleitoral

Os sistemas eleitorais permitem a participação regrada e previamente determinada dos cidadãos no processo de escolha de seus representantes. Há basicamente três variações tradicionais dos sistemas eleitorais: majoritário, proporcional e misto. Cada um desses sistemas cumpre uma finalidade específica na determinação das características do sistema político e partidário. Os sistemas majoritários visam a criar condições de governabilidade e previsibilidade no sistema político. Isso porque, com fundamento nesses sistemas eleitorais, a formação de maiorias partidárias torna-se mais simples, se não natural. Já os sistemas proporcionais têm como objetivo a criação de condições mais favoráveis para a representação de tendências políticas e grupos ideologicamente identificados. Em contrapartida, os sistemas proporcionais tendem a dificultar a formação de maiorias parlamentares, tendo em vista a multiplicação de agremiações partidárias com assento no Parlamento.¹⁷ O Brasil, atualmente, aplica os sistemas majoritário e o proporcional.

¹⁶ Esse aspecto foi duramente criticado por Manoel Rodrigues Ferreira, para quem: “No Brasil, durante 357 anos, o analfabeto teve o direito de votar. Desde a primeira eleição democrática, realizada por João Ramalho em São Vicente, a 22 de janeiro de 1532, até 15 de novembro de 1889, o analfabeto sempre pôde votar. Com a instauração da República é que foi abolida a extensão do voto ao analfabeto. Tal proibição era uma instituição relativamente nova no Brasil. Eu dizia então: ora, desde que se considera que o eleitorado alfabetizado sabe votar, que tem discernimento para escolher, então, seria lógico que esse eleitorado esclarecido deliberasse sobre a extensão do voto ao analfabeto num plebiscito nacional. Não parecia justo que só o Congresso Federal tivesse poderes para resolver esse problema. Nós, a massa dos eleitores, não estamos aptos a deliberar sobre problemas econômicos e financeiros e outras altas questões especializadas, que devem ser mesmo atribuições do Congresso. Mas assunto como aquele, todos nós, eleitores alfabetizados e esclarecidos, estávamos capacitados a resolver. Por que, então, não se realizou um plebiscito para dar a todos a oportunidade de opinar? Isto seria altamente democrático, pois possibilitaria aos eleitores participar da solução de um problema nacional” (FERREIRA, 2005, p. 326).

¹⁷ Trata-se, neste caso, de tendências geradas pelo sistema partidário. Não de causas necessárias e deterministas. A esse respeito, comentando e criticando a interpretação corrente das conhecidas Leis de Duverger, ver: SILVA, 1980, p. 289.

O sistema majoritário possui como regra de determinação do resultado político a vontade da maioria dos votantes, subdividida em absoluta e relativa. A maioria absoluta visa à obtenção do primeiro número inteiro após a metade dos votos válidos, ou seja, a fração não pode ser considerada maioria absoluta. Já a maioria relativa não possui porcentagem mínima de obtenção de votos, mas considera eleito o candidato que alcançar o maior número de votos para o cargo que almeja. Esse sistema possui duas espécies, a de turno único e dois turnos, estritamente ligadas à maioria absoluta ou relativa. O primeiro aplica-se nas eleições em que não há previsão de segundo turno, ou seja, é eleito o candidato que conseguir o maior número de votos, independentemente de número mínimo de votos.

A espécie majoritária de dois turnos, em contrapartida, apenas considera eleito o candidato que atingir a maioria absoluta dos votos válidos, excluídos os brancos e nulos. Caso isso não ocorra, são realizadas novas eleições com os dois candidatos mais votados. Nesta nova eleição considera-se eleito o que obtiver a maioria simples dos votos.

O sistema proporcional, comumente aplicado apenas nas eleições do Legislativo, objetiva gerar uma composição partidária tão fiel quanto possível do colorido partidário existente no território nacional,¹⁸ mas ele também tende a criar o fulgor pela multiplicidade partidária, na qual se desenvolvem diversas correntes ideológicas com ânsia de saciar a vontade de aplicabilidade no mundo político, momento em que gera a quebra na governabilidade e na real possibilidade de grande representatividade no Congresso Nacional.¹⁹

Diferentemente do sistema eleitoral majoritário, há diversas etapas a serem seguidas para determinar os candidatos aptos a disputar a eleição. Inicialmente, calcula-se o chamado quociente eleitoral, dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral disputada, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior. Após, calcula-se o quociente partidário dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos obtidos sob a mesma legenda ou sob a coligação, desprezada a fração em qualquer hipótese. Com isso, obtém-se um número equivalente ao de representantes de cada partido eleito.

Ressalta-se que, no sistema brasileiro atual, é possível dirigir o voto ao candidato ou apenas na legenda, ressaltando-se que em ambos os casos o voto será contabilizado no quociente partidário do partido ao qual o candidato se encontra vinculado. Em virtude de recente mudança da lei eleitoral, os candidatos registrados devem obter votos nominais em número igual ou superior a 10% do quociente eleitoral para possuírem direito ao mandato.

É recorrente a hipótese em que os votos obtidos pelos partidos não preenchem, na integralidade, as cadeiras a serem representadas. Por isso, criou-se um sistema para as sobras eleitorais chamado de Sistema de Média. O sistema adotado no Direito brasileiro de maiores médias, considerando-se como maior média partidária a do partido que obtenha o maior quociente numérico após a divisão do número de votos a seu favor pelo quociente partidário mais um. Tal sistemática tem como objetivo reforçar as maiores bancadas que compõem o Parlamento.²⁰ Cumpre esclarecer, no entanto, que mesmo na aplicação da sistemática de maiores médias, deve-se respeitar o mínimo de 10% do quociente eleitoral em votos nominais para os candidatos serem eleitos.

3.3 Previsão Constitucional do Sistema Eleitoral Brasileiro

A Constituição Federal de 1988 prevê um sistema eleitoral complexo, em que são combinadas diferentes sistemáticas de eleição para o preenchimento de vagas em diferentes cargos políticos. A sistemática majoritária possui previsão para aplicação tanto em sua forma absoluta de dois turnos como em sua forma simples ou relativa. Às eleições para prefeito, governador, presidente da República e os respectivos vices aplica-se, em

¹⁸ FERREIRA, 1989, p. 351.

¹⁹ Eis a crítica realizada ao sistema proporcional, no pensamento de José Jairo Gomes: "O excesso de partidos políticos provoca instabilidade no poder, haja vista que fragmenta em demasia as forças políticas, impedindo a formação de maiorias sólidas e consistentes. Não contando com maioria no Parlamento, o governante é impelido a realizar inúmeros acordos – muitos deles inconfessáveis – para manter a governabilidade e a estabilidade política, de maneira a implantar as medidas e as políticas públicas entendidas como necessárias ou adequadas ao país. A história recente do Brasil revela a verdade dessa assertiva. Impende encontrar um ponto de equilíbrio, no qual a representação das minorias seja assegurada, mas também seja garantida a solidez das maiorias e, pois, a governabilidade (GOMES, 2016, p. 145).

²⁰ BONAVIDES, 2011.

regra, o majoritário absoluto de dois turnos, todos para mandato de 4 anos. A única exceção é a eleição para prefeito em cidades com menos de 200 mil eleitores, quando se aplica sistemática majoritária de turno único. Fora isso, a Constituição possui previsão para a aplicação do sistema eleitoral majoritário simples nas eleições para senadores para mandato de 8 anos.

Aos deputados federais é aplicado o sistema proporcional para mandatos de 4 anos, mesmo período estabelecido para uma legislatura. Esta mesma sistemática é aplicada à eleição de vereadores, deputados estaduais e distritais, com fundamento no que dispõe o Código Eleitoral brasileiro.

3.4 O Problema do Voto Obrigatório

Para se falar em voto, há de se falar primeiramente em sufrágio. O sufrágio nada mais é que o direito público subjetivo, de natureza política, que possui o cidadão para eleger ou ser eleito, chamado também de sufrágio ativo e passivo (SILVA, 2014, p. 353). Tal direito possui restrições estabelecidas no artigo 14, sendo reconhecido o sufrágio ativo apenas aos brasileiros natos ou naturalizados, maiores de 16 anos, que não estejam conscritos (regime militar obrigatório) ou sejam estrangeiros. O voto é o exercício do sufrágio ativo, ou seja, é a efetiva participação da organização estatal pelo direito subjetivo atribuído aos cidadãos, sendo obrigatório aos maiores de 18 anos e menores de 70 (CF, artigo 14, parágrafo 1º, I) e facultativo aos analfabetos, maiores de 70 anos e maiores de 16 e menores de 18 anos (CF, artigo 14, parágrafo 1º, II). Nos termos da Constituição Federal, o voto possui as características de ser direto, livre, secreto, periódico, igual e obrigatório.

A questão que se coloca, então, é a seguinte: Como é possível compatibilizar as características do direito fundamental à participação política, exercida mediante o voto, com a obrigatoriedade do ato de votar? Estaríamos, neste caso, não diante de um direito subjetivo do cidadão, mas sim diante de um dever constitucional, vez que a Constituição não admite que os maiores de 18 e menores de 70 anos se abstenham do ato de votar? Enfim, como é possível compatibilizar essas características do voto, com a constatação de que o cidadão exerce, por meio deste ato, uma ação democrática, sendo que a democracia é um regime político fundado na liberdade? Os itens seguintes deste trabalho abordam essas questões.

3.4.1 A Obrigatoriedade e sua Coercibilidade

O voto obrigatório surgiu no Brasil no período da Era Vargas com a justificativa da necessidade de se manter a legitimidade de um governo ditatorial. Perpetuou-se no tempo, fundado em diversas outras justificativas.²¹

Entre tais justificativas encontram-se: a imaturidade da “massa popular” para o voto facultativo; o cumprimento do dever social e político de desempenhar a função da soberania popular; a necessidade de grande participação eleitoral para dar legitimidade às eleições.

Dentro da obrigatoriedade existe a coercibilidade estatal no comparecimento ao local de votação. Ou seja, o cidadão não está devidamente obrigado a votar em alguém, mas sim em se apresentar e apor sua assinatura na folha individual de votação da seção eleitoral. Neste sentido, José Afonso da Silva, o voto somente se realiza com a efetiva escolha de um representante político, pois o eleitor que não desempenha tal função não cumpre o seu dever social e político (SILVA, 2014, p. 362).

Esta afirmação, porém, desconsidera as características básicas do voto. O eleitor é um sujeito de direitos, não um instrumento a ser manipulado pelo sistema político. Por isso, apenas considerar a necessidade da participação do eleitorado, como faz José Afonso da Silva, para disso retirar a fundamentação da obrigatoriedade do voto é, no mínimo, uma visão parcial e distorcida do Direito Constitucional, visto que o eleitor também possui o direito público subjetivo de manifestar seu descontentamento com os candidatos apresentados, e tal mister pode ser realizado por meio do voto branco, nulo ou pela abstenção. A obrigatoriedade do voto é uma forma de instrumentalização do direito fundamental e também uma ação paternalista do Estado, que considera ser possível impingir valores democráticos nos cidadãos, desconsiderando, com isso, que a verdadeira democracia é uma experiência contínua que se faz com erros e acertos dos titulares dos direitos

²¹ O voto obrigatório é hoje adotado em apenas 22 países, em sua maioria países subdesenvolvidos e da América Latina, entre eles o Brasil

fundamentais. Negar a possibilidade de o cidadão se abster do exercício do voto, mesmo que este ato cause dano ao processo eleitoral, é adotar uma forma de perfeccionismo democrático, que pouco se diferencia da imposição totalitária de um modo de vida e de uma visão do mundo.²²

Fora isso, não se compreende como a coercibilidade do exercício de um direito fundamental possa fomentar o desenvolvimento da consciência política dos cidadãos. O que ocorre, na verdade, é justamente o contrário. Os valores democráticos são criados em um ambiente que favoreça o exercício da liberdade, que deve estar relacionada com a percepção da responsabilidade que cada cidadão tem em relação aos seus atos. Ao se exigir que o voto seja necessariamente exercido, ocorre uma espécie de infantilização do cidadão, que se transforma em um objeto manipulado pelo sistema político eleitoral. Isso desvirtua completamente o sentido do desenvolvimento da educação democrática, que deve ser incentivada por meio de um processo de educação crítica voltada para a reflexão contínua a respeito do sentido da representação política na vida de cada um.

O voto obrigatório é um instrumento de coerção que desvirtua esse processo, vez que nega ao cidadão a possibilidade de exercer um juízo crítico a respeito do sistema político, fomentando, assim, a descrença na democracia representativa e retirando o valor do voto.²³ Esse processo de degradação foi corretamente constatado por José Jairo Gomes, para quem os cidadãos obrigados a votar “votam, pois, em qualquer um, no primeiro que se apresenta ou no mais bem aparentado, isso quando não negociam seus votos, transformando-os em mercadoria, já que só comparecem às urnas compulsoriamente” (GOMES, 2016, p. 77).

A coercibilidade do voto é, portanto, um fator de desestabilização e degradação do processo democrático. Ela não tem criado interesse nos cidadãos em buscar candidatos idôneos e participar de forma sadia das eleições. Cria, ao contrário, o sentimento de insatisfação e desprezo pela vida política, sentimento que se agrava quando grande parte dos atores políticos são acusados de terem cometido delitos. Neste contexto, a busca inconsequente pela realização plena e absoluta da democracia, ideal que fundamenta a obrigatoriedade do voto, pode revelar-se como o princípio do fim do próprio regime democrático.

Enfim, sob o ângulo da dogmática dos direitos fundamentais, a coercibilidade no direito ao exercício do voto gera dúvidas no que diz respeito à concepção das características deste direito fundamental. Isso porque, de acordo com a formulação clássica, as normas constitucionais de garantia dos direitos fundamentais “servem, em primeira linha, para assegurar uma esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções do poder público”.²⁴ Como conceber, então, que o voto seja uma obrigação imposta pelo Estado ao titular do direito fundamental? Existem teorias dos direitos fundamentais que igualam a estrutura normativa dos direitos e dos deveres fundamentais. Cite-se, como exemplo, as teorias institucional e dos valores dos direitos fundamentais, que instrumentalizam o conteúdo do direito, condicionando a sua proteção à busca de uma finalidade socialmente valiosa.²⁵ Chamadas de teorias simétricas, essas orientações contemplam a possibilidade de uma equivalência estrutural entre os direitos e os deveres fundamentais, do que decorre a potencial inversão da proteção constitucional do direito em desfavor do indivíduo. Afinal, transformado em dever, o direito fundamental passa a ser a fonte de obrigações dirigidas ao seu próprio titular. E, assim, aquilo que antes era a proteção constitucional da liberdade torna-se um instrumento de reforço da autoridade.

²² Nessa linha, criticando a visão paternalista dos direitos fundamentais, ver: KNIESEL e POSCHER, 2004.

²³ Segundo a legislação vigente o descumprimento da obrigação de comparecer no local de votação é passível de sanções severas, todas previstas no artigo 7º, da Lei 4.737, de 1965: O eleitor que deixar de votar e não se justificar perante o juiz eleitoral até 30 (trinta) dias após a realização da eleição, incorrerá na multa de 3 (três) a 10 (dez) por cento sobre o salário-mínimo da região, imposta pelo juiz eleitoral e cobrada na forma prevista no artigo 367. § 1º. Sem a prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou de que se justificou devidamente, não poderá o eleitor: I - inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se neles; II - receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público, autárquico ou paraestatal, bem como fundações governamentais, empresas, institutos e sociedades de qualquer natureza, mantidas ou subvencionadas pelo governo ou que exerçam serviço público delegado, correspondentes ao segundo mês subsequente ao da eleição; III - participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou das respectivas autarquias; IV - obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, caixas econômicas federais ou estaduais, nos institutos e caixas de previdência social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo, ou de cuja administração este participe, e com essas entidades celebrar contratos; V - obter passaporte ou carteira de identidade; VI - renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo; VII - praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou imposto de renda.

²⁴ BVerfGE 7, 198 – Lütth.

²⁵ A esse respeito, ver a crítica contundente de Ernst W. Böckenförde em: BÖCKENFÖRDE, 1991.

É fácil constatar a deformação da dogmática dos direitos fundamentais operada por essa compreensão. Transformados em deveres, os direitos fundamentais não podem ser mais vistos como normas vinculadas à ligação da liberdade, quanto menos exigem eles uma abstenção estatal para a sua realização. Deveres e obrigações, os direitos fundamentais exigem, não só do Estado, mas também do indivíduo, a persecução de finalidades e a realização de ações voltadas para esses fins.²⁶ É justamente isso o que ocorre com o direito ao voto, que no Direito Constitucional brasileiro deixou de ser uma simples faculdade garantida pela Constituição Federal para se tornar uma obrigação, destinada a realizar um fim que está acima da vontade do cidadão.

Apresentadas as críticas à imposição constitucional do dever de votar, cumpre agora verificar como os problemas apontados podem ser solucionados. E, neste ponto, a solução não pode ser outra senão a extinção do voto obrigatório .

3.5 Voto Obrigatório e Cláusulas Pétreas

O voto está contemplado na Constituição Federal de 1988 entre os direitos fundamentais estabelecidos. Nem todas os aspectos do voto, contudo, são considerados cláusula pétrea. É preciso, então, dissecar a possibilidade de uma mudança constitucional de diversas características do voto, entre elas a obrigatoriedade. O artigo 60 estabelece os requisitos para a Emenda Constitucional ser aprovada, entre eles a impossibilidade de abolir determinados direitos. E em seu parágrafo 4º, inciso II, encontra-se a menção ao voto. Segundo tal dispositivo, não é passível de deliberação a emenda tendente a abolir “o voto direto, secreto, universal e periódico”. Entre as características pétreas do voto encontra-se o voto direto, secreto, universal e periódico, expressamente considerado cláusula pétrea e impossível de se abolir.

A Emenda Constitucional que tenda a abolir tais características do voto pode ser considerada inconstitucional desde o momento de sua proposta, sendo inclusive possível a realização do assim denominado controle de constitucionalidade preventivo indireto, realizado pela via da interposição de mandado de segurança impetrado por parlamentar,²⁷ o que não afasta a possibilidade de se realizar também o controle político pela via parlamentar, ou o repressivo de natureza judicial.

De toda forma, as matérias que integram o núcleo imutável da Constituição devem ser interpretadas restritivamente, sob pena de tornar todo o texto constitucional petrificado, forçando, com isso, a manifestação do poder constituinte originário. Sendo assim, é perceptível que o texto constitucional impede a mudança de certas características do voto e que, entre esses atributos, não se encontra o voto obrigatório. Abre-se, portanto, a possibilidade de se aprovar uma Emenda Constitucional no sentido de abolir a obrigatoriedade, sem que isso implique desrespeito às cláusulas pétreas.

De acordo com a jurisprudência do STF, no entanto, as emendas constitucionais que alterem o processo eleitoral estão englobadas pelo princípio da anualidade eleitoral, princípio garantido pelo artigo 16 da Constituição Federal de 1988. Para fins desta pesquisa, pode-se considerar como integrantes do processo eleitoral todo o desenvolvimento, sucessão e evolução de atos eleitorais que visam a elucidar a vontade da massa popular nas eleições, capazes de alterar os resultados das urnas.²⁸ Não restam, portanto, dúvidas de que a alteração do voto obrigatório para facultativo resultaria em possíveis mudanças drásticas no processo eleitoral, pois afetaria aspectos relevantes da disputa política por votos, modificando inclusive a forma de organização das eleições e prospectiva de quantitativos de participação em geral.

De tudo isso conclui-se, então, ser possível abolir o voto obrigatório, pois não há restrições constitucionais que impeçam essa medida. Tal medida, contudo, deve obedecer o procedimento regular de uma Emenda Constitucional e, assim como as demais mudanças no processo eleitoral, deve respeito ao princípio da anualidade eleitoral.

²⁶ Para uma crítica sistemática de tal visão, ver: RANDERLZHOFFER, 2006, p. 618.

²⁷ A esse respeito, ver: FERRAZ, 1999, p. 292.

²⁸ Na formulação do Supremo Tribunal Federal, o processo eleitoral é considerado um direito fundamental e “representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos” (ADI 3.685, rel. Min. Ellen Gracie).

3.6 Uma Proposta de Instituição do Voto Facultativo

Para alterar o voto obrigatório, conforme supramencionado, é necessária a aprovação de uma Emenda Constitucional. Essa é uma possibilidade real não só sob o prisma da ciência política, mas também sob o aspecto político. Hoje não só os sociólogos e os cientistas sociais os apoiadores do voto facultativo. Juristas e ministros também têm trilhado esse caminho. Representativo de tal linha evolutiva, Marco Aurélio de Mello afirmou que:

É hora de avançarmos e pensarmos no voto facultativo, deixando de tratar os cidadãos brasileiros como tutelados. A mudança também mudará o comportamento da classe política, estimulando-a a ter um desempenho à altura, para que o eleitor se sinta motivado a votar. Além disso, a busca de votos seria diferente, o esforço dos candidatos se daria no atacado, e não no varejo, reduzindo-se a chance da compra de votos ou do voto de “cabresto”.²⁹

No âmbito legislativo já existem propostas neste sentido. Cite-se, como exemplo, a PEC 61/2016, de autoria principal da senadora Ana Amélia. O texto-base desta Proposta de Emenda Constitucional visa a alterar o artigo 14 da Constituição Federal e obter o resultado útil de tornar o voto facultativo em todo o território nacional. Saliente-se que, uma vez aprovada tal alteração, apenas o voto será tornado facultativo, mantendo-se o alistamento eleitoral obrigatório. Para fins práticos, o eleitor ainda seria obrigado comparecer ao cartório eleitoral para realizar seu alistamento e manter seu título eleitoral atualizado, mas poderia abster-se de comparecer no local de votação no dia da eleição, sem quaisquer sanções.

A justificativa apresentada pela autora da PEC 61 para a continuidade do alistamento eleitoral é a possibilidade de abstenções acidental, sem premeditação ou manifestação política, conforme se extrai da seguinte passagem da fundamentação da Proposta de Emenda:

O alistamento obrigatório amplia o grau de liberdade dos eleitores, mantendo abertas até o dia da votação as possibilidades de comparecimento e de não comparecimento. O alistamento facultativo exige duas decisões do eleitor e pode, pela inércia passada, impedir eleitores de comparecer à votação por razões não políticas. Haveria um absenteísmo automático, não reflexivo, danoso para o processo democrático.

É perceptível o apoio existente para o voto facultativo instalar-se no Brasil, pois a mencionada Proposta de Emenda Constitucional atingiu o número de apoio mínimo dos senadores requisitado pela Constituição Federal – um terço dos membros do Senado Federal – e hoje encontra-se em tramitação. A PEC encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado e ainda está no aguardo da designação do relator para a continuidade de seus trâmites internos.

Há de se informar ainda acerca da existência de outras diversas propostas no mesmo sentido, posteriores e anteriores, o que revela a manifesta vontade de alteração da Constituição Federal para tornar o voto facultativo.

Os representantes do povo e dos Estados, deputados e senadores respectivamente, via de regra devem manifestar o interesse popular e a melhor maneira de satisfazer os anseios gerais. Dito isto, as crescentes tentativas de se alterar a Constituição Federal maximizam a soberania popular de se ter a obrigatoriedade do voto fora da realidade brasileira.

Ademais, a situação política vivenciada no Brasil demonstra a insatisfação popular com a classe política existente. Essa insatisfação vem sendo exteriorizada no momento das votações, tendo em vista as eleições presidenciais de 2018 – utilizada como parâmetro pela possível capacidade de mensurar em âmbito nacional – em que o número de abstenções e votos brancos e nulos ultrapassa 20% do eleitorado brasileiro, número que tem aumentado conforme o decorrer dos anos. A tendência buscada pela facultatividade do voto é a evolução da base democrática brasileira, pela junção entre o fiel exercício dos direitos políticos, exercidos em um ato liberdade de escolha nas eleições, e a ação dos políticos em buscar de formas lícitas a maior participação eleitoral.

²⁹ Entrevista do presidente do TSE ao jornal *O Globo*, disponível em: <https://m.oglobo.globo.com/opiniao/sim-ao-voto-facultativo-13412865>

4 CONCLUSÕES

Não está clara a razão da manutenção do voto obrigatório no Brasil. Instituto de origem fascista, essa obrigatoriedade é hoje paradoxalmente defendida por constitucionalistas e juristas de orientação democrática. A justificativa para isso é sempre: na condição de valor fundamental, a democracia deve ser defendida, ainda que isso implique uma afronta à liberdade e ao direito de escolha do eleitor. Esta pesquisa evidenciou que a manutenção do voto obrigatório no Brasil perpetua a tradição paternalista e autoritária do Estado brasileiro.

Em contrapartida, a maioria dos países existentes adotam o voto facultativo, inclusive países considerados extremistas em suas ações e legislação-base, mas que ofertam o integral exercício do direito ao voto aos seus cidadãos. Dessa forma, o direito à liberdade de expressão no voto possui expressiva restrição estatal no momento em que não é conferido ao cidadão votante o direito de permanecer inerte em relação às eleições, sejam elas municipais, estaduais, federais ou presidenciais.

Ao aplicar ao cidadão sanções e imposições de obrigatoriedade de participação eleitoral, o constituinte originário não forneceu o pleno exercício da liberdade de direito ao voto, assemelhando-se muito a uma condução coercitiva do cidadão até o local das urnas. No contexto atual, a continuidade do voto obrigatório apenas irá degradar a política brasileira e sua permanência sadia, pois todos os fatores indicam uma degradação e ruptura da ligação entre o povo e as eleições e criará uma disparidade entre os interessados em ingressar na vida política – sejam eles com boas intenções, ou malfeitores – e os cidadãos votantes, condição prejudicial à evolução eleitoral da atual crise vivenciada.

5 REFERÊNCIAS

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-W. "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation". In: Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main: Surkamp, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo Caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CASIELLO, Juan. *Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1954.
- CORWIN, Edward. *A constituição norte-americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1978.
- FERRAZ, Ana Cândida Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, n. 36, p. 279-296, 1999.
- FERREIRA, Manoel Rodrigues. *A evolução do Sistema Eleitoral Brasileiro*, 2. ed. Brasília: Secretaria de Documentação e Informação do Tribunal Superior Eleitoral, 2005.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1989. V. 1.
- FERREIRA, Pinto. *Direito constitucional moderno*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1971. V. II.
- GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.
- KNIESEL, Michael; POSCHER, Ralf. "Die Entwicklung des Versammlungsrecht 2000 bis 2003", *NJW*, p. 422-429, 2004.
- LAURENTIIS, Lucas Catib. Vinculação e liberdade dos representantes políticos: entre mandato imperativo e representativo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 12, n. 23, p. 5-21, jan./jun. 2011.
- LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- NICOLAU, Jairo Marconi. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. 1. ed. São Paulo: Editora Zahar, 2012.
- RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- RANDELZHOFFER, Albrecht. Grundrechte und Grundpflichten. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Herausg.). *Handbuch der Grundrechte*. München: CF Müller, 2006. p. 595-625.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Tradução Carlos Nayfeld, Rio de Janeiro: Forense Rio, 1966.
- SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SOARES, G. A. D. *Sociedade e política no Brasil*. São Paulo: Difel, 1973.
- SILVA, José Afonso. "Partidos políticos e sistemas eleitorais: o caso brasileiro. *RPGE*, n. 17, p. 287 et seq., dez. 1980.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da Silva. *Sistemas Eleitorais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- SOLA, Juan Vicente. *Manual de Derecho Constitucional*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2010. 688p.

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE: Reflexões Sobre o Acórdão ARE n. 1047694–RJ do Supremo Tribunal Federal

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.157-168>

Recebido em: 4/9/2018

Modificações requeridas em: 1º/10/2019

Aceito em: 15/10/2019

Marcelo de Mello Vieira

Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-Minas. Professor de Direito Civil do Centro Universitário Unihorizontes. <http://lattes.cnpq.br/7169118774782075>. marcelomvieira@yahoo.com.br

Marina Carneiro Matos Sillmann

Mestrado em Direito Privado pela PUC-Minas. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Professora da Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste). <http://lattes.cnpq.br/6889554292137254>. marinasillmann@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo objetiva estudar a necessária reformulação do instituto da posse no contexto pós-CRFB/1988, focando na constitucionalização do Direito Civil brasileiro e nas modificações do direito de propriedade e seus impactos na posse, trazendo uma proposta de função social da posse. Foi utilizada a pesquisa jurídico-teórica valendo-se do raciocínio dedutivo. O trabalho utiliza como método de pesquisa a revisão bibliográfica e a análise do acórdão ARE n. 1047694, que trata a temática proposta. Concluiu-se que a constitucionalização do Direito Civil forçou uma releitura do conceito tradicional de posse, exigindo a presença da função social. Essa nova concepção contrasta com aquela adotada pelo STF no ARE n. 1047694, devendo ser feita uma análise específica para cada caso concreto antes de se determinar uma reintegração de posse.

Palavras-chave: Direito civil constitucional. Função social. Posse.

CONSTITUTIONAL CIVIL LAW AND THE SOCIAL FUNCTION OF POSSESSION: REFLECTIONS ON THE JUDGMENT IN ARE N. 1047694-RJ OF THE FEDERAL SUPREME COURT

ABSTRACT

This article aims to study the necessary reformulation of the institute of the possession in the post-CRFB / 1988 context, focusing on the constitutionalization of Brazilian Civil Law and the modifications of property rights and their impacts on tenure, bringing a proposal of social function of possession. It was used the legal-theoretical research using the deductive reasoning. The work uses as a research method the literature review and the analysis of the judgment ARE. 1047694 which deals with the proposed theme. It was concluded that the constitutionalization of Civil Law forced a rereading of the traditional concept of possession, requiring the presence of the social function. This new conception contrasts with that adopted by the STF in ARE n. 1047694, and a specific analysis should be made for each specific case before a repossession is determined.

Keywords: Constitutional civil law. Social function. Possession.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. 3 A Posse no Direito Civil Contemporâneo Brasileiro. 3.1 A Posse e a Propriedade: Conceito e Função Social. 3.2 Função Social da Posse. 4 Interpretação da Posse pelo Supremo Tribunal Federal: Análise do Acórdão ARE n. 1047694. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, 1988) é um importante marco para a sociedade brasileira, pois inaugura no país um Estado Democrático de Direito. Fundada na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, além de outros pilares (artigo 1º da CRFB/1988), essa nova ordem jurídica previu expressamente seus objetivos, estando entre eles a construção de uma sociedade justa e igualitária (artigo 3º, I da CRFB/1988), o que perpassa, também, pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

No Direito Privado, essa mudança legal foi especialmente impactante, tanto pelo tratamento dado pelo texto constitucional a temas tradicionalmente trabalhados pelo Direito Civil quanto pelos influxos trazidos pelos fundamentos e objetivos da república e pelos direitos fundamentais, que exigiram que essa área do Direito fosse repensada.

A partir daí, fala-se em uma constitucionalização do Direito Civil, que significa retrabalhar os institutos próprios do Direito Privado de modo que estes se prestem a efetivar o programa constitucional nessa esfera. Esse fenômeno, que flexibilizou a rígida separação entre o Direito Público e o Direito Privado, trouxe um forte impacto em institutos tradicionais do Direito Civil, como a família, a empresa, o contrato e a propriedade, ao relacioná-los com os fundamentos e objetivos da República presentes no texto constitucional.

A posse é um desses clássicos institutos que tiveram de ser reformulados a partir dos ditames constitucionais. Tradicionalmente definida por meio dos conceitos elaborados pelos juristas alemães Friedrich von Savigny e Rudolf von Jhering, a posse também deve ser compreendida como um meio para concretizar esse programa constitucional traçado pela CRFB/1988, anteriormente mencionado. Com isso, o exercício dos direitos do possuidor está condicionado à destinação do bem de forma útil para a sociedade. Em outras palavras, para que a posse atenda sua função social, passou-se a exigir do possuidor a promoção de interesses existenciais para o correto exercício da posse.

O presente trabalho tem como objetivo tratar da necessária reformulação do instituto “posse” pós-CRFB/1988. Para tanto, inicialmente, traçar-se-á um panorama do Direito Civil brasileiro constitucionalizado. Posteriormente, abordar-se-á a posse nesse novo Direito Civil, destacando as modificações no direito de propriedade e seus impactos na posse, para, depois, trabalhar a função social da posse. Por fim, analisar-se-á o acórdão ARE n. 1047694, a fim de apurar como o Supremo Tribunal Federal está analisando a concepção de função social da posse.

Para este estudo foi utilizada a pesquisa jurídico-teórica, valendo-se do raciocínio dedutivo. O trabalho utiliza como método de pesquisa a revisão bibliográfica e a análise jurisprudencial do acórdão ARE n. 1047694 do Supremo Tribunal Federal sobre a temática proposta.

Justifica-se a relevância deste estudo em razão da necessidade de se compreender a reformulação dos conceitos clássicos do Direito Privado quando analisados sob o prisma da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em especial, da influência da função social na posse.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O primeiro Código Civil Brasileiro (CCB) (BRASIL, 1916), conhecido como Código Beviláqua, adotou a concepção de codificação inaugurada na França pós-período revolucionário. Tal concepção representava o baluarte da mais moderna ciência jurídica da época e fundava-se na ideia de rígida separação entre os temas de Direito Público e de Direito Privado e na pretensão de esgotar em seu texto a abordagem de todo o Direito Civil. Baseado no individualismo e no voluntarismo (TEPEDINO, 2004), o CCB (BRASIL, 1916) consistia em um “produto de sua época e das forças sociais imperantes no meio em que surgiu. Feito por homens identificados com a ideologia dominante, traduz o sistema normativo de um regime capitalista colonial” (AMARAL, 1998, p. 117).

O Direito Civil brasileiro de então era marcado pela forte proteção ao patrimônio e também pelo individualismo jurídico, traços do pensamento jurídico liberal do final do século 18 e início do 19, regulando, especialmente, a atuação dos contratantes e do proprietário. Para Tepedino (2004, p. 2), tais sujeitos “[...] a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais”.

Quando de sua promulgação, contudo, a sociedade brasileira apresentava uma concepção diferente do modelo liberal no qual o CCB (BRASIL, 1916) foi concebido, especialmente em razão da intensificação dos movimentos sociais e da crise do liberalismo na década de 30 do século 20. A sonhada completude não se concretizou, uma vez que ficou clara a necessidade de promulgações das mais diversas leis esparsas, o que, de fato, ocorreu. Observou-se, ainda, naquele período, uma maior interferência do Estado na esfera privada, especialmente em razão da massificação das relações obrigacionais e dos contratos de adesão, exigência de um mercado que demandava celeridade. Com o intuito de buscar a igualdade material, surgiu o dirigismo contratual, que limitou a autonomia da vontade em prol dos interesses sociais, como a observância da boa-fé e da função social.

Em 1988, no entanto, a promulgação da CRFB/1988 inaugurou uma nova ordem jurídica, rompendo com o autoritarismo do período militar brasileiro, trazendo a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro (artigo 1º III) e a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária como um de seus objetivos (artigo 3º I). Ela também assumiu um compromisso com a concretização de direitos e garantias fundamentais (artigos 5º a 17).

A nova ordem jurídica trouxe um impacto direto no modo de se trabalhar o Direito Privado, uma vez que seus institutos clássicos, como o contrato e a propriedade, deveriam, agora, atender aos fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito. No Direito Privado, a dignidade da pessoa humana representou a obrigação de reinterpretarem-se os institutos de modo que o foco se tornasse a pessoa humana e a efetivação dos direitos fundamentais. Essa mesma interpretação também deveria ser voltada para a promoção de uma sociedade justa, livre e igualitária, o que se concretiza quando os seus institutos cumprem a proposta de função social.

A CRFB/1988 foi responsável ainda por incorporar no texto constitucional normas de conteúdo típico de Direito Privado, impactando na estrutura do Direito Civil e no seu modo de se relacionar com o Direito Público (MORAES, 1991). Com isso, atenuou-se a rígida separação entre Direito Público e Direito Privado, exigindo que o Direito fosse trabalhado como um ordenamento jurídico unitário e hierarquicamente organizado, no qual os princípios constitucionais irradiam-se para todos os seus ramos (MORAES, 1991).

Assim, fala-se em uma constitucionalização do Direito Civil, devendo isso ser entendido como a leitura da legislação civil sob o crivo dos princípios constitucionais, com o intuito de efetivar o programa constitucional na esfera privada (FIUZA, 2007). Trata-se, portanto, de um Direito Civil no qual se sente a influência dos princípios constitucionais, especialmente em espaços que eram tradicionalmente dominados pela liberdade individual (TEPEDINO, 2007), e que está comprometido na construção de um direito “que também seja ‘livre, justo e solidário’” (SCHREIBER; KONDER, 2006, p. 10). Em razão disso, deve-se afirmar que os direitos constitucionais passaram a permear os direitos presentes na codificação civilista em uma relação de complementariedade.

Para Tepedino (2003), a absorção desses valores não patrimoniais, bem como a funcionalização dos institutos de Direito Civil, levou a três relevantes conquistas para o Direito brasileiro: a primeira delas consistiu na compreensão de que os conceitos jurídicos não são neutros, nem absolutos; a segunda foi a já mencionada superação da dicotomia entre Direito Público e Privado; e a terceira, por fim, foi o entendimento de que temas de Direito Privado não são unicamente tratados pelo Código Civil, mas também pelo texto constitucional. Ainda conforme Tepedino (2003), tais constatações, especialmente a primeira, permitiram a superação da visão tradicional de um Direito Privado permeado por categorias absolutas e acríicas para a compreensão de um direito como um fenômeno social e histórico e que deve ser periodicamente revisto.

Cumprido ressaltar que, apesar de todas as modificações do Direito Civil constitucional, o CCB (BRASIL, 2002) mostrou-se conservador, ainda que tivesse apresentado uma evolução em alguns aspectos. O modelo de texto legislativo do CCB (BRASIL, 2002) utilizou cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, substituindo a rigidez do modelo anterior (BRASIL, 1916). A inserção das cláusulas gerais, contudo, foi insuficiente e exigiu que o intérprete fosse capaz de estabelecer o completo diálogo do Direito Civil com os princípios constitucionais, uma vez que a Constituição é o centro do ordenamento jurídico.

Um dos institutos tradicionais do Direito Privado, que foi significativamente alterado pelo Direito Civil constitucional, foi a posse. Considerada como um dos Direitos das Coisas, a posse foi analisada de modo compatível com a ampla proteção que se conferia ao proprietário. Após 1988, teve incorporada em seu conceito a noção de função social.

3 A POSSE NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

A posse no Direito nacional sempre foi rodeada por dúvidas e polêmicas. Castro (2010) já advertia que uma das tarefas mais árduas do Direito é a de traçar o conceito e o conteúdo da posse. Diversos juristas nacionais e estrangeiros abraçaram essa missão, mas ainda não há um consenso sobre a temática. Inegavelmente, foram os juristas alemães Friedrich von Savigny e Rudolf von Jhering que mais influenciaram os debates sobre a posse. Desse modo, qualquer discussão sobre o tema deve passar pela análise das teorias da posse de cada um desses autores.

Conforme aponta Fiuza (2014), ao trabalhar o instituto, Savigny tomou como ponto de partida a concepção de detenção, ou seja, a possibilidade física que um sujeito teria de dispor da coisa. Para diferenciar a posse da detenção, Savigny acrescentou a vontade de possuir a coisa como um dos elementos do instituto. Sua teoria recebeu o nome de teoria subjetiva e defendia que a posse seria composta por dois elementos: *corpus* e *animus domini*. O primeiro elemento, de natureza objetiva, compreenderia o poder físico exercido sobre a coisa, e o segundo, de natureza subjetiva, consistia em ter a coisa como sua (STANLEY, 2015).

Já na visão de Jhering, o *corpus* seria compreendido como a exteriorização do domínio, enquanto o *animus*, ou *affectio tenendi*, representava o agir do possuidor como se a coisa lhe pertencesse (STANLEY, 2015). Jhering criticava a teoria subjetiva pela ênfase que Savigny concedia ao elemento *animus* (FIUZA, 2014), mostrando que nem todo possuidor tem a vontade de ser dono. Com isso, o autor entendeu ser mais pertinente conferir destaque ao *corpus*; assim, sua teoria foi denominada de objetiva (DONIZETTI; QUINTELLA, 2014).

Cumprir destacar que, apesar de ambos autores trabalharem com os mesmos elementos para conceituar a posse, para Savigny havia posse apenas quando presentes os dois elementos, enquanto para Jhering bastava o *corpus* ou o *animus* para a caracterizar (STANLEY, 2015).

O CCB (BRASIL, 2002) adotou, em regra,¹ a teoria objetiva de Jhering para caracterizar a posse, uma vez que a exigência presente no artigo 1.196 é apenas da conduta de proprietário, dispensando a apreensão física ou a vontade de ser dono. Somente esses clássicos elementos, todavia, foram ineficazes para trazer a posse ao paradigma do Direito Civil constitucional. Ela necessitou da inclusão de um novo elemento: a função social, que seria condição de legitimidade para o exercício do direito pelo possuidor (SILVA; SETTI, 2017).

3.1 A posse e a propriedade: conceito e função social

Apesar do consenso quanto aos elementos da posse, não há um conceito de posse legalmente definido, tendo a legislação apresentado apenas o conceito de possuidor como “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (artigo 1.196, BRASIL, 2002). Houve ainda a vinculação da noção de posse à propriedade, conforme depreende-se deste mesmo dispositivo. Em razão dessa conexão de posse com o conceito de propriedade, mostra-se pertinente compreender o tratamento jurídico conferido a este segundo instituto a fim de assimilar a posse no contexto do Direito Civil constitucional.

O Direito nacional também não traz um conceito legal de propriedade, mas é possível traçar o seu significado. Inspirada em ideais liberais, a propriedade era vista como o direito de o proprietário usá-la, dispô-la, gozá-la e reivindicá-la de forma exclusiva, devendo os não proprietários apenas se abster de praticar qualquer ato contrário aos interesses do proprietário. Percebe-se que havia uma valorização dos aspectos individualistas da propriedade, entendida com um direito subjetivo, havendo poucas restrições ao exercício dos direitos

¹ Em que pese a adoção da teoria de Jhering pelo CCB (BRASIL, 2002), o Direito nacional adota a teoria de Savigny quando trata da usucapião no artigo 1.238 do CCB (BRASIL, 2002), pois exige-se que o sujeito possua a coisa como dono. A usucapião, por se tratar de uma forma de aquisição da propriedade a partir da manutenção da posse do bem por um determinado período de tempo, se adequa melhor à proposta de Savigny, uma vez que um de seus requisitos inerentes é o *animus* (ter a coisa como se fosse sua).

do proprietário. Cuida-se de uma visão da propriedade oriunda dos processos da Revolução Francesa, conferindo ao proprietário plenos e absolutos poderes, sendo o direito de propriedade algo absoluto, inviolável e sagrado (MOTA PINTO *et al.*, 2012).

Essa noção individualista da propriedade começou a ser atenuada com previsões legais, como a da Constituição da República de 1934, que estabelecia em seu artigo 113 “17” que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo. Os textos constitucionais posteriores repetiram tal disposição, mas pouco se alterou no tratamento jurídico do instituto. Foi a CRFB/1988 a responsável por eliminar o perfil exclusivista da propriedade, dando-lhe nova roupagem ao elevar a função social a princípio constitucional (STANLEY, 2015).

A função social é função e princípio. Função é a finalidade de um instituto, de um modelo jurídico, no caso a propriedade. Todo modelo jurídico compõe-se de estrutura e função. A gênese e a forma estão na estrutura; a finalidade, o papel a ser cumprido na função. Por função social da propriedade entenda-se a função que o dono deve atribuir às suas coisas, ao exercer seus direitos sobre elas, basicamente, ao usar, fruir e dispor. Essa função deve ser, na medida do possível e quando for o caso, útil à coletividade [...] (FIUZA, 2014, p. 947).

Como princípio, a função social representa a norma jurídica que cuida das soluções para que seja atendida a função social em caso de descumprimento pelo proprietário, e que também limita o exercício absoluto do direito de propriedade (FIUZA, 2014). A função social da propriedade tem previsão constitucional, tendo a CRFB/1988 a abordado de duas maneiras distintas: a primeira como direito fundamental individual vinculado a uma função social (artigo 5º caput, XXII e XXIII) e a segunda como um princípio da ordem econômica (artigo 170, III). A vinculação do direito de propriedade ao exercício da função social significa que a proteção aos direitos do proprietário de perpetuidade e exclusividade são garantidos apenas quando a propriedade cumprir sua função social (FARIAS; ROSENVALD, 2014). Ademais, tem-se que, em virtude da funcionalização do instituto, há um dever de este propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa humana (TEPEDINO, 2007). Cumpre ressaltar ainda que a funcionalização da propriedade deve ser interpretada em conjunto com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), da solidariedade (artigo 3º), da erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (artigo 3º, III e IV) e com necessidade de promoção dos direitos fundamentais individuais e sociais (artigo 5º a 11).

Assim, a função social da propriedade não é uma limitação ao direito de usar, gozar, dispor e reivindicar do proprietário, mas, sim, parte do próprio conceito do direito, ou seja, ele conforma a sua característica noção atual de propriedade (CASTRO, 2010, p. 64-65). Ela impõe ao proprietário deveres de agir para garantir e promover os valores que fundamentam o ordenamento jurídico (PERLINGIERI, 2002, p. 226). Pode-se afirmar, então, que a

[...] função social penetra na própria estrutura e substância do direito subjetivo, traduzindo-se em uma necessidade de atuação promocional por parte do proprietário, pautada no estímulo à obrigação de fazer, consistentes em implementação de medidas hábeis a impulsionar a exploração racional do bem, com a finalidade de satisfazer os seus anseios econômicos sem aviltar as demandas coletivas, promovendo o desenvolvimento econômico e social, de modo a alcançar o valor supremo no ordenamento jurídico: a Justiça (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 272).

Supera-se, assim, a visão tradicional na qual o proprietário podia exercer seus direitos com grande liberdade e os não proprietários apenas possuíam o dever de não influir na propriedade. Na propriedade funcionalizada, o proprietário e os não proprietários possuem direitos, deveres, ônus e faculdades recíprocas, não havendo mais uma relação de subordinação, mas de cooperação, podendo, em alguns momentos, prevalecer o interesse do proprietário e, em outros, o interesse de terceiros (PERLINGIERI, 2002).

O próprio texto constitucional encarregou-se de distinguir e dar concretude à função social da propriedade urbana e da propriedade rural. Em relação à propriedade urbana, ela será atendida quando a propriedade deferir ao disposto no plano diretor da cidade (artigo 182§2º, CRFB) (BRASIL, 1988). Caso o proprietário não atenda a tais determinações, o município poderá empregar sanções para que passe a utilizar de forma adequada seu bem, que vão, progressivamente, do parcelamento e edificação compulsórios, passando pelo estabelecimento do imposto predial e territorial urbano até a desapropriação (artigo 182§4º; Lei nº 10.257/2001) (BRASIL, 2001b).

Em relação à propriedade rural, o artigo 186 da CRFB (BRASIL, 1988) dispõe que sua função social é cumprida quando se efetivam concomitantemente o aproveitamento racional e adequado, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, a preservação do meio ambiente, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (artigo 182 §4º). O não cumprimento da função social rural é sancionado com a desapropriação (artigo 184).

Da mesma forma que essa funcionalização impõe direitos e deveres aos proprietários, também os particulares são sujeitos ativos e passivos de direitos, deveres, faculdades, ônus e sujeições (VIEIRA, 2015). A propriedade deixa de ser encarada como um direito subjetivo e passa a ser vista como uma situação subjetiva complexa (FARIAS; ROSENVALD, 2014).²

César Fiuza (2014) destaca que, nas relações jurídicas reais, aquelas que, conforme as teorias personalistas, existem entre o titular do bem (sujeito ativo) e os não titulares do bem (sujeito passivo) também são regidas pelo princípio da solidariedade. Para ele, “as relações reais, assim como as obrigacionais, são relações em cooperação, em que as partes podem não só exigir, mas também esperar uma atitude solidária uma da outra. Isso significa que titulares e não titulares devem agir solidariamente.” (FIUZA, 2014, p. 935). Este princípio não legitima a violência contra a propriedade, mas, sim, traz um dever de cooperação, sem abusos, entre o titular e o não titular do direito de propriedade.

A função social da propriedade, portanto, modificou a maneira como o proprietário pode usar, gozar, dispor e reivindicar, e, sendo o possuidor aquele que tem de fato o exercício de algum desses poderes, pode-se afirmar que a posse também teve sua natureza modificada.

3.2 Função social da posse

Nenhum dos textos constitucionais brasileiros fizeram menção à função social da posse. Apesar de não ter sido expressa no texto constitucional nem na legislação civilista, entretanto, esta é uma decorrência lógica da necessidade de releitura do fundamento e do conteúdo da posse em razão da aplicação dos princípios constitucionais ao instituto e do seu papel dentro do Direito Civil constitucionalizado (ROSA, 2007). No mesmo sentido,

Quanto à função social da posse, embora não se encontre expressamente regulamentada, é possível, quando nada, deduzi-la da própria função social da propriedade, uma vez que a posse consiste exatamente no exercício dos direitos de dono. Evidentemente, que, diante do sistema impresso pelo ordenamento constitucional, a função social pode ser também derivada da importância da posse como instrumento de promoção da dignidade humana (FIUZA; SANTOS, 2015, p. 283).

Para Fiuza (2014), em diversos casos a posse vem desacompanhada da propriedade e, ainda assim, independentemente da previsão legal expressa, há que se falar em função social da posse como instrumento de promoção da dignidade humana. O mesmo autor (2014, p. 1.090) ressalta ainda que a

[...] posse ganha autonomia em relação à propriedade, como instrumento de promoção da vida digna. Mais uma vez aqui, pensemos na situação de milhares de pessoas que não têm casa própria, são locatários, possuidores de imóvel residencial alheio. Sua posse deve ser protegida, ainda que contra o próprio dono [...].³

Com isso, afirmar que a posse possui uma função social significa que ela “[...] apresenta uma destinação extrínseca (social, econômica, ambiental, cultural, etc.) a ser obedecida pelo detentor daquele direito, não mais apenas a moral e o respeito aos direitos alheios (evitar danos)” (CASTRO, 2010, p. 74).

Assim como ocorreu com a propriedade, a função social passou a exigir do possuidor obrigações positivas para o correto exercício da posse, uma vez que o instituto também deve ter como objetivo a promoção de interesses existenciais. Rosa (2007) salienta que a função social da posse tem uma nítida ligação com as

² Para Perlingieri: “a complexidade das situações subjetivas – pela qual em cada situação estão presentes momentos de poder e de dever, de modo que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto – exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional” (PERLINGIERI, 2008, p. 678).

³ Nos termos da Lei nº 8.245/1991.

necessidades sociais básicas do ser humano, como a moradia e o trabalho. Nesse contexto, pode-se concluir que “não há melhor demonstração de **funcionalização da posse** do que o efetivo cultivo das terras ou com princípio dele e morada habitual” (MIRANDA FILHO, 2010, p. 25, grifos no original). Assim, além da moradia, a posse também se tornou essencial para atender à outra necessidade humana fundamental: o trabalho. Para Vieira (2015, p. 20),

Logo, hoje não basta se falar em corpus ou animus (*affectio tenendi*). A configuração da posse exige uma função social, ou seja, que seu exercício busque efetivar direitos fundamentais. Assim, como ocorreu com o direito de propriedade, a função social passou a integrar a própria noção atual de posse, também não podendo ser vista com (*sic*) uma mera limitação. A posse que supostamente dava dinamicidade à propriedade, passa a ser ainda mais dinâmica com a função social.

Entende-se, portanto, como uma possível definição de posse, uma situação jurídica complexa por meio da qual se exerce um dos poderes ligados à propriedade, efetivando-se uma necessidade básica do cidadão ligada a um direito existencial, ou seja, uma função social. Essa concepção serviria como ponto de partida para a interpretação constitucional da posse, que não pode olvidar os elementos presentes no caso concreto (VIEIRA, 2015).

Cumprido ressaltar que, para essa interpretação se efetivar, a

[...] função social da posse, deverá ser construída interpretativamente, com criatividade, no sentido de implementar a máxima eficácia social, harmonizando o seu exercício com aqueles valores, não só pela usucapião, em suas modalidades previstas no Código Civil, mas, sobretudo, no caráter funcional que a posse tem, como meio jurídico e pacífico de acesso aos bens e de concretização do interesse social, que deve prevalecer e preponderar sobre o individual, mormente quando este revestir-se apenas de caráter patrimonial (MIRANDA FILHO, 2010, p. 55).

Em termos concretos, a função social da posse é expressamente reconhecida no Direito nacional quando se analisam as normas que tratam da usucapião, sendo justificativa para a redução em cinco anos, tanto para a usucapião ordinária quanto extraordinária (artigo 1.242, parágrafo único e 1.238, parágrafo único do CCB) (BRASIL, 2002). Ambos os dispositivos preveem que será adquirida a propriedade de um imóvel por aquele que possui justo título e boa-fé e está na posse do imóvel por 10 anos ou por 5, se o imóvel tiver sido adquirido onerosamente (1.242), ou, ainda, por 15 anos se não possuir justo título ou boa-fé (1.238). O parágrafo único do artigo 1.238 aduz a redução do prazo para 10 anos, caso o sujeito tenha estabelecido naquele lugar sua moradia ou tenha realizado naquele imóvel obras ou serviços de caráter produtivo.

Em relação à proteção possessória, conforme aduz Áurea Castro (2010), o exercício da função social da posse do imóvel, tanto para trabalho quanto para moradia, consiste em requisito essencial para garanti-la. Nesse contexto, nota-se que essa função social da posse se tornou fundamento autônomo capaz de embasar o uso das ações possessórias.

Assim, a função social da posse teria seu conteúdo delimitado diante da análise da situação concreta. Conforme mencionado anteriormente, não se trata de uma limitação do exercício dos direitos do possuidor, e sim algo inerente ao próprio instituto da posse, relacionando-a à concretização dos direitos fundamentais, dos princípios e dos objetivos da República no projeto do Direito Civil constitucional.

4 INTERPRETAÇÃO DA POSSE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Análise do Acórdão ARE N. 1047694

Embora tenha sido promulgado o CCB (BRASIL, 2002), o referido código manteve-se, em grande parte, fiel à codificação anterior, não sendo completamente adaptado aos ditames da CRFB/1988. Por esse motivo, dentro do Direito Civil atual, essa leitura constitucional dos institutos tem ficado a cargo dos juristas. Coube a eles, por meio da interpretação jurídica, elaborar parâmetros que auxiliem os julgadores a modular conceitos abertos e cláusulas gerais à luz dos princípios constitucionais em uma interpretação criativa.

A interpretação criativa é aquela que parte de um caso concreto para delimitar o significado dos conceitos jurídicos empregados, considerando suas peculiaridades. No caso da posse, significa abandonar o processo de interpretação exegético, baseado somente nas normas abstratas, e considerar a posse como instituto

dinâmico e social, indo além de seu aspecto patrimonial (proteção à propriedade) e sendo vista pelo viés de proteção e promoção da pessoa (SOUZA, 2014). Com isso, tem-se os subsídios necessários para a construção argumentativa da melhor decisão possível para aquela situação fática.

Em relação à aplicação da proposta da constitucionalização do Direito Civil na prática jurídica, tem-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou, no ano de 2017, a questão da função social da posse nos casos de inadimplemento contratual de um imóvel do Programa de Arrendamento Residencial (PAR).

O PAR é um programa de iniciativa do Ministério das Cidades, sendo a Caixa Econômica Federal (CEF) o agente executor, e o Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) o financiador. Ele intenta auxiliar municípios e Estados a atenderem à necessidade de moradia daquelas pessoas que vivem em centros urbanos com renda até R\$ 1.800,00. As unidades disponibilizadas pelo PAR são arrendadas, havendo opção de compra do imóvel ao final do período contratado (CEF, 2017). Com isso, torna-se um dos responsáveis pelo aproveitamento dos espaços vazios urbanos, enfrentando o problema habitacional brasileiro da população de baixa renda e auxiliando na efetivação do direito constitucional à moradia (artigo 6º CRFB) (BRASIL, 1988). Nesse sentido,

O PAR é um programa que apresenta uma forma diferente de acesso à moradia, por meio de uma operação financeira chamada “arrendamento mercantil”, ou *leasing*. Através dessa forma de acesso, o imóvel que faz parte do patrimônio do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) – a fonte de recursos do programa, composta por um mix de recursos onerosos (FGTS) e não-onerosos (FAS, FINSOCIAL, FDS e PROTECH) – permanece sob a “propriedade fiduciária” da Caixa Econômica Federal (CAIXA), que é a gestora do fundo e representa o arrendador ativa e passivamente. Assim, a propriedade do imóvel é do FAR, enquanto o arrendatário paga uma taxa de arrendamento mensal, por um período de 15 anos, quando poderá obter o direito de optar pela aquisição do imóvel, mediante pagamento ou financiamento do saldo devedor, se houver. Em função dessa particularidade na titularidade do imóvel, para o mais eficiente funcionamento do sistema faz-se necessária a participação de uma administradora de imóveis para gerir os condomínios e os contratos de arrendamento do PAR (BONATES, 2008, p. 149).

Assim, o contratante do PAR efetua um contrato de *leasing* com a Caixa Econômica Federal e se imite na posse do imóvel, com o compromisso de pagar, mensalmente, a taxa de arrendamento e encargos inerentes ao bem, sob pena de perder a posse. Ao final do contrato, abre-se a possibilidade de aquisição da propriedade do bem.

A Lei nº 10.188/2001 é o instrumento legislativo responsável por criar e regulamentar os principais aspectos do PAR e, em seu artigo 6º, define que o arrendamento residencial é a operação efetuada no âmbito do PAR e que tem por objeto o arrendamento com opção de compra de bens imóveis. O artigo 8º traz detalhes sobre o contrato, destacando a cláusula impeditiva para venda ou cessão de direitos do imóvel em caso de aquisição de propriedade. Já o artigo 9º, objeto de análise das ações junto ao STF, prevê a possibilidade de reintegração de posse em caso de inadimplemento no pagamento das parcelas do arrendamento:

Art. 9º: Na hipótese de inadimplemento no arrendamento, findo o prazo da notificação ou interpelação, sem pagamento dos encargos em atraso, fica configurado o esbulho possessório que autoriza o arrendador a propor a competente ação de reintegração de posse.

Em julgamento de agravo contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário, foi negada repercussão geral (conforme Supremo Tribunal Federal ARE 640.713, ministro relator Cezar Peluso, DJE, Brasília, 22/9/2011) e mantida decisão que concedeu a reintegração de posse à CEF em virtude de comprovada inadimplência e inércia da possuidora após ter sido devidamente notificada (BRASIL, 2017). O STF decidiu ainda pela constitucionalidade do artigo 9º da Lei nº 10.188/2001, tendo o relator, ministro Luiz Fux, afirmado, em seu voto, que o objetivo da lei é de permitir o acesso à moradia por pessoas de baixa renda, sem descuidar do cumprimento das cláusulas contratuais. A justificativa apontada pelo ministro para o cumprimento da função social foi a de que

A determinação da reintegração da CEF na posse do imóvel objeto da demanda faz prevalecer a função social da posse, uma vez que outras pessoas de baixa renda, em condições de arcar com as obrigações contratuais, possuem interesse em ser beneficiadas pelo Programa em questão, além de a inadimplência do recorrente afetar o Fundo de Arrendamento Residencial – FAR (BRASIL, 2017).

Embora o citado artigo 9º da Lei nº 10.188/2001 tenha sido o alvo do debate no STF, não se pode mais pensar em uma interpretação isolada dos dispositivos de uma lei. É preciso buscar a resposta para os casos concretos também nos dispositivos da Constituição, trabalhando o Direito de uma forma sistêmica. Nesse sentido, o Direito Civil constitucional impõe “uma hermenêutica com fins aplicativos, voltada à máxima realização dos valores constitucionais em vista das peculiaridades do caso concreto” (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 13).

O direito à moradia é reconhecido pela CRFB (BRASIL, 1988) como um direito social (art. 6º) e foi inserido no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 26 de 2000. Para Fiuza e Santos (2015), o relevante caráter social que a posse apresenta é o de efetivar o direito à moradia, cumprindo, assim, sua função social.

O objetivo do PAR é fornecer o acesso à moradia a pessoas de baixa renda, atendendo, então, o programa proposto pela CRFB (BRASIL, 1988). O referido programa exige, como contraprestação, o cumprimento dos encargos financeiros para a manutenção da posse do imóvel. Em caso de inadimplemento, será, nos termos da lei, conferido um prazo para efetuar os pagamentos em atraso sob pena da perda do imóvel.

Conforme ressalta Fiuza (2014), o objetivo da função social da posse não é promover uma espécie de caridade cristã, de modo que o possuidor possa se manter na posse do imóvel sem arcar com suas responsabilidades. A função social estabelece um dever de cooperação entre os envolvidos, de modo a se ter uma utilização não individualista do bem.

A interpretação dada pelo ministro Luiz Fux, contudo, embora tenha identificado a função social da posse com o direito fundamental à moradia, mostra-se, no mínimo, questionável, uma vez que despreza as particularidades do caso concreto, desamparando todos aqueles que, por qualquer razão e em qualquer situação, não conseguiram honrar seus compromissos. Ou seja, a decisão do ministro desfavorece aqueles que mais necessitam, muitas vezes protegendo somente o investimento do banco estatal.

Caso o não pagamento ocorreu no início do contrato, a reintegração de posse poderia ser a medida mais correta, desde que também oportunizasse àqueles que não possuíam condições financeiras de arcar com os custos de sua moradia, a efetivação do seu direito a esta. Uma solução seria a imediata inscrição destes nos programas governamentais de acesso à moradia.

Já naquelas situações em que houve pagamento vultoso das prestações, uma possível solução para a compatibilização da função social da posse dos imóveis que fazem parte do PAR, e consequentemente do direito fundamental à moradia, é a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Tal teoria parte de uma nova concepção de adimplemento, a qual pode ser definida como a satisfação dos interesses legítimos do credor, mesmo quando a obrigação não foi inteiramente cumprida. Desse modo, a teoria do adimplemento substancial seria aplicada em situações nas quais há pouca discrepância entre as prestações efetivamente adimplidas e o restante das prestações devidas (TERRA; GUEDES, 2017), posto que o montante pago já teria sido o suficiente para pagar o investimento do credor e ainda lhe proporcionar algum lucro. Assim, em vez de permitir que o credor se apropriasse do imóvel, o que lhe daria um lucro ainda maior no caso de nova venda, ele poderia apenas cobrar o restante da dívida pelas vias ordinárias. No Direito brasileiro, apesar de inexistir previsão legal expressa, a teoria do adimplemento substancial encontra fundamento no princípio da boa-fé objetiva, mais especificamente em sua função de vedar o exercício abusivo de posição jurídica, conforme aponta Anderson Schreiber (2007).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu, no REsp. 76.362/MT (BRASIL, 1995), os critérios para aplicação da teoria do inadimplemento substancial no Direito brasileiro. O primeiro requisito é a existência de legítimas expectativas para o cumprimento da obrigação geradas pelo comportamento das partes. O segundo consiste no fato de que o valor restante a ser pago deveria ser ínfimo quando considerado o total do negócio. Por fim, o terceiro requisito analisou a possibilidade de conservação da eficácia do negócio jurídico, sem prejudicar o credor de pleitear a quantia devida por outros meios. Com isso, o Superior Tribunal de Justiça firmou a concepção da necessidade de buscar as peculiaridades do caso concreto a fim de fornecer a sua solução. Dessa forma, a teoria do adimplemento substancial fornece critérios objetivos para compatibilizar os interesses do credor e do devedor, evitando a resolução do contrato.

Ademais, ressalta-se que a teoria do adimplemento substancial não rompe com a boa-fé contratual. O Direito obrigacional brasileiro adota o modelo de separação relativa em relação à manifestação de vontade (VIEIRA; OLIVEIRA, 2016), ou seja, quando o sujeito manifesta sua vontade de se obrigar ao negócio jurídico,

está manifestando também sua vontade em o adimplir. Desse modo, quando nasce a relação obrigacional, os sujeitos estão cientes dos seus deveres um para com o outro. A teoria do adimplemento substancial busca a aplicação do princípio da preservação dos contratos, desde que as partes estejam agindo de boa-fé, sem se beneficiarem da própria torpeza.

Apesar da teoria do adimplemento substancial não ter sido aplicada pelo STF no caso analisado, poderia ter sido uma solução para demais casos em que faltou uma parcela mínima do valor acordado. A mera aplicação da letra fria da lei pode levar ao comprometimento da boa-fé objetiva, uma vez que o rompimento do contrato é medida gravosa, devendo este, portanto, ser preservado sempre que possível.

5 CONCLUSÃO

A CRFB/1988 trouxe impactos significativos no Direito Civil brasileiro por alguns motivos. O primeiro por tratar, em seu texto, de assuntos tradicionais do Direito Privado; o segundo por alterar a relação entre Direito Público e Direito Privado e, em terceiro, por impor o dever do Direito Privado de efetivar o programa constitucional e atender aos objetivos e fundamentos da República brasileira. Esses impactos receberam o nome de constitucionalização do Direito Civil.

A constitucionalização do Direito Civil forçou uma releitura dos institutos tradicionais desse ramo do direito. A posse deixou de ser definida apenas a partir do *corpus* e do *animus*, os conceitos tradicionais de Savigny e Jhering, para incluir o cumprimento da função social em sua definição. Com isso, para se definir a posse, não basta a presença do *corpus* e do *animus*, exige-se também a presença da função social, ou seja, cumprir uma destinação extrínseca a ser atendida pelo possuidor, exigindo o cumprimento de obrigações positivas para promover interesses sociais como a moradia ou o trabalho. Assim, a posse atende à função social quando sua aplicação efetiva o programa constitucional.

Em relação à aplicação do conceito de função social da posse em um caso concreto, analisou-se o acórdão ARE 1047694 do STF. Com isso constatou-se que a aludida decisão se mostra questionável, uma vez que não se atentou para as peculiaridades do caso concreto, demonstrando uma preferência pela aplicação da letra fria da lei. Assim, apesar de o ministro Luiz Fux ter identificado a função social da posse com o direito fundamental à moradia, a desrespeitou ao determinar a reintegração do imóvel em qualquer hipótese de inadimplemento contratual.

Ainda ressalta-se que, apesar da função social da posse não poder servir como fundamento para a violação das obrigações pactuadas, deve-se efetuar uma análise das peculiaridades de cada caso concreto a fim de se apurar em que etapa se deu o inadimplemento das obrigações pactuadas. Caso o inadimplemento tenha ocorrido no início do contrato, a reintegração do imóvel mostra-se uma medida viável. Por outro lado, caso o montante devido possua um valor ínfimo. Deve-se providenciar o pagamento da dívida de forma razoável e assim evitar a reintegração de posse. Tal medida permitiria uma compatibilização entre o Direito obrigacional e a função social da posse.

6 REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 13-14, p. 109-125, 1º e 2º sem. 1998.
- BONATES, Mariana Fialho. O Programa de Arrendamento Residencial – PAR: acesso diferenciado à moradia e à cidade. *Risco: Revista de Pesquisa em Arquitetura e Urbanismo*, n° 7, 2008. Disponível em: http://www.iau.usp.br/revista_risco/Risco7-pdf/02_art10_risco7.pdf. Acesso em: 21 jan. 2018.
- BRASIL. 1995. STJ – REsp 76362 MT 1995/0050635-1. Relator: min. RUY ROSADO DE AGUIAR, *Diário de Justiça Eletrônico*. Data de Julgamento: 11/12/1995, Data de Publicação: DJ 1º/4/1996.
- BRASIL. 2011. STF – ARE: 640.713. Relator: min. Cezar Peluso, *Diário de Justiça Eletrônico*, Data de Publicação: DJe 22/9/2011.
- BRASIL. 2017. STF – ARE: 1047694/RJ. Relator: min. Luiz Fux, *Diário de Justiça Eletrônico*, Data de Julgamento: 30/5/2017, Data de Publicação: DJe-116 2/6/2017.
- BRASIL. Código Civil de 1916. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: Senado Federal, 1916.
- BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, RJ: Senado Federal, 1934.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei nº 8245 de 18 de outubro de 1991. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: Senado Federal, 1991.
- BRASIL. Lei nº 10.188 de 12 de fevereiro de 2001. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: Senado Federal, 2001a.
- BRASIL. Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: Senado Federal, 2001b.
- CASTRO, Áurea Lúcia Chaves. A função social da posse: breve estudo sobre a função social da posse e consequências em razão do seu nocivo e do abuso de direito. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha (coord.). *Estudos avançados da posse e dos direitos reais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- CEF. Caixa Econômica Federal. PAR – Programa de arrendamento residencial. 2017. Disponível em: http://www1.caixa.gov.br/gov/gov_social/municipal/programa_des_urbano/programas_habitacao/par/index.asp. Acesso em: 28 nov. 2017.
- DONIZETTI, Elpidio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático de Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2014.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Direitos Reais*, vol. 5, 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.
- FIUZA, César Augusto de Castro; SANTOS, Clarice Fernandes. A função social da posse no ordenamento jurídico brasileiro. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., *Direito civil contemporâneo I*. Coordenadores Christian Sahb Batista Lopes, José Sebastião de Oliveira, Maria Goretti Dal Bosco, 2015, Belo Horizonte, MG. *Anais [...]*. Florianópolis: Conpedi, 2015.
- FIUZA, César. Crise e interpretação no Direito Civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 17. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- MIRANDA FILHO, Juventino Gomes de. A função social da posse. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha (coord.). *Estudos avançados da posse e dos direitos reais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 1-59.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*, PUC-Rio, vol. I, 1991.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da et. al. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROSA, Marizélia Peglow da. A função social da posse, no direito brasileiro atual, enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho e à moradia. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 16., 2007, Campos dos Goytacazes. *Anais [...]*. Florianópolis: Conpedi, 2007. p. 2.236-2.254.
- SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, v. 8, n. 32, p. 3-27, out./dez. 2007.
- SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 10, out./dez. 2016. Disponível em: https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume10/rbdcivil_vol_10_00_completo.pdf. Acesso em: 21 jan. 2018.
- SILVA, Marcos Claro da; SETTI, Bruna Migliaccio. A eficácia social da posse. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 26., *Direito civil Constitucional*. Coordenadores João Costa Ribeiro Neto e Regina Vera Villas Boas 2017, Brasília-DF. *Anais [...]*. Florianópolis: Conpedi, 2017.
- SOUZA, Leonardo Antônio Galvani de. *Teoria pós-moderna da posse*. 2014, 171f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.
- STANLEY, Adriano. *Direito das coisas*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de (coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 115-130.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *Revista de Direito do Estado: RDE*, Instituto de Direito do Estado e Ações Sociais, n. 7, jul./set. 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no RESP 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 11, jan./mar. 2017.

VIEIRA, Marcelo de Mello. A posse e sua interpretação no atual direito civil brasileiro. *In*: POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda (org.). *Direito civil na contemporaneidade 2*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2015.

VIEIRA, Marcelo de Mello; OLIVEIRA, Lucas Costa de. Boa-fé, deveres anexos e violação positiva do contrato: observações sobre o processo obrigacional. *In*: QUEIROZ, Mônica et. al. (org.). *Direito Civil em debate – reflexões críticas sobre temas atuais*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.

A RECEPÇÃO DA MUDANÇA DE PARADIGMAS OCORRIDA NA FILOSOFIA DA LINGUAGEM PELO DIREITO BRASILEIRO COMO SUPERAÇÃO DO MODELO DE INTERPRETAÇÃO DE KELSEN

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.169-183>

Recebido em: 19/9/2018

Modificações requeridas em: 7/7/2019

Aceito em: 17/7/2019

Marcio Renan Hamel

Pós-Doutorado em Direito (URI), Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais (UFF), Mestrado em Desenvolvimento e Especialização em Direito Privado (Unijuí). Professor na UPF. <http://lattes.cnpq.br/7974769978772276>
marcio@upf.br

Mariane Favretto

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais UPF. <http://lattes.cnpq.br/5505086115717618>. 138875@upf.br

RESUMO

O presente artigo procura responder à questão da recepção ou não do giro ontológico-linguístico pela hermenêutica jurídica no Brasil. A recepção ocorreria como superação do modelo de interpretação kelseniano assentado no antigo paradigma da Filosofia da Consciência. As conclusões sustentam a tese de que a revolução promovida pela Filosofia da Linguagem não alcançou a hermenêutica jurídica no Brasil, de modo que ainda impera o paradigma da filosofia da consciência, fundamento do modelo positivista. Dessa forma, o modelo interpretativo kelseniano permanece sendo praticado no Direito brasileiro. O método de análise é o hermenêutico-fenomenológico, em que a compreensão e a explicação dos conceitos são elementos-chave, aliado à pesquisa bibliográfica das obras de Kelsen, bem como contando com o auxílio de literatura secundária.

Palavras-chave: Giro ontológico-linguístico. Hermenêutica. Interpretação. Kelsen.

THE RECEPTION OF THE PARADIGM CHANGE OCCURRED IN THE PHILOSOPHY OF LANGUAGE BY BRAZILIAN LAW AS A WAY TO OVERCOME KELSEN'S MODEL OF INTERPRETATION

ABSTRACT

The present article tries to answer the question of the reception or not of the ontological-linguistic turn by the legal hermeneutics in Brazil. The reception would occur as an overcoming of the model of Kelsenian interpretation, fixed on the old paradigm of the philosophy of consciousness. The conclusions supported the thesis that the revolution promoted by the philosophy of language did not reach juridical hermeneutics in Brazil, so that the paradigm of the philosophy of conscience, the foundation of the positivist model, still reigns. In this way, the Kelsenian interpretive model continues being practiced in the Brazilian Law. The method of analysis is the hermeneutic-phenomenological, where the understanding and explanation of the concepts are key elements, allied to the bibliographical research of the works of Kelsen, as well as counting on the aid of secondary literature.

Keywords: Ontological-linguistic turn. Hermeneutics. Interpretation. Kelsen.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A Questão da Interpretação na Teoria Pura do Direito. 3. O Surgir de um Novo Paradigma Filosófico Informador da Interpretação. 4. A Superação do Positivismo no Direito Brasileiro por meio da Filosofia da Linguagem. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Não se atribui a Kelsen uma teoria da interpretação própria, entretanto o capítulo derradeiro da Teoria Pura do Direito tomou caráter de essencialidade ao estudo hermenêutico. Dessa forma, a crítica a Kelsen, promovida pelas teorias hermenêuticas modernas, perpassa, necessariamente, pela análise acertada dos escritos do jurista.

A produção da Teoria Pura do Direito deu-se no período entreguerras, em meados do século 20, destacando-se que a primeira publicação da obra ocorreu em 1934. Desde então, as ideias de Kelsen passaram a gerar controvérsias entre as variadas inteligências, muito devido às nuances existentes entre sua real produção e o que o senso comum lhe atribui. A fim de atingir os objetivos aqui propostos, realizar-se-á um corte epistemológico para tratar da questão da interpretação tratada no capítulo VIII da referida obra.

Ainda que a primeira edição tenha sido publicada em 1934, o capítulo que trata da interpretação nela introduzido apenas no ano de 1960. Apesar disso, a questão guardou coerência com os demais conteúdos de sua produção científica, inserindo-se perfeitamente num contexto maior que é aquele da ciência do Direito, das normas escalonadas e do purismo metodológico (CADEMARTORI; GOMES, 2008, p. 102). Esses conceitos influenciaram nos desdobramentos do modelo de interpretação delineado por Kelsen.

O modelo de interpretação das normas jurídicas, trabalhado pelo jurista austríaco, assentou-se no paradigma moderno da Filosofia da Consciência, como se pretende demonstrar. Ocorre que tal paradigma restou superado após a reviravolta linguística promovida pela Filosofia da Linguagem. Desse modo, cabe analisar se o Direito brasileiro acompanhou tais mudanças ou permaneceu inerte diante delas. O objetivo será perseguido por meio do entendimento acerca da postura do poder Judiciário no país para que, ao fim, se possa atestar a superação ou não do positivismo.

Em suma, pretende-se analisar se a interpretação jurídica seguiu a evolução normativa promovida pela Constituição Federal de 1988 ou se permaneceu buscando fundamento no paradigma subjetivista moderno construído sob as bases do Direito Privado. E, neste caso, o que seria necessário à superação dos velhos paradigmas em nome da efetiva passagem para um momento pós-positivista no Direito brasileiro.

2 A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO NA TEORIA PURA DO DIREITO

O pensamento impresso por Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, fora marcado pela tentativa de atribuir à ciência do Direito método e objeto próprio, garantindo ao jurista uma autonomia científica (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. XIV-XV). Esse pensamento ia ao encontro das ideias neopositivistas propagadas pelo Círculo de Viena, do qual Kelsen era membro no início do século 20. Os participantes do chamado empirismo lógico pretendiam “estudar questões sobre ciência, lógica e linguagem com o objetivo comum de destruir os ideais metafísicos do conhecimento científico” (DALLA BARBA; STRECK; TASSINARI, 2016, p. 16). Nesse contexto, a postura hegemônica da época atribuiu a *status* de conhecimento científico apenas aos postulados que pudessem ser logicamente construídos e empiricamente demonstrados.

Desse modo, o pressuposto para a consagração do Direito como ciência seria a separação entre juízos de valor e juízos de fato (BOBBIO, 2006, p. 135). Dito de outro modo, seria necessário elaborar um conhecimento jurídico apartado de qualquer juízo que não fosse estritamente formal, em conformidade com a metodologia neopositivista como ciência puramente dependente da técnica. Destarte, impunha-se ao Direito a tarefa de desenvolver um conhecimento desvinculado das indagações éticas, morais e metafísicas.

O jurista admitira a conexão entre o Direito e os demais ramos do saber, porém afastou estes do âmbito de análise da Teoria do Direito. O positivismo jurídico de Kelsen não negou valor ao conteúdo do Direito, o que fez foi estabelecer que tais valorações não poderiam servir aos fins de uma teoria pura. O Direito positivo, para o autor, tem a pureza como pressuposto condicionante da sua existência, de modo que o saber jurídico, sendo autônomo, deve eximir-se da análise de elementos metajurídicos, que são capazes de contaminar a autossuficiência pretendida (WARAT, 1983, p. 32). Com base nisso, os assuntos referentes ao conteúdo das normas podem e devem ser discutidos, contanto que fora do âmbito da ciência do Direito.

No cerne do positivismo jurídico tinha-se que a validade do Direito não deveria ser condicionada à conformação com o Direito ideal, mas apenas com o Direito real, quer dizer, bastava que a norma existisse em determinado ordenamento jurídico (BOBBIO, 2006, p. 136-137). Não caberia ao jurista constatar a concordân-

cia da norma com a moral ou a ética, bem como com qualquer outro conteúdo axiológico tendente a avaliar a justeza da norma jurídica. Nesse sentido, Kelsen afirma que “a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de moral” (2000, p. 76). Caso estivesse de acordo com aquela que é a lei máxima, ou seja, com a norma fundamental, figuraria como norma válida no interior do ordenamento normativo. Diante desses apontamentos, torna-se possível uma melhor compreensão acerca da interpretação das normas tratada em sua obra.

O positivismo normativo de Kelsen superou o positivismo exegético, o qual se firmava na proibição de interpretar. O movimento de codificação, primeiro na França (1804) e depois na Alemanha (1900), atribuiu aos Códigos Civis a fundamentação de toda a argumentação jurídica, abandonando-se o auxílio que, até então, prestava o Direito Romano. Em determinado momento, entretanto, a complexidade social não pode mais ser regulada de tal maneira, de modo que a autossuficiência dos Códigos não pode mais ser sustentada. A busca por uma solução que conferisse aplicabilidade, mas mantivesse a segurança fornecida pelos Códigos, obteve resultado, em um primeiro momento, no positivismo primitivo ou exegético e, posteriormente, no positivismo normativo (STRECK, 2010, p. 160).

Por conseguinte, a tese de que o juiz deve aplicar a lei sob a proibição de interpretar, não pertence ao positivismo normativo, mas sim à escola da exegese. A restrição imposta aos juízes, de que não poderiam, em hipótese alguma, criar o Direito, deve-se, em parte, às desavenças políticas entre Napoleão Bonaparte e a aristocracia francesa, a qual possuía muitos juízes como seus membros. Como forma de limitar os poderes dos juízes aristocratas, estabeleceu-se a tese de que o Código Civil de 1804 não deveria ser interpretado (BEDIN; LUCAS, 2015, p. 217).

Dessa maneira, o positivismo exegético fora marcado pelo fechamento semântico, separação entre o Direito e a moral e pela aposta na atribuição de um sentido exato aos signos que compunham o Código. Diante da conceituação rigorosa, o juiz era proibido de interpretar, restando liberdade apenas ao legislador. Essa forma de positivismo teve seu rigor lógico-científico enfraquecido pelas primeiras décadas do século 20 diante do aumento do poder regulatório do Estado e das consequências que daí se seguiram. Esse é o contexto em que surge a teoria de Kelsen disposta a não romper com o rigor técnico exegético, porém aprimorá-lo, passando a resolução do problema para o sentido semântico e não mais sintático (STRECK, 2010, p. 161). Assim sendo, é possível afirmar que Kelsen combateu a escola da exegese e o primado da lei sobre o juiz (MATOS; MILÃO, 2013, p. 124-125) ou o que se chama hodiernamente como juiz “boca da lei”. O autor rompeu a barreira sintática e reconheceu os diversos significados dos signos linguísticos, os quais passaram a necessitar de uma definição por meio da interpretação.

O processo interpretativo pode ocorrer de maneira autêntica ou não autêntica. Aquela ocorre quando é realizada pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário, ou seja, pelos órgãos responsáveis por aplicar o Direito. Esta, dita não autêntica, é levada a cabo pelos indivíduos e pela ciência jurídica. A partir dessa distinção, Kelsen diferencia a norma da proposição normativa. Norma é um enunciado prescritivo, produzido apenas pelos intérpretes autênticos, ou seja, aqueles a quem a norma atribui competência para aplicar o Direito. Por outro lado, as proposições jurídicas são enunciados descritivos e limitam-se ao ato de descrever o Direito apresentando-o como ele é (KELSEN, 2000, p. 388-397). Nesse sentido,

Kelsen usa o dualismo ser/dever-ser para separar o âmbito dos fatos do âmbito normativo. No âmbito dos fatos, as coisas são. Assim, em face da existência de um fato, usa-se a expressão ser para exprimir essa existência. No âmbito da normatividade, as coisas não são, mas devem ser. Quando a norma prescreve uma sanção a quem infringir seu preceito, não o faz por meio do termo ser, mas da expressão dever-ser (a norma do código penal que prescreve a pena de prisão para o infrator não prescreve que ele é punido, mas que deverá ser punido) (GOMES, 2004, p. 194).

A norma é um dever-ser, no sentido de que determina qual a conduta a ser adotada pelo homem em determinada situação (KELSEN, 2000, p. 5). Por outro lado, a proposição normativa é o juízo responsável por descrever a norma jurídica (GOMES, 2004, p. 211). A ciência jurídica utiliza-se das proposições para cumprir a sua missão de descrever o Direito. Segundo Kelsen, “a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever” (2000, p. 77). A interpretação feita pela ciência jurídica deve prezar pelo purismo metodológico, permanecendo imune às questões metajurídicas e a qualquer outro conteúdo estranho ao seu objeto. Não se admite que ultrapasse a tarefa de apresentar o Direito em seu plano

meramente formal, ou seja, deve preocupar-se somente com o que ele é e não com o que deve ser. Por outro lado, os intérpretes autênticos, incluídos os juízes, possuem maior liberdade em seu atuar (KELSEN, 2000, p. 81), pois não há nenhum elemento vinculante capaz de controlar a aplicação da norma que se encontra dentro das fronteiras metodológicas da ciência do Direito.

A pureza, portanto, promove um corte epistemológico no Direito ao excluir de sua análise qualquer objeto estranho ao seu e, também, um corte axiológico quando assume o papel de apenas descrever seu objeto, permanecendo no campo do ser, sem cair em valorações pautadas no dever-ser. A pureza pretendida, entretanto, atinge apenas a ciência do Direito e não o Direito (CUNHA, 2008, p. 281).

Como já apontado, Kelsen admite que o Direito esteja eivado de conteúdos históricos, sociológicos e morais, porém não os encara por entender não serem questões concernentes à Teoria do Direito. Ao evitar discorrer sobre tais questões, conseqüentemente, não trata sobre o momento da aplicação da norma. Dessa maneira, esbarra no sacrifício que é admitir a atuação do juiz por meio de um ato de vontade dotado de conteúdos metajurídicos. As razões que levam o órgão responsável por aplicar a norma a escolher entre uma ou outra das possibilidades não são especificamente jurídicas e nem se submetem ao controle jurídico (BASILE; LAGES, 2012, p. 14).

Nesse processo, o intérprete autêntico define o sentido da norma tornando-o vinculante. Conforme Ferraz Junior, “definir, do latim *finis*, significa estabelecer limites, fronteiras. Essa definição, diz Kelsen, é um ato de vontade. Trata-se de um ‘eu quero’ e não de um ‘eu sei’” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 262). A decisão do intérprete autêntico não está vinculada a nada, nem mesmo à moldura normativa formada pela interpretação realizada pela ciência do Direito, como se apreende da seguinte passagem:

[...] pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa (KELSEN, 2000, p. 394).

Para Ferraz Junior (2003), a questão da interpretação na obra de Kelsen resta sem fundamentos, pois não fornece nenhuma base para a hermenêutica dogmática. Kelsen não encara verdadeiramente a interpretação das normas, limitando-se a tratá-la como ato de vontade. Assim, “não explica a diferença entre a mera opinião, não técnica, sobre o conteúdo de uma lei, exarada por alguém que sequer tenha estudado Direito e o doutrinador, que busca, com os meios da razão jurídica, o sentido da norma” (p. 261-263).

A produção teórica de Kelsen adquiriu importância inarredável ao estudo do Direito. Mantendo inalterável essa afirmação, faz-se necessário mencionar que a questão da interpretação, tratada em sua obra mais expressiva, não coaduna com o modelo democrático, pois apresenta um decisionismo incompatível com os padrões sociais que se apregoam na atualidade.

A discricionariedade é marca da interpretação do neopositivismo de Kelsen, isso considerando que a escolha da norma a ser aplicada ao caso concreto decorre de um ato de vontade do juiz. Desse modo, torna-se possível afirmar que tal modelo interpretativo assenta-se no paradigma filosófico subjetivista da Filosofia da Consciência, desenvolvido na modernidade. Esse paradigma encontra-se superado pela Filosofia da Linguagem, de sorte que a interpretação das normas jurídicas passou a tomar contornos diversos daqueles defendidos por Kelsen na *Teoria Pura do Direito*, como será analisado.

3 O SURGIR DE UM NOVO PARADIGMA FILOSÓFICO INFORMADOR DA INTERPRETAÇÃO

A discussão acerca dos paradigmas filosóficos que norteiam o processo do conhecimento remonta à obra *Crátilo*, de Platão, considerada a primeira da Filosofia da Linguagem, datada do ano de 388 a.C. (STRECK, 2014, p. 177). Nela duas teorias eram confrontadas pelos personagens: a do naturalismo e a do convencionalismo. Ambas buscavam estabelecer o modo pelo qual as coisas e as palavras relacionavam-se. O naturalismo, defendido pelo personagem Hermógenes, que representava os sofistas, acreditava em uma ligação natural entre coisas e palavras, a natureza é que ditava o nome das coisas. De outro modo, o convencionalismo, defendido pelo personagem Heráclito, seguia o sentido de que a relação ocorreria por meio de uma convenção, consolidando-se pelo uso. O personagem de Sócrates adotava posição intermediária entre aquelas citadas, expressando a concepção de Platão a respeito da linguagem (PLATÃO, 1994, p. 155-156).

Segundo o Sócrates de Platão, o modo pelo qual se dava a linguagem era um limitador para ambas as teorias, que seguiam caminhos extremos. Criticava a Teoria Convencionalista por não se poder conceber uma linguagem que é imposta, argumentando que, ao contrário, ela desenvolver-se-ia naturalmente, nos mais diversos segmentos sociais, como um hábito. De outro lado, a teoria contrária também era criticada pelo Sócrates platônico, na medida em que este afastava o desejo de que as palavras pudessem descrever fielmente as coisas (GADAMER, 2014, p. 525).

Nesse sentido, a posição de Platão, para quem caberia ao sábio legislador dar nome às coisas, aproximava-se da dos sofistas e do convencionalismo, entretanto aduzia que a nomeação das coisas não seguiria a vontade do legislador, mas sim a um modelo que determinaria suas escolhas. Desse entendimento exsurge uma das mais importantes teses de Platão: as coisas devem ser conhecidas em si mesmas, independentemente da palavra, ou seja, sem a intermediação da linguagem. Em razão disso, a linguagem é colocada em segundo plano, funcionando como mero instrumento e não como constitutiva do sentido (STRECK, 2014, p. 181).

O pensamento metafísico clássico, expressado por Platão, concebia a metafísica como “ciência primeira”, isso por funcionar como fundamento de todas as demais ciências. Ao lograr esse entendimento, as coisas possuíam uma essência inerente, isso quer dizer “que os sentidos estavam nas coisas” (STRECK, 2013, p. 13). Somente por meio do objeto e da sua essência é que o sentido poderia ser alcançado. Renegava-se, portanto, importância à linguagem, que funcionava como mero instrumento dispensável para a constituição do sentido.

Em vista disso, a hermenêutica pode ser pensada apenas após o surgimento da modernidade e do sujeito moderno dotado de racionalidade. A busca pelo sentido das coisas deslocou-se do objeto para o sujeito, de sorte que caberia a este extrair o sentido da norma e não apenas descrevê-lo, “é o que se pode denominar de esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão” (STRECK, 2013, p. 13). Desse modo, embora não se olvide das contribuições epistemológicas fornecidas por importantes pensadores do medievo, promover-se-á um salto na História que levará ao início da Modernidade com o surgimento do sujeito cartesiano.

A noção de sujeito proposta por Descartes fornecera razão ao surgimento da metafísica moderna (GUGEL, 2014, p. 129). O objetivo do filósofo era contrapor as incertezas da época, pois havia um ceticismo quanto à capacidade do homem para encontrar as respostas certas nas ciências, isso considerando a existência de um momento de crise no pensamento científico. Ao não se render ao ceticismo, o autor empregou seus esforços na busca pela verdade irrefutável, ou seja, por um conhecimento que, produzido racionalmente, não poderia ser contestado.

O método cartesiano surge, portanto, da busca de Descartes por imprimir um rigor matemático na Filosofia. Na elaboração desse método o autor, em um primeiro momento, estabelece a dúvida sobre todas as coisas, inclusive sobre os sentidos. Considera que até mesmo a mente possa funcionar como articuladora de ilusões, impedindo a distinção do que é ou não real. Já no momento seguinte, em meio ao solipsismo, o filósofo chega à conclusão de que ao menos uma coisa poderia lograr como uma certeza: se duvidava era por ser capaz de pensar e, se pensava, constituir-se-ia como algo que existe. Nas palavras do autor: “não há, pois, dúvida alguma de que sou, se ele me engana; e, por mais que me engane, não poderá jamais fazer com que eu nada seja, enquanto eu pensar ser alguma coisa” (DESCARTES, 2005, p. 18).

Desse modo, mesmo que estivesse sendo enganado a respeito de tudo o que conhecia, não poderia ser enganado sobre o fato de existir, pois isso restava provado em sua consciência. Foi a partir dessa descoberta que Descartes rebateu o ceticismo ao apresentar um novo fundamento para a formação do pensamento científico: a racionalidade do sujeito expressa por meio do argumento do Cogito (*Cogito ergo sum*), traduzido como “penso, logo existo”. Conforme o autor, somente o sujeito emergido em si mesmo e na sua consciência seria capaz de alcançar a verdade irrefutável (MARCONDES, 2007, p. 181-184).

Todas as coisas externas ao pensamento deveriam ser ignoradas, pois desprovidas de certeza, inclusive o próprio corpo assim considerado pelo autor: “tenho uma ideia distinta do corpo, na medida em que é apenas uma coisa extensa e que não pensa, é certo que este eu, isto é, minha alma, pela qual eu sou o que sou, é inteira e verdadeiramente distinta de meu corpo e que ela pode ser ou existir sem ele” (DESCARTES, 2000, p. 55).

Por conseguinte, o filósofo cria uma teoria racionalista em que a razão torna-se responsável pela formação do conhecimento científico. Nesse ponto, supera a dependência ao divino vivida na Idade Média e abre uma clareira no pensamento da época ao anunciar o surgimento do sujeito moderno. O método cartesiano, momento da subjetividade, seria responsável por salvaguardar a certeza da ciência, livrando-a de qualquer equívoco.

A verdade, portanto, encontrava-se na consciência do sujeito pensante. Dessa maneira, Descartes ignorou a importância da linguagem como intermediadora da relação com o mundo e conferiu ao sujeito, isolado e emergido em sua subjetividade, a missão de constituir o sentido das coisas. Em suma, “o argumento do cogito o coloca diante do solipsismo, um idealismo radical que significa o isolamento da consciência (interioridade) em relação ao mundo exterior” (MARCONDES, 2007, p. 195).

Kant representou outro marco para a modernidade, pois foi ele quem promoveu uma revolução copernicana no seio do paradigma da Filosofia da Consciência. A *Crítica da Razão Pura* procura estabelecer o modo pelo qual sujeito e objeto relacionam-se para a formação do conhecimento. Desse modo, ocupa-se não somente com o estudo acerca dos objetos, mas também com o modo pelo qual ocorre a relação entre eles e o sujeito, uma Filosofia, portanto, transcendental (KANT, 1987, p. 26). Suas afirmações acerca dessa relação seguiram no sentido contrário da concepção até então vigente de que seria o sujeito que giraria em torno do objeto (PEDRON, 2011, p. 174). Segundo o autor, “o objeto dos sentidos se regula pela nossa faculdade de intuição” (KANT, 1987, p. 17).

O autor acabou por afastar a ideia de que o sentido seria obtido por meio da essência dos objetos, passando a creditar essa apreensão ao sujeito e sua racionalidade. Somente por meio da sensibilidade e do entendimento é que o objeto poderia ser conhecido. Assim, conforme o filósofo: “sem sensibilidade nenhum objeto nos seria dado, e sem entendimento nenhum seria pensado” (KANT, 1987, p. 75). Ambos deveriam atuar concomitantemente para a obtenção do conhecimento.

Tendo como ponto central o sujeito, a linguagem continuou em segundo plano. Para Kant, a linguagem tem “uma função auxiliar, uma vez que a função principal é reservada ao pensamento”. Desse modo, Kant nega o protagonismo da linguagem na constituição da compreensão, considerando as palavras representações do que realmente é dotado de sentido (STRECK, 2014, p. 204). Outrossim, a interação do sujeito com o mundo não era ponto a compor as principais ideias da época, ao contrário, a desconsideração do protagonismo da linguagem resultava na própria negação do caráter histórico e ideológico do ser.

A revolução na Filosofia da Linguagem superou o esquema sujeito-objeto e a ideia da existência de um mundo independente da linguagem, bem como o entendimento de que a compreensão poderia ocorrer dissociada das questões linguísticas. Dito de outro modo, rompeu com a ideia de um mundo pré-linguístico, em que o sujeito solipsista, por meio de sua subjetividade, poderia apreender a essência das coisas. Desta revolução resultou que “o compreender se dá na e pela linguagem; logo, o conhecimento, que somente ocorre na linguagem, não mais tem a linguagem como um veículo ou uma terceira coisa” (STRECK, 2014, p. 252-278). Distanciou-se, assim, das concepções anteriores por acrescentar a questão da linguagem como ponto central para a constituição do sentido, bem como para a relação do sujeito com os objetos e com o mundo em si.

Embora, num período anterior, a linguagem tenha feito parte das discussões filosóficas, é no século 20 que ela passa a tomar relevância, sobretudo em decorrência da reviravolta linguístico-paradigmática. É a partir do findar daquele século que o Direito passa a recepcionar as teorias da revolução da linguagem (STRECK, 2014, p. 277) desenvolvidas, especialmente, por Heidegger e Gadamer.

O giro ontológico-linguístico, como ficou conhecido, superou os paradigmas impressos pela Filosofia da Consciência, desmistificando as teorias metafísicas e a ideia de que as coisas possuíam uma essência. Ademais, a partir de então, atestou-se a necessidade da concepção do contexto socioprático como possibilidade para a definição do sentido das palavras (STRECK, 2014, p. 245). Desse modo, inseriu-se, por meio da linguagem, o ingrediente da realidade no processo de interpretação e compreensão das normas jurídicas.

O processo de mudanças não se deu de maneira apressada, ao contrário, diversos momentos históricos contribuíram em maior ou menor grau para a sua realização. Três momentos são citados por Streck (2014, p. 240-248) como essenciais para a ascensão linguística na Filosofia, sendo eles:

a) O neopositivismo lógico, em que o conhecimento científico exigia o rigor linguístico como condição para sua configuração. Vê-se aí o início das discussões mais recentes acerca da linguagem; b) Num segundo momento, a formulação do giro linguístico ocorre, de maneira ainda mais nítida, com Wittgenstein em sua crítica à Filosofia da Consciência. A ideia propagada é a de que o mundo só existe em decorrência da linguagem, não existindo realidade a par dela; c) Num terceiro momento, a Filosofia da Linguagem ordinária, que rompe com o neopositivismo, passando da análise semântico-sintática para a análise pragmática, ou seja, passou a ser vista como componente importante socialmente falando (STRECK, 2014, p. 240-248).

É com Wittgenstein que a linguagem é colocada pela primeira vez como constitutiva da relação com o mundo. Apesar de seu contributo, entretanto, é apenas com Heidegger que há o rompimento da base que sustentava a hermenêutica tradicional. Tal fato pode ser constatado, pois é Heidegger quem considera o homem como homem histórico, tornando este o ponto central do processo de compreensão. A compreensão do ser é reconhecida como condição para a interpretação das coisas que compõem o mundo, em razão de que não existe “uma ponte entre consciência e mundo”, o ser já é o próprio ser no mundo (STRECK, 2014, p. 274).

Na base das investigações ônticas (dos entes) e ontológicas (do ser) está a ontologia fundamental de Heidegger, configurando-se como a análise do *Dasein*, ou seja, da própria compreensão do ser no mundo. Em vista disso, “a questão do ser visa às condições de possibilidade das próprias ontologias que antecedem e fundam as ciências ônticas” (HEIDEGGER, 1989, p. 37). Para Heidegger, a compreensão da condição do ser como ser no mundo é necessária para a correta interpretação dos entes.

Pode-se afirmar que, em Kant, o sujeito é fundamento da verdade. Na hermenêutica filosófica de matriz heideggeriana, há um deslocamento para o mundo enquanto “espaço onde o significado é encontrado e produzido no contexto de um a priori compartilhado” (STRECK, 2013, p. 18-19). O intérprete está inserido em uma realidade que é condição de possibilidade da interpretação. A realidade na qual está inserido influenciará no processo interpretativo, fato este reconhecido pela hermenêutica filosófica. O sujeito compreende para depois interpretar, somente imerso “nas regras do jogo” é que terá condições de interpretar o mundo ao seu redor e, por conseguinte, as normas. Por isso dizer que a interpretação é precedida de uma compreensão prévia, isso porque o *Dasein* é desde sempre consciente de si próprio. É preciso pré-compreender para compreender.

Desse modo, conforme Heidegger, “a interpretação de algo como algo se funda, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia”. Indo além,

a interpretação sempre se funda numa visão prévia que “recorta” o que foi assumido na posição prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação (...) como quer que seja, a interpretação sempre já se decidiu, definitiva ou provisoriamente, por uma determinada conceituação, pois está fundada numa concepção prévia (HEIDEGGER, 1989, p. 207).

A hermenêutica filosófica afasta por derradeiro a ideia de imparcialidade do intérprete. Ao contrário, enfatiza a presença dos pré-conceitos como constitutivos do próprio processo interpretativo. Ao colocar-se diante de algo que se pretende interpretar (o texto jurídico, por exemplo), o intérprete de antemão antecipa seu significado com base nos pré-juízos que possui. Em contraponto ao paradigma moderno da Filosofia da Consciência, “o método heideggeriano oferece, em realidade, um desvelado caminho de acesso à coisa mesma, sem intermediações de uma consciência-reflexiva que se julga soberana e determinante da diretriz humana” (MARCELLINO JUNIOR, 2007, p. 550).

É a partir de uma postura eminentemente existencial que Heidegger discorre sobre o círculo da compreensão:

o decisivo não é sair do círculo mas nele penetrar de modo correto. Esse círculo do entender não é um círculo comum, em que se move um modo de conhecimento qualquer, mas é a expressão da existenciária *estruturado-prévio* do *Dasein* ele mesmo. O círculo não deve ser degradado em *vitiosum* nem ser também tolerado. Nele se abriga uma possibilidade positiva de conhecimento o mais originário, possibilidade que só pode ser verdadeiramente efetivada de modo autêntico se a interpretação entende que sua primeira, constante e última tarefa consiste em não deixar que o ter-prévio, o ver-prévio e o conceber prévio lhe sejam dados por ocorrências e conceitos populares, mas em se assegurar do tema científico mediante sua elaboração a partir das coisas elas mesmas (HEIDEGGER, 1989, p. 433).

Assim, conforme o autor, o intérprete está imerso no círculo hermenêutico e a sua existência antecede a qualquer interpretação, de modo que sempre possui uma compreensão prévia do que pretende interpretar. Deve atuar, portanto, com precaução para que suas pré-compreensões, muitas vezes viciadas, não corrompam as coisas mesmas. As concepções prévias devem ser reavaliadas por meio de um processo crítico que questione as antecipações de sentido. Ao interpretar, o sujeito deve abrir-se ao sentido do texto como forma de obter um conhecimento científico legítimo.

Em suma, o filólogo não se utiliza do método para encobrir a parcialidade do sujeito como pretendeu a metafísica moderna. Em sentido contrário, busca evidenciar sua existência para que se torne consciente e, assim, seja possível tomar o seu controle a fim de obter uma correta compreensão a partir do texto (GADAMER, 2014, p. 146). Para o autor, somente dessa maneira a cientificidade do processo interpretativo poderia ser assegurada. O significado do texto deveria ser colocado em evidência em detrimento dos preconceitos que viciam o processo de aplicação das normas.

O autor revela a finitude do sujeito e, como consequência, os próprios limites da interpretação, estes que são encontrados na historicidade do intérprete. Rompe-se com a figura do sujeito resguardado em sua superioridade racional. Com isso, a derrocada da crença nas verdades absolutas que permeava a modernidade abre espaço para as certezas relativas, as quais dependem da realidade circundante, da vivência e da história (MARCELLINO JUNIOR, 2007, p. 559).

Além disso, é possível falar em uma espécie de comprometimento do intérprete com o que Heidegger chama de coisas mesmas, ou seja, com o texto. O texto normativo é dotado de sentido, o qual deve ser observado em detrimento dos pré-conceitos carregados por quem o interpreta. Destarte, cabe a quem pretende compreender um texto confrontar os seus juízos prévios com os juízos do texto, colocando-os à prova, ou seja, abrindo-se ao texto e deixando que este “lhe diga algo” (GADAMER, 2014, p. 145).

A hermenêutica proposta por Heidegger rompeu com os cânones metafísicos que sustentavam a ciência moderna. Em decorrência disso, os elementos que buscavam ser encobertos pelo método foram revelados. O jus filósofo propôs uma hermenêutica de orientação ontológica, considerando a compreensão do ser enquanto ser-no-mundo como fundamental para a formação do conhecimento. Nesse processo, incluiu a faticidade como objeto da interpretação para além dos textos.

O método fenomenológico é ponto fulcral da teoria de Heidegger e compreende os termos fenômeno e logos. Aquele significa aquilo que está à mostra, que se pode ver e este uma definição, medida, conceito. Conforme o autor, “a fenomenologia é a via de acesso e o modo de verificação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia. A ontologia só é possível como fenomenologia” (HEIDEGGER, 1989, p. 57-66). É por esta razão que o filósofo insiste na importância do sentido do texto como a primeira coisa a ser levada em conta no processo de compreensão.

A teoria existencial de Heidegger desmistifica a ideia de imparcialidade sustentada na modernidade pelo paradigma da Filosofia da Consciência. Para o autor, o reconhecimento da existência dos pré-conceitos do intérprete é essencial para que ocorra a possibilidade de afastá-los em nome de uma interpretação mais legítima e menos viciada que leve em conta o sentido impresso no texto e, sobretudo, a realidade social.

O “ser no mundo”, difundido por Gadamer, é que determinará a compreensão e a interpretação da norma. O autor apoia-se em Heidegger e utiliza-se do existente humano para definir o modo pelo qual a compreensão ocorre. Isso deve-se ao fato de que a hermenêutica, que se dá enquanto ser no mundo, ocorre por meio “da faticidade e historicidade do intérprete” (STRECK, 2014, p. 277). Estes dois elementos integram o processo de compreensão pré-definindo o caminho percorrido. Sendo assim, o ideal de imparcialidade da modernidade é, mais uma vez, desmistificado pela hermenêutica filosófica. O sujeito, que aqui não se confunde com o sujeito solipsista da modernidade, participa da constituição do sentido munido com os seus pré-conceitos.

A interpretação ocorre por meio de uma pré-compreensão em que o sujeito interpreta conforme as concepções que já possui. Desse modo, Gadamer trata de um elemento anterior à compreensão: os pré-conceitos. Saliencia o autor a necessidade de estar consciente da existência dessa pré-compreensão para que se possa evitar aplicá-la sem maiores reflexões (STRECK, 2014, p. 310). Assim, afasta a ideia de que o método poderia ser utilizado como confirmação das próprias opiniões ou pré-juízos, atestando que, ao contrário, é desejável aprofundar-se nas próprias antecipações a fim de descobrir os pré-conceitos e vencê-los.

Ante o texto, as opiniões prévias e os preconceitos acompanham o leitor. Gadamer não propõe que estes sejam abandonados no momento da leitura, mas alerta para que o intérprete não fique preso a eles. Existe a exigência de uma abertura para a opinião do texto, de modo que as opiniões próprias do sujeito sejam confrontadas com as do objeto. Gadamer fala em um “solo firme” em que a compreensão pode firmar-se. Este solo nada mais é do que o próprio sentido determinado de antemão pelo texto (GADAMER, 2014, p. 358).

Gadamer chama de história efetual as condicionantes históricas do pensamento que surgem mesmo que de maneira inconsciente e estão presentes no processo de compreensão. O reconhecimento da existência e da influência da história efetual poderia evitar que ela viesse a contaminar a compreensão. Desse modo, tal reconhecimento é fundamental para a formação do pensamento científico, não obstante não possa ser absoluto. A história efetual é característica da própria situação hermenêutica do homem como ser histórico. Bem por isso, uma consciência absoluta dessa condição não seria possível, pois faz parte da própria essência humana (GADAMER, 2014, p. 398-399).

Em suma, “a compreensão só pode resultar da revisão constante do ponto de partida do intérprete, o que irá permitir que o conteúdo venha à superfície” (BLEICHER, 1980, p. 172). Assim, ao ter consciência de seus pré-conceitos, o intérprete terá condições de revê-los e confrontá-los com o texto. O processo de compreensão pode iniciar maculado de pré-conceitos, porém é desejável que, diante do reconhecimento destes, o intérprete proceda a sua revisão até chegar ao resultado mais adequado para a situação fática.

Conforme Gadamer, “querer evitar os próprios conceitos na interpretação não só é impossível como também um absurdo evidente. Interpretar significa justamente colocar em jogo os próprios conceitos prévios, para com isso trazer realmente à fala a opinião do texto” (2014, p. 514). Nesse ponto percebe-se com nitidez a influência do método fenomenológico de Heidegger em Gadamer. Para este, o texto é um terreno seguro para o qual o intérprete deve voltar-se sempre que notar tendência que o guie a caminho diverso ao que determina. Assim, o texto não é destituído de sentido, constituindo-se em verdadeiro norte do intérprete.

Desse modo, a compreensão resulta do confronto entre a opinião do intérprete e o texto, formando, assim, uma fusão de horizontes, que nada mais é do que “o alargamento do horizonte do sujeito e do horizonte do objeto para uma ‘generalidade superior’” (BLEICHER, 1980, p. 159). Colocar em questão os próprios pré-conceitos e as pré-compreensões repassadas por meio da tradição é um exercício de alargamento do horizonte de sentidos.

Em Gadamer, somente por meio da fusão entre um sujeito e um objeto, quando inseridos em sua historicidade, tornar-se-á possível a produção do conhecimento científico. A fusão ocorre mediante a impressão das condições do sujeito no objeto e do objeto no sujeito, um interage com o outro, aproveitando reciprocamente das modificações em si e no outro que ocorrem durante esse processo (GADAMER, 2014, p. 404). Quer dizer que o objeto não é mais o mesmo a partir do contato com o sujeito e este também é modificado pela interação com o objeto.

Levando em conta o fato de que a compreensão ocorre por meio da fusão de horizontes e, portanto, desde o princípio uma análise da realidade é necessária, Gadamer crítica a cisão entre interpretação e aplicação da norma. A crítica de Gadamer vai no sentido de negar a existência de um modelo de interpretação fragmentado, em que se pudessem distinguir os momentos de interpretar e aplicar (STRECK, 2014, p. 276). Assim, para o autor, interpretação e aplicação ocorrem em um mesmo momento, pois não se pode interpretar um texto dissociado da realidade a que ele será aplicado.

O “conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deve ser aplicado” (GADAMER, 2014, p. 429). Sendo assim, ressalta-se que a interpretação deve ocorrer tendo como base o caso concreto ao qual se destina a resolver. O intérprete é responsável por atribuir um sentido ao texto. Com base nisso, “a pergunta pelo sentido do texto é uma pergunta pelo modo como esse sentido se dá, qual seja, através do intérprete, inserido na tradição, que compreende esse sentido” (STRECK, 2014, p. 304-305). Desse modo, não se trata de reproduzir um sentido anteriormente produzido. Em consequência disso, a interpretação não pode comprometer-se a buscar a “vontade do legislador” embutida no texto legal. O caráter histórico vem à tona com a interpretação, porém de modo diverso, constituindo uma nova realidade no presente.

Após tal constatação, o autor adverte que a compreensão por meio da leitura não se restringe à repetição do que pretendia explicar o autor no momento em que escreveu o texto. Ao contrário, ao intérprete cabe participar da constituição do sentido no momento presente. Outrossim, não seria possível simular as concep-

ções que possuía o legislador ou reproduzir o seu horizonte de sentido, de modo que “o horizonte de sentido da compreensão não pode ser realmente limitado pelo que tinha em mente originalmente o autor, nem pelo horizonte do destinatário para quem o texto foi originalmente escrito” (GADAMER, 2014, p. 508-511).

Na interpretação própria do positivismo kelseniano, a discricionariedade judicial era uma fatalidade, pois não existiam critérios que delimitassem o âmbito da aplicação da norma e, ao mesmo tempo, estivessem ao alcance do estudo da ciência do Direito. A ideologia do sujeito era negada, resultando em verdadeiro voluntarismo judicial. Ocorre que, ante os novos paradigmas hermenêuticos, a discricionariedade deve ser afastada, pois passou a existir um critério: o da situação hermenêutica. Dessa forma o intérprete, ao confrontar os seus pré-juízos com o sentido do texto, deve sempre ter em mente a realidade fática na qual a norma será aplicada. Tratando-se do Brasil, não há que se olvidar da existência de uma Constituição Social com caráter dirigente e que institui o Estado Democrático de Direito.

Dito isso, cabe analisar se os novos paradigmas hermenêuticos foram ou vêm sendo recepcionados pelo Direito brasileiro ou se o modelo interpretativo de Kelsen ainda é utilizado como referência a permear o inconsciente dos juristas.

4 A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO NO DIREITO BRASILEIRO POR MEIO DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM

No Direito, o positivismo normativo restou superado pelos ideais neoconstitucionalistas surgidos no pós-Segunda Guerra Mundial. Se antes o conteúdo era suplantado pela forma, agora as normas constitucionais passaram a expressar os objetivos e fundamentos do Estado Democrático. O movimento instituiu a concepção de Constituição como centro normativo de onde emana a legitimidade do Estado. Um documento com o condão de dirigir a atuação do Estado e da sociedade para a efetivação dos direitos constitucionais proclamados, provocando mudanças concretas na realidade político-social.

Nesse sentido, apesar de os países democráticos adotarem uma Constituição detentora de um núcleo normativo e principiológico comum, é resguardada uma parcela de especificidade a elas. Cada país possui um percurso histórico a implicar na formulação do texto constitucional (MORAIS, STRECK, 2010, p. 108). Destarte, a Constituição abarca a realidade do seu tempo, bem como as necessidades mais prementes da sociedade que pretende regular, tornando-se um documento determinante para o presente e, sobretudo, para o futuro do país. Isso na medida em que, além de legitimar a atuação dos entes públicos, institui um plano que vislumbra a construção da sociedade que almeja.

No Brasil, a História mostra que o Estado Social foi ausente para as camadas mais populares. Disso decorre que os direitos sociais prometidos pela modernidade ainda restam sem concretização no país. A população brasileira não usufruiu de forma plena dos benefícios da modernidade, pois “o intervencionismo estatal, condição de possibilidade para a realização da função social do Estado, serviu tão somente para a acumulação de capital e renda em favor de uma pequena parcela da população” (MORAIS; STRECK, 2010, p. 81). No período colonial, o Estado não esteve presente para as camadas populares, não houve diferenciação nítida entre público e privado e a “casa grande” era quem muitas vezes assumia as atividades públicas, inclusive as de governo. O poder econômico era o responsável por estruturar a pirâmide da hierarquia política da época, observando-se que ao topo figuravam os grandes senhores de engenho, que mantinham sob seu poder o restante da população menos favorecida economicamente. Por deterem o poder político da época, os coronéis mantinham sob sua dependência a população pobre, oferecendo bens em troca de favores e obediência (LE-NARDÃO, 2004, p. 4-8).

Nesse sentido, a Carta de 1988 buscou o resgate dos direitos sociais prometidos e não cumpridos pela modernidade, na medida em que se estabeleceu como uma Constituição essencialmente social, direcionada ao prestacionismo estatal. Tornou-se, portanto, responsável por descrever o caminho a ser perseguido pelo Estado e pela sociedade rumo à concretização dos direitos que proclamou. Nesse sentido, a normatividade constitucional brasileira apresentou-se como transformadora da realidade social e como instrumento modificador do *status quo* até então experimentado (MORAIS; STRECK, 2010, p. 96). Representa, assim, a “reinvenção do pacto político entre Estado e cidadãos” (LUCAS, 2014, p. 21). Atesta-se com isso a pretensão de eficácia da Constituição, a qual deve ser aplicada na totalidade dos casos que se mostram no acontecer do Estado Democrático.

A Constituição Federal de 1988 resultou no nascimento de “uma nova era no Direito”, isso em decorrência da instituição de uma normatividade deontológica legitimadora das demais normas e da atuação das entidades públicas. Arraigados às regras foram estabelecidos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, estes que passaram a impor verdadeiras tarefas a serem cumpridas pelo poder público e pela sociedade. Diante dessa era iniciada pela Constituição de 1988 uma nova interpretação fez-se necessária a fim de acompanhar tais avanços. Assim, o afastamento da hermenêutica clássica, que é direcionada à interpretação do Direito privado, um sistema que não admitia antinomias, caracterizado por seu caráter extremamente fechado, é condição essencial para o ingressar em um novo momento normativo (SILVA; TORRES, 2014, p. 2).

Em outras palavras, o acompanhar pelo Direito das mudanças ocorridas na Filosofia da Linguagem é condição para a efetividade do plano instituído pela Constituição de 1988. Em vista disso, “é possível afirmar que, sendo uma norma jurídica válida tão somente se estiver em conformidade com a Constituição, a aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão acerca do sentido de (e da) Constituição” (STRECK, 2004, p. 7). A estrutura prévia que se forma pela compreensão da Constituição é fundamental para a correta interpretação das leis infraconstitucionais. É a chamada filtragem constitucional, que não é uma questão de método, mas, sim, de pré-compreensão do Ser para chegar ao seu Ente. A compreensão da Constituição antecede qualquer interpretação no Estado Democrático.

Desse modo, a recepção do paradigma da Filosofia da Linguagem surge como condição para a eficácia do neocostitucionalismo no Brasil. Para Streck, no entanto, há uma distorção da compreensão do neoconstitucionalismo no país. Isso na medida em que este é encarado como uma postura meramente antiformalista, como já defendido pela escola dos Partidários do Direito Livre. Tal concepção leva à adoção do ativismo judicial como se fosse expressão da superação do positivismo (STRECK, 2011, p. 36-37).

Não se desconsidera a relevância do poder Judiciário nesta quadra da história, bem como não há uma defesa à proibição de interpretar. O que é objeto de crítica é a concepção da interpretação como fruto da vontade, das concepções pessoais e da subjetividade do julgador, o que seria um retorno ao positivismo (STRECK, 2013, p. 95). Com isso, um círculo vicioso é formado, na medida em que a interpretação é realizada tomando por base o paradigma subjetivista, resultando, assim, em decisões judiciais que mais têm a ver com o positivismo do que com a realidade atual, ou seja, decisões discricionárias que, não raro, resultam em arbitrariedades, pois carregam, no método, o voluntarismo. Tais decisões são solidificadas por meio das súmulas, criando a ideia de que as próximas questões levadas ao Judiciário podem ser revolvidas por meio delas, como se pudessem abarcar a realidade do caso concreto (STRECK, 2014, p. 424).

Ademais, o ensino jurídico também segue os velhos paradigmas, pois os livros reproduzem o entendimento dos tribunais. O valor da doutrina crítica do Direito deve ser reavaliado, tomando o papel de, efetivamente, doutrinar e desmistificar a ideia de que “o direito é aquilo que o judiciário diz que é” (STRECK, 2013, p. 83). O Direito deve ser ensinado e praticado em conformidade com a Constituição, que é eminentemente social. O direito e a realidade prática não podem dissociar-se ante os exemplos doutrinários fantasiosos ou decisões que seguem a consciência do juiz em detrimento da normatividade constitucional.

Há, portanto, uma crise de paradigmas no Direito, pois, não obstante a Constituição de 1988 ter inaugurado um novo momento normativo, o Direito brasileiro permanece assentado no paradigma subjetivista. A interpretação ainda é encarada como técnica/método para extrair o sentido da norma, com a linguagem sendo considerada uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto (STRECK, 2014, p. 381). Impera, ainda, a figura do sujeito cartesiano moderno, que, voltado a si mesmo, sem a influência do mundo externo, descobre a verdade das coisas.

A postura discricionária atual repete o modelo kelseniano de uma época em que a interpretação ocorria tendo como base o Direito privado e o estrito legalismo, sem considerar a realidade social. Nos tempos modernos, além de esta postura impedir a efetividade das normas constitucionais, torna latente a insegurança jurídica proveniente do decisionismo jurisdicional. Os Tribunais assumem a missão de “dizer o Direito”, en-

quanto a doutrina e os advogados repetem o já dito. Nessa equação, a Constituição é colocada em segundo plano, ocorrendo que as normas infralegais não passam por uma filtragem constitucional, mas sim a Constituição que acaba sofrendo uma seleção jurisdicional.

A dogmática jurídica assenta razão na tese de que o intérprete extrai o sentido que está, desde sempre, contido na norma, expressando, ademais, que nos casos em que a lei se mostra clara a simples subsunção ao caso concreto é suficiente. Assim, não obstante as mudanças no campo normativo, a interpretação das normas continua seguindo um modelo assentado no esquema sujeito-objeto, seguindo o modelo próprio da Filosofia da Consciência, de modo que a superação deste paradigma faz-se necessária para a concretização dos direitos constitucionais impressos na Carta de 1988.

Isso posto, seguir a normatividade constitucional é um avanço, o vínculo à Constituição é necessário ao desenvolvimento político e social, o que não significa a proibição de interpretar, mas sim o afastamento do sujeito solipsista da modernidade. Apesar disso, a dogmática jurídica vem sustentando a cultura liberal-individualista. Em termos, a Constituição de 1988 é o primeiro diploma constitucional efetivamente democrático e detentor de ampla gama de direitos sociais no Brasil. Em decorrência disso, a pré-compreensão dos juristas permanece assentada da cultura subjetivista moderna, podendo-se citar a existência de um Código Penal que data de 1940 e é aplicado sem a devida filtragem constitucional (STRECK, 2014, p. 382). Percebe-se que o sentido da Constituição permanece velado, na medida em que os paradigmas que a sustentam não foram recepcionados pelo Direito. Destarte, o rumo tomado pelo Judiciário atual destoa do novo modelo, na medida em que permanece indo no sentido dos postulados positivistas, apostando na discricionariedade do juiz (BOLESINA; GERVASONI, 2014, p. 1).

Somente o sujeito consciente de sua própria historicidade poderá exercer uma reflexão crítica acerca da compreensão. Como já mencionado, a realidade da experiência forma o horizonte da pré-compreensão necessário à interpretação. Essa pré-compreensão, entretanto, pode (e deve) ser ampliada para conter novos conteúdos de sentido (OLIVEIRA, 1996, p. 230-231). O horizonte de sentido do intérprete deve abarcar o conteúdo da Constituição em meio ao Estado Democrático de Direito como pré-compreensão necessária à interpretação de qualquer outra norma que se coloque como válida. Em consonância, “interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas sim, compreendemos para interpretar” (STRECK, 2013, p. 77).

Desse modo, a superação do positivismo no Brasil passa pela observância de dois requisitos fundamentais: o conhecimento do que significaram os positivismos – normativo e exegético – e o abandono na discricionariedade judicial. Somente dessa maneira poder-se-á falar em pós-positivismo. Enquanto isso, se continuará vivendo sob o manto do Estado Democrático, com uma das mais modernas Constituições do mundo sem que ela seja sentida na prática, quer dizer: sem que tenha sua força normativa efetivada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A afirmação da autonomia do Direito e a construção da ideia de ordenamento jurídico representam contribuições realizadas por Kelsen e que são fundamentais para a Ciência Jurídica, Em prol do seu objetivo de construir uma teoria do Direito pura, no entanto, o austríaco precisou admitir que a norma não necessitaria ser submetida à provação prática, bastando a conformidade formal. Destarte, o autor não enfrentou a razão prática do Direito, concentrando-se apenas na razão teórica. Nesse processo, admitiu que o juiz pudesse decidir de qualquer maneira, escolhendo uma entre as várias opções fornecidas pela moldura normativa, sem que a Ciência Jurídica pudesse controlar sua decisão.

Desse modo, o modelo de interpretação de Kelsen, apresentado na *Teoria Pura do Direito*, é um modelo discricionário no que tange à atuação do juiz. Assentou-se na ideia de sujeito criado na modernidade, quer dizer, no sujeito solipsista de Descartes, que existe a par do mundo e está imerso em sua própria racionalidade superior. Nesse sentido, a Teoria da Interpretação de Kelsen nasceu apoiada no paradigma da Filosofia da Consciência.

Ocorre que, como analisado, a Filosofia foi tomada por uma revolução, na medida em que o paradigma da consciência restou superado pelo paradigma da linguagem. O giro ontológico-linguístico caracterizou-se pelo reconhecimento da linguagem enquanto constitutiva do mundo e do ser enquanto ser-no-mundo. Heidegger passou a análise da compreensão para a ontologia, ou seja, para a análise do ser em detrimento do ente, sendo que a compreensão do ser antecede qualquer interpretação. Gadamer utilizou do existencial de Heidegger para desenvolver o processo hermenêutico ocorrido nesse contexto.

Ante os novos paradigmas hermenêuticos, a discricionariedade deve ser afastada, pois passou a existir um critério: o da situação hermenêutica (STRECK, 2014). Dessa forma, o intérprete, ao confrontar os seus pré-juízos com o sentido do texto, deve sempre ter em mente a realidade fática na qual a norma será aplicada. Tratando-se do Brasil, não há que se olvidar da vigência de uma Constituição Social com caráter dirigente e que institui o Estado Democrático de Direito.

Percebeu-se, entretanto, que, no Brasil, não obstante presente uma Constituição Social, com força normativa e instituidora do regime democrático, os direitos por ela proclamados carecem de efetividade. Isso deve-se a uma crise de paradigmas, pois o velho paradigma moderno subjetivista continua norteando o processo de interpretação das normas. Desse modo, o giro ontológico-linguístico não foi recepcionado no Brasil e, portanto, o modo de fazer Direito segue, ainda, o modelo positivista de Kelsen, assentado no subjetivismo moderno.

A discricionariedade está presente na doutrina e na jurisprudência, representada pelo sistema de precedentes ou pelo dizer corriqueiro de que o Direito é o que os juízes dizem, para citar alguns exemplos. A falta de compreensão acerca da produção de Kelsen e da diferença existente entre positivismo exegético e positivismo normativo levou à crença em um neoconstitucionalismo distorcido que não faz mais do que reafirmar os velhos postulados do positivismo discricionário, a crítica atual continua a ser sobre o positivismo exegético, já superado pelo positivismo normativo (STRECK, 2014, p. 76). Desse modo, critica-se o juiz “positivista”, considerado aquele que decide por meio de uma postura estritamente legalista. Para combater esse juiz “atrasado”, que se encontra preso ao texto, surge o juiz discricionário, ao qual é permitido interpretar conforme os seus próprios juízos e valores, tudo isso sob o pretexto de evitar retrocessos econômicos, sociais, etc.

Somente o conhecimento sobre quais foram as formas de positivismo e o abandono da discricionariedade judicial poderá conferir efetividade à Constituição brasileira, inaugurando, assim, a era do pós-positivismo no Brasil.

6 REFERÊNCIAS

- BASILE, Rafael Faria; LAGES, Cíntia Garabini. Interpretação jurídica como ato de conhecimento e ato de vontade: uma análise crítica acerca da teoria interpretativa da teoria de Hans Kelsen. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Uberlândia, UFU, *Anais* [...]. Uberlândia: UFU, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6ba3af5d7b2790e7>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- BEDIN, Gilmar Antonio; LUCAS, Douglas Cesar. O positivismo maduro e o projeto de construção de uma teoria pura do direito: uma aproximação do núcleo central do pensamento de Hans Kelsen. In: GELAIN, Itamar Luís (org.). *Uma introdução à filosofia do direito*. Ijuí: Editora Unijuí, 2015. p. 213-238.
- BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1980.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Cone, 2006.
- BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tássia. Constitucionalismo contemporâneo e hermenêutica: novas perspectivas, velhas dúvidas e o positivismo (solipsista) que anima o ativismo judicial no Brasil. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 22., 2014, Florianópolis. *Anais* [...]. Florianópolis: UFSC. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6b339b7d02cfba05>. Acesso em: 2 set. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Ação Cautelar* nº 4.327. Agravante: Aécio Neves. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 118.533. Paciente: Ricardo Vieira de Souza. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: ministra Carmem Lúcia. Brasília, 2016.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Coator: relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 2016.
- CADEMARTORI, Sérgio; GOMES, Nestor Castilho. A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 57, p. 95-114, dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p95>. Acesso em: 22 abr. 2017.
- CATÃO, Adrialdo de Lima. A interpretação dos fatos no direito na obra de Hans Kelsen. *Pima Facie*, Maceió, v. 8, p. 97-121, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/4522>. Acesso em: 24 abr. 2017.
- CUNHA, Ricardo Almagro. Hermenêutica jurídica em Kelsen: apontamentos críticos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 45, n. 180 out./dez. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176576>. Acesso em: 22 abr. 2017.
- DALLA BARBA, Rafael Giorgio; STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarrisa. As raízes filosóficas do pensamento de Hans Kelsen e suas consequências para o Direito. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, ano 14, n. 20, p. 15-28, jul./dez. 2016.
- DESCARTES, René. *Meditações metafísicas*. 2. ed. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje. In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 14. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.
- GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*, 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- GUGEL, Gabrielle Tesser. O paradigma da verdade que perpassa as metafísicas clássica e moderna e determina as decisões judiciais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 9, n. 1, p. 116-140, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/13612>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1989.
- ; KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1987. Vol. I.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LENARDÃO, Elsie. Gênese do clientelismo na organização política brasileira. *Lutas Sociais*. São Paulo, n. 11/12, 2004. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/ls/issue/view/1205>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- LUCAS, Douglas Cesar. Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ*, Belo Horizonte, v. 12, n. 15, p. 35-59, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/81969>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. O giro linguístico contemporâneo e os contributos de Heidegger e Gadamer: o renascer da hermenêutica jurídica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 2, n. 3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 2 dez. 2017.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. ed. 13. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- MATOS, Andityas Soares; MILÃO, Diego Antonio. Decisionismo e hermenêutica negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 67, p. 111-137, dez. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n67/05.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2017.
- MORAIS, José Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.
- PEDRON, Flávio Quinaud. O giro linguístico e autocompreensão da dimensão hermenêutico-pragmática da linguagem jurídica. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 3, p. 174-190, 2011. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/issue/view/169>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- PLATÃO. *Crátilo: diálogo sobre a justeza dos nomes*. 2. ed. Lisboa: Sáda Costa, 1994.
- SILVA, Maria Fontes; TORRES, Cláudia Vechi. Hermenêutica constitucional: avanços e desafios na sociedade contemporânea. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – UFSC, 22., 2014, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: UFSC. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4a7ad6a4dfd49733>. Acesso em: 7 set. 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos-NEJ*, Univali, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: UFSC, 1983.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

REALISMO JURÍDICO E POSITIVISMO JURÍDICO: Uma Conexão Necessária

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.184-194>

Recebido em: 7/4/2019

Modificações requeridas em: 22/9/2019

Aceito em: 15/10/2019

Mônica Emília Moreira

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com ênfase em Teoria do Direito. Advogada militante na área de Direito Civil. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. <http://lattes.cnpq.br/5929479410511436>. monicasajpuc@gmail.com

RESUMO

O presente artigo traz a discussão acerca da conexão entre duas importantes teorias do Direito: o Positivismo Jurídico e o Realismo Jurídico. Iniciamos com a exposição das principais ideias do Realismo Jurídico norte-americano e escandinavo, sob a ótica de seus diversos autores. Dentro do Realismo presente nos Estados Unidos destacamos sua permeabilidade no sistema da *Common Law*, uma vez que o Direito norte-americano se alicerça neste. Ao abordarmos a teoria do Positivismo Jurídico, fez-se necessário um recorte teórico em seus pontos principais, para que fosse possibilitada sua análise em relação ao Realismo Jurídico. Assim, o positivismo aqui apresentado encontra-se sintético em relação a sua vastidão teórica. E, por fim, apresentamos as conexões vislumbradas entre as duas teorias, alicerçadas na posição teórica dos variados autores que analisamos ao longo do texto. A metodologia adotada neste trabalho foi a revisão bibliográfica e documental, utilizando-se do método dedutivo para se alcançar os resultados apresentados.

Palavras-chave: Realismo jurídico. Positivismo jurídico. *Common Law*.

LEGAL REALISM AND LEGAL POSITIVISM: A NECESSARY CONNECTION

ABSTRACT

This article discusses the connection between two important theories of law, Legal Positivism and Legal Realism. We begin by exposing the main ideas of North American and Scandinavian Legal Realism, from the perspective of its various authors. Within the Realism present in the United States we highlight its permeability in the Common Law system, since US law is based on it. When approaching the theory of Legal Positivism, it was necessary a theoretical cut in its main points, turning the Legal Realism relation analysis possible. Thus, the positivism presented here is synthetic in relation to its theoretical vastness. Finally, we present the glimpsed connections between two theories, based on the theoretical position of the various authors that we deal with throughout the text. The methodology adopted in this work was the bibliographic and documentary revision, using the deductive method to reach the presented results.

Keywords: Legal realism. Legal positivism. Common Law.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O Realismo Jurídico Americano. 3 O Realismo Jurídico Escandinavo. 4 Considerações Acerca do Positivismo Jurídico. 5 Conectando o Positivismo Jurídico ao Realismo Jurídico. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Realismo Jurídico desenvolveu-se na primeira metade do século 20 nos Estados Unidos e na Escandinávia, e em razão disso sua corrente divide-se em realismo americano e realismo escandinavo, os quais argumentam ser efetivo o Direito que decorre de fatos sociais ou históricos, e não o idealizado; desta forma não pode o Direito ter unicamente como requisito a validade, sendo necessário também o requisito da eficácia.

O Positivismo Jurídico surge em meados do século 19 como uma reação contrária à fundamentação do Direito em bases metafísicas. Assim, seus teóricos buscam fundar as questões jurídicas a partir de dados fornecidos pela experiência, ou seja, é por aqui que pode ser provado empiricamente e não por fatores externos ao mundo físico.

Diante desse cenário de duas teorias, em certa medida contemporâneas, qual seria a conexão, a influência entre as duas correntes de pensamento? Ao investigar a temática tomou-se como ponto de partida a exposição das correntes de pensamento estudadas, buscando encontrar os pontos de contato entre ambas que fosse capaz de estabelecer uma conexão entre elas.

Em um segundo momento rastreou-se os pontos convergentes entre as duas teses que seriam capazes de responder a nossa indagação. Haveria entre o Positivismo e o Realismo uma conexão teórica, ou seriam duas formas distintas de pensar o Direito?

O presente texto é fruto de uma pesquisa bibliográfica e documental, na qual foi empregado o método de análise hipotético-dedutivo dos escritos examinados. Assim sendo, apresenta-se aqui uma resposta provisória ao problema levantado, de que há sim conexão entre as teorias do Realismo e do Positivismo.

2 O REALISMO JURÍDICO AMERICANO

O pensamento jurídico norte-americano tem como ponto de partida a promulgação de sua Constituição em 1787, sendo edificada sobre o conceito de um Estado neutro, imparcial e não redistributivista, tudo isso ancorado no princípio da liberdade. Tal organização política recebeu a denominação de pensamento clássico por M. J. Horwitz. A ciência do Direito, nessa concepção clássica, estava embasada no estudo de casos, portanto o Direito estava contido em livros impressos e a Constituição, nessa época, deveria ser interpretada em consonância com a vontade dos *Founding Fathers*¹ (AGUILAR, 1999).

Devido, no entanto, às constantes mudanças sociais provocadas pela revolução tecnológica e industrial, bem como a centralização do poder econômico e o desequilíbrio social promoveram uma necessidade de adaptação da *Common Law* à realidade americana, tendo por fim propiciar uma maior flexibilidade e adaptação das leis constitucionais (BOBBIO, 2006).

O realismo jurídico desponta neste cenário como um sopro de modernidade no Direito norte-americano, rejeitando assim o formalismo normativo. A partir deste momento não mais se faria alusão aos pais fundadores da Constituição para solucionar os conflitos. Seus teóricos defendem a caráter dinâmico do Direito, assim como sua criação judicial. Argumentam estar a sociedade em fluxo mais célere que o Direito, devendo este ser constantemente revisado. Segundo este pensamento, o Direito a ser seguido não é o que está contido em livros, *Law in books*, mas sim o Direito em ação, *Law in action* (JORGE, 2012).

Um dos primeiros teóricos a tratar sobre realismo nos Estados Unidos foi Karl Llewellyn. Sua abordagem a respeito do tema consistia em uma valoração da decisão judicial em detrimento do direito material (BODENHEIMER, 1966). Afirmava este autor: “O que fazem esses funcionários relativamente aos litígios vem a ser, para mim, o próprio direito” (p. 139).

Llewellyn defende que o foco do estudo do Direito deve ser os juízes. Nesse sentido, as sentenças devem ser estudadas com a finalidade de entender como decidem os tribunais. O estudo da sentença deve pautar-se por três aspectos: o que os tribunais têm decidido, identificando-se, assim, a regra utilizada; como e com que precisão os tribunais têm interpretado as normas e, por fim, e na opinião do teórico Karl Llewellyn, a mais difícil, se o que a Corte decidiu era desejável, ou seja, se a decisão foi ao encontro do que era esperado (JORGE, 2012).

¹ Pais fundadores.

Jerome Frank, pertencente também ao movimento denominado Realismo Jurídico, defende que o juiz, ao decidir, parte de convicções pessoais, sentimentais, valendo-se até mesmo de intuições e pressentimentos. Sendo assim, a norma jurídica, para ele, não constitui a base das decisões judiciais (BODENHEIMER, 1966). Frank defende que a certeza, a qual por vezes é evocada como um pilar do ordenamento jurídico, não passa de uma ilusão infantil do princípio da autoridade, acreditando ser o Direito uma contínua criação, estando, portanto, em constante movimento (JORGE, 2012).

Frank possuía uma incredulidade em relação à segurança das decisões judiciais, pois, após ter ascendido à Corte Federal, deparou-se com várias situações, pelas quais pôde constatar inúmeras fontes de erro que podem atuar determinantemente na solução final do caso. Entre elas destacou a desatenção dos jurados, a ignorância dos juízes e advogados, assim como a volatilidade das testemunhas (BODENHEIMER, 1966).

Bodenheimer (1966), em sua obra, ao tratar do Realismo Jurídico, adverte que ele não chega a constituir uma escola, pois não há uma concordância entre seus teóricos, posto que em sua concepção não havia um grupo de estudo que compartilhasse das mesmas ideias e convicções.

A doutrina da escola realista americana do Direito, contudo, pode ser resumida no conjunto de normas seguidas pela sociedade, a qual, para ela, é composta pelos juízes e não se referem ao comportamento dos cidadãos (JORGE, 2012). Por conseguinte, interessa aos realistas o Direito efetivamente aplicado, isto é, o produto dos tribunais, e não o Direito posto nos livros – o denominado Direito legislado (NOJIRI, 2005).

Para os realistas, o Direito que deve ser estudado consiste na legislação aplicada ao caso concreto, a qual tenha sido interpretada pelos tribunais. Eles acreditam não estarem as normas postas aptas a guiar a vida em sociedade. Elas apenas devem inspirar os juízes na solução dos casos concretos (NADER, 2010).

Consoante a isso, estes autores consideram que a norma não deve ser usada pelo juiz como argumentação, cabendo a ele então criar a sua própria alegação, desenvolvendo uma atividade hermenêutica. Nesta atividade, portanto, os juízes gozam de ampla discricionariedade para formular a sua técnica interpretativa (NOJIRI, 2005).

Em terras americanas tornou-se muito comum, nas universidades, o ensino de técnicas de argumentação e raciocínio, haja vista o seu sistema jurídico baseado em casos já julgados. Diferentemente da Inglaterra, nos Estados Unidos, ao se aplicar o que já fora decidido anteriormente pelos tribunais, inova-se em relação aos ingleses, uma vez que, na aplicação das decisões já consolidadas, os juízes podem interpretar os julgados, não se fazendo, assim, a sua aplicação em caráter obrigatório absoluto, mas com certa discricionariedade. Desenvolve-se uma atividade hermenêutica acerca de precedente em relação à sua aplicação ao caso concreto a ser decidido (AZEVEDO, 2009).

Faz-se importante ressaltar que determinado conteúdo, o qual jamais será discutido pelos tribunais, será interessante para o Direito como ciência social para o estudo universitário. Com isso, pode-se ter uma visão amplificada do Direito, uma vez que não se ficará adstrito ao estudo do produto dos tribunais, algo que poderia ser considerado uma estagnação do pensamento jurídico (AGUILAR, 1999).

A ideia matriz do realismo norte-americano encontra-se fundada na *Common Law* e não consiste em um conjunto de regras a respeito dos institutos jurídicos, mas de uma tradição de costumes e hábitos consolidados. O berço da *Common Law* é a Inglaterra, a qual não sofrera grande influência do Direito romano-germânico, mantendo assim sua tradição consuetudinária (STRECK, 2014).

A conquista do Reino da Inglaterra pela Normandia promoveu várias mudanças, uma delas na administração da Justiça. Com a centralização política, ocorre também um processo de centralização da Justiça, o desenvolvimento de novos procedimentos e remédios, bem como uma nova estrutura de Direito substantivo, este aplicado a todos os cidadãos ingleses, a *Common Law* (BARBOZA, 2014).

A *Common Law* consiste em um Direito caracteristicamente de origem anglo-saxônica, ou seja, um Direito consuetudinário tipicamente inglês. Faz-se mister ressaltar que mesmo a *Common Law* tendo por base os costumes consolidados em uma sociedade, este sistema possui um Direito legislado denominado *statute law* que seria o Direito estatutário ou legislativo (BOBBIO, 2006).

A fonte do Direito inglês são as decisões dos tribunais, são elas que exercem o papel de criadoras do Direito, limitando ao magistrado a função de reconhecer a autoridade de seus precedentes. Ao contrário da *Civil Law*, as normas aqui desempenham uma função secundária, de complementação da jurisprudência. Dessa forma, a norma possui sentido somente em relação à *Common Law*, e não de maneira autônoma, como no outro sistema (BARBOZA, 2014).

O fato de o Direito inglês ser eminentemente judiciário demonstra o seu caráter prático e casuístico, o qual se nota em seus magistrados, cuja função é a aplicação da Justiça e não de fórmulas preestabelecidas do Direito. Cada nova situação pressupõe uma nova regra que se liga ao passado com a finalidade de transmitir o procedimento que permitirá ao juiz alcançar a novidade normativa (BARBOZA, 2014).

Ao aplicar uma regra o juiz deve afirmá-la como norma dentro dos limites e circunstâncias do caso concreto. Na aplicação do precedente ele buscará sua adequação a partir das razões dos casos anteriormente decididos, caso não encontre correspondência com a lide ou constate que ela não fora considerada anteriormente. Cabe a ele completar e reformular o precedente, para que possa dar à demanda uma solução razoável ao litígio (DAVID, 1997).

Afirma Streck ser a *Common Law* uma criação do Direito processual, pois com a formação dos direitos subjetivos de maneira empírica, foram aparecendo também as questões controversas. À medida que iam surgindo, era criado um remédio para a sua solução (AZEVEDO, 2009). Esse sistema permaneceu sempre em vigor sendo válido o Direito Estatutário enquanto não contrariar o Direito Consuetudinário, portanto pode-se afirmar que a *Common Law* funciona em certa medida, como um controle das funções do Legislativo, limitando assim o poder do rei (AZEVEDO, 2009).

O primeiro modelo de Justiça experimentado em território norte-americano foi o sistema inglês. Os colonos que desembarcaram no Novo Mundo trouxeram consigo a *Common Law*, pois como pregava a *Calvin's Case*,² ela acompanhava os súditos ingleses aonde fossem.

Nem todas as regras da *Common Law* britânica conseguiram realmente se efetivar na colônia, pois muitas não se adaptavam à realidade americana, o que era inclusive previsto pela própria *Common Law*, pois de acordo com a *Calvin's Case*, o Direito deveria ser aplicado em acordo com a realidade local, ou outras que não eram originadas no Judiciário. As leis votadas no Parlamento de Westminster se aplicariam ao território americano somente se recebessem um decreto especial autorizando (DAVID, 2002).

No Direito americano, assim como no inglês, as leis ou *statute law* não consistem na fonte primária do Direito, mas isso não quer dizer que os juristas desses países não consideram as regras produzidas pelo legislador, mas sim que eles preferem as normas que já passaram pela interpretação dos tribunais (AZEVEDO, 2009).

3 O REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

Outra corrente do realismo jurídico se desenvolveu nos países escandinavos (Noruega, Suécia e Finlândia) – o Realismo Escandinavo. Essa escola reunia alguns pensadores, entre os quais Hägerström, Lundstedt, Olivecrona e Ross – um grupo de pensadores bem distintos entre si (NOJIRI, 2005).

Esta distinção repousa no fato que nem todos os teóricos mencionados são efetivamente realistas do Direito, como é o caso de Alf Ross, pertencente à Escola de Copenhague. Ele somente pode ser chamado de realista pela proximidade de sua teoria com o Realismo Escandinavo, enquanto os membros da Escola de Upsala: Hägerström, Lundstedt, Olivecrona são mais inclinados a uma Psicologia Jurídica do que à Sociologia propriamente dita (ARNAUD; DULCE, 2000).

Esta escola difere da americana em dois aspectos: em primeiro lugar, apresenta um viés mais especulativo em relação aos problemas jurisprudenciais e, em segundo, mostra um caráter menos psicológico, isto é, eles dedicam menos atenção às questões relacionadas ao sentimento, ou motivação emocional dos membros do Judiciário. O ponto de contato entre as duas teorias está na atitude radicalmente empírica de ambas em relação à vida e ao Direito (BODENHEIMER, 1966).

² Decisão jurídica inglesa datada de 1608. Estabelecia que toda a criança nascida na Escócia, após a União das Coroas, estaria sob a égide da *Common Law*.

Axel Hägerström é considerado fundador da chamada “Escola de Upsala³” e também do movimento realista escandinavo. Entendia este autor o Direito Positivo como um sistema de regras emanadas do Estado, as quais asseguravam vantagens aos indivíduos. Faz também uma distinção entre a norma jurídica e a moral. Segundo Hägerström, a norma tem exigibilidade independente da aceitação de seus destinatários, enquanto a moral vincula-se ao processo de internalização de cada indivíduo (LOPES, 2004).

A. Vilhelm Lundstedt, considerado um discípulo de Hägerström, defende que a ciência jurídica deve estar embasada na utilidade pública e não na ideologia. Segundo suas ideias, os fatos reais, que ocorrem na sociedade, entram em confronto constantemente com os fatos jurídicos, os que são apreendidos pela lei, tais como: propriedade, obrigação, entre outros. Os juristas, ao entrarem em contato com o fato, o fazem permeados pela ciência jurídica, a qual os distancia da realidade dos fatos.

Lundstedt elaborou uma técnica que denominou “método do bem-estar social”, que, segundo ele, era isento de qualquer avaliação ética. Referia-se ao bem-estar social como convenções consideradas úteis ao ser humano, em uma sociedade, em um dado momento. Para este teórico, o socialmente útil é aquilo que é realmente considerado de interesse social (BODENHEIMER, 1966).

Outro representante da Escola de Upsala é o sueco Karl Olivecrona, que afirma ser a norma uma declaração de vontade, implicando sempre uma relação pessoal. Dessa forma, são imperativos independentes, servindo apenas para sugerir o comportamento das pessoas. Ele acredita ser toda a força obrigatória do Direito uma ilusão, uma vez que não pode haver obrigações jurídicas no sentido objetivo, pois, em sua concepção, o que realmente existe é um sentimento de dever que se vincula à ideia de obrigação (SOLON, 2000).

A primeira fase de seu pensamento é marcada pela pressão psicológica exercida pela coação, a qual foi por ele atribuída como única explicação para o Direito. Nessa segunda fase, Olivecrona refina sua teoria por meio da Filosofia da Linguagem. Nesse momento a norma, para ele, constitui-se em um imperativo independente, o qual consiste em uma vasta configuração de signos linguísticos de função diretiva. Sendo assim, Olivecrona acredita que a força da norma jurídica independe da vontade do emitente, mas sim de preconceito a respeito de determinados procedimentos formais (SOLON, 2000).

Alf Ross acreditava no Positivismo, pois, para ele, não existem princípios morais universalmente válidos, de caráter superior, os quais vinculam as normas. Ele afirmava que não devemos interpretar as proposições de validade inobservável ou força obrigatória, mas sim como proposições que se referem a fatos sociais (NOJIRI, 2005).

Ross entendia que a função simbólica das normas não era nada mais que uma manifestação da linguagem. Para ele, o significado de uma palavra torna-se mais expressivo quando considerada como parte de uma expressão definida (NOJIRI, 2005). Sua preocupação estendeu-se ao problema da validade, partindo do fato de que o Direito fornece normas não para o comportamento individual, mas sim para os tribunais, concluindo, desta maneira, ser a norma contida na lei válida, quando se pode prever que ela será aplicada no futuro em um caso concreto (BODENHEIMER, 1966).

Os realistas escandinavos acreditavam que a maioria das pessoas obedece à lei por hábito, sendo desnecessária a utilização da força física, mas eles consideram a ameaça de uma sanção um fator psicológico no cumprimento da lei (BODENHEIMER, 1966). Suas teorias apresentam escopo diverso de seus contemporâneos americanos, pois enquanto estes entendem o realismo como o Direito produzido nos tribunais, os escandinavos preocupam-se em reformular conceitos jurídicos embasados no empirismo (ARNAUD; DULCE, 2000).

Estes teóricos assumem uma postura relativista, negando que as regras jurídicas derivem de princípios imutáveis de Justiça. Criticam o Direito natural, mas não aderem totalmente ao positivismo por considerá-lo uma reverência ao poder estatal e um prolongamento das tradições jusnaturalistas (AGUILAR, 1999).

³ Tal escola de pensamento iniciada por Hägerström recebe este nome em decorrência da Universidade de Upsala, a qual localiza-se na Suécia, na cidade de mesmo nome.

O Direito, para estes pensadores, não se baseia na Justiça, pois na concepção realista ela apenas consiste no sentimento daqueles a quem a lei se dirige, ou seja, os juízes, que por hábito e ou ideologia têm a ordem jurídica como satisfatória. Para eles, os julgamentos fundam-se em sentimentos, convicções pessoais, sendo que em qualquer momento pode ser evocada a Justiça, como fundamentação de suas decisões (BODENHEIMER, 1966).

Cabe ressaltar a posição de Alf Ross a respeito da atividade do juiz na perspectiva do Realismo Escandinavo. Para ele, consiste em uma falácia a máxima de que o juiz deve descobrir o sentido da lei, pois segundo seu entendimento, em muitos casos o juiz não terá condições de estabelecer certamente o significado da norma. Dessa forma, fará conjecturas de acordo com as circunstâncias, realizando assim atividade criadora (NOJIRI, 2005).

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO POSITIVISMO JURÍDICO

No curso do século 19 começa a surgir uma reação contrária à fundamentação do Direito baseado na metafísica, a qual propõe assentar as questões jurídicas em elementos externos ao mundo físico, dificultando assim sua análise empírica. Esse movimento pode ser definido como Positivismo, o qual procura ater-se aos dados fornecidos pela experiência, rejeitando qualquer compreensão da natureza acerca de sua essência (BODENHEIMER, 1966).

O Positivismo Jurídico sofre influência do Positivismo Filosófico, na medida em que rejeita as teses metafísicas sobre a natureza do Direito. Para os positivistas, o estudo do Direito baseia-se em fatos demonstráveis, tais como a criação de normas pelo legislador, mas não podemos afirmar que o Positivismo Jurídico comunga de todas as premissas do Positivismo Filosófico (BODENHEIMER, 1966).

Auguste Comte, filósofo e matemático francês, é tido como precursor do Positivismo. Essa inovadora forma de pensar baseia-se numa concepção cientificista, na qual a ciência é considerada o único conhecimento possível, sendo, portanto, o método das Ciências Naturais o único tido como válido (ARANHA; MARTINS, 1993)

As premissas do Positivismo Jurídico começaram a se fortalecer ao mesmo tempo em que teve início a monopolização do poder político pelo Estado. Sendo assim, as proposições positivistas relacionaram-se com ideias racionalistas sobre a criação e a aplicação do Direito. Tudo isso impulsionado pelo surgimento dos Códigos e das Constituições escritas, em muitos países da Europa, sobretudo na França (DIMOULIS, 2018).

Na Inglaterra não há o emprego da expressão Positivismo Jurídico, mas encontramos elementos típicos do juspositivismo nas obras de Austin e Bentham como: separação entre Direito e moral, definindo assim o Direito como decorrência de mandamentos humanos e sua dependência da autoridade soberana em determinada sociedade (DIMOULIS, 2018).

Os adeptos da Escola Histórica, na Alemanha, são considerados os precursores do Positivismo, uma vez que eles rejeitam o jusnaturalismo e as pretensões universalistas do Direito. Direccionavam seus estudos para a produção normativa de seu país, criticavam o monopólio da produção jurídica nas mãos do Estado e acreditavam que os costumes teriam papel determinante na configuração do Direito de cada país (DIMOULIS, 2018).

Não há consenso entre os positivistas jurídicos sobre a sua vinculação ou não com a Filosofia Positivista. Alguns partidários afirmam que o Positivismo Jurídico adota de maneira genérica a Filosofia Positivista, outros sustentam que ele se liga especificamente ao Positivismo de Comte. Há os que acreditam que importantes expoentes do Positivismo Jurídico, como Alf Ross e Herbert Hart, sofreram influências do Positivismo lógico ou analítico (DIMOULIS, 2018).

Os positivistas têm por objeto de estudo o Direito posto, ou seja, aquele que emana de uma autoridade e por isso possui validade. A eles interessa também conhecer os atos que originam as normas. Desse modo, seus estudiosos buscam entender e explicar o fenômeno jurídico, livre de conceitos metafísicos ou idealistas sobre o Direito (DIMOULIS, 2018).

A denominação Positivismo, sabidamente, não designa somente a teoria de Auguste Comte, mas também outras teorias. Prova disso é o Positivismo Jurídico, o qual se espelha na metodologia aplicada por Comte na averiguação dos fenômenos, anunciando que todos os fatos humanos deveriam ser investigados em suas causas sociológicas e não metafísicas (JÚNIOR, 1980).

Várias são as abordagens acerca do Positivismo Jurídico. Aqui trataremos apenas de algumas. A primeira abordagem que será apresentada baseia-se na forma como os positivistas veem a relação entre Direito e moral.

O Positivismo Jurídico divide-se em exclusivo e inclusivo. O Positivismo exclusivo defende que o critério moral não pode ser utilizado no Direito como sentido de interpretação, tampouco para conferir validade. Para eles a moral em nenhum momento interfere no conceito de Direito, pois a validade jurídica corresponde a fatos sociais e os mandamentos morais nunca adquirem relevância jurídica (DIMOULIS, 2018).

No Positivismo exclusivo o Direito estabelece-se exclusivamente por fatos sociais, sendo sua existência constatada pela observação das condutas humanas que o criam como convenção social. O juiz, ao criar nova norma, seja para preencher lacunas ou para qualquer outro motivo consoante com crenças morais, não configura ação da moral no Direito, mas sim uma decisão humana que cria um fato social⁴ (DIMOULIS, 2018).

Joseph Raz defende que mesmo que a norma jurídica traga em seu conteúdo referência à moral, isso não a torna jurídica. O elemento crucial está no fato de que ela foi criada por uma fonte autorizada, não importando o conteúdo, tampouco as intenções do criador. Assim, o que constitui o Direito válido é determinado somente por teses que verificam a fonte e/ou origem, deixando de lado conteúdos morais ou de outra natureza (DIMOULIS, 2018).

Em Raz, a autoridade é tida como a única fonte do Direito. Ela existe quando os destinatários da regra a obedecem, pois nela confiam ou porque se sentem por ela intimidados. Assim, não agiriam de forma diversa se a autoridade não emitisse o comando. A decisão de respeitar a lei não pode advir do sentimento interno do destinatário em cumprir a norma, devendo ser influenciado pelo mandamento, pois somente desta forma haverá o exercício de autoridade pelo legislador (DIMOULIS, 2018).

A obediência às ordens emanadas pela autoridade ocorrem sem juízo de valor do destinatário. Desse modo, tem-se que as razões dadas pela autoridade vencem as razões do destinatário. Sob essa perspectiva, Raz defende que os destinatários têm sua vida facilitada pelas autoridades, pois eles não precisam sobrepesar os argumentos a favor ou contra acerca de determinada conduta, essa mediação entre a norma e o destinatário é feita pela autoridade (DIMOULIS, 2018).

O Positivismo inclusivo, também conhecido como incorporacionismo ou Positivismo moderado, parte de uma concepção teórica que tenta conciliar a abordagem positivista com posições da corrente moralista. Os partidários dessa tese sustentam que nem sempre a moral é decisiva para definir o Direito, mas, em algumas sociedades pode ser convencionado considerá-la para determinar a validade e interpretar a norma jurídica vigente (DIMOULIS, 2018).

Os estudiosos do Positivismo Inclusivo reconhecem que nos fundamentos de existência e no conteúdo de leis válidas a moralidade política está presente. Assim, leis elaboradas ou promulgadas por parlamentares, tribunais ou práticas costumeiras não estão isentas de influências morais por parte de seus agentes (DIMOULIS, 2018).

Assim, o conteúdo das normas pode não ter sua origem somente em fontes sociais, dependendo de uma moral substancial. Essa visão de incorporação da moral no Direito estaria relacionada aos ordenamentos modernos, em particular no constitucionalismo, em que há um aceno de uma leitura moral do Direito nos casos de princípios como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade (DIMOULIS, 2018).

Além da classificação inclusivo/exclusivo podemos citar, como uma classificação do Positivismo Jurídico, a distinção entre Positivismo Analítico e Positivismo Sociológico, elaborada por Bodenheimer. Seu ponto de partida consiste em tomar uma determinada ordem jurídica e dela extrair noções, conceitos e distinções fundamentais, os quais podem ser comparados a outras ordens jurídicas, rastreando elementos comuns entre elas. Ele importa-se com a análise dos temas da lei, buscando, assim, correlações lógicas entre as proposições legais (BODENHEIMER, 1966).

⁴ Fato social, para Durkheim, é toda maneira de fazer, fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior (DURKHEIM, 2007).

Quando se dispõe a investigar e descrever as variadas forças sociais, as quais influenciam na formação do Direito Positivo, o Positivismo assume a forma sociológica (BODENHEIMER, 1966), que não será investigada aqui.

O Positivismo Analítico engloba uma pluralidade de teses de diferentes autores, entre os quais podemos citar John Austin, Hans Kelsen e Herbert Hart. Austin foi o fundador da Escola Analítica da Ciência do Direito. Adepto do utilitarismo, defendia a tese de que o propósito ou o fim do governo político soberano era proporcionar a maior felicidade humana possível. Para ele, a ciência do Direito, ou a chamada jurisprudência, deveria se ocupar das leis positivas, sem estabelecer juízo de valor, ou seja, considerar se são boas ou más (BODENHEIMER, 1966).

Por outro lado, a ciência da legislação era um simples ramo da ética, a qual teria como função realizar teste para avaliar as leis positivas e os princípios nos quais se assentavam, para então merecer aprovação. Assim, o jurista se ocupará com a lei como ela é, enquanto ao legislador deve interessar a lei como ela poderá ser. Esse interesse do legislador, todavia, não tem relação com uma lei ideal ou justa (BODENHEIMER, 1966).

Para Austin, o Direito Positivo tem caráter imperativo; a lei é concebida como uma ordem do soberano, todavia ele não considerava lei as determinações que não tivessem caráter geral, ou seja, que obrigassem a uma pessoa ou grupo de pessoas a ações ou tolerâncias próprias de uma classe (BODENHEIMER, 1966).

Austin entendia não ser necessário que a lei fosse emanada somente de um órgão legislativo, ela poderia ser proveniente de um órgão oficial, ao qual o soberano houvesse delegado o poder de legislar. Logo, a decisão judicial normativa era para Austin uma lei positiva (BODENHEIMER, 1966).

As normas emanadas do Judiciário deveriam ter sua força legal autorizada pelo Estado; essa concessão poderia ser feita expressamente, de modo ordinário, ou indiretamente, pela anuência posterior. Essas normas preenchem o mais importante requisito do Direito Positivo, na visão de Austin serem ditadas por um órgão político superior em orientação aos órgãos políticos inferiores (BODENHEIMER, 1966).

Embora a teoria de John Austin não tenha sido muito estudada em seu tempo, mais tarde ela influenciou o desenvolvimento da ciência do Direito na Inglaterra, sobretudo com Herbert Hart, que se tornou um propagador de uma forma mais moderna do Positivismo Analítico (BODENHEIMER, 1966).

O ordenamento jurídico em Hart é formado por regras primárias em que se encontram o que as pessoas, destinatárias das normas, devem fazer ou não fazer. As regras secundárias têm como finalidade a solução de problemas ocorridos com as normas primárias. Elas se subdividem em: regras de alteração, que promovem a adequação da norma à realidade social; regras de adjudicação, que promovem a dinamicidade e a eficácia no ordenamento jurídico e a regra de reconhecimento, que tem por função estabelecer os requisitos pelos quais as normas jurídicas são consideradas válidas. Ela também tem o papel de delimitar o poder do Estado, uma vez que confere poderes a determinadas pessoas para que elaborem e apliquem as normas jurídicas (JORGE, 2012).

Para Hart, para ser válida, a norma não necessita ser rotineiramente obedecida, mas já a regra de reconhecimento tem por condição de validade ser constantemente acatada, pois sua existência como prática social eficaz só se dá quando cumprida e aceita pelos destinatários da norma (JORGE, 2012).

A regra de reconhecimento não tem por função somente determinar as condições que as normas devem preencher para que sejam consideradas válidas, mas também delimita o poder do Estado. Ela traz consigo, então, uma noção de sistema jurídico, na medida em que faz a distinção entre Direito e outros sistemas normativos, como a moral e as convenções sociais (JORGE, 2012).

Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, propõe o distanciamento de todo viés ideológico do Direito, por exemplo, a Justiça. Não há como dizer que a Justiça representava algo subjetivo, ou até mesmo um determinado valor, de uma pessoa ou grupo. Isso então impossibilitaria dar uma resposta científica à questão: O que é a Justiça? (BODENHEIMER, 1966).

Em sua *Teoria Pura do Direito* ele estabelece como objeto de estudo a norma jurídica, afastando do Direito toda a intromissão de outras ciências, tais como a Psicologia, a moral, a Sociologia, etc. Na concepção kelseniana o Direito pode até ser investigado sob uma perspectiva sociológica, mas isso não faz parte da ciência do Direito no sentido verdadeiro dessa expressão (BODENHEIMER, 1966).

O Direito para este autor consiste em um sistema ordenado de normas coercitivas, as quais prescrevem a prática ou não de determinada conduta, seguida de uma medida de coação por parte do Estado quando descumprida. O conjunto dessas múltiplas normas tem por unidade uma única fonte, que seria a norma fundamental. É a ela atribuída a aquisição ou a perda de validade de uma norma (BODENHEIMER, 1966).

A norma fundamental, que Kelsen denominou Constituição no sentido lógico-transcendental, não se confunde com a constituição positiva, a Constituição escrita materializada em um documento formal, ou uma Constituição não escrita, que se apoie em um costume. Considerando a hierarquia do ordenamento jurídico, a norma fundamental está no topo. Abaixo dela está a Constituição e então, mais abaixo, as leis. Compete à legislação estabelecer o conteúdo das normas gerais ou processuais, bem como criar órgãos para a sua execução, sejam eles tribunais judiciais ou administrativos (BODENHEIMER, 1966).

A concretização dessas normas gerais não está em si mesma, pois apresenta um caráter abstrato; essa responsabilidade é delegada ao Judiciário. É a autoridade judicante que decide o modo de aplicação de uma norma geral ao caso concreto, desenvolvendo assim atividade declaratória e constitutiva do Direito, sendo seu produto chamado por Kelsen de norma individualizada (BODENHEIMER, 1966).

5 CONECTANDO O POSITIVISMO JURÍDICO AO REALISMO JURÍDICO

Positivismo Jurídico e Realismo Jurídico parecem ser duas teorias distintas. A primeira tem como fonte de estudo a norma jurídica, a qual deve ser posta por autoridade competente de acordo como o modo estabelecido no ordenamento jurídico, pois só assim será dotada de validade. O foco dos positivistas não é assim o Direito como ele é, ou seja, a norma como ela realmente é aplicada. O Realismo Jurídico, por sua vez, estuda o Direito aplicado, especificamente o produzido nos tribunais. Para eles não basta à norma ser revestida de validade; ela tem de ser também eficaz. Os realistas entendem o Direito como um conjunto de normas efetivamente seguidas em uma determinada sociedade (BOBBIO, 1995).

Independentemente do requisito da validade ou da eficácia, as duas teorias se aproximam quando colocam o Direito como algo proveniente de uma autoridade. No caso do Positivismo Jurídico, para ser válida a norma deve ser posta por órgão dotado de poder estabelecido pelo ordenamento.

Já no Realismo Jurídico a norma deve ser eficaz, em outras palavras, aplicada pelo juiz, que também é uma autoridade competente, autorizado pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, ambas as teorias consideram o Direito com base na figura da autoridade.

As duas teorias primam pelo estudo do Direito estatal, rejeitando o dualismo jurídico (Direito Natural e Direito Positivo), e se atêm somente ao monismo jurídico (Direito Positivo) (BOBBIO, 1995).

Tanto o Positivismo Jurídico quanto o Realismo Jurídico rejeitam o Direito Natural, ou seja, um Direito fundado em bases metafísicas, uma vez que o objeto de estudo de ambas assenta-se em fatos demonstráveis, como a norma jurídica e as decisões judiciais.

Outro ponto de contato entre as duas teorias pode ser encontrado no Positivismo exclusivo, que sustenta não poder ser a moral utilizada para constatar a validade das normas jurídicas e nem para interpretá-las. A atuação do magistrado, na visão desses teóricos, consiste na criação de um fato social.

Ao decidir sobre determinado caso, o magistrado cria uma nova norma, seja para preencher uma lacuna ou por qualquer outro motivo. Ele o faz, muitas vezes, de acordo com crenças morais, porém essa moral não influencia o Direito, mas a decisão humana que cria o fato social (DIMOULIS, 2018).

Nesse segmento, Alf Ross, representante do realismo escandinavo, defende não haver uma moral universal à qual seja possível vincular a norma jurídica. Ao fazer essa afirmação Ross se coloca como positivista exclusivo, uma vez que refuta a possibilidade de juízos morais prevalecerem de forma superior à norma jurídica.

Ao discorrer sobre a moral, Alf Ross nos lembra que, em relação ao comportamento moral, não há como se estabelecer um juízo individualizado. Assim, a atuação do legislador ou julgador é inexistente, cada um arbitra e decide o que julga certo ou errado, em consonância com suas convicções pessoais. Sendo assim, não há que se falar em uma moral abrangente a todos, mas sim padrões os quais podemos caracterizar como predominantes ou típicos (NOJIRI, 2005).

Outro elemento importante do Positivismo Jurídico é a coação, pois é por meio dela que a norma jurídica é obedecida. Ao Estado cabe a função de exercer a coação a quem deixar de cumprir a regra posta, fazendo assim com que o Direito se efetive. Com isso, o poder estatal por vezes utiliza-se da força, autorizada pelo ordenamento para coibir qualquer violação do Direito.

Os realistas não renegam a coação como fator de concretização do Direito posto. Ross a considera fator importante para o cumprimento da regra posta, e evidencia as consequências de sua aplicação:

[...] Devemos insistir no fato de que a relação entre as normas jurídicas e a força coexiste em que tais normas dizem respeito à aplicação da força e não são protegidas por meio da força. [...] [...] Um sistema jurídico nacional é um sistema de normas que se referem ao exercício da força física [...] (ROSS *apud* BOBBIO, 1995).

Outro ponto de conexão entre o Positivismo Jurídico e o Realismo Jurídico encontra-se na teoria de Herbert Hart. Teórico ligado à corrente do Positivismo Analítico, Hart propõe duas classes de regras, as quais ele denominou de primárias e secundárias. As primeiras seriam as normas destinadas a regulamentar o comportamento das pessoas, definindo o que seria permitido ou proibido dentro de uma sociedade.

As regras secundárias seriam responsáveis por dirimir possíveis problemas relacionados com as regras primárias. Não sendo essa sua única função, elas também são responsáveis por promover a adequação da norma à realidade social. Nota-se aqui, nesta função, que tal diretriz executa a atribuição que no realismo é ocupada pelo magistrado.

Os realistas acreditam que o juiz, ao aplicar a norma ao caso concreto, realiza um ajustamento do texto normativo, sem de fato alterá-lo. Dessa forma, a aproximação das duas teorias se dá por compartilharem da preocupação com a adequabilidade da norma e conseqüentemente sua atualização, pois, para os realistas, o juiz, ao aplicar a norma, corrige as possíveis distorções entre a lei e o fato por ela regulado.

Ainda na teoria hartiana encontramos a regra de adjudicação, a qual é responsável por promover a dinamicidade e eficácia ao ordenamento jurídico. Nesse tópico da teoria, clara é a preocupação com a efetividade da norma. Assim como os realistas, Hart leva em consideração a eficácia da norma e não somente sua validade, como alguns positivistas.

Por fim a regra de reconhecimento, cuja atribuição, além de delimitar o poder do Estado, consiste em delegar poderes às pessoas que elaboram e aplicam as normas, e é responsável pela autorização da produção de normas (Legislativo) e sua aplicação (Judiciário), ou seja, ela determina quem será a autoridade que desempenhará esses papéis.

A proximidade temporal entre o Positivismo Jurídico e o Realismo Jurídico, pois ambas as correntes ocorrem no século 19, faz com que elas compartilhem alguns de seus princípios. Esse intercâmbio teórico por vezes impede que se estabeleça uma distinção clara entre Positivismo e Realismo Jurídicos.

6 CONCLUSÃO

O Realismo Jurídico tem como uma de suas premissas a rejeição ao formalismo jurídico, para seus teóricos o mais fator mais importante está na eficácia da norma, ou seja, sua produção de resultados, enquanto o Positivismo Jurídico tem por escopo a validade da norma, a qual deve ser posta por autoridade competente.

Apesar de elegerem propósitos distintos de investigação, as duas teorias em determinados pontos colidem suas posições. Ao tratarem da autoridade o Positivismo e o Realismo colocam-na como proveniente do Estado. Para os positivistas, a norma deve ser posta por autoridade competente; já para os realistas, o Direito deve provir dos tribunais. Note-se que ambas as autoridades têm um único fundamento para o serem, o autorramento estatal.

Tanto o legislador quanto o magistrado necessitam de uma regra estatal para exercerem o arbítrio da força. Deste modo restou demonstrado que ambas as teorias possuem pontos de conexão entre si. Positivismo e Realismo partilham de ideias comuns relativas aos conceitos de Direito e sua aplicabilidade.

7 REFERÊNCIAS

- AGUILAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad. 1999.
- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Moderna. 1993.
- ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AZEVEDO, Marcelo Antônio Duarte. *Súmula vinculante: o precedente como fonte do Direito*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2009.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo, SP: Saraiva, 2014. p. 44.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito: filosofia e metodologia jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018.
- DURKHEIM, Émile. *Fato social e divisão do trabalho*. São Paulo: Ática, 2007.
- JORGE, Cláudia Chaves Martins. *Realismo jurídico e Hart: um debate sobre a indeterminação do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012.
- JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 1980.
- LOPES, Mônica Setti. Realismo jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade pontual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, n 45, p 297-340, 2004. Disponível em <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1298/1230>. Acesso em: 8 nov. 2015.
- NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- NOJIRI, Sérgio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SOLON, Ari Marcelo. *Dever jurídico e teoria realista do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isso – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

DA RELATIVIZAÇÃO ANÔMALA DA COISA JULGADA COM A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.195-209>

Recebido em: 21/5/2019

Modificações requeridas em: 26/10/2019

Aceito em: 4/11/2019

Norton Maldonado Dias

Professor da Faculdade de Direito de Sinop (Graduação e Pós-Graduação) e do Instituto EducareMT. Professor de cursos preparatórios para exame da OAB no projeto “Resolve Direito” (Fasipe) e no Centro de Estudos Ishikawa. Advogado membro da ASCL (Academia Sinopense de Ciências e Letras) – assessoria direta do Secretário da Assistência Social, Trabalho e Habitação. Prestou assessoria no Poder Legislativo Municipal em Sinop (Portaria n. 014-80/2018 da Câmara Municipal de Sinop). Mestrado em Direito (Centro Eurípides de Soares da Rocha) e Especializações pela Pontifícia Universidade Católica (PUC Minas Gerais) e Universidade Estadual de Londrina (UEL Paraná). Atuação na pesquisa em grupo indexado pelo CNPq: Gramática dos Direitos Fundamentais. Associado do Conpedi. <http://lattes.cnpq.br/8935207247452095>. maldonadodias@hotmail.com.br

Rafael Ribeiro

Titular efetivo da Justiça Federal. Aprovado em vários concursos públicos, sendo empossado em cargo público no Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso e, posteriormente, no TRF1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Atualmente está lotado como servidor público federal na Subseção Judiciária de Sinop – MT. Especialista em Direito Civil e Processo Civil na Pós-Graduação da Faculdade de Sinop. yjeditorial@gmail.com

RESUMO

Trata-se de um estudo, por meio da metodologia dedutiva e bibliográfica, acerca da possibilidade da relativização atípica da coisa julgada quando ignoradas as condicionantes de fato para superação do precedente. Com a vigência do CPC/2015 se tornou mais nítida a presença do sistema de precedentes (*stare decisis*) no Direito brasileiro como forma de garantir a estabilidade das decisões judiciais. A renovação do entendimento consolidado, entretanto, embora aparente ser desfavorável à estabilidade do precedente, também é forma de preservar a expectativa do particular. Ocorre que por vezes o precedente é superado sem que esteja em desconformidade com a realidade social, em outras palavras, sem observância às condicionantes de fato, pressupostos que legitimam a renovação do entendimento. A problemática surge quando a decisão maculada por este vício transita em julgado e se torna imutável *ad eternum*, tendo em vista a inexistência de previsão legal que autorize sua desconstituição. O presente trabalho pretende, a partir de uma exposição suficiente para a compreensão do tema, responder à seguinte questão: Há possibilidade de revisar a coisa julgada por meio da ação rescisória quando a sentença ou acórdão se pautarem exclusivamente em um precedente judicial superado, sem observância às condicionantes de fato?

Palavras-chave: Ação rescisória. Coisa julgada. Precedente.

OF THE ANOMAL RELATIVIZATION OF THE JUDGED THING WITH THE OVERCOME OF THE PRECEDENT

ABSTRACT

This is a study, through deductive and bibliographic methodology, about the possibility of the atypical relativization of the thing judged when the constraints in fact were ignored in order to overcome the precedent. With the validity of the CPC/2015, the presence of the system of precedents (*stare decisis*) in Brazilian law has become clearer as a way to guarantee the stability of judicial decisions. However, the renewal of the consolidated understanding, although apparent to be unfavorable to the stability of the precedent, is also a way to preserve the expectation of the particular. It occurs that sometimes the precedent is overcome without being in disagreement with the social reality, in other words, without observance of the constraints in fact, assumptions that legitimize the renewal of understanding. The problem arises when the decision tainted by this addiction transits into trial and becomes immutable *ad eternum*, in view of the lack of legal prediction that authorizes its disconstitution. The present work intends, from a sufficient exposition to the comprehension of the theme, to answer the following question: There is a possibility to revise the thing judged through the rescissory action when the sentence or judgment is based solely on a Judicial precedent overcome without observance of the constraints in fact?

Keywords: Rescissory action. Jugada thing. Previu.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Noções Gerais Decorrentes da Teoria dos Precedentes. 3 A Evolução dos Precedentes no Sistema Judicial Brasileiro com Advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). 4 Superação do Precedente: Produção de “Coisa Julgada Anômala ou Atípica” na Relativização. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com a globalização ocorreu uma verdadeira aproximação e integração do conhecimento e no ramo do Direito não seria diferente, tendo em vista que a busca pelo aperfeiçoamento do ordenamento jurídico é algo que temos em comum com diversos povos.

Pelo viés da metodologia dedutiva e bibliográfica, declinou-se por aprofundar no Direito brasileiro e na respectiva compreensão do tradicional sistema jurídico predominante o *Civil Law*, conhecido *grasso modo* como o sistema que prestigia com prevalência a legislação escrita, ao contrário do sistema *Common Law*, em que há maior destaque aos precedentes. Usando-se desta mesma metodologia, entretanto, buscou-se no aprofundamento doutrinário a compreensão das aplicações dos precedentes com o advento do Novo Código de Processo Civil, no qual o sistema jurídico brasileiro em razão das influências advindas do sistema *Common Law* norte-americano, criou um sistema próprio e peculiar, denominado de *Brazilian Law*, dando vida a uma teoria brasileira do precedente.

A partir dessas influências com a edição do Novo Código de Processo Civil¹ (CPC/2015) o Direito pátrio tem caminhado para a adoção da cultura do *Stare Decisis*, consistente na força vinculante dos precedentes judiciais brasileiros, o que se pode atestar pelo teor do artigo 926, §§ 1º e 2º e artigo 927 e incisos, todos do diploma citado, os quais consagram a obrigação dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência e de alterá-la observando os devidos requisitos, a fim de garantir a sua estabilidade, integridade e coerência, bem como o dever imposto aos juízes e desembargadores de observância aos precedentes ou orientações editadas pelos tribunais ou órgãos a que estejam vinculados.

O Judiciário por excelência promove a pacificação social e sendo assim suas decisões sempre devem representar os anseios sociais imediatos, a fim de garantir e preservar a expectativa do particular que pauta suas ações no entendimento judicial consolidado. A superação do entendimento consolidado, contudo, embora aparente ser desfavorável à estabilidade do precedente, também é um meio de preservar a segurança jurídica do particular. Ocorre que esta superação será legítima somente quando o tribunal observar determinadas condicionantes de fato, atestadoras da necessidade de superação do referido entendimento. A superação sem observância a estas condicionantes, como será estudado, aparenta constituir patente injustiça, apta a ensejar a rescisão da decisão que a aplica no caso concreto, até mesmo depois do trânsito em julgado, tendo em vista a sua natureza peculiar. A questão é que se for considerado que as hipóteses de relativização da coisa julgada são taxativas, não há previsão legal positivada que autorize a rescisão desta espécie de decisão.

E em razão disso, com vista ao que importa e considerando que o presente trabalho não pretende esgotar as peculiaridades dos institutos que serão expostos, estudaremos a possibilidade jurídica do pedido de rescisão de uma decisão de mérito transitada em julgado e com o fundamento principal pautado em um precedente judicial superado sem observância às condicionantes de fato. Para tanto, analisaremos a viabilidade desta hipótese atípica por meio da ação rescisória prevista no artigo 966 do CPC/2015.

Em uma definição sintética e sob outra perspectiva, precedentes são as decisões do passado que se propagam no tempo para solucionar casos do futuro, com vistas a garantir a estabilidade e sobretudo a previsibilidade do Judiciário.

O precedente se constitui, ainda, dos seguintes elementos: o fato social causa do litígio, o fundamento jurídico afeto à motivação da decisão, ou seja, a tese jurídica ou também conhecida como *ratio decidendi*,² bem como a argumentação da decisão (TUCCI, 2004, p. 12).

Embora visem à estabilidade e à previsibilidade, os precedentes podem ser superados ou complementados, se assim exigir a situação fática posta à análise.

As razões da decisão anterior, conforme já mencionado, são a essência do precedente, sendo tarefa do juiz posterior encontrar a *ratio decidendi*.

As razões da decisão estão presentes na sua fundamentação e não apenas no seu dispositivo, e a partir dela o juiz identificará qual regra jurídica deve ser aplicada no caso futuro.

¹Lei Federal nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil).

²Sinônimo de *holding*. Esta e a mais utilizada no Direito norte-americano e aquela no Direito inglês (SILVA, 2005, p. 182).

2 NOÇÕES GERAIS DECORRENTES DA TEORIA DOS PRECEDENTES

O objetivo social fundamental e que constitui a essência do precedente é a busca pela realização da Justiça e da segurança jurídica, o que se traduz na máxima “*Stare Decisis et Non Quieta Movere*”, em tradução livre “Ficar com o que foi decidido e não perturbar o que já foi estabelecido”.

O precedente irradia seus efeitos para além da esfera jurídica do caso concreto para o qual foi criado de modo a fixar uma orientação que obrigatoriamente – se vinculante – tem relação com determinado caso posterior semelhante em sua substância.

Entendido como uma decisão anterior apta a influenciar outra posterior, está presente em todo ordenamento jurídico, o que muda é simplesmente a influência por ele emanada, tendo uma aplicação mais evidente nos países que adotam o sistema jurídico *Common Law* (RAVI, 2016, p. 127).

Em razão disso, convém separar a fundamentação em duas vertentes, quais sejam, o *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, sendo aquela a parte vinculante da fundamentação e esta a mera fundamentação, sem caráter obrigatório. Souza consignou que para encontrá-los devem ser observadas as peculiaridades do caso tratadas como fundamentais na construção do precedente (2011, p. 227-229).

A separação em *ratio decidendi* e *obiter dictum*, entretanto, não é tão simples assim, constituindo este, talvez, o motivo pelo qual ainda não se tem uma forte teoria do precedente no Brasil.

Em que pesem as 64 formas de encontrar a *ratio decidendi* (LLEWELLYN, p. 77-89 *apud* MACÊDO, 2015b, p. 223), os autores Rupert Cross e J. W. Harris, partindo dos ensinamentos de Goodhart,³ consubstanciados no escrito *Determining the Ratio Decidendi of a Case*,⁴ elencam seis premissas que facilitam e se mostram apropriadas⁵ para a identificação da *ratio decidendi*, as quais conveniaram denominar de “princípios do caso”, a seguir.

I – O princípio do caso não é encontrado nas razões dadas na fundamentação; II – O princípio não é encontrado na regra de direito estabelecida na fundamentação; III – O princípio não é necessariamente encontrado pela consideração de todos os fatos verificados no caso e na decisão do juiz; IV – O princípio do caso é encontrado levando-se em conta (a) os fatos tratados pelo juiz como fundamentais e (b) a sua decisão como baseadas neles; V – O juiz pode expressar ou implicitamente tratar certos fatos como relevantes ou irrelevantes. É relativamente raro que o juiz expressamente indique quais fatos ele considerou relevantes ou irrelevantes; VI – Uma conclusão baseada em fatos hipotéticos é *dictum* (CROSS; HARRIS, p. 64-66 *apud* SOUZA, 2011, p. 228-229).

Vale ressaltar que a denominada “*Star Decisis*” resulta do respeito aos tribunais superiores, especificamente referente às decisões por eles emanadas.

Diante de uma circunstância fática relevante para o contexto social, os respectivos tribunais estabelecem “uma regra de direito aplicável a certos conjuntos de fatos considerados relevantes do ponto de vista jurídico”, vinculando-se aos tribunais inferiores ao aplicarem o Direito em casos em que “se identifiquem fatos ou circunstâncias similares” (ZANETI JR., 2016, p. 311).

Tal força vinculante será com maior ou menor intensidade, a depender do sistema jurídico que se adota, entretanto a experiência mostra que a vinculação do precedente só ocorre se o fundamento determinante for acolhido pela maioria dos julgadores, como é o caso do instituto da repercussão geral no Direito brasileiro, a qual será estudada oportunamente.

Na concepção de Marinoni, a força vinculante dos precedentes é o instrumento capaz de proporcionar a segurança e a previsibilidade que o jurisdicionado necessita (2010, p. 63). Nesse sentido para que a *Stare Decisis* atenda ao seu propósito, obrigatoriamente devem estar presentes na estrutura institucional do sistema jurídico nacional dois fatores essenciais:

³Arthur Lehman Goodhart (1891-1978), jurista americano que marcou a história americana com seus estudos sobre os precedentes (CAMBRIDGE, 2016).

⁴Em tradução livre: Determinando as razões da decisão de um caso (PRIBERAM, 2016)).

⁵NEVES também as considera apropriadas (2016, p. 1.314).

[...] I – sistema institucionalizado, ou seja, organização de juízes e tribunais em forma hierarquizada; II – existência de sistema de divulgação e publicação com autoridade e oficialidade das decisões, de forma a garantir o conteúdo das decisões para consulta e vinculação no julgamento dos casos-futuros (ZANETI JR., 2016, p. 312).

Historicamente os precedentes tornaram-se vinculantes somente a partir do momento em que se constatou a presença destes fatores, os quais possibilitaram a elaboração dos “*Reports*”, repertórios sistematizados de decisões judiciais com efeitos vinculantes (ZANETI JR., 2016, p. 312).

O confronto a que se refere o título será necessário para averiguar a compatibilidade do precedente com o caso concreto que se pretende solucionar. O *distinguish* em tradução livre distinguir (PRIBERAM, 2016), faz *jus* ao seu nome, tendo em vista que literalmente é realizada uma comparação entre o caso anterior e o posterior para verificar eventual distinção de fatos fundamentais que impossibilitem a aplicação do caso anterior (precedente) ao posterior (caso concreto).

Em teoria, Eddie Parish Silva ensinou que “para se aplicar a *ratio decidendi* de um caso sob julgamento é necessário comparar ambos, analisando-se as suas circunstâncias fáticas” (2014, p. 92), constituindo-se esta característica própria do sistema *Stare Decisis*.

Tal processo, como já estudado, recebe a denominação de *distinguishing* e consiste na técnica de confrontação entre o precedente obrigatório e o caso ao qual se pretende a solução com o objetivo de constatar uma eventual diferença substancial que impeça a aplicação do referido precedente (SILVA, 2014, p. 94). Será substancial, pois a mera enumeração de fatos divergentes não será suficiente, deverá haver uma diferenciação razoável que justifique a ocorrência do *distinguishing* (MARINONI, 2010, p. 327).

Constatada a distinção o juiz não estará obrigado a seguir o precedente supostamente paradigma. Como de costume, a doutrina em vistas ao aperfeiçoamento do instituto enuncia a existência de duas acepções para o termo *distinguish*,⁶ quais sejam, *Distinguish*-método para fazer referência ao método de comparação entre o precedente e o caso em análise e *Distinguish*-resultado, quando necessário descrever o resultado dessa comparação, caso constatada a divergência fática substancial (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 504-505).

O processo de comparação inicia-se pela busca de um precedente que possua a situação fática semelhante àquela que se pretenda resolver e que contenha uma regra objetiva e precisa.

Eddie Parish Silva esclareceu que se busca uma descrição objetiva e não um fim a ser atingido, e prosseguiu afirmando que o “precedente serve para demonstrar de forma precisa e clara, e não de forma ideal, como se deve julgar um determinado conjunto de fatos” (2014, p. 93), o que faz todo sentido, considerando a necessidade de que o Direito seja dinâmico e não engessado. Seria impensável a existência de um repositório de soluções jurídicas prontas e acabadas.

Importante ressaltar que a comparação entre dois casos é própria da atividade do juiz, consistente em se perguntar como os casos anteriores análogos foram decididos, independentemente da origem do precedente⁷ (LOSANO, 2007, p. 336). Análogos, pois, conforme afirma Robert Alexy, “dois casos não são sempre totalmente idênticos. Sempre é possível descobrir uma diferença”, a questão ínsita será descobrir quais são as diferenças relevantes (2001, p. 259).⁸ José Rogério Cruz e Tucci complementam a ideia de Robert Alexy, afirmando que é justamente neste processo hermenêutico de comparação e diferenciação onde se conclui se a *ratio decidendi* é ou não apta a solucionar o caso posterior em análise (TUCCI, 2004, p. 181-182).

Constatada a inaptidão da *ratio decidendi* diante do caso em análise, em razão de alguma diversidade de fato substancial que impeça a aplicação do precedente, diz-se que a confrontação resultou no *distinguishing*. Verificada sua ocorrência, o juiz poderá afastar – mas não o superar – a aplicação do precedente tido

⁶A título de exemplo o autor cita o “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [...]”, todos do CPC vigente.

⁷Enunciado nº 174: A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado. (V ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2015)

⁸Também nesse sentido DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 491.

como obrigatório (*restrictive distinguishing*), ou aplicá-lo quando entender que embora havendo as divergências fáticas substanciais, a tese jurídica afeta ao precedente mostra-se a melhor solução para o caso concreto (*ampliative distinguishing*) (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 505-507).

Ressalte-se a subjetividade afeta à decisão que consigna haver ou não distinção. A técnica em estudo revela-se o meio mais acessível ao magistrado para o afastamento do precedente. É um grande poder nas mãos daquele que a utiliza, podendo flexibilizar ou enrijecer a interpretação e os critérios conforme sua conveniência.

Vale salientar que Celso de Albuquerque Silva enumera as hipóteses mais recorrentes de superação do precedente: I – quando o precedente está obsoleto e desfigurado; II – quando é absolutamente injusto e/ou incorreto e III – quando se revelar inexecutável na prática (2005, p. 266-284).

A *overruling* é a técnica que ilustra com clareza a superação do precedente propriamente dita. Nesta, em síntese, o precedente considerado obsoleto é superado para que o novo entendimento passe a influenciar outro caso posterior.

Findo o estudo sobre a teoria geral do precedente em síntese suficiente para a compreensão do todo, ainda cabe proceder à análise da evolução do precedente no sistema judicial brasileiro com a edição da Lei nº 13.105/2015 (CPC/2015).

3 A EVOLUÇÃO DOS PRECEDENTES NO SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO COM ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.105/2015)

Em 18 de março de 2016 entrou em vigor o tão aclamado Novo Código de Processo Civil (CPC/2015) que em meio a diversas outras mudanças no sistema processual civil não deixou dúvidas quanto à instauração de um microsistema de precedentes no Brasil.

Para a consagração do *Stare Decisis* devem estar presentes na estrutura institucional dois fatores essenciais, quais sejam, tribunais organizados em forma hierárquica e a publicidade das decisões.

A fim de concretizar a teoria do precedente o novo Código impõe expressamente aos tribunais pátrios nos artigos 926 e 927, ambos do CPC/2015,⁹ os seguintes deveres: I – o dever de uniformizar sua jurisprudência; II – o dever de manter essa jurisprudência estável; III – o dever de integridade; IV – o dever de coerência e V – o dever de dar publicidade adequada aos seus precedentes (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 487).

Além disso, os incisos do artigo 927 do diploma citado dispõem expressamente acerca da hierarquia que deverá ser observada pelos tribunais em geral, *in verbis*:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Com isso visualiza-se a criação de um microsistema de precedentes no Brasil. Aquilo que antes pairava sobre a doutrina e jurisprudência, atualmente encontra previsão expressa no CPC/2015.

Nos termos do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal de 1988 (CF),¹⁰ toda decisão proferida pelo poder Judiciário deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. Tal exigência também encontra previsão no inciso II do artigo 489 do CPC/2015. Nesse sentido, o §1º, do referido artigo, dispõe expressamente acerca dos elementos de uma decisão que se considera não fundamentada, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, *in verbis*:

⁹Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Art. 927. [...] §5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

¹⁰IX – todos os julgamentos dos órgãos do poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

[...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Constata-se que não basta a mera indicação do precedente ou súmula para que se proceda o seu afastamento, devendo o julgador identificar todos os fundamentos determinantes da sua decisão, seja ela no sentido de acatar ou afastar os mandamentos do precedente.

Ainda sobre isso, cabe citar o princípio da inércia argumentativa, o qual pretende preservar o *status quo*, a situação jurídica consolidada com a vigência do precedente e a sua alteração pressupõe razões extras até o momento não cogitadas ou enfrentadas (DIDIER J; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 488). Tal princípio não é inovação do CPC/2015, tendo em vista que a necessidade de motivação encontra previsão implícita na CF, nos artigos 5º, *caput* e inciso LV, bem como no artigo 93, inciso IX.

Quando ainda tramitava na Câmara dos Deputados o projeto do novo CPC¹¹ continha 11 parágrafos no artigo 927,¹² os quais dispunham sobre precedentes, buscando formar uma completude na instauração do referido microsistema no Brasil, contudo o texto aprovado pelo Senado Federal reduziu para 5 o número de parágrafos que tratavam do tema.

Fredie Didier Jr., jurista participante da comissão de revisores do texto do referido projeto, afirmou em aula que algumas previsões dispostas no texto aprovado pelo Senado Federal foram simplesmente removidas de forma “acobertada” e sem que houvesse discussão sobre o tema.

Desse modo, o CPC/2015 limitou-se a dispor expressamente, porém de uma forma sucinta, acerca dos aspectos de aplicação dos sistemas de confronto e superação dos precedentes nos §§ 2º, 3º e 4º do artigo 927, tornando-se, portanto, responsabilidade da doutrina e dos tribunais delinear sobre o contexto teórico destas previsões, *in verbis*:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] §2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. §3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. §4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Além destas, o CPC/2015 consignou expressamente no §1º do referido artigo, a necessidade de observância ao contraditório e à devida fundamentação na formação do precedente judicial, o que em conjunto com as demais previsões demonstra os primórdios da criação de um procedimento específico para a construção do precedente.

Tais previsões puseram em discussão a ideia de que é preciso dialogar com o precedente anterior para que se proceda ao *overruling* (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 508), antes implícita no código anterior, tornou-se expressa com a vigência do novo Código, assim como diversas outras regras acerca dos precedentes em uma evidente intenção – a qual ainda não se sabe se será bem-sucedida, conforme será tratado mais à frente – de instaurar efetivamente a doutrina dos precedentes no Brasil.

¹¹Projeto de Lei do Senado Federal nº 166 de 2010. Na Câmara dos Deputados PL 8046/2010.

¹²No projeto artigo 521.

E não se pode esquecer que no ordenamento jurídico brasileiro são comumente conhecidos dois meios para desconstituição da coisa julgada material: a *Querela Nullitatis* e a Ação Rescisória prevista no Capítulo VII do CPC/2015.

No caso da Ação Rescisória, têm-se a hipótese de controle da coisa julgada consistente e uma ação autônoma de impugnação, pois origina um novo processo com a finalidade de promover a desconstituição de decisão transitada em julgado, bem como, se for o caso, suscitar o rejuízo da causa. Não pode ser classificada como recurso, tendo em vista que este impede o trânsito em julgado, enquanto a rescisória o pressupõe (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 421).

A rescisória também está sujeita aos pressupostos processuais de validade (interesse, legitimidade e competência), e além destes, exige-se a presença de decisão judicial que contemple qualquer das hipóteses legais de rescindibilidade dispostas nos artigos 966, 525, §15, 535, §8º e 658, todos do CPC/2015. *In verbis* o referido artigo 966, principal disposição legal sobre a ação rescisória:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I – se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II – for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III – resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV – ofender a coisa julgada; V – violar manifestamente norma jurídica; VI – for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII – obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII – for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Coadunando com o artigo 502 do CPC/2015, “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.” De modo idêntico, porém sucinto, dispõe o §3º do artigo 6º, do Decreto Lei nº 4.657 (LINDB), *in verbis*: “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

Desse modo, em que pese a regra geral de que a coisa julgada não pode ser alterada, existem os chamados instrumentos de controle da coisa julgada, os quais possibilitam sua revisão ou desfazimento.

Há quem afirme que se trata de uma regra de conduta e não um princípio, de forma que não poderia ser usada por qualquer análise de proporcionalidade, mas somente nas hipóteses excepcionais previstas no ordenamento jurídico (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 1.457).

Em comparação ao artigo 467 do CPC/1973,¹³ constata-se que o CPC/2015 no artigo 502 deixou de associar o conceito de coisa julgada material à eficácia que torna imutável a sentença para substituí-la pela expressão autoridade, no sentido ensinado por Fredie Didier Jr.

Além disso, o CPC/2015 inovou ao não associar a coisa julgada à prolação de sentença, observando-se que em substituição introduziu os conceitos de imutabilidade e indiscutibilidade da decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

E ainda, com maestria o novo Código conseguiu expressar literalmente que os efeitos da coisa julgada não se dirigem somente às sentenças, mas sim a todas decisões de mérito não mais sujeitas a recurso.

Ocorre que, como já referido, a coisa julgada não é absoluta, tendo em vista a existência dos chamados instrumentos de controle da coisa julgada previstos no CPC/2015.

José Carlos Barbosa Moreira afirmou que “até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro mostra que nele está longe de ser absoluto o valor da coisa julgada material” (2008, p. 225). A título de exemplo o autor elenca a ação rescisória na esfera cível e a revisão criminal na seara penal, pois ambas objetivam combater a coisa julgada.

Pretendendo demonstrar que a possibilidade de relativização da coisa julgada por motivos atípicos não é algo impensável no ordenamento jurídico brasileiro, a seguir exemplo no qual a tese da relativização atípica da coisa julgada fez as vezes.

¹³Artigo 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Neste, o STF por decisão relatada pelo ministro Dias Toffoli autorizou a repositura de ação de investigação de paternidade com sentença transitada em julgado que reconheceu no mérito e declarou extinta a ação por ausência de provas em razão da impossibilidade material de realização do exame de DNA à época. Exemplo claro de que o contrário seria uma decisão absolutamente injusta.

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. **AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.** 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. **2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.** **3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser,** de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (Recurso Extraordinário nº 363889, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, publicado em 16/12/2011, grifo nosso).

Eis que a relativização atípica da coisa julgada é sim possível quando diante de uma decisão injusta, sobretudo quando for pautada em injustiça decorrente da superação indevida do precedente sem observância às condicionantes de fato para tanto, conforme será estudado a seguir.

A rescisória também está sujeita aos pressupostos processuais de validade (interesse, legitimidade e competência), e além destes, exige-se a presença de decisão judicial que contemple qualquer das hipóteses legais de rescindibilidade dispostas nos artigos 966, 525, §15, 535, §8º e 658, todos do CPC/2015. *In verbis* o referido artigo 966, principal disposição legal sobre a ação rescisória:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I – se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II – for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III – resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV – ofender a coisa julgada; V – violar manifestamente norma jurídica; VI – for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII – obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII – for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Em interessante exposição Donizetti afirmou que o principal requisito para o cabimento da ação rescisória não é a decisão de mérito não mais sujeita a recurso, mas sim qualquer circunstância que impossibilite a renovação da ação ou que restrinja o acesso à tutela jurisdicional, seja no aspecto da coisa julgada material ou formal (2015b, p. 731), hipótese que se adéqua perfeitamente à possibilidade de desconstituição atípica da coisa julgada por meio da ação rescisória.

No tocante ao pedido, o principal será sempre desconstitutivo, podendo cumular em caráter sucessivo, o pedido de rejuízo que consistirá no pedido formulado na causa originária (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 422).

Julgada procedente a rescisória, a sentença transitada em julgado que reconhecer qualquer das hipóteses dos incisos do artigo 966 do CPC/2015 terá eficácia retroativa. Em consonância com isso, o artigo 776 do mesmo diploma impõe ao exequente a obrigação de ressarcir o executado os danos que este sofreu, quando a sentença, transitada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que ensejou a execução. Diante disso, conclui-se que o pedido indenizatório também pode ser objeto da ação rescisória.

Há quem entenda que além de ser possível o manejo da rescisória contra defeitos processuais, também o é nos casos de invalidade (artigo 966, II e IV, do CPC/2015) e injustiça (artigo 966, VI e VIII, do CPC/2015), afetos à decisão rescindenda (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 422), portanto, eis mais uma posição doutrinária favorável à possibilidade de desconstituição da coisa julgada quando pautada em injustiças.

4 SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE:

Produção de “Coisa Julgada Anômala ou Atípica” na Relativização

Inicialmente é importante ressaltar que Ravi Peixoto, a partir dos ensinamentos únicos do jurista americano Melvin Aron Eisenberg, entretanto tecendo conclusões próprias, teorizou com clareza os “requisitos gerais para a superação do precedente”, os quais neste trabalho denomina-se de “condicionantes de fato”, pois são os pressupostos fáticos que devem ser observados para justificar a superação de qualquer precedente.

Vale lembrar que existem técnicas de superação do precedente denominadas de *Overruling*, *overriding* e *signaling*. Neste trabalho será analisada especificamente a técnica *Overruling*, a qual é parte do objeto principal deste artigo e faz referência à superação do precedente propriamente dita.

A superação do precedente, portanto, é típica do sistema de precedentes judiciais, porém desde que acompanhada da fundamentação e de técnicas adequadas. Diante disso, o professor americano Melvin Aron Eisenberg elenca situações nas quais legitimaria a superação do precedente, a seguir:

[...] I – o precedente não mais correspondente aos padrões de congruência social e consistência sistêmica; e II – as normas jurídicas que sustentam a estabilidade, tais como a isonomia e a segurança jurídica mais fundamentam a sua superação do que a sua preservação (p. 104-105 *apud* RAVI, 2016, p. 177).

O autor prossegue afirmando que tais exigências para superação do precedente, conforme já dito, são próprias do *stare decisis*, o qual garante a estabilidade do sistema a partir da observância a dois postulados: segurança jurídica e isonomia, aquela garantidora da previsibilidade nas decisões e está da igualdade material (2016, p. 178). Ocorre que a superação do precedente também visa a garantir a segurança jurídica e a isonomia, em razão de que Frederic Schauer formulou a seguintes questão:

O desafio em relação à segurança jurídica é o de ponderar até que momento é mais adequado ao ordenamento jurídico manter um entendimento inadequado ou desatualizado de forma a permitir que os jurisdicionados possam prever as consequências de suas ações ou omissões (2015, p. 84-86).

A resposta é dada por Ravi ao consignar que “cabará ao julgador demonstrar que a necessidade de mudança supera a necessidade de estabilidade do ordenamento jurídico e a imposição de igualdade de tratamento para casos semelhantes” (2016, p. 179), tendo o julgador, se presentes as razões, a possibilidade de modular os efeitos da decisão superadora, aplicando efeitos prospectivos à referida decisão.

Sobre isso, ressalte-se o que foi exposto sobre a eficácia prospectiva do precedente e a sua propensão a garantir a segurança jurídica em detrimento as mudanças sociais.

O precedente será incongruente a partir do momento em que houver uma mudança fática na sociedade tão relevante a ponto de o entendimento consolidado mostrar-se incompatível com os anseios sociais, ensejando assim a superação do precedente por ser a solução justa (RAVI, 2016, p. 177-178).

De fato, o Direito deve garantir a segurança jurídica, sem afastar a finalidade de pacificação e de aplicação em conformidade com a realidade social.

A compatibilidade entre a norma geral do precedente e o ordenamento jurídico considerado no todo também é elemento que deve ser verificado para superação do precedente.

Considerando que o ordenamento jurídico deve ser compreendido como um todo unitário e que nele se inclui o precedente, quando houver inconsistência sistêmica entre a *ratio decidendi* do precedente e ordenamento jurídico, o julgador deverá demonstrar com o objetivo de evitar contradições entre os mandamentos jurídicos que a concepção atual do Direito, a norma positivada, não é mais capaz de sustentar o precedente antes consolidado (RAVI, 2016, p. 178).

Ressalte-se que a respectiva fundamentação deve ser pautada em uma forte argumentação traçada pela devida correlação dos elementos do precedente que apresentam a inconsistência e os elementos legais, não bastando apenas a exposição de argumentos opinativos sem qualquer viés de técnica jurídica apropriada.

A questão é que, não raro, o precedente é superado sem que esteja em desconformidade com a realidade social. Em outras palavras, há uma quebra repentina do entendimento e o precedente, ainda apto a reger as relações sociais é revogado, e o novo entendimento posto não condiz com os anseios sociais imediatos.

A superação indevida pode ocorrer em razão de o julgador proferir uma decisão de natureza política e não técnico-jurídica, como deveria ser. Nesse sentido Geraldo Miniuci, em excelente exposição, diferencia razão política e jurídica.

[...] razão política pauta-se por noções de interesse, conveniência e oportunidade: faço isso, porque é interessante, conveniente e oportuno que eu o faça; ou, ao contrário, não faço isso porque, embora de meu interesse, não é conveniente, nem oportuno, nesse momento, assim proceder. Já a razão jurídica orienta-se por noções de legalidade e de justiça e justifica-se não mediante argumentos de interesse, conveniência e oportunidade, mas invocando a lei, a jurisprudência e os princípios gerais de Direito. Faço isso, não porque é de meu interesse, mas porque a lei me faculta ou me obriga a fazê-lo. Condeno o réu, não porque é interessante, conveniente e oportuno, mas por isto, o que ele fez está tipificado no Código Penal como crime (MINIUCI, 2014).

O risco da decisão política recai sobre o receio de que a superação do precedente seja pautada em interesses, muitas vezes, escusos.

A superação indevida apta a criar a “coisa julgada viciada” ocorre quando não há uma forte tese argumentativa por parte dos ministros vencedores, no sentido de demonstrar a existência de mudanças sociais que justifiquem a necessidade de superação do entendimento, e ainda, que a *ratio decidendi* do precedente superado é incompatível com o ordenamento jurídico ou que viola um direito ou garantia fundamental.

Embora a superação do precedente seja meio necessário para que se garanta a estabilidade do sistema judicial, a renovação do entendimento sem observância às condicionantes de fato não alcança sua finalidade, pois além de gerar instabilidade, também viola a segurança jurídica e frustra a expectativa do particular que pautou suas ações – quando justas – nos mandamentos do precedente consolidado. Ressalta-se o “quando justas”, pois conforme já afirmado, não há óbice na frustração de expectativa torpe.

Não se pode negar, portanto, que a ação rescisória pode ser um instrumento de controle hábil para desconstituir a coisa julgada fundada em precedente superado sem observância das condicionantes de fato.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a vigência do CPC/2015 houve no sistema judicial brasileiro a instauração de um microsistema de precedentes, o qual incorporou características marcantes dos sistemas *Common Law* e *Civil Law*, criando um sistema judicial próprio e peculiar a ponto de ser denominado de *Brazilian Law*.

Utilizando-se da metodologia dedutiva e bibliográfica de que tais mudanças são meios para efetivação da democracia e de uma sociedade mais justa, entretanto, conforme visto, embora o CPC/2015 tenha renovado e inovado em diversos institutos jurídicos, entre eles o instituto do precedente judicial, no Brasil a utilização adequada do precedente ainda carece de um processo de adaptação dos operadores do Direito.

Vale lembrar que a jurisprudência utilizada foi mera utilização confirmatória que declinou pela possibilidade a que se chegou no presente trabalho, constatando, também, que no sistema jurídico brasileiro não há uma preocupação desses profissionais com a utilização adequada das técnicas próprias do sistema de precedentes, as quais a ele são imprescindíveis para a consecução dos seus objetivos, consistentes em não só preservar a expectativa do particular, mas também garantir a decisão justa.

Quando os operadores do Direito não observam as regras imprescindíveis ao bom funcionamento de um sistema judicial pautado na teoria do precedente, o maior prejudicado é o jurisdicionado.

Entre as regras e preceitos para o bom trato do precedente, as condicionantes de fato surgem como legitimadoras da renovação do entendimento judicial consolidado. Ao deixar de observá-las, seja por qualquer motivo, o novo entendimento imposto pelo tribunal não representará os anseios sociais imediatos, tratando-se, em verdade, muitas vezes, de uma imposição de caráter político e não jurídico, ou mesmo mero erro no proceder.

O cerne da questão reside na hipótese deste novo entendimento afrontar princípios e garantias fundamentais e, ao mesmo tempo, consubstanciar um precedente que sirva de parâmetro de solução de conflitos, ou seja, um precedente viciado que originará uma decisão apta a se tornar imutável, porém injusta por afronta aos princípios e garantias fundamentais. E, ainda mais grave, quando a superação do entendimento consolidado ocorrer abruptamente no mesmo caso concreto ao qual será aplicado. Assim, percebe-se que um precedente ilegítimo – tendo em vista que não condiz com a realidade fática social presente – serviu como paradigma para outra solução jurídica. Parece justo?

Alguns argumentam que é inconcebível a relativização da coisa julgada, sob pena de violação à expectativa do jurisdicionado, inclusive quando alterado o posicionamento judicial predominante. Ocorre que os adeptos a este raciocínio não visualizam a hipótese de relativização da coisa julgada quando a superação do precedente ocorrer de forma ilegítima, ou seja, sem que a sociedade assim o deseje, sem a necessidade real. Essa, sim, caracteriza-se como uma verdadeira afronta à expectativa do particular que pauta suas ações no entendimento judicial consolidado e criado sob o crivo dos anseios reais da sociedade.

As hipóteses atuais de revisão ou rescisão de uma sentença ou acórdão são possíveis por meio da ação rescisória e são taxativas e não englobam o caso ora em comento, entretanto a referida ação é por excelência um instrumento de controle da coisa julgada, possuindo, portanto, todo o trato processual necessário para viabilizar a desconstituição da coisa julgada inerente a um caso concreto decidido com base em um precedente paradigmático ilegítimo.

A ação rescisória, conforme estudado, trata-se de instrumento de controle da coisa julgada para combater defeitos processuais, invalidades e até mesmo injustiças, o que seria o caso de eventual precedente superado sem observância às condicionantes de fato. As consequências advindas desta superação indevida influem diretamente na esfera jurídica do particular, de outro modo, afrontando os seus direitos fundamentais.

Há de se considerar que as hipóteses típicas de revisão da coisa julgada são insuficientes para resguardar a segurança jurídica e a isonomia, nos moldes que aqui foram propostas, tendo em vista que não contemplam a hipótese de rescisão objeto deste estudo, sendo, portanto, necessária a utilização atípica da ação rescisória quando diante de um acórdão que supera o precedente sem observância às condicionantes de fato.

Quanto à ausência de previsão legal, registre-se que além dos diversos argumentos doutrinários expostos neste trabalho, os tribunais superiores, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça, reconhecem a prevalência das diretrizes maiores dispostas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e nos demais ordenamentos conexos.

Constatada a superação indevida do precedente, a ação rescisória mostra-se o instrumento apto a viabilizar a rescisão atípica da coisa julgada, sobretudo considerando os seus efeitos retroativos e a possibilidade de retorno ao *status quo ante*.

Importante deixar claro que a superação do entendimento, a sua renovação, é essencial para o bom funcionamento de um sistema judicial pautado no *stare decisis*, entretanto tal prática deve ser guiada por técnicas próprias do sistema de precedente, e o mais importante, contar com o compromisso do operador do Direito para com sua utilização. E em razão disso que é preciso a observância aos deveres expressos nos artigos 926 e 927, ambos do CPC/2015, e inclusive, ao dever de fundamentação previsto no §1º do artigo 489 do mesmo Código.

Resta lembrar, ainda, que é inadmissível a desconstituição da “coisa julgada perfeita” em razão da necessidade de se garantir o respeito à segurança jurídica, sendo a proposta ora estudada direcionada tão somente para a coisa julgada fundamentada em precedente superado sem observância às condicionantes de fato, pois maculado pela incapacidade de originar expectativa a ser protegida pelo princípio da estabilidade das decisões judiciais.

Por todo o exposto, considerando a existência de amparo legal, doutrinário e jurisprudência, conclui-se que é possível revisar ou desconstituir a coisa julgada por meio da ação rescisória quando a decisão, em sentido amplo, compreendendo decisão interlocutória, sentença e acórdão, pautar-se exclusivamente em um precedente judicial superado, sem observância às condicionantes de fato.

Partindo do que foi estudado, surgem novas possibilidades relacionadas à análise da coisa julgada sob a perspectiva da decisão justa. E ainda, como cerne do presente trabalho, levanta-se a questão sobre a existência de condicionantes para a superação do precedente, as quais devem ser vistas como legitimadoras para sua superação, bem como o fato de que atualmente os tribunais pátrios têm ignorado tais premissas básicas.

Quanto às limitações do resultado da pesquisa, embora demonstrada a possibilidade de relativização atípica da coisa julgada pautada no precedente injusto, é importante ressaltar que o Direito faz parte do ramo das Ciências Humanas, e sendo assim, inexistem respostas prontas para os fatos sociais, portanto a presente relativização poderá encontrar óbice no caso concreto ou mesmo no entendimento consolidado do juiz ou tribunal.

Desse modo, não se pode afastar a possibilidade aberta para a ação rescisória ser um meio de controle hábil para desconstituir a coisa julgada fundada em precedente superado sem observância das condicionantes de fato.

6 REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 544 p.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001. 355 p.
- ALMALEH, Carolina Hess. *O desenvolvimento histórico do common law e o papel dos juízes na Inglaterra*. Direito Fapergs. Rio Grande do Sul-RS, 2015. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_1/carolina_almaleh.pdf. Acesso em: 26 out. 2016.
- ARRUDA, Fabiana dos S. *A dimensão pastoral do IV Concílio de Latrão*. Disponível em: www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/158.pdf. Acesso em: 6 jul. 2016.
- ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos Tribunais Superiores e sua eficácia temporal*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012. 310 p.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre a permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros Editores. 1. ed. 2011. 728 p.
- BRASIL. *Constituição Federal de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 21 set. 2016.
- BRASIL. Decreto Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 21 set. 2016.
- BRASIL. *Lei Federal nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006*. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm. Acesso em: 21 set. 2016.
- BRASIL. *Lei Federal nº 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 set. 2016.
- BRASIL. *Lei Federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 21 set. 2016.
- BRASIL. *Lei Federal nº 8.038 de 28 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm. Acesso em: 21 set. 2016.
- BRASIL. *Regimento interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF)*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacao-RegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 21 set. 2016a.

- BRASIL. Senado Federal. *Atividade Legislativa*: Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>. Acesso em: 14 ago. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 622.405/SP*. Recorrente: Sociedade Agroindustrial Vale do Rio Manso Ltda. e outros. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Relatora: ministra Denise Arruda. Brasília, 14 de agosto de 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2495306&num_registro=200400112359&data=20070920&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 21 set. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário (RE) n. 590.809*. Recorrente: Metabel Indústria Metalúrgica Ltda. Recorrido: União. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, 22 de outubro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7303880>. Acesso em: 21 set. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 363.889/DF*. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Diego Goiá Schmaltz. Recorrido: Goiá Fonseca Rates. Relator: ministro Dias Toffoli. Brasília, 2 de junho de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>. Acesso em: 21 set. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 126.292/SP*. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Coator: relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 24 set. 2016b.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2012. 610 p.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de et al. *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015a. 180 p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/881d8582d1e-287566dd9f0d00ef8b218.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2016.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JR. Fredie et al. (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015b. 780 p. V. 3.
- CAMBRIDGE, University of. *Arthur Lehman Goodhart 1891-1978*. Reino Unido. Disponível em: <http://www.squire.law.cam.ac.uk/eminent-scholars-archivarthur-goodhart-visiting-professor-legal-science/arthur-lehman-goodhart-1891>. Acesso em: 7 de ago. 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 633 p.
- CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: NERY JR., Nelson; CARRAZZA, Roque Antônio; FERRAZ JR., Tércio Sampaio (org.). *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009. 110 p.
- COSTA, Victor Ferreira Dias Duarte; MARQUES, Allan Carlos da Silva. Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da common law. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (org.). *Teoria constitucional*. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 502-526.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 492 p.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fonte, 2002. 687 p.
- DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 103, p. 9-36, jul./set. 2001. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dSPACE/handle/2011/17110>. Acesso em: 11 set. 2016.
- DEPUTADOS, Câmara dos. *Projetos de Lei e Outras Proposições*: PL 8046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em: 14 ago. 2016.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 799 p. Vol. 1.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 686 p. Vol. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, SP, n. 55/56, p. 25-70, jan./dez. 2001.
- DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. *Direito Unifacs – Debate Virtual*, Salvador, BA, n. 175, jan. 2015a. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>. Acesso em: 20 set. 2016.
- DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Análise comparativa entre o Novo CPC e o CPC/73. 1. ed. E-Book. São Paulo: Atlas, 2015b. 888 p.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: NERY JR., Nelson; CARRAZZA, Roque Antônio; FERRAZ JR., Tércio Sampaio (org.). *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009. 110 p.

- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Novo CPC provoca mudanças estruturais na Repercussão Geral*. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-13/observatorio-constitucional-cpc-provoca-mudancas-estruturais-repercussao-geral>. Acesso em: 23 ago. 2016.
- FLORÊNCIO, Renata Cordeiro Uchoa. Breves apontamentos sobre common law a aplicação do sistema de precedentes no Brasil. Publicações da escola da AGU: 1º curso de introdução ao direito americano: Fundamentals of US law course. Brasília, DF, v. 1, n. 12, p. 337-349, set./out. 2011.
- FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Carta de Vitória*. ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 5., 2015, Vitória, ES, 2015. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2016.
- FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. *Carta de São Paulo*. ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 7., São Paulo, SP, 2016. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2016.
- GALIO, Morgana Henicka. História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas. In: ALMEIDA, Eneá de Stutz e; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *História do Direito II*. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 233-255.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. 813 p.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727 p.
- LFG. Rede de ensino. *Novo CPC*. Professor Fredie Didier Jr. Vídeo Aula. 60h. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/concursos/juridicos/o-novo-cpc-online>. Acesso em: 14 ago. 2016.
- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 676 p.
- LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito – algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380. Acesso em: 6 jul. 2016.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (coord.). *Fundamentos de história do direito*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 512 p.
- MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015a. 584 p.
- MACÊDO, Lucas Buriel. Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015b. 780 p. V. 3.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito brasileiro segue filiado (estritamente) à família civil law? In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *O novo código de processo civil – questões controvertidas*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 456 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 542 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil*. 2. ed. E-Book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1.797 p. Vol. 1.
- MINIUCI, Geraldo. O STF e a diferença entre decisão política e decisão técnica. *Estadão*, São Paulo, 28 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/blogs/direito-e-sociedade/o-stf-e-a-diferenca-entre-decisao-politica-e-decisao-tecnica/>. Acesso em: 24 set. 2016.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. 408 p.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 1.760 p.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e privado – incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. 1.060 p.
- PRIBERAM, Dicionário. *Dicionário*. Disponível em: <http://www.priberam.pt/>. Acesso em: 14 ago. 2016.
- RAVI, Peixoto. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 352 p.
- ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. *História do direito: uma breve viagem do direito na história*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 2003. 216 p.
- SCHAUER, Frederic. Precedente. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coord.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015. 780 p. V. 3.
- SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. 319 p.
- SILVA, Eddie Parish. Os efeitos da superação do precedente. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, BA, v. 24, n. 26, p. 90-140, jan./dez. 2014.
- SOUZA, Léa Émile M. Jorge de. *Noções gerais sobre o funcionamento do sistema de precedentes vinculantes no common law*. Publicações da escola da AGU: 1º curso de introdução ao direito americano: Fundamentals of US law course. Brasília, DF, v. 1, n. 12, p. 213-240, set./out. 2011.

TUCCI, Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 350 p.

ZANDER, Michael. *The law-making process*. 6. ed. Cambridge: Cambridge, 2004. 517 p.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 432 p.

ZANETI JR., Hermes. Capítulo III – Do incidente de assunção de competência (art. 947). *In: CABRAL, Antônio do Passo (coord.);*

CRAMER, Ronaldo (coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 1.696 p.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 208 p.

ENSINO JURÍDICO NA BAHIA: A (Des)Valorização da Docência como Carreira Profissional¹

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.210-223>

Recebido em: 2/8/2019

Modificações requeridas em: 25/10/2019

Aceito em: 4/11/2019

Quéren Samai Moraes Santana

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pesquisadora em iniciação científica na área de Ensino Jurídico e Direito do Trabalho. <http://lattes.cnpq.br/0690926465587061>. queren_samai@hotmail.com

Jose Garcez Ghirardi

Professor associado e tempo integral da FGV Direito SP (Graduação e Mestrado). Pós-Doutorado no Collège de France (2017), Chaire État Social et mondialisation, com bolsa Fapesp, e na Unicamp (2004). Mestrado e Doutorado em Estudos Linguísticos e Literários em Inglês pela Universidade de São Paulo (1995 e 1998). Advogado formado pela Universidade de São Paulo (1985). Coordenador do Observatório do Ensino do Direito da FGV Direito SP e membro do Conselho Acadêmico do Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da FGV Direito SP. Adjunct Faculty da Gonzaga Law School (WA/EUA). É autor, entre outras obras, de *O Mundo fora de Prumo: transformação social e teoria política em Shakespeare* (Almedina, 2011); *O Instante do Encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico* (FGV, 2012) e *Narciso em sala de aula: novas formas de subjetividade e seus desafios para o ensino* (FGV, 2016). <http://lattes.cnpq.br/2258433269720331>. jose.ghirardi@fgv.br

RESUMO

Os cursos de Direito no Brasil são organizados pelo Ministério da Educação que autorizam sua criação. Na Bahia, 14 Instituições de Ensino Superior são autorizadas a ofertar vagas semestrais ou anuais em cursos jurídicos. As Diretrizes Curriculares Nacionais (DCNs) os regulamentam, os definem como Bacharelados, apresentam as diretrizes basilares e permitem a presença de aspectos que flexibilizam o currículo do curso. As DCNs apresentam a prática jurídica como elemento de formação obrigatório, porém a definem de modo restrito, pois consideram como prática apenas atividades relacionadas às profissões jurídicas técnicas, não apresentando a docência como carreira que pode ser eleita pelo egresso do curso e que, portanto, pode ter suas atividades apresentadas no âmbito da prática jurídica. A inexistência de cursos de Licenciatura em Direito no país reforça ainda mais a necessidade de criação e introdução de instrumentos de formação didático-pedagógicos nos cursos de Graduação em Direito. O presente trabalho objetivou investigar a existência de estímulo no âmbito destes cursos em relação à carreira docente como carreira profissional. Para tanto, com base no método indutivo, foi realizada uma revisão bibliográfica sobre o tema, tendo sido analisados os Projetos Pedagógicos destes cursos e, ainda, os editais de concursos para ingresso no magistério superior em seu corpo docente. Por fim, sustenta-se que, em razão da flexibilidade curricular, o estabelecimento de componentes obrigatórios de preparação didático-pedagógica pelos cursos é vital para incrementar a qualidade do ensino jurídico de modo a permitir uma adequada formação às futuras gerações dos bacharéis em Direito.

Palavras-chave: Ensino jurídico. Direito. Docência. Desvalorização docente. Formação docente. Profissionalização da docência.

LEGAL EDUCATION AT BAHIA: THE (DIS)VALUATION OF TEACHING AS A PROFESSIONAL CAREER

ABSTRACT

Law Courses in Brazil are organized by the Ministry of Education that authorize their implementation. In Bahia, fourteen higher education institutions are authorized to offer semiannual or annual vacancies in legal courses. The National Curriculum Guidelines (NCG) regulate them, define them as bachelor degree courses, present the basic guidelines and allow the presence of aspects that make curricula more flexible. The NCG presents legal practice as an element of compulsory education, but defines it in a restricted way, as it considers *practice* only activities related to the technical legal professions, without presenting teaching as a career that can be chosen by students, nor does it allow teaching activities presented within the scope of legal practice. The lack of bachelor degree courses in Law in the country further stresses the need to create and implement didactic-pedagogical training tools in law degree courses. The present work aimed to investigate the existence of stimuli within these courses in relation to teaching as a professional career. To this end, based on inductive methodology, a literature review was conducted on the subject, and the Pedagogical Projects of these courses were analyzed, as well as the public tender notices for admission to higher teaching in these institutions. The paper argues that, due to the curricular flexibility, the implementation of compulsory components of didactic-pedagogical preparation by the courses is vital to increase the quality of legal education in order to allow an adequate formation for future generations of law students.

Keywords: Legal education. Law. Teaching. Devaluation teaching. Teacher training. Teaching professionalization.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Os Cursos de Bacharelado em Direito no Brasil. 3 Os Cursos Públicos Jurídicos da Bahia. 3.1 Aspectos Gerais dos Cursos. 3.2 A Formação Docente nos Projetos Pedagógicos dos Cursos de Graduação. 3.3 Ingresso no Magistério Superior. 4 Os Mecanismos de Fomento à Profissão Docente. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

¹Este artigo foi financiado pelo CNPq e por recursos próprios da FGV Direito SP.

1 INTRODUÇÃO

Os cursos de Direito no Brasil são regulados pelo Ministério da Educação, por meio das Diretrizes Curriculares Nacionais (DCNs), que preveem que as Instituições de Ensino Superior (IES) deverão ser organizadas por intermédio dos Projetos Pedagógicos dos Cursos (PPCs).² As DCNs, atualizadas em 2018, preveem que os PPCs devem ser estruturados em três eixos de formação obrigatórios, quais sejam: formação geral, formação técnico-jurídica e formação prático-profissional, este último composto por atividades de prática nas diversas ou principais profissões jurídicas passíveis de eleição pelo egresso do curso.

Tradicionalmente, a formação dos currículos dos cursos sempre considerou, de modo prioritário, disciplinas de caráter técnico, voltado ao estudo da letra da lei, em defesa da tese positivista (FARIA, 1987). Além disso, os alunos eram direcionados à prática de profissões tradicionais ao exercício do Direito, tais como a advocacia, a magistratura e a promotoria, razão pela qual o estágio curricular era chamado de “estágio forense”, por serem realizados em Fóruns (FARIA, 1987)

A metodologia utilizada nestes cursos é calcada, de forma majoritária, em aulas expositivas, com casos raros de participação dos alunos no momento de aprendizagem em sala de aula, fato que hoje deve ser repensado, visto que os alunos devem ser considerados os protagonistas do processo de aprendizagem (GHIRARDI, 2015).

Em razão desse histórico, em meados da década de 70 do século 20, foi diagnosticada uma “crise no ensino jurídico”, a qual reclamou a necessária reestruturação dos cursos, com uma reformulação dos currículos, bem como mudanças na metodologia de ensino, visando à formação adequada de profissionais aptos a atuarem em todas as áreas jurídicas, de forma ética (FARIA, 1987).

Os anos iniciais do século 21 foram marcados por uma grande expansão da quantidade de cursos de ensino superior no Brasil, devido à criação do Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (Reuni), que ocasionou uma grande ampliação de vagas para ingresso nos cursos públicos, além da adoção de um sistema de democratização deste ingresso: as cotas raciais e sociais (BRASIL, 2012). Além disso, as vagas em Instituições de Ensino particulares também foram ampliadas, por conta da criação do Programa Universidade Para Todos (Prouni), que fornece bolsas de estudo para egressos do Ensino Médio da rede pública de ensino ou da rede particular, na condição de bolsistas integrais (BRASIL, 2012).

O ensino jurídico na Bahia também recebeu essa expansão, com a criação de três cursos no ensino público, totalizando 14 cursos de Direito no Estado (Ufba, 2008; Ufob, 2018; Uneb, 2013b). Fato relevante é a nomenclatura atribuída a todos estes cursos, os quais são nomeados como “Bacharelado em Direito” que, em regra, não possuem mecanismos de formação para a docência dos estudantes de Direito. Isto não seria um problema caso esses estudantes não fossem formados por professores que, em sua maioria, não cursaram, sequer, uma disciplina de Didática ao longo de seu processo de formação e que, muitas vezes, não possuem nenhum treinamento didático-pedagógico, fato este primordial para um adequado processo de aprendizagem destes profissionais que possuem uma alta relevância social.

Em razão de não existirem cursos de Licenciatura em Direito, é necessária a criação e efetivação de mecanismos que estimulem e formem os estudantes de Direito para a docência, a fim de garantir a formação adequada destes profissionais e de sua geração futura.

Este artigo visa a analisar a existência de estímulo para a formação docente no âmbito dos 14 cursos de Graduação em Direito existentes nas universidades públicas do Estado da Bahia e sua postura formativa em relação à carreira docente como uma possibilidade efetiva de carreira profissional para seus egressos. O percurso metodológico utilizado para desenvolver essa análise inicia-se por um levantamento bibliográfico referente ao histórico do currículo e metodologia de ensino utilizados no país. Em seguida, é apresentada uma análise dos Projetos Pedagógicos destes cursos, bem como dos editais de concursos para ingresso no magis-

²A Lei nº 9.394/1996, que institui as diretrizes e bases da educação no país, aponta em seu artigo 9º as competências da União na área da educação, entre as quais se encontra a criação de normas gerais para os cursos de ensino superior (inciso VII). Esta competência foi delegada administrativamente para o Ministério da Educação, o qual institui as Diretrizes Curriculares para os Cursos de Graduação e, no âmbito jurídico, para os cursos de Graduação em Direito (BRASIL, 2018). As normas estabelecidas por essas diretrizes devem ser observadas por todas as Instituições de Ensino Superior que possuem autorização para criar cursos de Graduação em Direito.

tério superior nos cursos jurídicos do Estado da Bahia. Ao final, é realizada uma discussão sobre os aspectos encontrados nos documentos que dizem respeito ao fomento da profissão docente nestes cursos e, por fim, destaca-se quais elementos podem ser expandidos e quais podem ser revistos pelas suas respectivas coordenações.

2 OS CURSOS DE BACHARELADO EM DIREITO NO BRASIL

Com a independência política do Brasil houve a necessidade de um grande contingente de profissionais com vasto conhecimento jurídico, a fim de formar a base dos poderes políticos do país recém-criado. Para tanto, era necessária a criação de um curso de Direito no país, visto que o acesso a estes cursos era restrito às famílias de alto poder aquisitivo, que podiam enviar os seus filhos para estudar em Coimbra, destino mais procurado para este fim (SILVA, 2019).

Após diversas tentativas frustradas da elite brasileira, os primeiros cursos jurídicos no país foram criados em 1827, nas cidades de São Paulo e de Olinda. Nessa época,

os cursos jurídicos brasileiros (...) tiveram como objetivos a formação de quadros para a administração pública e para a atividade política do Império. (...) Os cursos tinham duração de cinco anos, tendo no último período a cadeira “Teoria e prática do processo adotado pelas leis do Império” (OLIVEIRA, 2004, p. 38).

A organização curricular dos cursos de Direito no Brasil calçou-se, num primeiro momento, em disciplinas de caráter geral, agrupadas nas chamadas “cadeiras”. Os conteúdos relacionavam-se com o contexto da época, logo priorizava-se o estudo do Direito Público, tendo como base o Direito Imperial, forma de governo à época, do Direito Mercantil e Marítimo, relacionado ao tipo de comércio, além do Direito Criminal e do Direito Civil. Ademais, em razão do poder ideológico que a Igreja Católica exercia durante o Império, as primeiras faculdades de Direito, tinham em seu currículo disciplinas voltadas ao estudo do Direito Eclesiástico (KRÜGER, 2019).

Com a Proclamação da República, o currículo foi revisado, de modo que diversas disciplinas foram introduzidas, tais como Direito Romano e Filosofia do Direito. Desse modo, a organização curricular que, anteriormente, possuía caráter extremamente técnico, passa a admitir algum conteúdo humanístico.

Até aqui, o currículo não admitia nenhuma flexibilidade, isto é, o aluno apenas poderia estudar as disciplinas determinadas para as cadeiras do ano em que se encontrava. A começar da Resolução nº 3 redigida em 1972 pelo Conselho Federal de Educação, o currículo dos cursos de Direito passou a ter regras diferentes no tocante à carga horária mínima, com a definição de componentes curriculares obrigatórios que foram mais bem demarcados, deixando de ser referidos como “cadeiras” e passando a ser organizados em disciplinas básicas e profissionais (KRÜGER, 2019).

A partir da referida Resolução, o currículo teve, pela primeira vez, flexibilidade, o que possibilitou que as Instituições de Ensino criassem e disponibilizassem outros componentes curriculares que não constavam na grade curricular obrigatória. Desse modo, possibilitava-se que as Instituições de Ensino criassem habilitações diferentes em um mesmo curso, com a oferta, por exemplo, de disciplinas de caráter didático-pedagógico a fim de habilitar profissionais jurídicos para a docência. Isto, entretanto, não ocorreu no país.

Em meados da década de 80, Eduardo Faria denuncia uma crise no ensino jurídico. O tradicional enfoque em disciplinas de caráter técnico durante a história do ensino jurídico no Brasil resultou em

um ensino unidisciplinar, meramente informativo, despolitizado, massificador, adestrador e dogmático, estruturado em torno de um sistema jurídico tido como autárquico, auto-suficiente, completo, lógico e formalmente coerente ou ser uma “atividade verdadeiramente científica” eminentemente crítica e especulativa (FARIA, 1987, p. 27).

Nesse sentido, o autor demonstra a importância da expansão de disciplinas de caráter humanístico, que induzam o aluno a refletir sobre a realidade e o importante papel do operador jurídico na sociedade, visto que este atua diretamente com os conflitos sociais e, para solucioná-los efetivamente, necessita de um aprendizado que priorize o contexto social em suas análises.

O ensino adequado destas disciplinas é essencial para discussões produtivas e assimilação correta do conteúdo, visto que “ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua produção ou a sua construção” (FREIRE, 1996, p. 13) e o professor, mediante uma formação adequada, é o responsável por essa mediação entre conhecimento e aluno.

Nos cursos de Graduação em Direito, porém, o processo de construção de saberes é preocupante, pois “os atuais métodos de ensino (...) caracterizam-se pelo predomínio de técnicas que impedem o desenvolvimento de um espírito crítico por parte do aluno, procurando torná-lo objeto de uma educação ‘domesticadora’ e ‘bancária’” (FARIA, 1987, p. 66). Entre estas técnicas, é possível citar a repetição de teorias sem articulação com o contexto social.

Além disso, observa-se que muitos professores ditam ou escrevem na lousa os assuntos a serem expostos, os quais constam, de forma similar, em livros da doutrina que, por muitas vezes, são escritos por esses mesmos professores. Também pode-se perceber a falta de interação entre professor e aluno na sala de aula, o que induz este último a apenas memorizar o que foi dito em aula, não realizando uma reflexão crítica e contextualizada sobre o assunto (GHIRARDI, 2015).

O problema da metodologia de ensino nos cursos jurídicos pode ser justificado pelo fato de não existirem, no país, cursos de Licenciatura em Direito. Desse modo, todos os professores são formados bacharéis que, na maioria das vezes, não possuem nenhuma formação didático-pedagógica, indispensável para desempenhar a docência como prática de construção do conhecimento.

Apesar disso, não é impossível que uma Instituição de Ensino Superior disponibilize, aos seus alunos, conteúdos relacionados à prática docente, visto que o próprio Ministério da Educação permite que as Instituições criem e disponibilizem componentes curriculares livres que se adéquem ao perfil dos seus alunos, com a finalidade de estarem mais aptos ao mercado de trabalho na área em que possuem maior afinidade.

Sobre este problema, Musse e Freitas Filho (2015, p. 177) versam que “a profissão de docente em curso jurídico requer o domínio de conhecimentos didático-pedagógicos e técnicos-científicos que, articulados à ética, promoverão um processo de ensino-aprendizagem de qualidade” e, apesar disso, atestam que “a prática desses professores é eminentemente intuitiva e predominantemente solitária, baseada em suas reflexões sobre seus erros e acertos, não tem técnica” (GUIMARÃES, 2010, p. 133 *apud* MUSSE; FREITAS FILHO SILVA, 2015).

Os defensores da continuação da perspectiva restrita de formação docente em Direito indicam como justificativa o artigo 66 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o qual informa que “a preparação para o exercício do magistério superior far-se-á em nível de pós-graduação, prioritariamente em programas de mestrado e doutorado” (BRASIL, 1996). É importante ressaltar, porém, que a escolha da Pós-Graduação a ser realizada após a conclusão do curso é baseada, de forma prioritária, nas afinidades do aluno com as áreas estudadas e vividas durante sua Graduação. Deste modo, não há como os alunos se interessarem pela carreira docente, sem a vivência ou o conhecimento sobre essa atividade profissional.

Em razão da importância da docência, torna-se indispensável estímulo ao magistério superior ainda durante a Graduação, a fim de que, no futuro, este profissional não considere a docência uma atividade profissional menor, uma segunda ocupação com a finalidade de obter maior reconhecimento social ou, ainda, maior poder aquisitivo, preterindo a preocupação com a formação da futura geração de docentes em Direito.

A importância desse tema torna relevante, assim, que haja dados empíricos sobre as práticas de formação docente nos cursos de Direito no Brasil. O presente estudo busca analisar, nos cursos públicos de Graduação em Direito do Estado da Bahia, a existência e características das metodologias utilizadas que objetivam o fomento e a vivência da carreira docente para seus graduandos e graduandas.

3 OS CURSOS PÚBLICOS JURÍDICOS DA BAHIA

Na Bahia, o primeiro curso jurídico foi instalado em 1891, com a criação da Faculdade Livre de Direito da Bahia. Localizada na capital do Estado, foi federalizada no ano de 1956 e hoje é denominada Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (Ufba), que conta com dois cursos distintos, quais sejam, o curso de Graduação em Direito e o curso noturno de Bacharelado Profissionalizante em Direito (UFBA, 2019).

A capital conta, ainda, com um terceiro curso de Direito, o qual foi criado em 2004 e é administrado pela Universidade Estadual da Bahia (Uneb). Preocupada com a democratização do acesso ao Ensino Superior, esta Universidade oferece, além deste, outros sete cursos em cidades diferentes, em todas as regiões do Estado (UNEB, 2019).

Outras quatro Universidades também oferecem cursos de Direito na Bahia em cidades localizadas no interior do Estado. São elas: Universidade Estadual de Feira de Santana (Uefs), Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (Uesb), Universidade Estadual de Santa Cruz (Uesc) e a recém-criada Universidade Federal do Oeste da Bahia (Ufob), totalizando 14 cursos jurídicos públicos no Estado (BRASIL, 2019).

Conforme indicado nas Diretrizes Curriculares Nacionais, todos estes cursos organizam-se por meio de Projetos Pedagógicos que apresentam os componentes curriculares e atividades acadêmicas disponíveis para os alunos das respectivas Instituições de Ensino. Para analisar o perfil geral dos cursos jurídicos baianos de ensino público em relação ao fomento à carreira docente, é necessário, preliminarmente, entender o contexto de cada um deles.

3.1 Aspectos Gerais dos Cursos

O primeiro curso criado no Estado realizou uma reestruturação curricular no ano de 2007, a qual abrangeu também propostas de docentes e discentes da Faculdade. O Projeto de Reestruturação do Curso que deu origem ao novo Projeto Pedagógico apresenta os principais aspectos do curso, bem como as melhorias que foram instauradas no período. A proposta afirma a necessidade de reinventar os principais objetivos dos cursos universitários tradicionais, tais como a ideia de que “o professor comandava, assim, todas as ações da sala de aula” (UFBA, 2007, p. 10). De outro modo, passou-se a entender “que o professor deve operacionalizar a troca e a cooperação de saberes” (UFBA, 2007, p. 10), propondo, com isso, a teoria construtivista que tem como principal expoente Jean Piaget, a qual possui preocupações como a necessária horizontalidade na relação entre docentes e discentes (PIAGET, 1987).

Importante é também destacar que, segundo o documento em análise, o curso pretende “formar bacharéis em Direito com uma sólida formação ético-humanista e um embasamento técnico-científico para compreender, problematizar e operacionalizar os institutos do ordenamento jurídico” (UFBA, 2007, p. 13), possibilitando, assim, atuação de forma crítica, observando a realidade social.

Com base nas diretrizes do Programa de Apoio aos Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (Reuni), a Universidade Federal da Bahia propôs, no ano de 2008, a criação de um novo curso de Direito nesta mesma instituição de ensino. O intuito da proposta seria possibilitar o acesso a um curso gratuito de Direito na cidade para aqueles cidadãos que possuem outras ocupações durante o dia.

É demonstrada, no documento, a preocupação da Universidade em relação à formação de um profissional atualizado socialmente e dotado de pensamento crítico, sob o ponto de vista ético e moral. Revela-se também no tópico “Perfil do Egresso”, que “o futuro egresso será capaz de situar-se criticamente diante do sistema jurídico vigente, no sentido de pensar e observar a atividade que pratica sob perspectiva tanto quanto possível externa, tentando abarcar a compreensão do todo social” (UFBA, 2008, p. 3).

O terceiro curso do ensino público de Direito localizado na capital foi criado pela Resolução nº 288/2004 do Conselho Universitário da Universidade do Estado da Bahia, tendo a sua autorização publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia em 23 de julho de 2004. O Projeto Pedagógico do Curso de Direito da Uneb Campus Salvador apresenta a finalidade do curso:

Formar bacharéis em Direito com forte concentração de estudos interdisciplinares nas áreas das ciências humanas e sociais direcionados ao exercício das diversas atividades da área jurídica, para o compromisso com o ideal de justiça e com o processo de transformação social (UNEB, 2011d, p. 103).

O texto ainda reforça que a formação será pautada no respeito à Constituição Federal de 1988, refletindo “uma formação humanista, crítica, interdisciplinar, técnico-jurídica e política comprometida com o processo de transformação da sociedade” (UNEB, 2011d, p. 103).

A Universidade do Estado da Bahia possui *campi* em diversas cidades baianas espalhadas em várias regiões do Estado. Os Projetos Pedagógicos dos cursos são bastante similares, apresentando organização curricular, objetivos e características muito semelhantes, visto que a administração do curso é realizada pelo mesmo ente federado.

Dessa forma, há de se destacar que todos os cursos organizam o seu currículo em quatro Eixos de Formação: Eixo de Formação Geral, Eixo de Formação Profissional, Eixo de Formação Prática e o Eixo Interdisciplinar. Além disso, os cursos possuem a relevante preocupação da formação do profissional com base no contexto social. O Projeto Pedagógico do curso da Uneb localizado em Brumado afirma que

o bacharel em Direito formado pela Uneb, terá condições de compreender a dinâmica da prática técnico-jurídica na sociedade, procurando solucionar problemas apresentados pelas exigências sociais, uma vez que, no seu processo formativo estarão privilegiados a capacidade de análise, domínio conceitual da terminologia jurídica e de demais campos que fazem interface com o Direito, subsidiando-o na argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais (UNEB, 2011c, p. 125).

A segunda maior cidade do Estado também recepciona um curso gratuito de Direito, por meio da Universidade Estadual de Feira de Santana (Uefs). O Projeto Pedagógico deste curso aponta para o cumprimento das Diretrizes Curriculares Nacionais quando afirma que

vem formando profissionais nos moldes recomendados pela Resolução CNE/CES n.09/2004, no art. 4º, ao tratar das “habilidades e competências”, ou seja, dotados de capacidade de leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas, interpretação e aplicação do Direito, pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito, percepção de atuação nas áreas administrativa e judicial, domínio da terminologia jurídica, competência para utilização da hermenêutica e da argumentação jurídica, bem como condições para tomar decisões e dominar técnicas e métodos de compreensão e aplicação do Direito (UEFS, 2017, p. 57).

Existem, ainda, duas Universidades Estaduais que ofertam o curso de Direito no Estado, são elas: a Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (Uesb) e a Universidade Estadual de Santa Cruz (Uesc).

A Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia foi criada em 1980 e, hoje, possui 3 *campi* localizados em cidades diferentes da região sudoeste baiana: Jequié, Vitória da Conquista e Itapetinga. O curso de Bacharelado em Direito, que está instalado na cidade de Vitória da Conquista, foi autorizado em 4 de dezembro de 2003 e, segundo o seu Projeto Pedagógico, possui “uma concepção técnico-científica vinculada ao estudo da Ciência Jurídica nas diversas formas da realidade em que se revela a aplicação do Direito segundo as demandas da sociedade, em prol do equilíbrio social” (UESB, 2011, p. 40). O documento expõe a importância da relação da Universidade com a sociedade e, por isso, reforça a necessária ideia de que

o bacharel em Direito a ser formado pela UESB deverá estar consciente de que além do exercício da profissão jurídica que escolher, possui compromisso sociopolítico com o aperfeiçoamento das instituições de jurídicas e dever ético decorrente do exercício de sua função pública (UESB, 2011, p. 41).

O curso de Direito da Universidade Estadual de Santa Cruz está localizado na cidade de Ilhéus e foi aprovado pelo Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão desta Universidade em 13 de fevereiro de 2012. Segundo o seu Projeto Pedagógico, o curso deverá

oportunizar ao graduando uma sólida formação geral e humanística, com a capacidade de análise e articulação de conceitos e argumentos, de interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e visão crítica que fomente a capacidade de trabalho em equipe, favoreça a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, além da qualificação para a vida, o trabalho e o desenvolvimento da cidadania (UESC, 2012, p. 2).

Entre as aptidões que o estudante deve obter durante o curso, apenas foram encontradas aquelas que se relacionam com o exercício de profissões jurídicas técnicas, tais como a magistratura e a advocacia. Exemplo destas aptidões são

Adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos; (...) julgamento e tomada de decisões; e domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito (UESC, 2012, p. 3).

O último curso a ser criado no Estado foi o Bacharelado em Direito administrado pela Universidade Federal do Oeste da Bahia, instalado no segundo semestre de 2014. Segundo o seu Projeto Pedagógico, o curso possui como princípio maior o comprometimento “com o Acesso à Justiça e a confirmação dos Direitos Humanos” (UFOB, 2018, p. 6). Neste sentido, o Projeto Pedagógico do curso

foi elaborado com uma nova concepção da norma jurídica a partir da sua aplicabilidade e eficiência. Em vez de lhe atribuir um caráter punitivo ou repressivo, prefere-se pensar essa norma como um elemento norteador da efetividade das políticas públicas e da pacificação social (UFOB, 2018, p. 6).

Além das características gerais, os Projetos Pedagógicos dos cursos também definem o perfil dos profissionais que desejam formar, apontando para as carreiras nas quais os seus estudantes estarão aptos a ingressar. Desse modo, analisar-se-á a presença de instrumentos de apresentação da profissão docente aos estudantes dos cursos jurídicos baianos do ensino público.

3.2 A Formação Docente nos Projetos Pedagógicos dos Cursos de Graduação

A organização dos cursos jurídicos baianos é realizada das mais diferentes formas, segundo as diferentes opções abraçadas pelas Instituições de Ensino Superior. Dentro dessa variedade de formas e opções, importa analisar a existência ou inexistência de mecanismos que fomentam a carreira docente aos estudantes desses cursos, ou mesmo o mero conhecimento da docência como passível de eleição pelo egresso dos cursos. Essa seção analisa os Projetos Pedagógicos desses cursos.

Os Projetos Pedagógicos que organizam os cursos de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana e da Universidade Federal da Bahia apresentam a carreira docente por meio da monitoria, como atividade complementar do curso, cujo objetivo é a prática, pelo aluno, de atividades referentes ao magistério superior, porém são deficientes no que toca ao modo de realização.

O documento elaborado pela Uefs afirma que a atividade de monitoria permite o convívio e o exercício da carreira docente por meio do auxílio aos docentes em atividades da profissão (UEFS, 2017). A participação dos estudantes nessas atividades, contudo, é limitada, na medida em que, para fins de contabilização da carga horária, apenas é permitida a realização da monitoria remunerada, a qual se limita aos recursos orçamentários da Pró-Reitoria de Graduação dessa Universidade.

O Projeto Pedagógico do curso mais antigo da Universidade Federal da Bahia busca “capacitar o aluno para atuar nas diversas áreas jurídicas, inclusive no magistério superior, seja perante os órgãos públicos ou na área privada” (UFBA, 2007, p. 16). Além disso, as atividades complementares do curso abrangem, segundo a proposta, “a pesquisa, a extensão, a monitoria e a freqüência a disciplinas extracurriculares e a defesa de teses e dissertações de mestrado” (UFBA, 2007, p. 33).

Entre essas atividades pode-se sinalizar a monitoria como um espaço que poderá possibilitar a prática docente durante o curso, pois, segundo a proposta, “a monitoria será exercitada inclusive com fins pedagógicos, profissionalizante, bem como desenvolver aptidões do aluno em diversas áreas específicas e em projetos” (UFBA, 2007, p. 3). O documento define esta atividade como aquela realizada “junto a professores de disciplinas que integrem a grade curricular do Curso de Direito e têm como objetivo desenvolver as habilidades do aluno para o magistério superior” (UFBA, 2007, p. 34).

O Curso Noturno de Bacharelado Profissionalizante em Direito, administrado pela mesma Universidade, assim como o curso regular, não apresenta a preparação para a docência como prática jurídica, mas sim como Atividade Complementar, por meio das atividades de monitoria, que “compreendem o exercício de atividade junto a professores de disciplinas que integrem a grade curricular do Curso de Direito e têm como objetivo desenvolver as habilidades do aluno para o magistério superior” (UFBA, 2008, p. 10).

Outras Instituições de Ensino detalham mais a fundo, em seus documentos, a atividade de monitoria, demonstrando de que forma essas atividades serão realizadas, a fim de disponibilizar uma adequada e efetiva prática docente aos estudantes de Graduação. Essa foi a opção dos cursos de Direito administrados pela Universidade Federal do Oeste da Bahia e da Universidade do Estado da Bahia, em seu Campus I, localizado na cidade de Salvador.

O curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia, localizado na capital do Estado, apresenta, em seu Projeto Pedagógico, a relação entre teoria e prática incluindo a prática docente, informando que

o curso está orientado para articular teoria e prática em todos os Componentes Curriculares, desde o primeiro semestre, porque compreende a prática docente como práxis, o que se materializa mediante uma prática de ensino que trate pedagogicamente a análise de documentos e situações-problema, estudos de caso, jurisprudência, visitas planejadas, júri simulado, peças processuais, tomando por base os estudos teóricos realizados no âmbito dos Componentes Curriculares. Além dessa prática pedagógica operada nos cinco anos do curso, o espaço do Estágio e Prática Jurídica, a partir do oitavo semestre, garantirá a interface dos diferentes temas no exercício prático intra e extra sala de aula. A prática de ensino terá conteúdos próprios, com destaque especial para os procedimentos de observação e reflexão para compreender as situações contextualizadas, tais como registro de observações realizadas e a resolução de situações-problema características do cotidiano profissional (UNEB, 2011d, p. 107).

O documento apresenta ainda as atividades complementares, que são previstas no currículo com a finalidade de flexibilizá-lo, e abrangem atividades como a de monitoria, que podem ser desenvolvidas desde o primeiro semestre do curso.

Em relação ao curso de Direito da Universidade Federal do Oeste da Bahia, este apresenta o fomento à prática docente em diversos aspectos do Projeto Pedagógico dos Cursos. Inicialmente, o documento não cita Instituições de Ensino como locais para o exercício da profissão jurídica, fato este que pareceria excluir a docência do rol de profissões jurídicas que o bacharel em Direito poderá seguir.

No tocante às atividades complementares, entretanto, suas diretrizes demonstram o “fortalecimento da articulação entre teoria e prática, valorizando o desenvolvimento de potencialidades individuais e coletivas para o ensino, a pesquisa e a extensão” (UFOB, 2018, p.54). A fim de ofertar uma atividade para a prática do ensino, o documento apresenta a monitoria como um

programa formativo que incentiva e amplia os espaços de aprendizagem do estudante de graduação, compartilhando com o professor vivências relacionadas às atividades de ensino, mediante participação em projetos acadêmicos, sob a orientação de um professor, no âmbito desta universidade (UFOB, 2018, p. 94).

Entre os objetivos desse programa formativo está o “despertar o interesse pela docência mediante o envolvimento do estudante do Projeto de Monitoria de Ensino em práticas e experiências didático-pedagógicas” (UFOB, 2018, p. 94). Dessa forma, pode-se definir a monitoria como um dos espaços essenciais para a formação do docente em Direito, pois permite a vivência nos espaços de criação de aulas, bem como de aplicação destas, possibilitando uma capacitação didático-pedagógica essencial a qualquer docente.

A Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia optou por apenas mencionar a carreira docente no Projeto Pedagógico que organiza o seu curso de Direito. Essa Instituição de Ensino também cita a existência da monitoria, mas não a aponta como possível espaço de prática jurídica. Assim, é possível afirmar que nenhuma das disciplinas previstas no Projeto Pedagógico dessa instituição prevê explicitamente a formação dos alunos para a carreira docente. De outro modo, a prática apresentada no documento cita apenas profissões jurídicas ditas tradicionais e, mais especificamente, a advocacia.

No tocante às atividades complementares, o curso divide-se nos eixos ensino, pesquisa e extensão. No eixo *ensino* são previstas as atividades: “Seminários Temáticos, Disciplinas Extracurriculares, Cursos de Línguas, Cursos de Informática, Monitorias” (UESB, 2011, p. 80), em que apenas a monitoria pode ser utilizada como instrumento de formação docente; não existem detalhes, porém, sobre a forma pela qual esta atividade é realizada e fomentada na Universidade, como também não existe referência, no Projeto Pedagógico do curso, sobre a monitoria ser um espaço de prática docente.

Outro mecanismo utilizado para possibilitar a prática docente, ainda na Graduação em Direito, é a utilização do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação à Docência, administrado pelo governo federal e, geralmente, aplicado aos cursos de Licenciatura. De forma singular, porém, a Universidade Estadual de Santa Cruz apresenta-o como espaço de prática docente em um curso de Bacharelado.

Nesse sentido, o Projeto Pedagógico deste curso não traz, entre as disciplinas obrigatórias previstas em seu currículo, componentes que se relacionem à prática docente durante o curso, que mantém a tradição de somente considerar como prática o estágio supervisionado. No eixo referente às atividades complementares que podem ser realizadas pelos alunos, porém, ressalta-se a “Participação em Projeto de Iniciação à Docência” (UESC, 2012, p. 6), referência ao Programa Institucional de Bolsas de Iniciação à Docência (Pibid). Esta possibilidade expande o olhar dos estudantes, apresentando a oportunidade de uma efetiva capacitação didático-pedagógica para a possível escolha da carreira docente após a finalização do curso.

Os demais sete cursos analisados apresentam posicionamentos semelhantes entre si: eles não tratam a docência como prática jurídica, nem fomentam atividades de iniciação à docência, apenas apresentando atividades extracurriculares, cuja escolha fica a cargo dos alunos, podendo ou não serem relacionadas ao exercício da profissão docente, as quais não são apresentadas como oportunidade clara pelo Projeto Pedagógico.

Pode-se observar essa escolha nos Projetos Pedagógicos dos cursos de Direito da Universidade do Estado da Bahia, localizados nas cidades de Brumado, Camaçari, Itaberaba, Jacobina, Juazeiro, Paulo Afonso e Valença. Esses cursos silenciam a apresentação da docência aos seus alunos como carreira, visto que não apresentam explicitamente nenhuma atividade ou componentes curriculares que possibilitem a experiência docente durante o curso.

Para além das previsões dos Projetos Pedagógicos, o estímulo da prática docente pode ser investigado também ao se examinar os editais de concurso para ingresso na carreira docente nestes cursos, visto que critérios relacionados à existência ou inexistência de capacitação didático-pedagógica, bem como de efetiva prática docente dos candidatos, pode indicar o perfil de profissional que a Instituição de Ensino deseja no seu quadro funcional.

3.3 Ingresso no Magistério Superior

Para o ingresso em carreira pública, nossa Constituição Federal decreta a obrigação da utilização do concurso público de provas e títulos, conforme prevê o artigo 32, inciso II da Carta Magna:

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Por essa razão e em decorrência do princípio da publicidade, os cursos de Direito baianos da educação pública mantêm disponíveis, para acesso do público em geral, os documentos referentes aos últimos concursos públicos realizados com a finalidade de selecionar novos docentes para as respectivas Instituições de Ensino Superior e, mais especificamente, para os cursos de Direito dessas Instituições.

Todos os referidos cursos exigem, como requisito mínimo para concorrência às vagas para ingresso efetivo no magistério superior, diploma de Graduação em Direito e, também, Mestrado em Direito ou em áreas afins. No tocante às contratações de caráter temporário, suas seleções exigem um menor nível de formação, mantendo o requisito de Graduação em Direito, porém exigindo apenas Especialização em Direito ou em áreas afins (UEFS, 2011; UESB, 2013; UESC, 2013; UFBA, 2014; UFOB, 2017; UNEB, 2013a).

Outro fator comum encontrado entre os editais de concurso é o modo pelo qual acontece a seleção dos professores. Usualmente ocorre a entrega de documentos e, após isso, uma prova escrita, uma prova didática e, por fim, uma prova de títulos. Os documentos ainda mencionam o modo de cálculo da média final entre as notas atribuídas a cada prova, bem como os critérios de desempate, de forma ordenada.

A prova escrita consiste em uma dissertação na qual o candidato deverá expor, de maneira organizada, toda a sua base sobre o tema em análise. Além de objetivar a exposição do conhecimento do candidato acerca da área, os editais de concurso analisados revelam que as finalidades dessa etapa são para avaliar o conhecimento do candidato sobre a matéria e a sua capacidade de expressão em linguagem técnica.

A prova didática consiste “de uma aula de natureza discursiva no campo da argumentação teórica” (UEFS, 2011, p. 4) e objetiva “aferir a erudição, clareza na exposição, proficiência e atualidade dos conhecimentos do candidato no que tange à área/subárea de conhecimento do concurso” (UFBA, 2014, p. 5). Segundo o edital de concurso realizado pela Universidade Estadual de Santa Cruz, realizado no ano de 2013, o objetivo desta fase do processo seletivo seria avaliar o desempenho didático-pedagógico do candidato (UESC, 2013, p. 5).

A prova de títulos consiste na entrega do currículo do candidato, com as devidas certificações, para fins de identificação de atividades acadêmicas e profissionais realizadas em área relacionada à área do concurso. Cada atividade apresentada pode ser pontuada igualmente, como é o caso do concurso realizado pela Universidade Estadual de Feira de Santana, ou de forma distinta, com pontuação atribuída de forma diferenciada a cada espécie de atividade que o candidato realizou, a exemplo do concurso realizado pela Universidade do Estado da Bahia.

Algumas Instituições de Ensino Superior adotam outro tipo de dinâmica, com a introdução de outros critérios de seleção, além dos já apresentados. Nesse sentido, os concursos realizados pela Universidade Federal da Bahia abrangem também a chamada defesa de Memorial, que se refere a uma exposição discursiva que conterà a descrição e

a análise da produção científica, artística e cultural, das atividades didáticas, de extensão, de formação, administrativas e de orientação na área/subárea do concurso ou em áreas/subáreas correlatas; a descrição de outras atividades relacionadas às áreas/subáreas de conhecimento em exame; e as perspectivas de trabalho, projetos acadêmicos e possíveis contribuições para o desenvolvimento institucional (UFBA, 2014, p. 5).

Em referência à Universidade Federal do Oeste da Bahia, esta utiliza, na primeira fase do concurso, além da prova escrita e da prova oral, uma Defesa da Proposta de Atuação Acadêmica, a qual “visa avaliar o candidato quanto à sua capacidade de articulação das atividades de ensino, pesquisa e extensão, fundamentada em sua trajetória de formação acadêmica” (UFOB, 2017, p. 10).

A cada fase do processo avaliativo a comissão avaliadora atribuirá nota entre 0 e 10. Em geral, será considerado classificado o candidato que obtiver média aritmética maior que 7 e selecionado aquele com maior média aritmética. Algumas Instituições de Ensino, porém, preferem realizar o cálculo de maneira distinta, atribuindo “pesos” a cada prova. Dessa maneira, a Universidade Estadual de Santa Cruz, a Universidade Federal da Bahia e a Universidade Federal do Oeste da Bahia atribuem valores de pesos similares às provas escrita e oral.

Os editais também apresentam critérios de desempate, os quais visam a evitar que dois ou mais candidatos sejam considerados selecionados para uma mesma vaga. Nesse sentido, a maioria dos editais de concurso estabelece que o candidato de maior nota na prova didática tenha prioridade na ordem de critérios de desempate em relação às demais provas. A exceção desta regra encontra-se nos editais de concurso realizados pela Universidade Estadual de Santa Cruz, a qual prioriza o candidato que alcançou maior nota na prova escrita. É importante salientar, no entanto, que essa é a única das instituições analisadas que, entre os critérios de desempate da seleção, apresenta o critério de tempo de serviço no magistério superior.

A partir tanto dos elementos encontrados nos Projetos Pedagógicos e Editais de Concurso apresentados nesta seção, é possível analisar o grau de fomento à carreira docente por meio da existência ou não de atividades relativas à profissão, no currículo do curso, ou ainda da necessidade ou não de capacitação didático-pedagógica para o ingresso na carreira.

4 OS MECANISMOS DE FOMENTO À PROFISSÃO DOCENTE

O despertar para a profissão docente inicia-se na Graduação, pois o estudante mantém contato com as mais diversas áreas do Direito, traçando, assim, suas afinidades. Nos últimos semestres do curso o aluno deve tomar a decisão crucial de que carreira seguir e em qual área se especializar.

Sinteticamente, são ofertadas duas carreiras aos estudantes de Direito: a carreira acadêmica e a carreira técnica. Caso o egresso decida-se pela carreira acadêmica, deverá se submeter a seleções de cursos de Pós-Graduação *stricto sensu*, a fim de ingressar em cursos de Mestrado e Doutorado, no intuito de desenvolver suas habilidades na área de pesquisa e elaboração de trabalhos técnico-científicos.

Se a decisão for no sentido da área técnica do Direito, o egresso buscará se especializar em área específica, por meio de cursos de Pós-Graduação *lato sensu*, a fim de realizar especializações, que são cursos de curta duração. Com a aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil poderá iniciar sua atuação na advocacia privada. No caso de carreira pública, deverá se preparar para realizar concursos públicos a fim de participar das próximas seleções.

Apesar, no entanto, de muito importante para o desenvolvimento da pesquisa, ensino e extensão nas universidades, a docência, muitas vezes, não é apresentada explicitamente como carreira jurídica passível de eleição pelo egresso do curso. Como foi possível perceber, nenhum curso jurídico baiano de ensino público apresenta, em seus Projetos Pedagógicos, mecanismos de prática docente como elemento de destaque em seu processo formativo. De fato, os documentos institucionais apresentam as atividades relacionadas à carreira apenas como uma atividade complementar, a qual pode ou não ser escolhida pelos estudantes do curso e que possuem uma realização muitas vezes limitada, visto que dependem da oferta pela Instituição de Ensino, de professores aptos e disponíveis para o auxílio, bem como de recursos financeiros para a realização de determinadas atividades.

O estímulo à profissão docente, iniciado na Graduação, é um fato importante, visto que é nela que o estudante define a área ou áreas do Direito com as quais possui mais afinidade e que decidirá se especializar. Este fenômeno aplica-se tanto aos estudantes que decidirem seguir uma carreira acadêmica quanto àqueles que elegerem uma carreira técnica.

Em razão da autonomia que possuem os cursos de Direito do país, as respectivas Instituições de Ensino podem criar e ofertar mecanismos que possibilitem a apresentação e a realização de atividades da prática docente, ainda durante a Graduação.

Entre os cursos analisados, cinco apresentam a monitoria como método de formação docente no decorrer da Graduação. O Regulamento de Monitorias de Ensino da Uneb apresenta esse instrumento como

uma das funções acadêmicas que, no seu papel de atividade complementar nos cursos de graduação, conforme a definem as Diretrizes Curriculares Nacionais do Conselho Nacional de Educação (CNE), além de promover maior interação entre o corpo docente e o discente, deve proporcionar oportunidades para a integração da teoria com a prática na formação do futuro profissional (UNEB, 2009, p. 2).

Em razão de ser caracterizada como atividade não obrigatória, pode-se sugerir que seria importante inserir a formação docente, nos Projetos Pedagógicos dos cursos, como prática jurídica e não como atividade complementar. Viabilizar o contato entre o estudante do curso e as atividades profissionais é primordial para a correta escolha e preparação para a vida profissional e este fato aplica-se também à profissão docente.

O Programa Institucional de Bolsas de Iniciação à Docência é designado como possibilidade de prática docente por apenas um dos cursos analisados. O Programa é definido pela Portaria nº 096 da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), segundo o qual

é um programa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) que tem por finalidade fomentar a iniciação à docência, contribuindo para o aperfeiçoamento da formação de docentes em nível superior e para a melhoria da qualidade da educação básica pública brasileira (CAPES, 2013, p. 2).

A Portaria institui o Regulamento do Programa, o qual versa sobre a possibilidade de estudantes de cursos de Graduação realizarem atividades de prática da profissão docente em escolas da Educação Básica de ensino público. Desse modo, o artigo 3º do Regulamento do Pibid versa que: “os projetos apoiados no âmbito do Pibid são propostos por Instituições de Ensino Superior (IES) e desenvolvidos por grupos de licenciandos sob supervisão de professores de educação básica e orientação de professores das IES” (CAPES, 2013, p. 2).

Desse modo, é possível entender que, apesar de o Projeto Pedagógico da Uesc apresentar o Programa de Iniciação à Docência como possibilidade de prática docente para o curso de Direito, não seria possível a sua realização em razão do seu Regulamento não abranger os cursos de Bacharelado, como é o caso dos cursos jurídicos do país.

Tendo em vista os aspectos mencionados, apesar de grande parte dos cursos em análise sinalizarem expressamente sua preocupação na formação de profissionais para o exercício do magistério superior, eles não apresentam de maneira clara o modo pelo qual esta preparação será realizada, trazendo somente a monitoria como uma atividade que viabiliza uma possível formação didático-pedagógica dos seus estudantes, mas não como uma prática jurídica.

No tocante aos editais de concurso desses cursos, compreende-se que a possibilidade de profissionais docentes possuírem estudos aprofundados em áreas ditas “afins” do Direito é um dado importante para a formação dos alunos, uma vez que oportuniza a interdisciplinaridade do curso, possibilitando uma construção de conhecimentos articulados com outras áreas.

Ao recordar a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen (1998), seu entendimento que prevaleceu nas Faculdades de Direito por muitas décadas, a qual compreendia o Direito de forma isolada, sem interferência de outras áreas de estudo, o que ocasionou produção de conhecimento desarticulada com o contexto social e um atraso no seu desenvolvimento como ciência em relação às demais ciências humanas (NOBRE, 2019).

Ao observar um edital de carreira na qual pretende ingressar, um aluno perceberá a exigência de requisitos relacionados à capacitação didático-pedagógica, bem como à efetiva experiência na carreira. Este fato estimula o aluno a pesquisar instrumentos de prática docente, ainda na Graduação.

Em relação aos critérios de desempate, a prioridade de seleção de candidatos que possuíram as maiores notas na prova didática caracteriza uma preocupação das Instituições de Ensino em selecionar profissionais com capacitação para o ensino. Além disso, a existência do critério de experiência na profissão em concurso recente revela o despertar da preocupação em preferir um profissional com a adequada aptidão didático-pedagógica indispensável ao futuro professor.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação indica que o professor de Ensino Superior deve ser preparado e capacitado na Pós-Graduação, porém seria desejável que o incentivo e estímulo a essa carreira não fossem limitados a este espaço, em razão da necessária formação de profissionais aptos a exercerem a carreira com a devida capacitação didático-pedagógica.

Os aspectos mencionados dão força à ideia de que incentivar a profissão docente desde a Graduação é um movimento importante que pode e deve ser reforçado pelos órgãos superiores da educação superior, a fim de evitar que docentes despreparados assumam vagas em espaços de formação desses profissionais de papel social tão relevante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo discutiu a ausência dos espaços específicos para a formação docente na Graduação dos cursos de Direito da educação pública na Bahia. Essa investigação insere-se no debate mais amplo sobre profissionalização docente na área jurídica, tema que vem ganhando relevância no debate acadêmico brasileiro (MUSSE; FREITAS FILHO, 2015).

Observa-se que o adensamento dos debates e a consolidação do reconhecimento da necessidade de se capacitar pedagogicamente os futuros docentes não têm se traduzido na institucionalização de *loci* de formação docente. Há um hiato, assim, entre a valorização docente sustentada pela crescente literatura na área e a marcada escassez de políticas institucionais destinadas à capacitação de novos quadros.

A análise realizada sobre os cursos jurídicos da educação pública na Bahia dá credibilidade a esse diagnóstico. Ela demonstrou que a grande maioria dos cursos analisados não possui componentes curriculares, nem atividades complementares que se refiram à prática docente durante a Graduação. Apesar de citarem a carreira em seus documentos institucionais, não apresentam detalhadamente a forma pela qual se dará a instituição e a realização da prática docente. Com exceção da Universidade Federal do Oeste da Bahia, que apresenta um programa com atividades bem delineadas, as demais Instituições de Ensino não explicitam suas estratégias.

No tocante aos concursos de seleções de professores, percebe-se que a didática é valorizada de forma dupla, isto é, no cálculo da média final e também nos critérios de desempate, porém é importante pensar onde este candidato realizará essa necessária capacitação, visto que não existem ou não são corretamente estabelecidos os instrumentos que possibilitam esta qualificação.

Desse modo, surge o questionamento sobre os espaços de formação os professores dos cursos de Direito no Brasil, visto que os estudantes de Graduação não são formados nem estimulados para este fim. A pergunta é relevante, pois estudantes que são formados sem nenhuma disciplina ou atividade relacionada ao ensino serão eventualmente docentes, fato que pode comprometer a qualidade do ensino-aprendizagem das futuras gerações dos profissionais do Direito.

Apesar da referência à Pós-Graduação, sabe-se que este espaço tem objetivado, especificamente, formar pesquisadores na área, profissão cujas competências se distinguem explicitamente das competências de um profissional docente. Deste modo, na prática, não está claro o espaço que um estudante de Graduação ou Pós-Graduação em Direito deverá procurar para realizar uma formação para a docência, com as competências básicas que ela exige.

A tomada de consciência das Instituições de Ensino é o primeiro passo para a mudança dessa conjuntura. Criar mecanismos obrigatórios de preparação para a profissão docente é essencial para a formação adequada das futuras gerações de bacharéis em Direito.

6 REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Análise sobre a expansão das universidades federais 2003 a 2012*. Brasília: Ministério da Educação, 2012.
- BRASIL. *Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Educação Superior*. Disponível em: <http://emec.mec.gov.br/>. Acesso em: 15 jul. 2019.
- BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 1996.
- BRASIL. Resolução nº: 635/2018, de 4 de outubro de 2018. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 dez. 2018. Seção 1. p. 34.
- CAPES. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Portaria nº 096, de 18 de julho de 2013*. Disponível em: https://www.capes.gov.br/images/stories/download/legislacao/Portaria_096_18jul13_AprovaRegulamentoPIBID.pdf. Acesso em: 31 maio 2019.
- FARIA, J. E. *A reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- FREIRE, P. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- GHIRARDI, J. G. *Ainda precisamos da sala de aula? Inovação tecnológica, metodologias de ensino e desenho institucional nas faculdades de Direito*. 1. ed. São Paulo: FGV Direito SP, 2015.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KRÜGER, F. M. *Evolução e adequação curricular do curso jurídico*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7196. Acesso em: 31 maio 2019.
- MUSSE, L. B.; FREITAS FILHO, R. Docência em Direito no Brasil: uma carreira profissional? *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 17, n. 111, fev./maio 2015, p. 173-203.
- NOBRE, M. *Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil*. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2779/Pesquisa_Direito_Cadernos_Direito_GV.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 31 maio 2019.
- OLIVEIRA, A. M. *Ensino jurídico: diálogo entre teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 2004.
- PIAGET, J. *O nascimento da inteligência na criança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.
- SILVA, E. M. T. *Ensino de Direito no Brasil: perspectivas históricas gerais*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-8557200000100008. Acesso em: 31 maio 2019.
- UEFS. Universidade Estadual de Feira de Santana. *Concurso Público para Ingresso na Carreira de Magistério Superior na classe de professor auxiliar, assistente e adjunto*. Feira de Santana: Uefs, 2011.
- UEFS. Universidade Estadual de Feira de Santana. *Projeto de Renovação de Reconhecimento do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana*. Feira de Santana: Uefs, 2017.
- UESB. A Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. *Concurso Público de Provas e Títulos para provimento de cargos de professor do magistério superior*. Vitória da Conquista: Uesb, 2013.
- UESB. A Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. *Renovação de Reconhecimento do Curso de Graduação em Direito*. Vitória da Conquista: Uesb, 2011.
- UESC. Universidade Estadual de Santa Cruz. *Concurso Público para Provimento de Cargos de Professor Auxiliar, Assistente e Adjunto, Nível "A"*. Ilhéus: Uesc, 2013.

- UESC. Universidade Estadual de Santa Cruz. *Projeto Acadêmico Curricular do Curso de Bacharelado em Direito*. Ilhéus: Uesc, 2012.
- UFBA. Universidade Federal da Bahia. *Editais do Concurso Público para o cargo isolado de Professor Titular-Livre do Magistério Superior*. Salvador: Ufba, 2014.
- UFBA. Universidade Federal da Bahia. *Fundação da Faculdade de Direito*. Disponível em: <https://direito.ufba.br/institucional>. Acesso em: 15 jul. 2019.
- UFBA. Universidade Federal da Bahia. *Proposta de criação do Curso Noturno de Bacharelado Profissionalizante em Direito*. Salvador: Ufba, 2008.
- UFBA. Universidade Federal da Bahia. *Proposta de reestruturação curricular do Curso de Graduação em Direito*. Salvador: Ufba, 2007.
- UFOB. *Universidade Federal do Oeste da Bahia. Edital do Concurso Público para Docente do Magistério Superior*. Vitória da Conquista: Ufob, 2017.
- UFOB. *Universidade Federal do Oeste da Bahia. Projeto Pedagógico do Curso de Bacharelado em Direito*. Barreiras: Ufob, 2018.
- UNEB. Universidade do Estado da Bahia. *Cursos Presenciais*. Disponível em: <https://portal.uneb.br/prograd/cursos-presenciais/>. Acesso em: 15 jul. 2019.
- UNEB. Universidade do Estado da Bahia. *Editais nº 046/2013*. Salvador: Uneb, 2013a.
- UNEB. Universidade do Estado da Bahia. *Projeto de Reconhecimento do Curso de Bacharelado em Direito*. Camaçari: Uneb, 2011a.
- UNEB. Universidade do Estado da Bahia. *Projeto de Reconhecimento do Curso de Bacharelado em Direito*. Jacobina: Uneb, 2010a.
- UNEB. Universidade do Estado da Bahia. *Projeto de Reconhecimento do Curso de Bacharelado em Direito*. Paulo Afonso: Uneb, 2010b.
- UNEB. Universidade do Estado da Bahia. *Projeto de Reconhecimento do Curso de Bacharelado em Direito*. Valença: Uneb, 2011b.
- UNEB. Universidade do Estado da Bahia. *Projeto do Curso de Bacharelado em Direito*. Itaberaba: Uneb, 2013b.
- UNEB. Universidade do Estado da Bahia. *Projeto do Curso de Graduação em Direito – Bacharelado (Cooperação interdepartamental com o DCHT – XIX)*. Brumado: Uneb, 2011c.
- UNEB. Universidade do Estado da Bahia. *Projeto Político Pedagógico – Curso de Direito – Departamento de Ciências Humanas – Campus I*. Salvador: Uneb, 2011d.
- UNEB. Universidade do Estado da Bahia. *Resolução nº 700/2009, que aprova o Regulamento de Monitorias de Ensino da Uneb*. Salvador: Uneb, 2009.

A VULNERABILIDADE DO FIEL-CONSUMIDOR DIANTE DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.224-235>

Recebido em: 28/7/2019

Modificações requeridas em: 26/10/2019

Aceito em: 5/11/2019

Rayssa Rodrigues Lopes

Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito do Consumidor (Faculdade Damásio). Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. <http://lattes.cnpq.br/8771613963709490>. rayssarl@yahoo.com.br

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

Doutor e mestre em Teoria do Direito (PUC-MG). Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna. Professor da Faculdade de Pará de Minas-MG. <http://lattes.cnpq.br/4987303044300524>. marcioeduardopedrosamorais@gmail.com

RESUMO

O presente artigo analisa a polêmica da indústria cultural religiosa e os possíveis meios de se assegurar o direito do fiel-consumidor quando da existência de algum abuso da autoridade religiosa, tida como fornecedora de bens e serviços, contrariando o princípio da liberdade religiosa. Conclui-se ser o Código de Defesa do Consumidor (1990) a principal fonte legislativa à qual o fiel-consumidor pode recorrer para solucionar conflitos relacionados à falha na prestação de serviços religiosos prometidos, consistindo a oferta onerosa uma ofensa à liberdade religiosa.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Liberdade religiosa. Relação de consumo religiosa. Vulnerabilidade do fiel-consumidor.

THE VULNERABILITY OF THE FAITHFUL CONSUMER FACING THE PRINCIPLE OF RELIGIOUS FREEDOM

ABSTRACT

This article examines the controversy of the religious cultural industry and the possible ways to ensure the right of the faithful consumer when there is any religious authority's abuse, regarded as a provider of goods and services, contrary to the principle of religious freedom. It is concluded that the Consumer Protection Code (1990) is the main legislative source which through the faithful consumer can appeal to resolve conflicts related to the failure to provide promised religious services, the costly offering being an offense to religious freedom.

Keywords: Consumer law. Religious freedom. Religious consumption relationship. Loyal consumer vulnerability.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Liberdade Religiosa Como Princípio Estruturante da Sociedade Plural. 2.1 Categorização Estrutural do Princípio da Liberdade Religiosa. 3 A Cultura do Consumo e a Mercantilização do Sagrado. 3.1 A Atual Sociedade Consumista. 3.2 A Mercantilização do Sagrado, a Relação de Consumo Religiosa e a Consequente Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A pluralidade concomitante de projetos de vida, além do individualismo, é uma das características da sociedade atual. Isso também reflete a profusão de religiões atualmente, ou seja, está em voga, no Ocidente, uma vez que a Era da Modernidade rompeu com a unidade de conceitos e pontos de vista, o princípio da liberdade religiosa.

Assim, não se fala mais em uma única religião, no caso a Católica Apostólica Romana, que dominou o cenário ocidental durante séculos, mas sim em um emaranhado de visões religiosas de mundo. Essa pluralidade religiosa reflete-se em vários rituais, aproximações com o sagrado, incluindo a oferta de bens com a promessa de prosperidade, salvação, destacando-se que muitas vezes esses bens são articulados com valores muito superiores aos de mercado, com a promessa de que estão sacralizados.¹

Dessa forma, em função do relacionamento humano com o sagrado e tendo em vista o crescente número de consumidores lesados oriundo de problemas que o consumo religioso tem causado, o presente artigo analisa a polêmica da indústria cultural religiosa. Por *indústria cultural religiosa* entende-se o conjunto de interações no mercado de consumo destinadas à produção, reprodução e difusão de bens simbólicos de religião, aglutinando os mais diversos interesses mercadológicos, com a função de incutir no fiel-consumidor o desejo constante dos bens simbólicos oferecidos no mercado de consumo religioso, conforme Ivan de Oliveira Silva (2012).

Em um primeiro momento afirma-se que essa prática está inserida na gama de práticas pertinentes à religião, consubstanciando, desse modo, o exercício da liberdade religiosa. De outro lado, todavia, pode-se questionar como ofensa aos postulados do Direito do Consumidor quando da existência de algum abuso da autoridade religiosa, tida como fornecedora, contrariando o princípio da liberdade religiosa.

Nesse contexto surge a questão: O direito fundamental à liberdade religiosa engloba as práticas decorrentes da oferta de produtos salvíficos, quais sejam, promessas de curas por intermédio de produtos sagrados, abençoados, itens que serão capazes de resolver problemas particulares em várias áreas (sentimental, financeira, de saúde)? Em resposta a esse questionamento, tem-se a necessidade da aplicação da Lei n. 8.078, de 1990 – Código de Defesa do Consumidor (CDC) – a tais relações, diante de excessos advindos dessa prática. Por conseguinte, faz-se necessário verificar os eventuais excessos decorrentes dessa prática, que não estão na matriz dos livros sagrados. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor é a fonte legislativa por intermédio da qual o fiel-consumidor pode recorrer para solucionar conflitos relacionados à falha na prestação de serviços religiosos prometidos.

Assim, na seção intitulada: *A liberdade religiosa como princípio estruturante da sociedade plural*, aborda-se a estrutura da liberdade religiosa, analisando-se o seu desenvolvimento e limites. Na seção seguinte, com o título *A cultura do consumo e a mercantilização do sagrado*, é analisada a questão do consumo do sagrado, ou seja, as promessas de cura e de sucesso por intermédio da aquisição de objetos materiais e a necessária proteção decorrente do Direito do Consumidor.

Este artigo mostra-se importante haja vista as situações de ofensa ao princípio da vulnerabilidade do consumidor diante do complexo de ofertas de salvação por intermédio da indústria cultural religiosa e sua relação com o princípio da liberdade religiosa, direito fundamental no Estado Democrático de Direito.

2 A LIBERDADE RELIGIOSA COMO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DA SOCIEDADE PLURAL

Remonta aos primórdios da humanidade a crença no sobrenatural, sendo possível perceber, ao longo da História, a influência da religiosidade na sociedade em vários aspectos, desde ritos que celebram o nascimento à influência na construção da moral social e da política na história de suas relações institucionais com o Estado.

Em relação à importância da religião nas sociedades humanas, Jónatas Eduardo Mendes Machado resalta:

¹ Em muitos casos é possível perceber que as instituições religiosas, inclusive, criaram centros para atendimento aos adquirentes dos produtos, ou seja, trata-se de um estruturado comércio.

Os estudos arqueológicos, históricos e antropológicos colocaram em evidência o lugar central que a religião tem vindo a ocupar, desde sempre, nas sociedades humanas. Atualmente, esse fato é sublinhado pela sociologia. As formas de religiosidade são muito diversas entre si, embora seja possível encontrar semelhanças e pontos de contato em pelo menos muitas delas. Desde logo, a referência ao transcendente, ao sobrenatural, ao absoluto. Por força dessa sua natureza, ela é capaz de libertar energias incontrolláveis, surgindo historicamente ligada ao que existe de melhor e de pior na história da humanidade (MACHADO, 1996, p. 9).

Em que pese a abertura ao transcendente, não se observam, durante os primórdios das sociedades humanas, as religiões institucionalizadas. “A religião era uma experiência da comunidade, necessariamente dissolvente do indivíduo” (MACHADO, 1996, p. 9).² Posteriormente, o advento do cristianismo proporcionou um processo revolucionário nos âmbitos político e institucional, estruturando-se, num primeiro momento, “na afirmação dos direitos da Igreja em relação ao Estado (momento hierocrático), passando pela afirmação dos direitos do Estado em relação à Igreja (momento regalista) e colimando na afirmação dos direitos dos cidadãos relativamente a ambos (momento constitucional)” (MACHADO, 1996, p. 9-10).

Ainda quando não havia religiões institucionalizadas, a crença em algo que extrapolasse a condição humana era perceptível, tendo os primeiros povos deixado resquícios de desenhos retratando deuses, animais fantásticos. Por sua vez, com o desenvolvimento das instituições religiosas, a noção de religioso ultrapassou a condição individual para se relacionar com o fato de o crente ser uma pessoa vinculada a uma instituição religiosa. Desse modo, a visão de mundo religiosa não se confunde com as instituições religiosas, que surgiram num momento posterior da História. Em um segundo momento, tem-se a inter-relação entre Estado e religião, com o Estado oficializando um culto, para, em um momento posterior, desenvolverem-se instituições religiosas, com dogmas, rituais.

No Ocidente, a instituição religiosa dominante, durante vários séculos, foi a Igreja Católica Apostólica Romana, principalmente após as invasões bárbaras, as quais romperam as bases organizacionais dos Estados europeus de então. A Igreja, no entanto, em decorrência de vários fatores, entre eles sua organização, manteve fortalecido seu poder durante a Idade Média. Essa situação, contudo, sofre alteração com a Reforma Protestante (século 16), quando então há a percepção de outros olhares religiosos, desencadeando o protestantismo, o que, a partir de então, foi fundamental para o desenvolvimento do princípio da liberdade religiosa, haja vista o rompimento da unidade religiosa institucional ocidental.

O princípio da liberdade religiosa está na gênese dos direitos humanos, como ressaltou Georg Jellinek (2000), sendo própria do Estado Democrático de Direito, um sistema democrático real, que se desenvolve numa linha de suporte democrática e pluralista.

Na próxima subseção analisa-se a estrutura do princípio da liberdade religiosa, sem se descurar de um resumo sobre o seu desenvolvimento na História ocidental.

2.1 Categorização Estrutural do Princípio da Liberdade Religiosa

Até o Edito de Milão (313), o cristianismo era uma religião perseguida, tornando-se posteriormente uma religião autorizada, para, enfim, tornar-se a religião oficial do Estado Romano, o que ocorreu no ano de 380, sob o pálio do imperador Teodósio, substituindo a religião romana estatal. “Isto significava que, agora, o Deus cristão era o fiador da ordem estatal, com todas as consequências daí decorrentes. Dito de maneira mais clara: a unidade religiosa era fundamento da unidade política” (BABIĆ, 2016, p. 14).

Observa-se, desse modo, que, qualquer ofensa contra a religião caracterizava, conseqüentemente, uma ofensa contra o Estado. Com Constantino, o Grande, o cristianismo desenvolveu-se no Ocidente sob a soberania do Estado.³ Posteriormente, com a divisão do Império Romano em oriental e ocidental, consumada no ano

² Desde que o ser humano se entende como tal, começou a fazer para si imagens, mais ou menos elaboradas, representando a realidade. “Através dessas imagens interpretava as suas próprias experiências e tentava descobrir-lhes um sentido ordenador, que reproduzia através de um modelo discursivo” (MACHADO, 1996, p. 14). Observa-se, assim, uma relação muito íntima entre sagrado e profano, não sendo possível separar a vida religiosa da vida em comunidade.

³ Mile Babić observa: “o imperador (que é um leigo) é mais íntimo de Deus do que qualquer bispo. Ele é o lugar-tenente de Deus sobre a terra. Ele tem o poder e a obrigação de submeter todas as pessoas à justa lei de Deus, e esta, agora, é o Cristianismo, em vez a religião romana. Constantino era o portador da *potestas suprema*, do primado da jurisdição perante a Igreja; ele detinha o mais alto poder legislador, o mais elevado poder judicial e o controle administrativo” (BABIĆ, 2016, p. 15).

de 395 da Era Cristã, houve o desenvolvimento de vários paradigmas na Teologia e na política no Ocidente, como também no Oriente. No Ocidente a política foi determinada pelos papas romanos dos séculos 4º e 5º, situação que conduziu à supremacia da Igreja sobre o Estado. Assim, Mile Babić ressalta que:

A fim de compreender o paradigma teológico ocidental, devem-se levar em consideração as migrações dos povos germânicos nos séculos V e VI e o ocaso do Império Romano ocidental em 476, o batismo do rei franco Clóvis em 498/99, o aparecimento do Islã, bem como o surgimento do império cristão sob Carlos, o Grande. O paradigma ocidental, católico-romano viveu seu ápice durante a reforma (ou revolução) gregoriana no final do século XI (BABIĆ, 2016, p. 14).

Com as invasões bárbaras na Idade Média, o panorama de influência da Igreja Católica como moduladora do poder político ficou ainda mais nítido e sólido, em decorrência do esfacelamento das organizações estatais antigas. Em 751, Pepino, o Breve (741-768), recebeu, como primeiro rei franco, a unção, tornando-se Rei da Graça de Deus (*Gratia Dei Rex*), ou seja, o seu poder era divinamente legitimado.

A partir daí a História mostra um ambiente caracterizado pela supremacia da Igreja Católica durante séculos, inexistindo o princípio da liberdade religiosa, haja vista a existência de uma única religião institucionalizada. Essa situação sofre modificação com a Reforma Protestante do século 16, ocasião em que as bases de um novo olhar religioso institucional são desencadeadas. Assim, não há que se falar mais em somente uma religião, haja vista o desenvolvimento do protestantismo, dele decorrendo várias vertentes na Europa. É nesse momento histórico que se tem, por conseguinte, o gérmen do princípio da liberdade religiosa.

A liberdade religiosa é gênero, do qual se desdobram as seguintes *liberdades*: *i*) liberdade de consciência, *ii*) liberdade de crença, *iii*) liberdade de culto e *iv*) liberdade de organização, conforme ressalta Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais (2015). Nesse sentido, a liberdade de crença garante ao sujeito o direito de escolher entre qualquer religião, qualquer crença. A liberdade de culto representa a exteriorização popular da liberdade de crença, a manifestação física mediante rito ou solenidade. A liberdade de organização, por sua vez, refere-se à possibilidade de estabelecimento e organização de igrejas e suas relações com o Estado.

Esmiuçando os dois termos, *liberdade* e *religião*, com o intuito de apresentar um conceito, tem-se como necessário identificá-los. Assim, conforme pontua Ronald Dworkin, entende-se como *religião* “uma cosmovisão profunda e abrangente, dotada de características distintas: sustenta que todas as coisas são permeadas de um valor intrínseco e objetivo, que o universo e suas criaturas inspiram admiração, que a vida humana tem um propósito e o universo, uma ordem” (DWORKIN, 2019, p. 3).

O núcleo metafísico da religião sustenta que a vida humana tem um sentido ou uma importância objetiva. Desse modo, “cada pessoa tem a responsabilidade inata e inescapável de tentar fazer com que sua vida seja bem-sucedida, ou seja, de viver bem, aceitando suas responsabilidades éticas para consigo mesma e suas responsabilidades morais para com os outros” (DWORKIN, 2019, p. 11). Ademais, sustenta-se que, “aquilo que se chama de *natureza*, o universo como um todo e em cada uma de suas partes – não é uma simples questão de fato, mas algo sublime em si mesmo” (2019, p. 11).

Decompondo o conceito de religião, sustentado no referencial teórico dworkiano, tem-se a religião como a atitude que *i*) entende possuir, a vida humana, um sentido objetivo, qual seja, fazer com que a vida seja bem-sucedida no que se refere a compromissos éticos; *ii*) entende a natureza (o universo) como um todo, dotado de valor e maravilhamento intrínsecos.

No que se refere ao termo “liberdade”, Brian H. Bix (2009) salienta ser este compreendido como ausência de limitações à ação, em especial à falta de limitações jurídicas.

Conforme ressaltam Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, a palavra “liberdade”

[...] tem uma notável conotação laudatória. Por esta razão, tem sido usada para acobertar qualquer tipo de ação, política ou instituição considerada como portadora de algum valor, desde a obediência ao direito natural ou positivo até a prosperidade econômica (1998, p. 708).

Fato é que o conceito jurídico de liberdade é aberto, comportando vários significados. Não seria equivocado afirmar que a melhor conceituação seria a filosófica. Dessa forma, o conceito filosófico de liberdade possui, de acordo com Nicola Abbagnano,

[...] três significados fundamentais, correspondentes a três concepções que se sobrepuseram ao longo de sua história e que podem ser caracterizadas da seguinte maneira: 1 Liberdade como autodeterminação ou auto-causalidade, segundo a qual a liberdade é ausência de condições e de limites; 2 Liberdade como necessidade, que se baseia no mesmo conceito da precedente, a autodeterminação, mas atribuindo-a à totalidade a que o homem pertence (Mundo, Substância, Estado); 3 Liberdade como possibilidade ou escolha, segundo a qual a liberdade é limitada e condicionada, isto é, finita (1998, p. 605-606).

De acordo com a primeira concepção, transmitida na Antiguidade e durante toda a Idade Média, *liberdade* consistia não somente em ter em si a causa dos próprios movimentos, como também em ser essa causa. Essa concepção privilegia os seres humanos, tendo em vista ser a causa dos movimentos aquilo que o próprio homem escolhe como móbil, na condição de árbitro e juiz das circunstâncias externas, conforme Abbagnano (1998).

Luiz Pinto Ferreira conceitua liberdade religiosa como “o direito que tem o homem de adorar a seu Deus, de acordo com a sua crença e o seu culto” (1998, p. 102). Sob um conceito mais detalhado, Jorge Miranda (2000) ressalta que:

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres (p. 409).

Fato é que a liberdade religiosa, como direito fundamental, é gênero que comporta espécies, entre elas: a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa, conforme já destacado.

Desse modo, a liberdade religiosa garante ao sujeito o direito de escolha entre qualquer religião, ou seja, aquela que melhor lhe convier, constituindo, assim, o direito de escolher entre crenças, nos aspectos positivo e negativo, ou seja, crer ou não crer. Em resumo: a liberdade de crença é o direito de crer ou não crer em uma divindade. Por sua vez, a liberdade de organização religiosa diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização de Igrejas e suas relações com o Estado.

A liberdade religiosa situa-se no discurso jurídico-constitucional tendo como premissa o valor da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos, procurando apresentar um conceito de religião e de liberdade religiosa dotado de um grau de inclusividade compatível com aquele valor, que afaste dos domínios das opções de fé e da vivência religiosa qualquer forma de coerção e discriminação jurídica ou social, de acordo com Machado (1996). Desse modo, para que tais objetivos sejam alcançados, faz-se fundamental a separação das confissões religiosas do Estado.

Historicamente, pode-se situar a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787⁴ como o marco da positivação do princípio da liberdade religiosa, estando o referido princípio situado especificamente na sua primeira emenda, com o seguinte enunciado:

EMENDA I – O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao governo petições para a reparação de seus agravos (ESTADOS..., 2019).

Da análise dessa primeira emenda depreendem-se duas cláusulas: a primeira, denominada *establishment clause*, que separa as confissões religiosas do Estado. De acordo com essa cláusula, o Congresso norte-americano está impedido de legislar com o objetivo de se estabelecer uma religião oficial nos Estados Unidos. Por sua vez, a segunda cláusula, *free exercise clause*, garante o direito à liberdade religiosa, permitindo o livre exercício dos cultos.

Posteriormente, em 1789, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, é novamente garantido o direito à liberdade religiosa. Nesse sentido, a Declaração previa em seu artigo 10º que “ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifesta-

⁴ Em 1620 chega à então Nova Inglaterra o Mayflower, trazendo imigrantes que foram buscar na América do Norte um local onde houvesse liberdade religiosa. Esses imigrantes fugiram da intolerância religiosa das monarquias europeias, católicas e protestantes.

ção não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei” (FRANÇA, 2019). Como marco inspirador do Direito ocidental, a Declaração de 1789 previa a proibição de se molestar alguém por motivo de opiniões religiosas, salientando-se que, desde que tal manifestação não perturbasse a ordem pública, ou seja, como é acorde na doutrina e jurisprudência: nenhum direito fundamental é absoluto, e no texto de 1789 havia já tal concepção de relatividade.

É fundamental salientar que compete ao Estado garantir o respeito às opções de ateus e agnósticos, tendo em vista serem eles muitas vezes confundidos com pessoas ligadas a rituais macabros, diabólicos, adoradores de demônios, sendo muitas vezes também perseguidos, principalmente em se tratando de uma sociedade com religiosidade marcante como a brasileira. Assim, é fundamental a existência de leis garantindo-lhes a igualdade de crenças (MORAIS, 2011).

Sob o discurso da religião está desenvolvido um comércio de bens (por parte de algumas instituições religiosas) com a promessa de cura, salvação, desenvolvimento econômico e profissional. Há venda pela televisão, pela *Internet*, os preços são mais altos do que o normal, muitas vezes com valores que remetem a números simbólicos.

Assim, abordado o princípio da liberdade religiosa, passa-se, na próxima seção, à análise dessa mercantilização, à luz do referido princípio e da legislação consumerista brasileira.

3 A CULTURA DO CONSUMO E A MERCANTILIZAÇÃO DO SAGRADO

Atualmente o ato de consumir é formador de identidade individual e coletiva, criando-se uma cultura em que o consumo sequer se restringe à satisfação de necessidades ou desejos, para dar causa à formação de um comportamento comum, cujo desvio acarreta inadequação e exclusão do indivíduo de um determinado círculo de relações. Impõe-se ao consumidor “globalizado” um modelo de consumo predatório, a precarização de suas relações pessoais autênticas e a terceirização de suas escolhas aos ditames da indústria cultural. O consumo compulsivo tornou-se o remédio necessário para aplacar as carências pessoais e profissionais do indivíduo, o que se agrava pela exigência social da difícil conciliação entre o sucesso pessoal e profissional, algo vendido pela mídia como o desafio do consumidor hipermoderno.

Há, na atualidade, segundo Michael R. Solomon (2016), um realinhamento hierárquico da necessidade de consumo, outrora marcada por condições fisiológicas, hoje determinadas pelo padrão estético-comportamental da indústria cultural e difundida pelo assédio modificado. A pirâmide de Maslow traz: 1º: autorrealização (ex. *hobbies* e educação); 2º: egocentrismo (*status*, ex. cartões de crédito); 3º: pertencimento (aceitação, ex. vestuário); 4º: segurança e 5º: fisiologia (remédios, alimentos). O consumo, como remédio e terapia, tem um custo variável em relação ao grau de vulnerabilidade do consumidor. Reconhecida a vulnerabilidade psicológica e comportamental, é certo que pagará mais caro por a) sua realização; b) seu egocentrismo; c) seu pertencimento; d) sua segurança.

A globalização disseminou uma cultura em que toda a estrutura social passou a ser articulada para o consumo. Na busca de localizar-se e preencher os seus temores provocados pelas tensões da vida moderna, resta ao ser humano apelar, segundo propõe o mercado capitalista, para o consumo. O discurso publicitário segue no sentido de que falta alguma coisa, assim como as propagandas (*merchandising*) passaram a ser cada vez mais apelativas para atrair mais consumidores.⁵

Pode-se afirmar que a proteção do consumidor é consequência das modificações havidas nos últimos tempos nas relações consumeristas, representando a reação ao avanço rápido do fenômeno, que deixou o consumidor desprotegido ante as novas situações decorrentes do desenvolvimento. O reconhecimento de que o consumidor estava desprotegido em termos educacionais, informativos, materiais e legislativos determinou maior atenção para o problema e o aparecimento de legislação protetiva em vários países.

⁵ O comércio passou a estimular datas comemorativas, como exemplo da criação da *Black Friday* (termo criado pelo varejo norte-americano para nomear a ação de vendas anual que ocorre sempre na última sexta-feira de novembro, após o feriado de Ação de Graças) nos Estados Unidos. A *Black Friday* chegou ao Brasil em 2010 por iniciativa de uma empresa especializada em busca de descontos – para incentivar a compra de presentes e também houve facilitação no crédito. O consumo passou a ser considerado um ato de autoafirmação social.

As profundas modificações das relações de consumo, a identificação dos interesses difusos e coletivos, a nova postura em relação à legitimação ativa e o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor contribuíram para o surgimento de tutela respectiva. Com o objetivo de regular e estabelecer o equilíbrio buscou-se criar uma norma regulamentadora, caminhando assim para a criação do Código de Defesa do Consumidor. Tornou-se possível concluir que o CDC é o instrumento legal de realização dos valores constitucionais de proteção e defesa dos consumidores, tais como a saúde, a segurança, a vulnerabilidade, entre outros. Ou seja, destina-se a efetivar no plano infraconstitucional princípios constitucionais, especialmente os princípios da isonomia substancial e da defesa do consumidor.

3.1 A Atual Sociedade Consumista

A sociedade, com fortes propensões ao consumismo, encontra-se vinculada ao atual sistema econômico, identificado como capitalismo de consumo. Atualmente o exemplo mais marcante da manifestação da cultura de consumo é o *shopping center*, além dos hipermercados nos quais tudo é demonstrado a partir da ideia de abundância. São espaços que dão ao consumidor uma sensação espetacular da vida, onde vale a pena até mesmo a demora para encontrar uma vaga no estacionamento, eis que o incômodo pode ser contabilizado como pequenos sacrifícios a serem recompensados pela experiência do consumo oferecido na estrutura do ambiente de compras.

Segundo Ivan de Oliveira Silva (2012), nas sociedades promotoras da cultura de consumo o ato de consumir, às vezes, mostra-se como um milagre, tendo como exemplo o “milagre” de comprar sem dinheiro, por meio do financiamento. Desse modo, as relações de consumo passaram a ser comuns no cotidiano de qualquer ser humano, independentemente de classe social, nas tarefas mais simples do dia a dia. Toda relação de consumo é bilateral, ou seja, consumidor e fornecedor, este previsto no artigo 3º do CDC e que pode tomar a forma de fabricante, produtor, importador, comerciante e prestador de serviço, ou seja, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e aquele disposto no artigo 2º do mesmo Código, que é subordinado às condições e aos interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços.

A capacidade de consumo pode ser esticada muito além dos limites estabelecidos por quaisquer necessidades naturais ou adquiridas; a durabilidade física dos objetos do desejo também não é mais exigida. Conforme Bauman (1999), a relação tradicional entre necessidades e sua satisfação é revertida: a promessa e a esperança de satisfação precedem a necessidade que se promete satisfazer e serão sempre mais intensas e atraentes que as necessidades efetivas.

O comportamento do consumidor vem sofrendo influência da indústria cultural, patrocinada por um mercado que fideliza o consumidor forjando a necessidade de consumo. A ideia de felicidade imediata tornou-se objeto explícito de consumo numa sociedade doente e induzida a frustrações e carências. Em outras palavras, além da felicidade paradoxal que o consumo pode proporcionar, há que se considerar, também, uma felicidade artificial industrializada e que deve ser sentida instantaneamente por meio de “pílulas mágicas”, vendidas como adereço fundamental para a solução rápida de problemas complexos.

A ilusão consumista pauta-se na substituição da verdade por uma impostura. O consumismo despreza a simplicidade dos modos naturais de impressionar e mostrar um valor intrínseco, a partir de duas falácias: a) produtos acima da média podem compensar características abaixo da média, quando a intenção é construir relacionamentos sérios (exemplo: cirurgias estéticas); b) alguns produtos objetivam simbolizar status social (exemplo: carro de luxo e vestuário). Há, portanto, um permanente conflito entre os bens de consumo e os comportamentos humanos, estando assim o consumidor em posição de fragilidade alimentada pelo próprio mercado que lucra com o assédio para um consumo compulsivo.

O mercado de consumo seduz os consumidores. Numa sociedade de consumo que funcione de forma adequada os consumidores buscam com todo empenho serem seduzidos. É essa combinação dos consumidores ávidos por novas atrações e logo enfatiados com atrações já obtidas, e de um mundo transformado em todas as suas dimensões – econômicas, políticas e pessoais – segundo o padrão do mercado de consumo, e o mercado, pronto a agradar e mudar suas atrações com uma velocidade cada vez maior; é essa combinação que varre toda sinalização fixa dos mapas individuais do mundo e dos projetos itinerários de vida.

3.2 A Mercantilização do Sagrado, a Relação de Consumo Religiosa e a Consequente Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Como observado na subseção anterior, é próprio da sociedade consumista a promessa da felicidade por intermédio do consumo. Diante disso, é possível perceber a promessa da salvação, situação comum desde tempos antigos, por meio das práticas das indulgências por parte da Igreja Católica. O princípio da liberdade religiosa desenvolve-se por intermédio da Reforma Protestante, em decorrência dos novos olhares religiosos desenvolvidos a partir de então. Desse modo, houve a quebra do monopólio religioso da Igreja Católica, o que contribuiu, ainda, para o aumento das instâncias promotoras do sagrado.

Conforme destaca Ivan de Oliveira Silva, esse fato estabeleceu uma realidade competitiva entre as diversas organizações religiosas:

A competição está atrelada à formação do maior número de seguidores. Nesse contexto, a instância promotora do sagrado passa a se preocupar em agradar o fiel-consumidor, sob pena de perdê-lo para o concorrente que apresentar ambientes e práticas litúrgicas mais agradáveis aos seus interesses (SILVA, 2019).

Essa realidade gerou a concorrência entre as instâncias promotoras do sagrado, dentro da religião de mercado, na tentativa de se aumentar os espaços para ampliação dos bens simbólicos da religião. Diante dessa concorrência, é necessário frisar que se trata de uma relação de consumo religiosa, que deve ser tutelada pelos dispositivos legais pertinentes, em especial pelo Código de Defesa do Consumidor.

Com uma linguagem de salvação, articulada para que seja atraído o maior número possível de fiéis-consumidores, há ofertas de bens materiais de várias espécies. Os fatos compulsados na Internet mostram ofertas de bens materiais com valores muito acima da média. Em alguns casos, representantes de igrejas⁶ oferecem água ungida, fronhas abençoadas, meias, colheres de pedreiro, canetas.

Em todos os casos, os líderes religiosos ressaltam tratar-se de bens sagrados, que transformarão a vida dos adquirentes, resolvendo pendências judiciais, amorosas, financeiras, de saúde. Logo em seguida à oferta dos produtos os fiéis são convidados a prestarem seus depoimentos pessoais afirmando terem adquirido os produtos e resolvido problemas. Essa relação enquadra-se nos dispositivos dos artigos 2º e 3º do CDC, eis que de um lado há um profissional comercializando um produto e de outro um consumidor que o adquire na condição de destinatário final.

Há a formação de um preocupante cenário em que a liberdade de escolha do consumidor é violada, na medida em que seu potencial crítico é muitas vezes nulificado em prol de pseudonecessidades estabelecidas pela atuação midiática da indústria cultural religiosa, seja por meio da publicidade, seja por mensagens subliminares, apenas para garantir a supressão de qualquer escolha contrária aos padrões impostos.

O fiel-consumidor é colocado em uma situação em que se vê constrangido e pressionado a adquirir os bens considerados necessários. Desse modo, tem-se no caso concreto a vulnerabilidade do consumidor. O princípio da vulnerabilidade é a espinha dorsal da proteção do consumidor, conforme ressalta João Batista de Almeida (2000), sobre a qual se assenta toda a filosofia do movimento consumerista.

A vulnerabilidade consiste na necessidade de o Direito passar a tutelar positivamente aquele que se encontra em uma situação de fraqueza ante a relação jurídica, visando a equilibrar a disparidade de forças nela verificada e deve ser entendida como corolário do princípio da igualdade material. Tradicionalmente, tem sido subdividida de acordo com os seguintes aspectos: técnica, científica, fática e informacional.

A vulnerabilidade técnica expressa-se pelo menor conhecimento do consumidor em relação ao fornecedor sobre as características dos produtos ou serviços adquiridos. Por conta dela o consumidor fica à mercê das informações prestadas pelos fornecedores acerca de seus produtos e serviços. A vulnerabilidade jurídica ou científica retrata a presunção de que o consumidor apresenta um conhecimento limitado ou inexistente sobre questões jurídicas, contábeis e econômicas, sobretudo diante das relações contratuais massificadas, normalmente travadas por meio de contratos de adesão. Como bem destacam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (2014), essa forma de vulnerabilidade é característica dos contratos de empréstimo bancário e finan-

⁶ É utilizado o termo *igreja* para se referir, de maneira geral, às instituições religiosas.

ciamento, em que a complexidade das cláusulas contratuais, que englobam questões atinentes a juros, formas de dedução das parcelas, multas, entre outros assuntos, dificulta o entendimento do consumidor, podendo levá-lo a se vincular a um contrato efetivamente não satisfatório para o seu melhor interesse, muitas vezes até mesmo lesivo.

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica manifesta-se pela disparidade existente entre o consumidor e o fornecedor, marcada pela fragilidade do primeiro em contraste com o maior poderio econômico do segundo. Os contratos de adesão ilustram essa forma de vulnerabilidade, pois impedem qualquer tentativa de negociação das cláusulas. Quanto à vulnerabilidade informacional, se o consumidor sofre, naturalmente, com um déficit de informação em relação ao fornecedor, paradoxalmente, com o desenvolvimento contínuo dos meios de comunicação, com destaque para a Internet e as redes sociais, é preciso reconhecer que as pessoas nunca tiveram tanto acesso à informação como ocorre atualmente. Como, no entanto, apontam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (2014), além de abundante, a informação também é manipulada, controlada e, quando fornecida, no mais das vezes, desnecessária.

São justamente essas características que evocam a necessidade de consideração da existência da vulnerabilidade informacional, cujo reconhecimento encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana. A questão da informação tornou-se tão complexa em nossa sociedade de consumo que se fala na existência de uma hipervulnerabilidade do consumidor, que, apesar de ser constantemente informado pelos fornecedores, principalmente por meio de campanhas publicitárias, muitas vezes acaba sendo manipulado pelo parceiro contratual.

É possível ainda destacar a vulnerabilidade comportamental do consumidor da qual tratam Dennis Verbicaro, Lays Rodrigues e Camille Ataíde (2018), apresentada como característica latente do atual estágio da sociedade de consumo. Há que se considerar um fator determinante no reconhecimento da vulnerabilidade comportamental diante do assédio de consumo: o risco percebido. Decorre de duas premissas: a) o consumidor acredita que pode haver consequências negativas se escolher a opção errada; b) quando a escolha é visível para outras pessoas, o consumidor tem uma predisposição maior ao constrangimento se fizer a escolha errada e eventualmente sofrer rejeição de seus pares, ou mesmo superestimar o grau de relevância que os demais atribuem a um determinado símbolo de consumo.

Da mesma forma que os consumidores dos produtos e serviços não religiosos são vulneráveis, os consumidores dos bens de religião também encontram-se em condição de vulnerabilidade, haja vista a condição de leigos em que se apresentam nas suas relações com as instâncias promotoras do sagrado. Além da vulnerabilidade socioeconômica e técnica também se observa a vulnerabilidade teológica do consumidor, que não compreende exatamente os termos e teses inerentes ao campo da Teologia, sendo, ainda, pressionado pelo discurso do poder religioso, que é dotado de fortes componentes psicológicos.

No que se refere à relação de consumo religiosa, os elementos são específicos, diante da relação de consumo genérica, em que são elementos os sujeitos e o objeto, respectivamente, consumidor e fornecedor de produtos e serviços. Nos termos do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 2019). São objetos da relação de consumo os produtos ou serviço e a contraprestação. E, ainda, equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que interfira nas relações de consumo. Consumidor, portanto, pode ser pessoa física ou pessoa jurídica que adquirir produto ou serviço como destinatário final, seja a título oneroso ou gratuito.

O CDC estabeleceu três definições de consumidor equiparado. São os casos do artigo 2º, parágrafo único, artigo 17 e artigo 29 do CDC: o que se percebe é a desnecessidade da existência de um ato de consumo, bastando, para a incidência da norma, que esteja o sujeito exposto às situações previstas no Código, seja na condição de integrante de uma coletividade de pessoas, como vítima de um acidente de consumo ou como destinatário de práticas comerciais, e de formação e execução do contrato previsto no artigo 29. Já o conceito de fornecedor encontra previsão no artigo 3º, que dispõe que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 2019).

Nas relações de consumo, o sujeito vulnerável é inequivocamente o consumidor, uma vez que, não detendo os mecanismos de controle do processo produtivo, e dele participando apenas em sua última etapa, pode ser ofendido, em sua integridade física, econômica, psicológica ou moral. Já no mercado de consumo religioso identifica-se a presença dos seguintes sujeitos: o consumidor na pessoa do fiel-consumidor, em busca de bens simbólicos de religião para a satisfação de seus interesses e as instâncias promotoras do sagrado que, na condição de fornecedores, procuram aquecer o mercado de consumo religioso com o manejo de seu capital simbólico (CAVALIERI FILHO, 2010).

Na relação entre aqueles denominados por Ivan de Oliveira Silva (2012), fiel-consumidor e instâncias promotoras do sagrado, aplica-se o CDC, eis que, numa visão atenta, verifica-se a presença dos elementos de incidência da referida norma, quais sejam: *i*) o fiel-consumidor: sujeito que se manifesta como um consumidor qualificado que está ou poderá estar interessado na aquisição de produtos e/ou serviços de conotação religiosa. A partir disso, seguindo a estrutura do CDC, há também a figura dos fiéis-consumidores equiparados, conforme segue: o fiel-consumidor enquanto coletividade de pessoas (artigo 2º, parágrafo único); o fiel-consumidor vítima de acidente de consumo (artigo 17) e o fiel-consumidor exposto às peças publicitárias e demais práticas religiosas (artigo 29); *ii*) as instâncias promotoras do sagrado: organizações ou organismos religiosos, detentores do capital simbólico religioso, responsáveis pela criação, reprodução e difusão de bens simbólicos de religião no campo religioso brasileiro e *iii*) os bens simbólicos de religião: expressão utilizada para contemplar produto e serviço religioso. Todos fazem parte do capital simbólico das instâncias promotoras do sagrado. São eles elementos sacralizados, tangíveis (por exemplo: uma toalha ungida com o suor do representante do sagrado) ou intangíveis (por exemplo: uma oração forte), oferecidos no mercado de consumo religioso.

O objeto da relação jurídica de consumo é o elemento motivador da aproximação entre o consumidor e o fornecedor: produtos e/ou serviços. Na relação de consumo religiosa são identificados como bens simbólicos de religião os produtos e serviços religiosos capazes de permitir pontos de contato com o sagrado. São eles bens corriqueiros que, por atos litúrgicos diversos, recebem atributos ou qualidades especiais que os identificam com o sagrado. Consoante a constituição da relação de consumo religiosa estabelecida no campo religioso contemporâneo, o instrumento legislativo pertinente à defesa dos interesses do fiel-consumidor é o Código de Defesa do Consumidor.

Nos conflitos relacionados ao campo religioso, a jurisprudência tem aplicado o Código Civil, um diploma concebido para regulamentar as relações jurídicas entre iguais. É possível concluir, porém, que essa prática jurisprudencial está equivocada, eis que nos confrontos judiciais entre aqueles denominados fiéis-consumidores e as instâncias promotoras do sagrado, o estatuto legislativo adequado é o CDC, uma vez que essa relação se enquadra no seu cabedal normativo. Ele sim mostra-se hábil para regulamentar as relações jurídicas entre pessoas em condição de desigualdade que, de maneiras diversas, se encontram no mercado de consumo.

Em síntese, a tese de aplicação do CDC às relações de oferta de bens sagrados sustenta-se nas seguintes ponderações: *i*) o CDC foi concebido para incidência em todas as dimensões do mercado de consumo, por mais especializadas e complexas que possam elas se apresentar; *ii*) foi constituído um mercado de consumo especializado, o religioso, fartamente explorado pela indústria cultural religiosa, que, por sua vez, apresenta-se como um instrumento destinado a atrair o fiel-consumidor; *iii*) há, no mercado de consumo religioso, um fiel-consumidor vulnerável que carece de proteção diante das práticas mercadológicas das instâncias promotoras do sagrado alicerçadas sob a ótica de oferta e de procura de bens simbólicos de religião; *iv*) os elementos constitutivos da relação de consumo religiosa não são excluídos da noção de relação de consumo apresentada pelo CDC.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo delineou o processo de criação da cultura de consumo contemporânea, em que as massas, motivadas pela razão instrumental, organizam suas ações em torno do consumo. O ato de consumo tornou-se a razão última da existência e, por conta disso, o consumismo manifesta-se de maneira global nos países que adotaram o regime econômico do capitalismo de consumo.

Vivencia-se, atualmente, um período em que o consumismo se difunde, naturalmente, pelas várias instâncias e instituições sociais. O modo de vida contemporâneo gira, para um conjunto difuso de pessoas, em torno do consumo, seja de produtos e serviços elementares à manutenção da vida humana, seja o consumo de produtos e serviços destinados à mera satisfação de pretensões supérfluas. É o que se pode identificar como consumo utilitário, que não leva em conta as consequências do ato de consumo.

O consumo transformou-se em uma sequência de manifestações destinadas à exteriorização do gosto, à reivindicação de *status* social, bem como cenário ao espetáculo do excesso. Nada escapa ao desejo de consumo. Em decorrência da disseminação da cultura do consumo que abrange um número significativo de indivíduos, as massas são manipuladas pelo mercado, visto que o próprio desejo de consumir é fabricado pela técnica mercadológica.

Observou-se que no campo religioso há uma indústria cultural especializada, denominada *indústria cultural religiosa*. O seu papel centra-se na reunião de esforços destinados a despertar, nesse campo, o desejo nas massas pela aquisição de produtos e serviços religiosos. O sagrado tornou-se objeto de desejo no mercado de consumo e, por conta disso, é ele amplamente mercantilizado no mercado religioso por meio da oferta dos bens simbólicos de religião.

Trata-se de um mercado amplamente competitivo, com oferta intensa de bens simbólicos de religião, ocasionando a demanda mercadológica de oferta e procura do sagrado no mercado de consumo, passando a haver a figura do fiel-consumidor, o consumidor de produtos e serviços religiosos, que padece de vulnerabilidade diante dos fornecedores de bens de religião (instâncias promotoras do sagrado).

Nesse sentido, entende-se que o campo religioso brasileiro, influenciado pelas leis de mercado, apresenta a constituição de relações de consumo em que o fiel-consumidor e a instância promotora do sagrado negociam produtos e serviços religiosos carregados com a simbologia do sagrado. Diante da relação de consumo firmada no campo religioso, abre-se espaço para a expressão *relação de consumo religiosa*, que deverá ser regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor, amparado pelo fato de que as definições de consumidor, fornecedor, produtos e serviços presentes no referido Código não excluem as categorias identificadas no campo religioso brasileiro.

Considerando, ainda, a manifesta mercantilização do sagrado, sob o fomento da indústria cultural religiosa, bem como a vulnerabilidade do consumidor de bens de religião, defende-se que o Código de Defesa do Consumidor é o instrumento hábil para a defesa do fiel-consumidor no mercado de consumo especializado em bens simbólicos de religião.

Desse modo, as práticas decorrentes da oferta de produtos salvíficos não decorrem do princípio da liberdade religiosa, caracterizando relação de consumo a qual, por conseguinte, deve respeitar os postulados do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, as práticas efetivadas por algumas instituições religiosas, principalmente evangélicas, contrariam, inclusive, um dos postulados basilares da Reforma Protestante, qual seja, a venda de indulgências e simonias, ou seja, o perdão e o privilégio de se utilizar ou possuir um objeto sagrado mediante pagamento.

5 REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARAÚJO, João Victor Nogueira de. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações comerciais religiosas. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 23, n. 5.359, 4 mar. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63943>. Acesso em: 16 maio 2019.
- BABIĆ, Mile. O cristianismo: da religião estatal para a liberdade de religião. *Concilium – International Review of Theology*, Petrópolis, RJ: Vozes, n. 367, p. 13-24, 2016.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BAZÁN, Víctor. *Perfiles y exigencias actuales del estado de derecho*. Quito: Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- BIX, Brian H. *Diccionario de teoría jurídica*. Cidade do México: Unam, 2009.
- BOBBIO, Norberto Bobbio; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

- BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 12 jul. 2019.
- CARVALHO, Mário. *Religião e relação de consumo*. Disponível em: <https://mariocarvalhoadv.jusbrasil.com.br/artigos/137105591/religiao-e-relacao-de-consumo>. Acesso em: 17 maio 2019.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Religião sem Deus*. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição (1787). *Constituição dos Estados Unidos da América*. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em 11 jul. 2019.
- FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FRANÇA. Declaração (1789). *Declaração de Direitos do homem e do cidadão*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 11 jul. 2019.
- JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Cidade do México: Unam, 2000.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. *Liberdade religiosa: o ensino religioso na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988*. Curitiba: Juruá, 2015.
- MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no estado constitucional democrático brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, São Paulo, n. 18, p. 225-242, jul./dez. 2011.
- ROSANVALLON, Pierre. La democracia del siglo XXI. *Revista Mexicana de Política Exterior*, Cidade do México, n. 108, p. 148-162, set./dez. 2016.
- SILVA, Ivan de Oliveira. *Relação de consumo religiosa: a vulnerabilidade do fiel-consumidor e a sua tutela por meio do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2012.
- SILVA, Ivan de Oliveira. Relação de consumo religiosa. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/relacao-de-consumo-religiosa/8833>. Acesso em: 14 jul. 2019.
- SOLOMON, Michael R. *O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo*. 11. ed. Porto Alegre: Bookman, 2016.
- VASAK, Karel. *The International Dimensions of Human Rights*. Paris: Greenwook Press, 1982.
- VERBICARO, Dennis; ATAÍDE, Camille; ACIOLI, Carlos (coord.). *Provocações contemporâneas no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- VERBICARO, Dennis; RODRIGUES, Lays; ATAÍDE, Camille. Desvendando a vulnerabilidade comportamental do consumidor: uma análise jurídico-psicológica do assédio de consumo. In: VERBICARO, Dennis; ATAÍDE, Camille; ACIOLI, Carlos (coord.). *Provocações contemporâneas no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS: Caminhos Adotados pelo Judiciário Brasileiro

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.236-250>

Recebido em: 1º/5/2019

Modificações requeridas em: 26/10/2019

Aceito em: 4/11/2019

Renata Miranda Lima

Advogada. Mestranda pela Universidade Nove de Julho em Direito (2018). Pós-graduada pela Universidade Castilla La Mancha – UCLM em Negociação, Conciliação e Mediação em Resolução de Conflitos (2018). Pós-Graduada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM em parceria com o Instituto Ius Gentium Conimbrigae (IGC) Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Direitos Fundamentais Internacionais (2017). Graduada em Direito pela Universidade Nove de Julho – Uninove (2016). <http://lattes.cnpq.br/9477688103206508>. renatamirandalima@yahoo.com.br

Carolina de Albuquerque

Doutora em Ecologia Aplicada pela Universidade de São Paulo Esalq/Cena (2017). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2006). Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2004) e bacharel em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes (2002). Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie e professora do curso de Direito do Centro de Ciências e Tecnologia do Mackenzie Campinas. É autora do livro *Direito fundamental à coisa julgada: problemas constitucionais de sua relativização*. Tem experiência na área de Direito Ambiental e Direitos Humanos e Fundamentais. <http://lattes.cnpq.br/6718630942660549>. carolinadealbuquerque@yahoo.com.br

RESUMO

O presente estudo debruça-se sobre o sistema penitenciário brasileiro e as técnicas de decisão aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal – STF. A finalidade é discutir as complexidades que se colocam à atividade judicial no Direito Penal, tendo como recorte a Medida Cautelar da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental MC – ADPF 347. Nesse sentido, é feita uma análise crítica a respeito do posicionamento adotado pelo STF, como guardião da Constituição, os limites da sua atuação, os desafios para a concretização dos direitos fundamentais, bem como a observância do arranjo previsto constitucionalmente no que diz respeito à separação de poderes. Como passos finais da pesquisa é feita uma análise do cumprimento e instituição da decisão proferida pelo STF na ADPF 347 no Judiciário brasileiro até 2017. Destaca-se que o presente estudo parte do método dedutivo e adota como passos metodológicos a pesquisa bibliográfica e estudo de caso.

Palavras-chave: Sistema prisional brasileiro. Estado de coisas inconstitucional. Violação de direitos.

THE STATE OF UNCONSTITUTIONAL THINGS: PATHWAYS ADOPTED BY BRAZILIAN JUDICIARY

ABSTRACT

This study focuses on the Brazilian penitentiary system and the decision techniques applied by the Supreme Federal Court – STF. The purpose is to discuss the complexities of judicial activity in Criminal Law, having as its cut the precautionary measure of the action of breach of fundamental precept MC – ADPF 347. In this sense, a critical analysis is made regarding the position adopted by the STF, as guardian of the Constitution, the limits of its action, the challenges for the realization of Fundamental Rights, as well as the observance of the constitutionally provided arrangement regarding the separation of powers. As final steps of the research is made an analysis of compliance and implementation of the decision made by the Supreme Court in ADPF 347 in the Brazilian Judiciary until 2017. It is noteworthy that this study starts from the deductive method and adopts as methodological steps the bibliographic research and case study.

Keywords: Brazilian prison system. Unconstitutional state of affair. Violation of rights.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Construção da Figura do Estado de Coisas Inconstitucionais no Judiciário. 3 Análise da Petição Inicial e da Decisão Cautelar da ADPF 347. 4 Análise de Dados e Encaminhamentos do Judiciário após a ADPF 347/STF. 4.1 A Instituição das Audiências de Custódia no Brasil até 2017: Alínea “b” da Decisão Cautelar da ADPF 347 e os Presos Sem Condenação. 4.2 Um Estudo nas Varas de Execução Penal. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

É centro das discussões, tanto no campo acadêmico como político, o estado de superlotação do sistema carcerário brasileiro, que a cada ano insere mais pessoas. Tal situação é corroborada por meio de dados do Sistema Penitenciário Brasileiro ao informar que em 1990 o número de pessoas privadas de liberdade correspondia a 90.000 (noventa mil). Em 2000 o número foi para 232.800 (duzentos e trinta e dois mil e oitocentos). Em 2010 ocorreu o aumento de quase o triplo da população, com 496,300 mil em cárcere. Passados apenas quatro anos, ou seja, em 2014 o Brasil tinha uma população prisional de 622.202, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Como forma de atualizar as informações, segundo recente pesquisa realizada, até junho de 2016 o Brasil contava com uma população cerceada de liberdade em 726.712 pessoas (BRASIL, 2016, p. 19).

Os dados supramencionados trouxeram à tona a necessidade de atenção ao sistema carcerário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao estado de superlotação e ao déficit de vagas. Nesse contexto, a ADPF 347 provocou o Judiciário sobre um problema estrutural que exigiu do órgão jurisdicional uma articulação capaz de retirar os demais poderes da inércia. Ou seja, um provimento jurisdicional que extrapola o modelo comum de dizer o Direito.

Observa-se que a finalidade buscada na ADPF 347 é a redução das violações generalizadas constatadas na ação constitucional. Nesse sentido, o STF detecta que o estado de superlotação fere direitos da população encarcerada e causa prejuízos sociais, incumbindo à Corte e ao Judiciário relevante função para a redução deste estado de violação.

Salienta-se que tal reflexão ocupou relevante porcentagem da decisão cautelar proferida pelo STF na ADPF em estudo, a qual trouxe encaminhamentos que exigem ações dos três poderes, mas há especial atenção de encaminhamentos ao Judiciário brasileiro, pois deste se requer ações acompanhadas de um novo pensar, entre as quais salienta-se a necessidade da audiência de custódia bem como a redução na aplicação de prisões às pessoas sem condenação.

A atenção despendida para o Judiciário na decisão cautelar se justifica, porque a este cabe o exercício da palavra final do dizer o Direito e por ser órgão estratégico à redução ou aumento do estado inconstitucional constatado, pois apenas juízes têm competência, conferida legalmente, para encarcerar pessoas e aplicar medidas cautelares à prisão.

Dizer o Direito, contudo, e construir soluções jurídicas às questões referentes ao sistema carcerário brasileiro, não tem se mostrado um caminho fácil e exige criatividade. Por isso tal situação tem fomentado o desenvolvimento de novas formas de decidir quando a situação é posta ao Judiciário.

Nesse sentido, o presente estudo objetiva compreender a situação concreta de pessoas encarceradas e o sistema prisional brasileiro, as construções jurídicas decorrentes da Medida Cautelar da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 – as aplicações teóricas adotadas na decisão em análise e, por fim, sistematizar dados do Conselho Nacional de Justiça que indicam os direcionamentos para a adoção pelo Judiciário brasileiro da decisão proferida pelo STF na ADPF em estudo, especialmente no que diz respeito às audiências de custódia, à aplicação de medidas alternativas à prisão e encaminhamentos realizados nas Varas de Execução Penal. Para atender aos objetivos propostos a pesquisa desenvolve-se por meio de estudo de caso e análise bibliográfica.

2 A CONSTRUÇÃO DA FIGURA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS NO JUDICÁRIO

O pano de fundo que deu ensejo à construção da figura do estado de coisas inconstitucional, nos países da América Latina, encontra explicação no século 20, quando esses países viveram experiências de ditaduras rigorosas e, posteriormente, ensejaram movimentos que buscavam a restauração da democracia. A questão é que essa reconstrução se realizou por meio da “[...] redireção do constitucionalismo político à reestruturação dos requisitos jurídicos e políticos, abrindo amplo espaço para o reconhecimento de direitos e construção de grandes expectativas sobre o futuro dessas democracias” (GIORGI; VASCONCELOS, 2018, p. 482).

Posteriormente vem o século 21, o qual tem sido uma experiência de frustração para esses países, principalmente no que diz respeito à concretização daquele futuro esperado. Como resposta a tal frustração, tem ocorrido a colonização dos discursos e práticas judiciais orientadas por teorias que legitimam o Direito como

mecanismo de transformação social. Nesse sentido, a atuação dos tribunais constitucionais vem passando da política para o Direito, esperando que por meio do Direito se operacionalize uma transformação social. Tal momento na história do Direito, em razão desse contexto, tem experimentado uma inflação do protagonismo do Judiciário que se manifesta na forma de ativismo judicial.

A partir desse cenário jurídico o quadro fático de violação de direitos no sistema carcerário brasileiro foi levado ao STF com a expectativa de que uma ação fosse tomada em relação ao estado das penitenciárias brasileiras. Tal ação foi instrumentalizada por meio da ADPF 347,¹ ensejando a qualificação do sistema prisional como um estado de coisas inconstitucional. Essa qualificação/adjetivação traz consequências jurídicas que impõem ao Judiciário a tomada de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

No que diz respeito à definição da figura estado de coisas inconstitucional, segundo Lyons, Monterroza e Meza:

La figura del Estado de cosas inconstitucionales puede ser definida como un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas (2011, p. 71).

Insta salientar que a origem deste instrumento jurídico foi cunhada no fim do século 20 em decisões da Corte da Colômbia, na sentença de *unificación* SU 559 (COLÔMBIA, 1997). Nesta ação se discutia a distribuição especial de educadores e recursos orçamentários relativo à educação. A sentença não declarou a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos instados, mas, sim, o estado de coisas inconstitucional que violava a Constituição. A partir de tal posição a Corte se auto-outorgou o dever de colaborar com os demais poderes e órgãos do Estado para a realização dos fins que propõe a Constituição colombiana, assim como o de comunicar às autoridades competentes o estado de violação.

A partir do exposto o Tribunal, como responsável pela guarda da Constituição, tomou uma decisão não necessariamente baseada no binômio constitucional/inconstitucional da lei ou ato normativo. Nesse aspecto, o estado de coisas inconstitucional assemelha-se às sentenças ou decisões intermediárias, pois o Tribunal lança mão de um mecanismo diferente dos tradicionalmente previstos na Constituição (OMMATI, 2016, p. 59).

É preciso, no entanto, tecer algumas diferenciações no que diz respeito à declaração do estado de coisas inconstitucional e às sentenças aditivas, pois, enquanto a decisão aditiva nasce em razão de omissão legislativa que força a Corte a proceder ao controle de constitucionalidade no que diz respeito às omissões (REVORIO, 2001, p. 81), a declaração do estado de coisas inconstitucional “[...] se puede definir como un juicio empírico de la realidad, que determina un incumplimiento reiterado y sistemático de la norma constitucional, de tal magnitud, que hace con que la Carta Política quede sin efecto en la praxis” (COLÔMBIA, 2018, p. 2).

A partir de tal definição observa-se que a ação que declara o estado de coisas inconstitucional, para além da concretização dos anseios da carta política, também pretende evitar o excesso de pedidos de tutelas, uma vez que se trata de uma situação de fato que viola um número generalizado de pessoas. Assim sendo, “[...] la declaratoria de estado de cosas inconstitucional pretende garantizar el principio de economía procesal, que consiste en lo siguiente: en el desarrollo del procedimiento se buscará obtener siempre el máximo beneficio, con el menor desgaste del órgano jurisdiccional” (RAMÍREZ, 2010, p. 21).

Nesse sentido, pode-se definir que o estado de coisas inconstitucional é um conjunto de atos, ações e omissões, provenientes dos poderes públicos que dão espaço a uma violação maciça de direitos fundamentais. Desse modo, a atividade da Corte ao declarar o estado de coisas inconstitucional acaba por se manifestar para além de uma sentença aditiva ou criativa, materializando-se como uma atividade judiciária ativista, pois se afasta dos mecanismos jurídicos de declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade criados tradicionalmente.

¹ Proposta em 2015 pelo partido político Psol, representado pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ – a qual culminou no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário Brasileiro (ADPF MC/DF, 2015).

À vista disso, estudos alertam para o perigo do manuseio de instrumentos criados pelo próprio Judiciário, principalmente em contexto de neoconstitucionalismo e ativismo judicial. Estes apontam que declarar o estado de coisas inconstitucional nada mais representa do que a invasão pelo Judiciário (Direito) sobre as competências do Legislativo (política), ou melhor, há um cancelamento da diferenciação entre Direito/política. Também é destacado que o mecanismo do controle realizado se distingue muito do controle de constitucionalidade do tradicional modelo construído pelo pensamento jurídico, uma vez que este não se dirige à qualificação jurídica de leis ou normas como inconstitucionais, mas a *estados de fato* (VASCONCELOS, 2017, p. 289-290).

Autores ressaltam o perigo da abrangência e abstração do conceito e requisitos para manuseio de tal instrumento, pois não há procedimento estabelecido, o que inviabiliza avistar limites podendo ensejar ações arbitrárias, principalmente em um país presidencialista, em que “[...] os poderes Executivo e Legislativo vivem às turras e às tensões que tornam o Judiciário cada dia mais forte [...]” (STRECK, 2015).

No entendimento do professor Lênio Streck, o estado de coisas inconstitucional é o auge do ativismo judicial e tal instituto é inviável de ser pensado na prática, principalmente no Brasil, pois se levado a sério o país seria declarado inconstitucional em razão da dissonância do que ele se propõe ser, a partir da Constituição, para o que ele é (STRECK, 2015).

Em contrapartida, há os que sustentam que este é um argumento espantoso, que distorce a visão real sobre o que é o estado de coisas inconstitucional, seus pressupostos e implicações. À vista disso, com base na jurisprudência desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, a doutrina tem apontado sinteticamente como sendo três os pressupostos necessários para a caracterização do estado de coisas inconstitucional:

- um quadro de violação generalizada, contínua e sistêmica de direitos fundamentais que afeta um número significativo de pessoas;
- a prolongada omissão, inércia e/ou incapacidade persistente e reiterada das autoridades públicas em modificar a conjuntura das violações perpetradas para a garantia dos direitos consagrados;
- (iii) um conjunto de transgressões inconstitucionais (e inconventionais) que exigem a atuação não apenas de um único órgão, mas de uma pluralidade de autoridades (“transformações estruturais”), das quais se requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações (COLÔMBIA, 2004).

Deste modo, não será qualquer violação de direitos que justificará o manejo da técnica, mas apenas aquela que de forma objetiva se manifestar generalizada, sistemática, estiver relacionada com um estado permanente de inércia estatal e em flagrante incapacidade institucional que aprofunde ou enseje violação generalizada de direitos, pois o manejo de tal instituto pressupõe a ausência de políticas e programas públicos minimamente capazes de superar, gradativamente, o quadro de violação endêmica de direitos humanos (CAMPOS, 2015).

Segundo Konrad Hesse, a Constituição tem a pretensão de eficácia social e de imprimir ordem e conformação à realidade, por isso se diz que ela exerce uma função transformadora na sociedade (HESSE, 1991, p. 15) que, no entanto, é frustrada pela omissão dos entes. Por tais razões, defendem que cabe à doutrina e à jurisprudência o dever de buscar mecanismos que controlem e superem as omissões dos outros poderes, o que pode resultar na necessidade de reanálise dos instrumentos já previstos na Constituição, bem como na necessidade de extração, do próprio ordenamento jurídico, de novas possibilidades para realização desse controle (SOUZA, 2013, p. 102).

3 ANÁLISE DA PETIÇÃO INICIAL E DA DECISÃO CAUTELAR DA ADPF 347

Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara.
(Saramago. Ensaio sobre a cegueira, 1995).

Esta frase foi escrita pelo autor português José Saramago e publicada na contracapa do livro *Ensaio sobre a cegueira*, em 1995. O interesse da citação é chamar a atenção para a impossibilidade das pessoas de reparar e apreciar as coisas como são. O livro no qual consta a citação retrata o desmoronar completo da sociedade causado pela cegueira branca que aos poucos assolou o mundo.

A partir dessa ilustração, no caso em estudo, a cegueira que acomete o Estado atual é causada pela busca, incessante, por valores de justiça e equidade. Para tanto, juízes trabalham em searas que não lhe foram atribuídas legalmente, fechando os olhos para o Direito e construindo argumentos que são verdadeiras zonas

de fumaça que não encontram respaldo jurídico; são abertos, arbitrários, e cujos fundamentos justificariam tanto o sim como o não. É esse o contexto de crise que acomete o Estado contemporâneo. Nesse sentido passa-se ao estudo da ADPF 347 com a finalidade de reparar o que de fato acontece.

Inicialmente, volta-se a atenção à inquietação que está no centro do pedido constante na ADPF 347, entre elas há a situação fática de que pessoas vivem em condição desumana em ambiente de superlotação. Tal situação é corroborada em dados ao informar que até junho de 2016 o Brasil contava com uma população cerceada de liberdade de 726.712 (BRASIL, 2016, p. 19) e com um total de 1.422 unidades prisionais, as quais formam 367.217 vagas (BRASIL, 2016, p. 20). Assim, se a população carcerária corresponde a 726.712 pessoas, o déficit de vagas em 2016 era de 359.058 (BRASIL, 2016, p. 21).

Observa-se que ante a situação de déficit de vagas no sistema prisional da Colômbia, o Tribunal entrevistou aplicando o chamado *numerus clausus*. Essa não foi uma medida encampada pelo STF, contudo o ministro Lewandowski destacou que o CNJ estava lançando um programa que impõe a necessidade de observar a capacidade prisional de forma taxativa² a ser aplicado pelo Judiciário. Nesse sentido segue o trecho citado:

Concordo também com a medida cautelar do item “c”. Ou seja, aquela que determina aos juízes e tribunais que considerem fundamentadamente o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro, no momento do implemento de cautelares penais na aplicação da pena e durante o processo de execução penal. Eu disse, numa rápida intervenção, no início desta sessão, que a doutrina cogita do chamado *numerus clausus* no que tange às prisões. Ou seja, as prisões não podem comportar o número maior de presos do que fisicamente podem suportar. Nós estamos lançando, Senhoras Ministras, Senhores Ministros, no CNJ, um novo programa, que é o Programa Cidadania nos Presídios, em que nós adaptamos esta expressão latina para o vernáculo e falamos do princípio da capacidade prisional taxativa. Então, nesse programa, que nós baixaremos por resolução, nós determinamos aos juízes da execução que observem o princípio da capacidade prisional taxativa. Ou seja, não se pode mandar para um estabelecimento prisional mais pessoas do que ele comporta. Portanto, estou plenamente de acordo também com a cautelar do inciso “c” (ADPF MC/DF 347. Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 09/09/2015. Ministro Ricardo Lewandowski, p. 179).

Salienta-se que o estado de superlotação das prisões é acompanhado de celas imundas e insalubres que acarretam a proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Ressalta-se que esse quadro de violação de direitos, no sistema carcerário brasileiro, faz com que a pessoa sentenciada sofra penas sequer previstas pelo Código Penal, e que a própria Constituição repudia (BRASIL, 2009, p. 172) pois segundo o artigo 5º (CF/1988) “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*, nos termos seguintes [...]”: III – “[...] ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante [...]”. Reforça tal argumento, os incisos do mesmo artigo:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte,³ salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

² O Projeto “Cidadania nos Presídios” é muito mais que uma proposta de atualização de processos. É uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pelo reconhecimento e pela valorização de direitos, em sentido amplo. Discute-se nova dinâmica e metodologia para o sistema de execução e fiscalização das penas, revendo o funcionamento das Varas de Execução Penal e a superlotação dos presídios, com o reforço da interlocução e interação de todos aqueles que intervêm no processo e nas rotinas da execução penal, têm aptidão para tornar o sistema de justiça “mais humano, aproximando o juiz e a sociedade do jurisdicionado” (Disponível no site: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em 20/9/2019).

³ A taxa de mortalidade no cárcere em 2016 é de 10% para os casos de mortes criminais e naturais. Apesar de não ser essa a pena diretamente aplicada pelo Estado, a morte é decorrência de estar a pessoa sob a custódia deste, pois por sua omissão, se viabiliza cenário propício, causada por ação humana ou por doença em razão do estado de insalubridade somado à precariedade do acesso à saúde pela população carcerária (BRASIL, 2016. p. 52).

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;⁴

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.⁵

O conjunto de informações tecidas anteriormente dimensionam como a situação fática se apresenta dissonante com a Constituição. Tal cenário fez com que a questão fosse judicializada no STF por meio da ADPF 347 proposta em 2015 pelo partido político Psol,⁶ representado pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ.

A partir desse momento o presente estudo volta-se primeiramente para a análise da petição inicial ajuizada pela UERJ e após, o estudo volta a atenção à decisão proferida pelo STF. Assim, iniciando a análise da petição inicial, destaca-se que esta contém alguns pedidos cautelares, entre os quais:

- a) *Determine a todos os juízes e tribunais* que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.
- b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos art. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, *determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia.*
- c) *Determine aos juízes e tribunais* brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.
- d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção, impõe que *os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.*
- e) Afirme que *o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais* para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena.
- f) Reconheça que *o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo* de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção.
- g) *Determine ao Conselho Nacional de Justiça* que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” anteriores.
- h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro.

⁴ Em 2007 garota com 15 anos passou 26 dias presa com 30 homens no Pará na cadeia de Abaetetuba. Folha de São Paulo, 2016. Jefferson Bertolini. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/11/1828880-garota-que-ficou-presa-com-30-homens-no-para-leva-vida-desprotegida.shtml>. Acesso em 25 abr. 2018.

Ressalta-se também que em levantamento do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) aponta que 68% entre as 1.598 unidades prisionais do país não separavam os detentos conforme a natureza do delito cometido, como determina a Constituição. Além de unirem, em uma mesma cela, autores de crimes de grande periculosidade com outros de menor gravidade, em 77% dos estabelecimentos presos primários conviviam com reincidentes. No mesmo período, foram registrados 121 rebeliões e 110 homicídios na cadeia. (O GLOBO. Presídios descumprem lei e não separam detentos por tipo de delito. Karine Rodrigues, 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/presidios-descumprem-lei-nao-separam-detentos-por-tipo-de-delito-10347874>. Acesso em: 25 abr. 2019).

⁵ Apenas 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil, que compreendem os espaços destinados a bebês com até 2 anos de idade. Apenas 3% das unidades prisionais do país declararam contar com espaço de creche (BRASIL, 2014, p. 32-33).

⁶ Partido político Socialismo e Liberdade (PSOL)

Doravante, em uma primeira análise, observa-se que a situação do sistema carcerário brasileiro atual aparenta ter como causa do estado inconstitucional questões políticas, pois diz respeito a um fato resultante da omissão dos poderes, em especial do Executivo e Legislativo, pois esses são os responsáveis por promover a criação de direitos e promoção de estrutura física para concretizá-los. Curiosamente, observa-se que, dos oito pedidos formulados na cautelar, seis reclamam ações direcionadas para o próprio poder Judiciário, ou seja, as medidas propõem um desencarceramento, apontando para a necessidade de racionalizar os excessos que ocorrem nas fases anteriores em que atuam os aplicadores do Direito. Nesse sentido, o ministro Marco Aurélio observa que:

A fundamentação desenvolvida alcança todo o conjunto de pedidos formulados pelo requerente. Entretanto, a apreciação, neste momento, deve-se limitar aos oito pedidos de natureza cautelar: sete versando a interpretação e aplicação da legislação penal e processual penal e um tratando de medida orçamentária da União (ADPF MC/DF 347. Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 9/9/2015. Ministro Marco Aurélio, p. 19).

A partir da análise do pedido cautelar, constata-se que 75% desses se dirigem ao Judiciário. Desse fato é possível depreender que a ADPF em estudo não buscava tão somente o reconhecimento do estado físico de violação de direitos, mas sim a violação na aplicação do próprio direito destas pessoas, na aplicação do Direito e na prática judiciária.

É preciso observar que viabilizar, unicamente, a concretização de condições dignas no cárcere à pessoa esvazia o princípio da legalidade que é pilar do Direito Penal e dispor de verbas para a construção de mais presídios e promover dignidade dentro do cárcere, em um Estado Democrático de Direito, não é o primeiro fazer cabível, mas sim o de observar a legalidade das prisões dos atuais 716 mil presos que compõem o sistema carcerário brasileiro, para após viabilizar condições de dignidade dentro do cárcere.

A reflexão trazida anteriormente deu-se em razão de se perceber, na decisão cautelar, que há responsabilidade do poder Judiciário no estado de coisas inconstitucional dos cárceres brasileiros, justamente em razão do excesso de prisões provisórias que corresponde a 41% da população carcerária. O dado mais importante a ser observado é que segundo pesquisa, a maioria dos que estão sob prisão provisória alcançam absolvição ou são condenados a penas alternativas. O relator da ação diz que esse fato corrobora a existência da chamada cultura do encarceramento no Judiciário brasileiro (BRASÍLIA, 2015, p. 28).

Voltando-se a atenção do estudo à decisão cautelar proferida pelo STF, esta baseou-se em dados estatísticos trazidos pelo Infopen, questões sociológicas, históricas e por fim indicaram ser a raiz do encarceramento em massa uma questão estrutural e sistêmica que envolvem os poderes da União.

Nesse sentido, o relator ressalta que a responsabilidade pelo estágio ao qual chegou o sistema carcerário não pode ser atribuída a um único poder, mas sim aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário – pois há problemas tanto de formulação e instituição de políticas públicas quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Assim, a falta de coordenação institucional causou o quadro de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos, o que diariamente continua sendo agravado em razão de ações, omissões e falhas estruturais que decorrem dos três poderes (BRASÍLIA, 2015, p. 27-28).

Diante desse estado sistêmico de violação de direitos, segundo o relator, o papel do Tribunal é tomar decisões, primariamente políticas, sem afrontar o princípio democrático e da separação de poderes. Nesse sentido, entende que é necessária a superação de bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa que “[...] cabe ao Tribunal o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar o debate e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados [...]” (BRASÍLIA, 2015, p. 31).

Outro argumento ressaltado pelo relator diz respeito ao déficit na representação das pessoas encarceradas, o que acaba por fomentar a inação por parte dos poderes, principalmente do Executivo e Legislativo em razão da desaprovação da população. Isso posto, diante da impossibilidade de debater o problema do cárcere no campo político, é legítimo ao Supremo Tribunal Federal o papel de coordenar a interação interinstitucional

necessária à correção das falhas estruturais que jamais teriam decorrido de um único agente, órgão ou ente, mas de uma indeterminável multiplicidade de atos (BRASÍLIA, 2015, p. 31-32). Nesse sentido, a decisão do STF toma contornos políticos e envolto nesses argumentos, deferiu parcialmente os pedidos cautelares.⁷

A posição do relator não foi seguida integralmente no voto final da Corte, a qual, por maioria, deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, determinando aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão. Em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do relator, também foi deferida para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização e abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. As alíneas “a”, “c”, “d”, “e” e “f” foram indeferidas pela maioria e a alínea “g” foi prejudicada (BRASÍLIA, 2015, p. 209-210).

Diante do conjunto de pedidos e das decisões que compõem a ADPF 347, o que se extrai, primeiramente, dos pedidos feitos é que seis reclamavam medidas direcionadas ao Judiciário. Destes seis pedidos, contudo, um foi acolhido, qual seja, o que diz respeito às audiências de custódia. É importante ressaltar que dois pedidos cautelares são dirigidos a outros poderes e órgãos do Estado e entre eles a alínea “h” é deferida determinando o descontingenciamento orçamentário para investimentos no setor prisional.

Apesar de um dos seis pedidos dirigidos ao Judiciário serem deferidos, os ministros ressaltaram em seus votos a responsabilidade do Judiciário no quadro de atual inconstitucionalidade. Corroborando o exposto o trecho colacionado a seguir:

A situação de penúria do sistema prisional do país é tão notória, o que quer se diga, será expletivo e, claro, vergonhoso para todos nós. E como tenho destacado, nós não temos, no âmbito do Judiciário, sequer a desculpa de dizer que isso é culpa da Administração, porque somos administradores do sistema. Como destacou há pouco o ministro Celso, temos grande responsabilidade na manutenção desse quadro caótico. (ADPF MC/DF 347. Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 09/09/2015. Ministro Gilmar Mendes, p. 135-136).

Com fundamento no exposto, percebe-se que a decisão do STF criou uma fumaça branca ao atender majoritariamente pedidos dirigidos a outros órgãos e poderes externos ao Judiciário, apesar de reconhecer que o problema se mantém em razão de generalizada ilegalidade que se repete nas operações no sistema do Direito.

Nesse sentido, atender majoritariamente pedidos que têm aplicação externa ao Judiciário funcionou como manobra argumentativa que dá a aparência de que o problema está no interior da política e muito longe do Judiciário, mas tanto os pedidos como a decisão evidenciam que o argumento é fantasioso, pois 75% dos pedidos cautelares são dirigidos ao Judiciário e 25% exigem que o STF determine a outros órgãos e poderes da União ações para dirimir o estado de inconstitucionalidade. Apesar, contudo, de a maioria dos pedidos serem dirigidos ao Judiciário, apenas 10% deles são atendidos pelo STF, enquanto, no que diz respeito aos pedidos dirigidos a outros órgãos o percentual de procedência é de 50%.

⁷ Ante o exposto, defiro, parcialmente, a medida liminar requerida, determinando:

- a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;
 - b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão;
 - c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;
 - d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo;
 - e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.
- É como voto (ADPF 347, 2015, p. 41-42).

A partir de tal análise o que se verifica é a inversão de argumentos, pois o problema mostra-se aprofundado no interior da aplicação do Direito, o que é corroborado nos pedidos da cautelar, entre eles o que reclama ao STF a determinação aos juízes que fundamentem quando não aplicarem medidas alternativas à prisão provisória. É importante ressaltar que esse pedido foi afastado/prejudicado, sob a justificativa de que tal questão já é determinada em lei. Como forma de ilustrar o exposto segue trecho da decisão:

Indefiro os pedidos dos itens c, d, e e f. Inócuo se me afigura o que neles pretendido, presentes os termos da legislação em vigor, em que a privação de liberdade como pena definitiva é exceção (quando não substituída por penas restritivas de direito) e só cabe a prisão preventiva quando não substituível por outra medida cautelar – art. 282, §6º, do CPP, antes transcrito (ADPF MC/DF 347. Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 09/09/2015. Ministra Rosa Weber, p. 108).

Tal posicionamento contradiz argumentos tecidos anteriormente na decisão ao reconhecer presente a cultura do encarceramento no sistema Judiciário, o que obstaculiza a aplicação da lei, pois tão somente a determinação legal não é capaz de trazer concretude ao direito (BRASÍLIA, 2015, p. 11).

Observa-se que a cultura do encarceramento é evidenciada no fato de que a aplicação de pena provisória em excesso ou ilegal não vem sendo corrigida e identificada na via recursal e apesar de as audiências de custódia estarem expressas em tratado e pacto internacionais, dos quais o Brasil é signatário, estas não foram regularmente postas em prática.

Salienta-se que apesar de a Corte entender necessária a adoção de determinadas providências, o Judiciário não as adota por entender que a procedência de pedidos dirigidos ao Judiciário poderia causar a expansão de ações de reclamações no STF.

Analiso as medidas requeridas: As alíneas “a”, “c” e “d” são conexas, pelo que as analiso em conjunto. Determinação aos juízes e tribunais que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal. O relator deferiu essas medidas endereçadas diretamente a juízes e tribunais. Tenho que, na linha do que defendido pelo ministro Edson Fachin, não há dúvida de que os juízes já devem considerar a situação prisional ao expedir ordens de prisão. Como reforço ou incentivo, a medida até poderia ser positiva. No entanto, a exigência de motivação escrita nas decisões acerca da situação carcerária representaria mais um capítulo nas decisões judiciais. Em muitos casos, seria um capítulo genérico, sem efetivo cotejo da situação com o caso concreto. Daí, adviria o aumento do número de reclamações que o Supremo Tribunal Federal receberá – ou receberia – sem contar que prisões necessárias acabariam desconstituídas por falha do magistrado em acrescentar considerações formais à decisão. Para reduzir a cultura do encarceramento, talvez fosse mais recomendável atuar no campo da formação, conscientizando os magistrados acerca do estado de coisas e de suas consequências. A Enfam, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, pode ser chamada a protagonizar essa transformação, oferecendo treinamentos que contemplem a situação prisional e as medidas alternativas ao encarceramento. Por ora, não proporia a medida como ordem, mas pura sugestão ou recomendação. Assim, acompanho a divergência e indefiro a medida cautelar às alíneas “a”, “c” e “d”. Proponho a expedição de ofício à Enfam, recomendando a elaboração de plano de trabalho para oferecer treinamento a juízes sobre o sistema prisional e medidas alternativas. (ADPF MC/DF 347. Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 09/09/2015. Ministro Gilmar Mendes, p. 138).

Continuando o estudo observa-se que a mesma Corte decidiu, permeada pela ponderação de princípios e mecanismos da sentença aditiva, ser constitucional a aplicação de prisão sem trânsito em julgado,⁸ ressaltando-se que isso se deu um ano após ter declarado o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário. Tal decisão deixa transparecer uma incongruência quanto à posição institucional da Corte.

Por fim, com respaldo em todo o exposto, observa-se que somente juízes podem restringir a liberdade humana. Segundo o artigo 5º da Constituição, incisos LIV “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal [...]”; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória[...]; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e

⁸ Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP)* não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 (BRASÍLIA, 2016a,b).

fundamentada de autoridade judiciária competente [...]”, ou seja, somente se encarcera por meio da chancela do Judiciário (BRASIL, 1988) que se concretiza por meio do processo de criminalização, o qual se iniciou com a atividade legislativa que faz nascer o crime. Após a atividade policial e atuação dos aplicadores do Direito, se legitima todo processo anterior pelo juiz (ZAFFARONI, 2011, p. 69).

Nesse sentido, o que se percebe é que a superlotação, a tortura e a violência são resultado da história, de crises, das omissões e excessos dos poderes da União, mas a produção dessas violências são mantidas, em especial no interior das relações jurídicas concretas e observáveis, pois toda vez que não ocorre inspeção judicial no interior das penitenciárias ou não as detecta é dessa omissão que se permite que o estado de tortura e violência se instale. É de todo decreto de prisão que não atentou para a possibilidade de aplicar uma pena alternativa, que se produz o encarceramento sem uma pena definitiva. É de toda vez que se negou a liberdade diante de conhecidas e notórias violação de Direitos que nasce o encarceramento em massa (GIORGI; VASCONCELOS, 2018, p. 490).

4 ANÁLISE DE DADOS E ENCAMINHAMENTOS DO JUDICIÁRIO APÓS A ADPF 347/STF

Após os argumentos tecidos anteriormente, o presente artigo volta-se a analisar o estabelecimento, no Judiciário, das determinações cautelares proferidas pelo STF na MC/DF ADPF 347 e a atividade do Judiciário brasileiro, no âmbito penal, após o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.

Para tanto, foi necessário o estudo dos dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sob a presidência da ministra Carmem Lucia. A finalidade é complementar o estudo, verificando como está sendo posta em prática a decisão cautelar no que diz respeito às medidas direcionadas ao Judiciário, bem como verificar como a atividade judicial da magistratura brasileira, no âmbito penal, vem se direcionando após o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.

Com a finalidade de organizar o estudo, proceder-se-á à divisão deste item em dois subitens, os quais analisarão os encaminhamentos que o Judiciário procedeu para o cumprimento da decisão do STF tendo como foco as Varas de Execuções Penais no Brasil; a instituição das audiências de custódia no Brasil até 2017; em atenção à resolução do CNJ, ao artigo 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e artigo 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, bem como verificar se os juízes e tribunais estão dando preferência à aplicação de medidas cautelares e alternativas à privação de liberdade conforme o artigo 319 do Código de Processo Penal.

4.1 A Instituição das Audiências de Custódia no Brasil até 2017:

Alínea “b” da Decisão Cautelar da ADPF 347 e os Presos Sem Condenação

Conforme analisado no decorrer do trabalho, uma das medidas que o STF determinou ao Judiciário brasileiro foi a necessidade de se realizar audiências de custódia no país. Em cumprimento ao exposto, o CNJ as regulamentou pela Resolução nº 213/2015, a qual vem sendo objeto de diversos estudos e pesquisas.

Com a finalidade de compreender a instauração de tal medida destaca-se que o CNJ procedeu relatório sistematizado com informações que compilavam os principais dados extraídas do banco de dados do Sístac – Sistema de Audiências de Custódia – com vistas a compreender o grau de expansão do instituto às Comarcas do interior, bem como de detectar o número de Comarcas em que houve registro de audiências de custódia no ano de 2017 e em quais delas nenhuma audiência foi realizada (BRASIL, 2017, p. 5-6).

Com base nos dados, o número de Comarcas no Brasil compreende um total de 2.885. Destas, 1.019 estão realizando audiências de custódia, o que corresponde a 35,3%. Por outro lado, observa-se que 1.866, até 2017, não estavam realizando audiências de custódia, o que perfaz o percentual de 64,68%. Das Comarcas que estão realizando audiências de custódia, 75 realizaram audiências aos finais de semana, 292 realizam a audiência em até 48 horas da prisão e, conforme dados do CNJ, no ano de 2017 foram realizadas 161.409 audiências de custódia (BRASIL, 2017, p. 7).

Com o intuito de se aferir a aplicação do instituto em estudo, deve ser estabelecida a relação entre o número total de prisões e o número de audiências de apresentação. Com base nas últimas edições do relatório Infopen, o número de entradas no semestre analisado gira em torno de 250 novos presos no sistema, o que permite considerar que a cada ano ingressam no país de 60% a 80% novos presos em relação ao número

total de presos (BRASIL, 2017, p. 10-11). Tendo em vista tais dados, o CNJ firmou percentual do número de audiências de custódia realizadas em relação ao número total de pessoas privadas de liberdade no ano de 2017 em 665.595 pessoas e foram realizadas 161.424 audiências de custódia, o que equivale ao percentual de 4,12 (BRASIL, 2017, p. 11).

No que respeita à abrangência da execução das audiências de custódia no Brasil, de um total de 2.885 Comarcas analisadas, registrou-se, no ano de 2017, ao menos uma audiência de custódia em 1.019 Comarcas, o que equivale a 35,3% do universo analisado (BRASIL, 2017, p. 8).

Quanto ao número de presos provisórios, os quais estão sem condenação, o percentual ultrapassa 50% do total em nove Estados brasileiros. A média nacional é de 40%, de presos provisórios sem condenação, que se mantém nos últimos anos. Observa-se que apesar da modificação do CPP, artigo 319, e da resolução do CNJ que regulamenta as cautelares e as audiências de custódia, há um total de 24,72% de presos condenados em execução provisória, 35,15% de presos condenados em execução (BRASIL, 2018, p. 44).

No que diz respeito ao tipo de regime aplicado aos presos, segundo dados do CNJ, 74,09% estão em regime fechado, 24,13% em regime semiaberto e 1,76% estão em regime aberto (BRASIL, 2018, p. 44-45).

Dados apontam que houve um crescimento do percentual de presos provisórios no período de dezembro de 2015 a junho de 2016 no Distrito Federal, que passou de 21,3% para 24%; na Paraíba, que passou de 39,9% para 42%; no Rio Grande do Sul, que passou de 34,5% para 38%; em Santa Catarina, que de 23,6% passou para 36%; em São Paulo, que de 29,2% passou para 32% e em Tocantins, que de 37,8% passou para 39%. Estes dados colocam em questão a efetividade da Lei das Cautelares e das audiências de custódia para o objetivo de redução do número de presos provisórios no País (BRASIL, 2018, p. 48).

Dados gerais disponibilizados pelo CNJ, atualizados até o mês de abril de 2017, informam que o total de audiências de custódia realizadas foram de 229.634, destas, 103.669 (45,15%) resultaram em liberdade e 125.965 (54,85%) resultaram em prisão preventiva. Em 11.051 (4,81%) houve alegação de violência no ato da prisão e em 24.721 (10,77%) ocorreu encaminhamento social/assistencial (BRASIL, 2018, p. 48).

O uso em excesso de prisão provisória foi um dos temas discutidos pelos ministros em seus votos e, por estes foi pautada a necessidade de a magistratura brasileira observar a aplicação de medidas alternativas à privação de liberdade aos presos provisórios sem condenação. Assim, apesar de se tratar de um pedido cautelar indeferido, este compôs os debates no STF que direcionaram medidas à redução do estado de coisas inconstitucionais. Nesse sentido seguem-se alguns trechos dos votos de cada ministro para ilustrar o exposto.

Como se sabe, a prisão provisória, que deveria ser excepcional, virou a regra, ficando os indivíduos meses ou anos detidos, provisoriamente, sem exame adequado das razões da prisão. Banaliza-se o instituto, olvida-se o princípio constitucional da não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII) e contribui-se para o problema da superlotação carcerária. Tenho como adequado o pedido (ADPF MC/DF 347. Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 09/09/2015. Ministro Marco Aurélio, p. 19-20).

Veja Vossa Excelência: nós nos deparamos diuturnamente, nas Turmas, com prisões sem fundamentação, prisões mal decretadas e todas essas perplexidades que foram narradas na ação de descumprimento de preceito fundamental. Então, o fato de haver uma lei que obriga o juiz a motivar, que o obriga a proceder dessa maneira, não esvazia a ação de descumprimento de preceito fundamental; pelo contrário, nós estamos reconhecendo esse “estado de coisas inconstitucional”, exatamente porque os juízes não motivam, eles não fundamentam as suas prisões (ADPF MC/DF 347. Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 09/09/2015. Ministro Luiz Fux, p. 113-116).

Por tudo, presidente, essa arguição de preceito fundamental cumpre – como diz o Ministro Fux – um papel fundamentalíssimo que compete ao Supremo discutir. O ministro Gilmar Mendes tem repetido, algumas dezenas de vezes, que este é um problema nosso, porque o Judiciário manda prender, o Judiciário manda soltar, o Judiciário tem a obrigação de fiscalizar, e o Judiciário é o responsável da pessoa sob a sua guarda. Portanto, é preciso haver uma grande transformação. Não sei como isso se faz, sei apenas que não há milagre a ser feito nessa área – e eu não faço milagre, faço Direito (ADPF MC/DF 347. Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 09/09/2015. Ministro Cármen Lúcia, p. 126).

Na Turma, temos feito essa observação, a despeito de todo o novo aparato do artigo 319, do Código de Processo Penal, os juízes sequer prestam atenção a essa disposição e, talvez, um pouco por conta da cultura da prisão provisória que precisa de ser modificada (ADPF MC/DF 347. Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 09/09/2015. Ministro Gilmar Mendes, p. 126).

Acompanho Sua Excelência o relator, entendendo, inicialmente, que é perfeitamente válido, *data venia*, acolher a cautelar solicitada no item “a”, determinando-se aos juízes que lancem uma argumentação mais sólida relativamente à manutenção da prisão provisória, explicitando por que não adota as medidas cautelares. Até porque o art. 312 foi modificado pela Lei 12.403/2011, ou seja, há muito tempo já, e os juízes vêm procedendo como se essa alteração não tivesse existido, determinando prisões provisórias em termos abstratos, com base no art. 312 de nossa Carta Magna. Trata-se, como disse o ministro Luiz Fux, de uma medida pedagógica importante de caráter didático, que deve ser mantida (ADPF MC/DF 347. Supremo Tribunal Federal. Julgamento em 09/09/2015. Ministro Ricardo Lewandowski, p. 178).

Ante os trechos colacionados, é possível constatar que o STF detectou como uma das causas do estado inconstitucional das prisões a ação do Judiciário no excesso de aplicação de prisões provisórias. O STF, contudo, optou por não dirigir ações capazes de catalisar o debate e reduzir o estado de violação a este órgão, mas voltou seus esforços a outros órgãos, o que reforça que o enfrentamento das questões se deu de forma fantasiosa, pois desviou a atenção do que de fato é causa.

Por fim, considera-se que apesar dos dados do Infopen, CNJ e das discussões no STF quanto ao estado de coisas inconstitucional, há ainda a necessidade de mudanças para que se atenuie tal violação no sistema penitenciário brasileiro. Quanto aos encaminhamentos dados pelo STF ao Judiciário, destaca-se que estes foram tímidos. Assim, é necessário a intensificação de esforços no sentido de efetivação plena do instituto da audiência de custódia, bem como na redução de presos provisórios.

4.2 Um Estudo nas Varas de Execução Penal

c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de **execução penal**.

e) Afirme que o **juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais** para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena.

f) Reconheça que o **juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo** de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção (Plenário – MC/DF ADPF 347, julgamento 09/09/2015, p. 9-10).

Neste momento, o estudo dirige-se às Varas de Execução Penal. A finalidade é verificar a atividade judicial após a declaração do estado de coisas inconstitucional. Observa-se que é necessário dar ênfase a essa área do Direito porque cabe às varas de execução penal fiscalizar a legalidade das medidas penais aplicadas à população carcerária, bem como dar seguimento à ação executando a pena. Por essas razões, a petição inicial da ADPF 347 direcionou medidas judiciais aos juízes da execução penal, contudo tais pedidos foram indeferidos pelo STF (BRASÍLIA, 2015, p. 209-210).

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria em (...) indeferir as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que as deferiam; em indeferir em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, em indeferir a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos (BRASÍLIA, 2015, p. 4).

Destaca-se que o objetivo precípuo deste item é perscrutar os encaminhamentos realizados pela magistratura brasileira, especificamente nas Varas de Execução Penal, a partir de dados levantado pelo CNJ. Para tanto, se aferiu quais os padrões organizacionais das unidades jurisdicionais como competência à execução o penal no Brasil, a quantidade de Varas e juízes, verificar os tipos de execução em tramitação no Brasil até 2017 e por fim detectar os regimes adotados nas sentenças do ano de 2017.

Salienta-se que este levantamento representa um recorte que viabiliza se aprofundar a partir de uma questão, uma vez que se refere unicamente às Varas de competência de execução penal. Conforme dados, foram verificadas a existência de 132 Varas com competência exclusiva, 939 Varas com competência cumulativa e 1.027 Varas únicas, que entre suas atribuições estão incluídas àquelas relativas à execução penal. Assim, a quantidade de Varas que realizam execução penal no país corresponde a 2.098 (BRASIL, 2017, p. 10, 25).

Voltando a atenção às 132 Varas de competência exclusiva em execução penal no Brasil, dados apontam que nestas há um total de 195 juízes. Deste total, 38 acumulam atividades na Vara de Execução com outras tarefas. Assim, o percentual de juiz por Vara é de 1,49 (BRASIL, 2017, p. 14).

Quanto ao número de processos distribuídos e em tramitação por tipo de execução observa-se que no ano de 2015 havia 332.593 processos distribuídos para execução sob o tipo de prisão em privativa de liberdade, o que representa 81% dos processos distribuídos no ano referente. Em 2016 houve 306.000 processos distribuídos para execução sob a forma de privação de liberdade, o que continua a representar o percentual de 81% dos processos distribuídos no ano referente (BRASIL, 2017, p. 15).

Quanto ao número de processos de execução penal distribuídos em 2015 em que não havia privação de liberdade houve 79.906, o que corresponde a 19% dos processos distribuídos. Em 2016 o número de processos em execução penal, em que não havia privação de liberdade, era de 71.810 o que representa 19%, ou seja, os percentuais se mantiveram de um ano para ao outro (BRASIL, 2017, p. 15-16).

No ano de 2017, segundo dados do CNJ, havia 537.915 pessoas sentenciadas. Seguindo a análise dos dados, contudo, a partir da perspectiva do regime adotado às pessoas, o número de sentenciados no regime fechado foi de 268.822, no semiaberto 128.581, na prisão domiciliar sem monitoramento eletrônico 84.095, no livramento condicional 26.545, na casa de albergado sem monitoramento eletrônico 22.958 e com monitoramento eletrônico 1.284 (BRASIL, 2017, p. 20).

Observa-se que outra medida discutida pelo STF na decisão cautelar em estudo diz respeito à necessidade de realização de mutirões com a finalidade de aferir possibilidade de comutação de pena, aplicabilidade de indultos e verificação nos processos se havia pessoas que já cumpriram a pena, mas ainda continuavam no cárcere.

Nesse sentido, segundo o CNJ, das Varas de Execução Penal analisadas, 102 não realizaram mutirão de indulto ou comutação de pena, o que corresponde a 78% das Varas estudadas, e 29 realizaram, o que corresponde a 22%. Entre as pessoas que foram beneficiadas com indulto ou comutação de pena, 55% foram alcançadas pelo instituto do indulto e 42% com comutação de pena (BRASIL, 2017, p. 21-22).

Caminhando para o fim da demonstração de dados sistematizados pelo CNJ no campo das Varas Execução Penal no Brasil, é importante salientar que com base nos dados, observa-se que para a instituição e cumprimento da decisão cautelar na ADFP 347 é preciso observar que a realidade da execução penal no Brasil impõe obstáculos que precisam ser sanados. É exemplo do exposto a disparidade de número de processo por juiz, pois cada magistrado da execução penal, em média, é responsável por 4.397 processos (BRASIL, 2017, p. 25).

Há, contudo, variações do número de processos por juiz, que por vezes se mostra desigual. Por exemplo, existem Varas em que 4 juízes acompanham 48.089 processos, o que representa cerca de 12.022 processos por juiz. Há outras Varas em que 2 juízes são responsáveis por 4.877 processos, o que representa cerca de 2.438 processos por juiz, ou, ainda, há Varas nas quais juízes cuidam de 27.135 processos (BRASIL, 2017, p. 25).

Por fim observa-se que o cenário brasileiro no âmbito da execução penal tem 717 estabelecimentos penais sob a supervisão das 132 Varas. Esses estabelecimentos estão sendo acompanhados 629.733 presos, dos quais 599.841 são homens e 29.892 são mulheres. Vale observar que o número de estabelecimentos penais por Vara também varia consideravelmente. Embora em média haja cinco estabelecimentos penais por Vara, nos dados do CNJ há registro de Vara responsável por 50 estabelecimentos penais e há outras responsáveis por 1 ou nenhum estabelecimento penal (BRASIL, 2017, p. 26).

Nesse contexto, com base no cenário apresentado pelos dados, há situações que podem dificultar a prática pelo Judiciário das direções dadas pelo STF na ADPF 347 para amenizar o estado de coisas inconstitucionais reconhecido pelo Supremo.

5 CONCLUSÃO

Os dados colacionados no decorrer do trabalho indicam que o problema central no cárcere é o estado de superlotação, pois deste decorre toda ineficiência na concretização de direitos mínimos. A pesquisa demonstra que a manutenção e aprofundamento de violações nascem daqueles que os chancelam, que fazem uso arbitrário da prisão provisória, que criam argumentos jurídicos, a partir da ponderação de princípios, para legitimar o encarceramento antes do trânsito em julgado, o que inclusive está em contrariedade com previsão expressa na Constituição.

À vista disso, se extrai que no Direito na contemporaneidade abandonou o modelo de legislador negativo, passando a atuar como principal protagonista na produção de efeitos positivos sobre a realidade social. O neoconstitucionalismo foi politizando e transformando o papel dos juízes, os quais passaram a ter legitimidade e ser corresponsáveis, para além do dizer o Direito, por fazer construções que não nascem da tradicional atuação que recaía ao Judiciário.

Por fim, percebe-se que o instrumento jurídico criado “estado de coisas inconstitucional” foi usado no caso em tela como desvio argumentativo, uma vez que as organizações do Direito são as primeiras a produzir o estado de inconstitucionalidade e apesar do exposto, poucas ações foram dirigidas a atender essa questão, que apenas demandaria ações voltas a sua própria estrutura.

Também destaca-se que a análise de dados demonstra que o Judiciário se mantém fazendo uso exacerbado de prisões provisórias de pessoas sem condenação, bem como encontra dificuldades práticas para proceder à fiscalização mais eficiente no cumprimento de pena na fase de execução.

Ressalta-se que o STF apontou que o estado de coisas inconstitucional decorre de construções históricas, sociológicas e políticas, bem como de ações e não ações dos três poderes, contudo, apesar de este ter detectado o excesso de prisões provisórias aplicadas pelo Judiciário, o STF designou vários encaminhamentos aos outros poderes e apenas determinou a prática das audiências de custódia ao Judiciário.

Apesar da importância da medida determinada, no que diz respeito às audiências de custódia, o presente estudo permitiu-nos concluir que o estado de coisas inconstitucional nasce do estado de superlotação. E a existência do estado de superlotação nos cárceres brasileiros mantém-se em razão da aplicação do Direito, do dizer o Direito dessas pessoas, especialmente em razão da aplicação de encarceramento a presos provisórios não condenados.

Por tais razões, ainda que haja maiores investimentos e criação, pelo Legislativo, de leis com medidas alternativas ao encarceramento, se o Judiciário mantiver a aplicação de excessos nas prisões, manter-se-á o “*status quo*”. Isso posto, é necessário que o protagonista em legitimar o estado de encarceramento observe a racionalidade legal, sujeitando-se à contenção legal.

6 REFERÊNCIAS

- BRASIL. Congresso Nacional. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Editora Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. 2009. p. 620. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 10 set. 2018.
- BRASIL. *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*. Promulgado pelo decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 12 dez. 2018.
- BRASIL. Brasília. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Depen. Jun. 2016. Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional – Depen. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 12 out. 2018.
- BRASIL. Infopen Mulheres. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional – Depen. Junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2018.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2018.
- BRASIL. *Relatório de expansão das audiências de custódia no ano de 2017*. p. 294. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/2178b9a11524106a0d04ea673839242a.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. *Relatório analítico propositivo* – políticas públicas do poder Judiciário – audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Conselho Nacional de Justiça. 2018, p. 306. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. *Diagnóstico Veps Junho 2017*. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/7876afd7a270c1d26c331dd554d17f18.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASÍLIA. *Decisão cautelar na ADPF/DF nº 347 no Supremo Tribunal Federal-STF*. 2015, p. 7. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312067308&ext=.pdf>. Acesso em: 2 out. 2018.

BRASÍLIA. *Ação Declaratória De Constitucionalidade nº 43*. Distrito Federal. Relator: ministro Marco Aurélio. Supremo Tribunal Federal-STF. 2016a, p. 30. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43EF.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASÍLIA. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 44*. Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Supremo Tribunal Federal-STF. 2016b, p. 22. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2019.

CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Devemos temer o estado de coisas inconstitucional?* Conjur. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em: 15 out. 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela 025*. 2004. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Unificación 559*. 1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

COLÔMBIA. *Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas*. Estado de Cosas Inconstitucional (ECI)-Sentencia T-025. 2018. Capítulo 6. Disponível em: <https://repository.oim.org.co/bitstream/handle/20.500.11788/975/Capitulo%2006.pdf?sequence=10&isAllowed=y>. Acesso em: 9 set. 2018.

GIORGI, Raffaele de; VASCONCELOS, Diego de Paiva. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa. *Revista de Direito Práxis Dossiê Questões Amazônicas*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2018, p. 480-503. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2179-89662018000100480&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 11 nov. 2018.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 31.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. La Figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, Universidad de Cartagena, v. 3, n. 1, p. 69-80, 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/revista/21880/A/2011>. Acesso em: 11 dez. 2018.

OMMATI. José Emílio Medauar. De legislador negativo a legislador positivo: as sentenças intermediárias no controle de constitucionalidade brasileiro. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 80, p. 55-68, maio/ago. 2016.

RAMÍREZ, Mateo Gómez. El estado de cosas inconstitucional análisis de los motivos de la corte constitucional para su declaración. *Universidad Pontificia Bolivariana Escuela de Derecho y Ciencias Políticas Facultad de Derecho Medellín*. 2010. Trabajo de grado para optar al título de Abogado, p. 61. Disponível em: <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/83/TRABAJO%20DE%20GRADO.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 out. 2108.

REVORIO. Francisco Javier Díaz. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado Europeo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 61, enero/abr. 2001, p 81-130. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/24884176?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 11 dez. 2018.

SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1995. p. 312.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Conjur*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 15 out. 2018.

SOUZA. Luiz Henrique Boselli de. Sentenças Aditivas na jurisdição constitucional. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo ESMP-SP*, v. 3, p. 99-117, 2013. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77. Acesso em: 1º ago. 2018.

VASCONCELOS, Diego de Paiva. A (dis)funcionalidade do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI); estrutura da decisão e os limites funcionais do direito. *Revista Conpedi Law Review*, Braga – Portugal, v. 3, n. 2, p. 285-306, 2017. Disponível em: <http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/view/480>. Acesso em: 11 out. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral I. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 658p.

UMA ANÁLISE ECONÔMICA DA SOCIALIDADE NOS CONTRATOS PRIVADOS RELACIONAIS

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.251-266>

Recebido em: 8/3/2019

Modificações requeridas em: 8/6/2019

Aceito em: 21/6/2019

Sandro Crispim Gonçalves Nóbrega Magalhães

Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa. <http://lattes.cnpq.br/0083040071262177>. <https://orcid.org/0000-0001-9975-9356>. sandrocgnm@gmail.com

Humberto João Carneiro Filho

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Faculdade de Direito do Recife (Ufpe). Advogado. <http://lattes.cnpq.br/3384917281390006>. <http://orcid.org/0000-0003-3810-9522>. humbertocarneiro@gmail.com

RESUMO

O presente artigo visa a explicar a importância de estimular uma socialidade nos contratos relacionais, tomando por base a Análise Econômica do Direito (AED). Apesar de atribuir-se a Richard Posner a divulgação da AED, percebe-se que foi com Ronald Coase, em 1960, quando da publicação de *The problem of the social cost*, que o tema ganhou mais relevância, principalmente pela aferição da geração recíproca de efeitos prejudiciais próprios da exploração das atividades produtivas. Nesse sentido, deve-se buscar a diminuição dos custos transacionais endógenos e valorizar a autocomposição e decisões legislativas e/ou judiciais aptas a produzir mais-valia e, conseqüentemente, desenvolvimento sustentável. Para compreender a temática posta, é necessário analisar sistemáticas negociais clássica, neoclássica e de longa duração e algumas das espécies contratuais, bem como ponderar sobre entropias negociais e gestão de risco. Para tanto, utiliza-se uma abordagem exploratória por meio do método dedutivo, tudo por intermédio de uma pesquisa qualitativa bibliográfica e videográfica.

Palavras-chave: AED. Socialidade. Contrato relacional. Mais-valia. Desenvolvimento.

AN ECONOMIC ANALYSIS OF SOCIALITY IN RELATIONAL PRIVATE CONTRACTS

ABSTRACT

This article aims to explain the importance to encourage the sociality in a kind of long term contracts, based on the Economic Analysis of Law - LAE. Although Richard Posner was credited as the author of the LAE, it earned more relevance in 1960, as of the publication of *The problem of the social cost*, that was written by Ronald Coase, that examined the reciprocal harmful effects that happens by the exploitation of productive activities. In this view, is necessary to look to mitigate endogenous transactional costs, to promote self-composition and legislative and/or judicial decisions able to foment surplus value and, consequently, sustainable development. To understand the current theme, we must study classical, neoclassical and long term contractual systems, some species of contracts, as well as the business entropies and the management of risks. For that, an exploratory approach is used, through deductive method, all per a qualitative bibliographical and videographical research.

Keywords: LAE. Sociality. Relational contract. Surplus value. Development.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A socialidade em *The Problem of Social Cost* de Ronald Coase. 3 Distinção entre Contratos Tipo, de Adesão e Relacionais. 3.1 Contratualização Clássica, Neoclássica e Relacional. 3.2 Espécies Contratuais Tipo, de Adesão e Relacional. 3.3 Estandarização dos Instrumentos Contratuais. 4 Análise Econômica nos Contratos Privados Relacionais: Entropias e Gestão de Riscos nas Incompletudes. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A (re)interpretação da Ciência Jurídica sob uma ótica integralizada, visualizada, mais proeminentemente, em Ronald Dworkin, possibilitou significados inúmeros ao texto legal (FERNANDES, 2014, p. 194-198). Inspirado também nesse padrão ideológico (conjugado com o do realismo), desenvolveu-se a Análise Econômica do Direito – AED – de Richard Posner (*Law and economics – LAE, Law and development*; ou, ainda, *Law and Finance*), que consiste em um enfoque¹ jurídico voltado ao legislador e ao aplicador do Direito.²

Encontram-se normas de teor *jus*-econômico quando da interpenetração nos cânones da eticidade, socialidade e operabilidade, no tocante aos direitos de propriedade, posse (e.g. as usucapiões dos §§3º e 4º, artigo 1.228, do CC/02), contratos, responsabilidade, etc.³

A deixar de lado, por aspectos didáticos, a importância da AED em outros institutos não exatamente cíveis contratuais (usucapião *sui generis*,⁴ contribuição de melhoria, princípios ambientais, defesa da concorrência, judicialização da saúde pública, desapropriação por zona, créditos de carbono, seguridade social, perda do tempo produtivo, intervenção direta do Estado na economia, Teoria do Desestímulo, etc.), o presente artigo busca preparar, galgado em uma metoditização econômica, o exame dos aspectos relacionados à utilidade, mais-valia social, ou seja, ao valor excedente (*surplus value*⁵) nos contratos relacionais, e pontuar também sobre uma gestão jurídica de riscos negociais com base, inclusive, na funcionalização das estruturas jurídicas.

Segundo Maria Paula Reis Vaz Freire (2015), as concepções econômicas do Direito têm escopo na eficiência e na justiça social e na diminuição de custos de transação, ao reconhecer que o valor de um bem se diferencia do de toda a operação. Assim, na AED aproveita-se, mais adequadamente, as liberdades volitivas (autonomias da vontade e privada) por meio da ponderação de ideias quantitativas e qualitativas referentes a dados econômicos, culturais e sociais, bem como alusivos aos comportamentos estratégicos dos agentes negociais (e de terceiros). É o Direito a estabelecer diálogo com a microeconomia (PORTO, 2013, *passim*).⁶

Nesse sentido, para o presente trabalho a AED, *per se*, não aborda a predileção por sistemas econômicos capitalistas ou planejados,⁷ sendo desaconselhável se imiscuir em estultificantes ortodoxias postas aprioristicamente, mantendo-se certa objetividade na pesquisa jurídica, apesar do tônus crítico-material que envolve a temática.

Amartya Sen (2009, p. 55) explicou a relevância mercadológica do aproveitamento das oportunidades por meio das comodidades dispostas aos sujeitos, cujos intitamentos econômicos vão se constituir (ou serem desconstituídos) com supedâneo nas características do desenvolvimento econômico, conjugado às liberdades.

¹ Sobre tal natureza jurídica, Cf. VANOSSO, 2008, p. 90.

² Merece nota esclarecer que “Coase did pioneering work on the ways in which transaction costs and property rights affect business and society. In his most influential paper, ‘The Problem of Social Cost’ (1960), he developed what later became known as the Coase theorem, arguing that when information and transaction costs are low, the market will produce an efficient solution to the problem of nuisances without regard to where the law places the liability for the nuisance. (ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, 2018).

³ Como exemplo dessa interpenetração, no que se refere ao direito de propriedade, tem-se a delimitação da necessidade de escrituração pública como essencial, via de regra, à validade dos negócios jurídicos sobre direitos reais, a demonstrar a opção legislativa por segurança jurídica por meio da publicização de negócios privados imobiliários; é o que se desprende do teor do art. 108 do Código Civil, que lança uma gestão “*ex ante*” de riscos negociais. Sem embargo, ainda, ao conteúdo que se extrai dos artigos 187 c/c o 422, do respectivo diploma normativo, a possibilitar, dentro de um mesmo fato jurídico, a aferição de responsabilidades contratuais e aquilianas.

⁴ Parte da doutrina dá outra nomenclatura e natureza jurídica – a de desapropriação judicial –, cf. Tartuce (2013, p. 129-160) e, ainda, Castilho (2010, p. 136-137). Cf. Biazus (2008), também, para uma explicação sobre a adoção de uma das respectivas terminologias.

⁵ O termo *surplus value* refere-se ao valor total do contrato, a não considerar, tão somente, a operação principal e seu objeto, mas, sim, o custo global da operação econômica, ou seja, dispêndios transacionais, logísticos, de completude negocial, etc. Para uma mais profícua compreensão, ver Loyola (2009, *passim*).

⁶ Sobre o diálogo entre o Direito e a Economia: “Há, pois, entre a Economia e o Direito uma *interação* (*sic.*) constante, não se podendo afirmar que a primeira *cause* o segundo, ou que o Direito seja mera ‘roupagem ideológica’ de uma dada forma de produção. Há, em suma, uma interação dialética entre o econômico e o jurídico, não sendo possível reduzir essa relação a nexos causais, nem tampouco a uma relação entre forma e conteúdo” (REALE, 2007, p. 21).

⁷ Para desmitificar conceitos superficiais acerca de planificação econômica, tem-se que: “Firms are like centrally planned economies, he wrote, but unlike the latter they are formed because of people’s voluntary choices. But why do people make these choices? The answer, wrote Coase, is ‘marketing costs.’” LYBRARY ECONOMICS LIBERTY, 2018.

O Código Civil de 2002, ao delimitar a socialidade da propriedade, do contrato e das regras de responsabilidade cível, trouxe – por intermédio não só de cláusulas gerais e preceitos indeterminados –, balizas economicistas que, até pouco, não eram assim propagadas, como os artigos 187, 258, 413, 421, 478, 479, 480, 715, 1.130, bem como os §§1º ao 4º do artigo 1.228, todos do Código Civil, dentre outros regramentos.⁸ É, pois, oportuno ver (e interpretar) o Direito Civil também sob termos econômicos, a fim de garantir sustentabilidade aos contratos relacionais.

No campo contratual, âmbito do presente escólio, a AED revela-se peremptória para explorar o binômio benefícios marginais *versus* custos marginais, bem como quanto às entropias negociais, que se dão em razão de vicissitudes relacionadas a oportunismos, ativos específicos e assimetrias informacionais. Isso, sem embargo à afirmação, enfrentada por Viviane Taís Azoia e Marcia Carla Ribeiro (2016, p. 5), do contrato como meio equitativo de distribuição de direitos.

Marcelo Bertoldi e Marcia Carla Ribeiro (2008, p. 729) arrematam que a prática empresarial está afeta à tônica contratual, que lhe regula os atos desde alguns aspectos inerentes aos fatores de produção (capital, mão de obra, tecnologia e matéria-prima) à abertura de uma conta bancária. É ela, a prática empresarial, que, *v.g.*, é impactada pela incidência de contratos relacionais, sendo a *franchisage* um exemplo sobre tal afirmação.

Sobre a consubstanciação do Direito Empresarial, também âmbito de interesse da AED, é pertinente explicar que a unificação formal do Direito Privado, angariada no CC/02 (Lei 10.406/02) e tentada no Projeto Inglês de Souza (em 1911), não o extinguiu, mantendo suas autonomias didática e substancial, ressalvada uma concepção absoluta do sistema jurídico. Tal raciocínio é extensível ao campo contratual (BERTOLDI; RIBEIRO, 2008, p. 38-40, 730).⁹

É necessário traçar os assuntos a serem aclarados, a fim de se garantir uma compreensão das soluções técnicas que serão difundidas adiante. Em linhas gerais, tem-se os seguintes tópicos: socialidade economicista e desenvolvimento; distinção entre contratos-tipo, de adesão, relacionais e standardizados; e, finalmente, a análise econômica dos negócios relacionais.

Enfim, a escolha de tais pontos faz-se necessária para construir uma cadeia lógica de raciocínio a partir da explicação dos institutos gerais que circunscrevem a matéria até adentrar na questão das externalidades e gestão negocial de riscos.

Ocorre que o universo econômico passou a também ser visto como ínsito ao paradigma da socialidade, porquanto é capaz de gerar mais intitamentos a partir do crescimento de riquezas e sua melhor alocação. Nessa senda, observa-se a crescente relevância do contrato como instituto de circulação de bens, direitos e deveres, sendo preciso perflustrar acerca de algumas de suas espécies e sistemáticas, para, assim, então, entendê-lo sob um viés economicista.

⁸ Os referidos artigos da codificação civil, em rol meramente elucidativo, dizem respeito, respectivamente, aos seguintes tópicos: abuso de direito; indivisibilidade obrigacional com causa econômica; redução da cláusula penal; resolução por onerosidade excessiva; modificação e preservação contratual; paradigma da função socioeconômica do contrato; indenizabilidade por perda da viabilidade econômica do contrato de agência/distribuição; recusa governamental de autorização à sociedade desprovida de função socioeconômica; função socioeconômica da propriedade, desapropriação e usucapião *sui generis*.

⁹ “A relação do Direito Comercial com o Direito Civil é tão intensa que, como se viu, várias foram as tentativas de uma unificação. Hoje existe um relacionamento bastante próximo no que diz respeito às obrigações e contratos civil e mercantis, tenho que ambos se abeberaram em uma mesma teoria geral” (BERTOLDI; RIBEIRO, 2008, p. 42).

2 A SOCIALIDADE EM “THE PROBLEM OF SOCIAL COST” DE RONALD COASE

Embora a Análise Econômica do Direito – AED –¹⁰ tenha atraído mais relevância jurídica a partir dos estudos de Richard Posner, é, anteriormente, em Ronald Coase (1960), que o tema passa a fomentar certo interesse geral nos acadêmicos e aplicadores do Direito, especialmente em 1960, a partir de *The problem of social cost*, artigo publicado no *The Journal of Law and Economics*, da Universidade de Chicago – Estados Unidos da América – EUA.¹¹

É, contudo, com supedâneo nas relativas reflexões de Coase que buscamos abordar a AED, bem como quais os valores que lhe são insertos. Para tanto, é necessário frisar que as distinções básicas existentes entre o *common* e o *civil law* não são suficientes para atravancar o estudo da AED nos países de tradição romano-germânica, seja porque caminhou-se para uma interpenetração entre os dois ou, ainda, por causa da necessidade de se avaliar a propícia conveniência de regulação estatal.¹²

Percebe-se, desde logo, o quanto a questão da socialidade¹³ é fundamental para uma profícua compreensão da temática. Ao adentrar-se no custo social das escolhas – das transações entre os sujeitos do Direito –, tem-se fim na geração de desenvolvimento socioeconômico, sem relegar, todavia, a análise fundada na pessoa humana, até mesmo porque os direitos fundamentais estão, hoje, e cada vez mais, imersos na preocupação sobre qual amanhã construiremos à(s) posteridade(s).¹⁴ O recrudescimento de uma perspectiva mais individualizadora não pode, precipuamente nesse contexto, desprezar a importância de eventual dirigismo.

Em *The problem of social cost*, como típico do direito consuetudinário, faz-se um acurado estudo sobre alguns dos ditos *restatements of the Law*; isso a partir do exame de casos julgados na Inglaterra e nos EUA. Exemplo é a *doctrine of the lost grant* (COASE, 1960, p. 14), que poderia levar-nos não ao direito de usucapir (pois seria descomedido confundir a aquisição da propriedade com o alcance de um, ou de alguns, de seus poderes residuais), mas, por que não dizer, à *surrectio* (e, conseqüentemente, à *supressio*), figuras parcelares da boa-fé objetiva.¹⁵

Embora os precedentes trabalhados por Coase¹⁶ sejam mais alusivos ao tema da responsabilidade civil aquiliana, em razão das externalidades, percebe-se não se poder enjeitar as repercussões emanadas sobre os direitos de propriedade e sobre o campo contratual.¹⁷

Além disso, é necessário afastar panoramas meramente monoculares, e, nesses termos, as externalidades negativas, *a priori*, seriam recíprocas, pois à medida que efeitos prejudiciais são lançados sobre determinado sujeito, este, ao tentar valer-se de alguma pretensão para conter o que lhe é deletério, também aflige a outrem (COASE, 1960, p. 2).

¹⁰ “De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais, e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia” (OLIVEIRA, 2014, p. 31).

¹¹ Apenas para sublinhar, foi afirmado, em trabalho publicado com Renata Menezes e Bianca Magalhães (MENEZES; MAGALHÃES; MAGALHÃES, 2018, p. 1434), que o tema *jus econômico* já foi considerado desde Joseph Schumpeter (GICO JUNIOR, 2010) ou, ainda, desde o próprio Adam Smith (VELOSO, 2013, p. 113).

¹² Uma abordagem instrutiva pode ser encontrada em brevíssimo ensaio publicado por Nuno Garoupa (2018), da Faculdade de Direito da Universidade de Illinois.

¹³ “Quanto à alegação de que o princípio da ‘socialidade’ acaba gerando a massificação e sacrificando a individualidade, componente essencial de um Código Civil, trata-se de tolice tão evidente que não merece nem comporta discussão” (REALE, 1998).

¹⁴ Trata-se do princípio da equidade intergeracional, que, “em última análise, assegura igualdade entre as gerações em sua relação com o sistema natural. Não há prioridade da geração presente em relação às futuras, que também necessitam ver assegurado um piso vital mínimo” (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPELLI, 2013, p. 68).

¹⁵ Sobre as figuras parcelares da boa-fé, ver Penteadó (2006).

¹⁶ Alguns dos *leading cases* trabalhados no referido texto são: *Sturges v. Bridgman*; *Cooke v. Forbes*; *Bryant v. Lefever*; *Bass v. Gregory*; *Webb v. Bird*; *Rex v. Ronkett*; *Attorney General v. Doughty*; *Adams v. Ursell*; *Andreae v. Selfridge and Company Ltda.*; *Delta Air Corporation v. Kersey*; *Kersey v. City of Atlanta*; *Thrasher v. City of Atlanta*; *Georgia Railroad and Banking Co. v. Maddox*; *Smith v. New England Aircraft Co.*; *Bland v. Yates*.

¹⁷ No campo da responsabilidade civil, segundo os ditames da AED, é pertinente analisar as regras de responsabilização civil subjetiva e objetiva, *compliance*, precaução, informação, nível de atividade, fator de aversão ao risco e custos de administração (BATTESINI, 2015).

A qualificação negativa ou positiva das externalidades, logo, somente pode ser otimizada sob um prisma social de custos *versus* benefícios, a ser solucionada por intermédio da autocomposição das partes, a partir das transações peculiares de mercado, ou, ainda, por meio da regulação estatal (*government regulations*), seja sob uma abordagem positiva ou normativa.¹⁸

Em todo caso, devem ser avaliados os custos de produção, negociação, renegociação, litigância e de ordenação econômica. A atuação estatal, segundo Maria Luiza Feitosa (2005, p. 70), representa um dos ditos mecanismos regulatórios heterônomos.

Para mais, com base na interpretação dos estudos de Pigou (COASE, 1960, *passim*), amplamente debatidos por Coase, tem-se defendido uma inafastável compensação dos impactos prejudiciais; no entanto tal solução não se justifica quando o custo da contrapartida gera mais malefícios do que benefícios, a exigir, dessarte, a aferição do valor social (ou desvalor) do resultado, denominados, por Coase (1960, *passim*), de *services* ou *disservices*.

No campo do direito de propriedade, por exemplo, maximizando a socialidade, afirma-se que a propriedade imobiliária não é ilimitada, salvo se puder ser removida de um lugar para o outro (hipótese em que deixaria de ser imóvel, a não ser que por ficção jurídica, mesmo que *ope legis*). É incontestável conceber tal raciocínio, seja porque nos apresenta efetiva retórica atestar que a função social não limita o direito de propriedade (a compô-lo), seja pela cogência do direito de passagem, da possibilidade de ingerência em razão do dano infecto, etc.¹⁹

A esse respeito, se o direito de propriedade, como dito, é limitado, não se pode falar em direito absoluto a fazer com que alguém deixe, por exemplo, de poluir. Tal raciocínio, aliás, revela-se importante ao Direito Empresarial, basta que se aperceba os fatores de produção como “prerrogativas” (direitos) autônomas.²⁰

Quanto aos contratos, âmbito de nosso atual e mais específico interesse, Coase (1960, p. 8) já o introduz, mesmo que implicitamente, como uma das vias antecedentes ao reconhecimento da responsabilidade civil, isto porque é fator considerável (embora não seja o único) ao incremento das transações de mercado, tão imprescindíveis à expansão da eficiência²¹, que é – uma das, senão – a pedra de toque da AED.

É nessa linha que Fernando Araújo (2007, p. 18), da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, afirma: “o contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto (ou governação) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses”.

Ocorre que as negociações e/ou renegociações contratuais, mediante uma prognose dos efeitos nocivos, pode diminuir muitos dos custos de transação e afastar a responsabilidade cível por meio, e.g., do pagamento prévio (e consensual) de compensações por externalidades, e melhor atender os ditames dos custos sociais de produção, isso porque é capaz de gerar (mais das vezes, porém não sempre) desenvolvimento sustentável, a mitigar, por exemplo, elevadas despesas de litigância e/ou regulação estatal.²²

¹⁸ Acerca de tais abordagens, ver Ribeiro; Campos (2012, p. 314).

¹⁹ Para ler a asserção original: “The rights of a land-owner are not unlimited. It is not even always possible for him to remove the land to another place, for instance, by quarrying it. And although it may be possible for him to exclude some people from using “his” land, this may not be true of others. For example, some people may have the right to cross the land. Furthermore, it may or may not be possible to erect certain types of buildings or to grow certain crops or to use particular drainage systems on the land. This does not come about simply because of Government regulation. It would be equally true under the common law. In fact it would be true under any system of law. A system in which the rights of individuals were unlimited would be one in which there were no rights to acquire” (COASE, 1960, p. 44).

²⁰ Veja, “if factors of production are thought of as rights, it becomes easier to understand that the right to do something which has a harmful effect (such as the creation of smoke, noise, smells, etc.) is also a factor of production. Just as we may use a piece of land in such a way as to prevent someone else from crossing it, or parking his car, or building his house upon it, so we may use it in such a way as to deny him a view or quiet or unpolluted air. The cost of exercising a right (of using a factor of production) is always the loss which is suffered elsewhere in consequence of the exercise of that right—the inability to cross land, to park a car, to build a house, to enjoy a view, to have peace and quiet or to breathe clean air” (Ibid.).

²¹ “No campo do direito privado, três noções se tornam particularmente recorrentes: eficiência, falhas de mercado e monopólios. Articuladas em duas antigas sedes (o direito dos contratos e o direito societário, já identificado com o direito empresarial) e no âmbito de uma disciplina nascente (o direito antitruste), essas noções marcaram os primeiros passos de um movimento que, a partir de Chicago (e em seguida de New Haven), passou a ser chamado de Análise Econômica do Direito” (SILVA FILHO, 2014, p. 125).

²² Coase (1960, p. 16) pontua *in verbis*: “In these conditions the initial delimitation of legal rights does have an effect on the efficiency with which the economic system operates. One arrangement of rights may bring about a greater value of production than any other.”

É interessante, ainda nessa linha, notar que Coase (1960, p. 16) atribui ao contrato, notadamente ao societário (ou ao estabelecimento dos peculiares esquemas societários), uma lógica galgada na diminuição dos custos produtivos (e maximização da eficiência), uma vez, pois, indene de dúvidas, que a natureza jurídica do contrato está imersa no domínio da valoração econômica. Nesse contexto, dada a complexidade das relações mercadológicas, expõe-se sobre a natureza contratual relacional.²³

3 DISTINÇÃO ENTRE CONTRATOS TIPO, DE ADESÃO E RELACIONAIS

3.1 Contratualização Clássica, Neoclássica e Relacional

Para Feitosa (2005, p. 62), os contratos são estruturados (e reestruturados) em conformidade com os esquemas clássicos,²⁴ neoclássicos²⁵ e relacionais, e aí não se pode menoscar o que de bom cada modelo trouxe ao Direito.

Nota-se que o entendimento sobre tais concepções é dado a partir da apreensão de uma maior ou menor emancipação das partes quanto à fixação das cláusulas contratuais, ou seja, por meio da análise da intervenção estatal nas liberdades volitivas.

No pensamento dito “clássico”, parte-se do enaltecimento (hiperbólico) das liberdades, a não se admitir a exagerada atuação do poder público no direito privado, no sentido de refrear as prerrogativas dispostas aos sujeitos da relação contratual.

Sem embargo, errônea é a crítica que se faz ao “classicismo” iluminista quando da suposta ausência de alguma regulação estatal sobre os contratos, pois afronta-se, assim, a consubstanciação do próprio positivismo jurídico, a inviabilizar, por exemplo, a delimitação de uma teoria geral (dos contratos) em plano legislativo. Tal raciocínio, conclui-se, seria mais condizente com o direito consuetudinário embora nem a ele se aplique perfeitamente, tendo em vista a delimitação de *restatements of the Law of contracts*, a partir da construção de decisões paradigmáticas de observância obrigatória.

O que há no período clássico, notadamente do século 19, é o superdimensionamento dos valores privados,²⁶ a desamarrear supostas mordças públicas, próprias ainda de uma tradição feudal, do pertencimento medieval, embora o conceito de público – como o conhecemos hoje – seja deveras incipiente em tal período, mediante consolidação de institutos jurídicos abalizadores de liberdades particulares desvigiadas. Nesse sentido,

A busca implacável de que o indivíduo, com sua vontade e seus direitos subjetivos, deveria ser posto acima da coletividade e do interesse comum, estava alicerçada, regra geral, pela grande maioria dos Estados e seus respectivos ordenamentos jurídicos e econômicos, assim, a tendência era de uma grande disparidade social e uma segregação econômica. Neste vagar, os sistemas legislativos casuísticos ganharam relevo com a presunção do legislador em regulamentar toda e qualquer situação da sociedade, engessando, por vezes, o Poder Judiciário e a atividade dos magistrados, buscando a tão aclamada segurança jurídica e o dogma do *pacta sunt servanda* como *standart* do direito romano e das codificações subsequentes (SCRAMIN NETO; FERREIRA, 2013, p. 56).

²³ “But where contracts are peculiarly difficult to draw up and an attempt to describe what the parties have agreed to do or not to do (e.g. the amount and kind of a smell or noise that they may make or will not make) would necessitate a lengthy and highly involved document, and, where, as is probable, a long-term contract would be desirable...” (Ibid.).

²⁴ “O período clássico, marcado pela idéia de sistematização das regras jurídicas e pelo surgimento no campo jus-positivo do constitucionalismo e das codificações civis (com destaque para o *Code Napoléon* de 1804 e para o código civil alemão de 1896, o célebre BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*), é representativo dessa atitude genérica de precaução contra as possibilidades de danos que viessem a ocorrer no curso da execução contratual” (FEITOSA, 2005, p. 68)

²⁵ “No entanto, a partir de meados do século passado, as necessidades de racionalização, planejamento, rapidez e eficácia dos negócios conduziram à sistematização de uma prática contratual padronizada, estandardizada, capaz de se ajustar à produção e à distribuição também *standards*” (Ibid., p. 69).

²⁶ Em modernidade líquida (BAUMAN, 2001, *passim*) vê-se a questão pública voltar a ser trespassada por questões privadas, tal fenomenologia não é somente concernente aos aspectos mais íntimos da pessoa humana (aí sim uma novidade da época atual e vindoura), mas, também, e muito, em detrimento da cultura de consumo.

À vista disso, a majoração das liberdades subjetivas (de contratar e de eleger o objeto do contrato – autonomias da vontade e privada) não deve ser caracterizada só por uma letargia estatal, até pela proscricção a uma proteção insuficiente quanto aos aspectos positivos da atuação pública, no sentido de uma inteligência que vai além do (apenas) abstencionismo, (que foi) tão espargido em relação aos direitos civis e políticos. Tem-se, então, que o projeto clássico é *“assinado pelo voluntarismo e pelo respeito quase incondicional aos postulados da autonomia da vontade e da liberdade de contratar”* (FEITOSA, 2005, p. 62).

No que concerne à concepção neoclássica, parte-se de uma evidenciação das intervenções estatais como consubstanciadas da segurança jurídica, no sentido de valer-se de uma função social dos contratos com lastro na contenção da ruptura dos sinalagmas contratuais, que ocorrem a partir da exploração indevida da posição dominante, tudo isso como corolário, por exemplo, de oportunismos na fixação de contratos de adesão com cláusulas abusivas. É o estado como regulador privado (FEITOSA, 2005, p. 70).

No neoclassicismo há uma influência das ideias oriundas do estado social de direito(s) (comunitarista), no afã de uma maior planificação normativa. Se, por um lado, essa “metodologia” abalizou o avanço que representa o paradigma da socialidade, por outro minorou as liberdades econômicas e, embora represente avanço, é insuficiente, ainda, a uma acurada concepção de desenvolvimento sustentável, a engessar, não poucas vezes, os agentes de mercado, isto é, as relações privadas mercadológicas, quando da débil percepção dos vetores econômicos.

É, todavia, importante ressaltar que essa socialidade é encetada como uma reação aos desmandos da quadra liberal, a partir dos estropícios do industrialismo, que, inclusive, culminaram na bestialidade em que mergulhou o mundo em meados do século 20.²⁷

Nesse meio tempo, os imperativos neoclássicos legitimaram-se na massificação das relações contratuais, também advindas das rápidas transformações comerciais que exigiram a formulação de contratos com cláusulas uniformes a fim de melhor urdir a prestação de serviços básicos e financeiros à população, contratos cativos (ASSIS NETO; DE JESUS; DE MELO, 2013, p. 912-916).

Por fim, engendrada em detrimento da velocidade da economia global, que permitiu, ante o fenômeno de globalização (social, econômica, cultural e jurídica), uma percepção do contrato como *“disciplinador mas também como produtor do risco”* (FEITOSA, 2005, p. 64), emerge uma concepção relacional de contratos, que se perfaz ante a necessidade de constante rediscussão das cláusulas contratuais dispostas e predispostas, isso no intuito de aprimorar a gestão de riscos inerentes à contratação.²⁸

Sobre a álea, fala-se de uma nova tipologia de riscos, a definir, em linhas gerais, ameaças de crédito, de mercado, jurídico-legais, operacionais, técnicas e globais (FEITOSA, 2005, p. 64-67). Não é objetivo do presente artigo, entretanto, abordar, detalhadamente, tais fenomenologias, mas, sim a(s), metamorfose(s) que gera(ram) na teoria dos contratos.

Essa lógica de riscos está espargida na concepção das sociedades empresariais, pois contratos societários são, por essência, relacionais, inclusive quando se aquiesce que a empresa é uma planificação econômica simplificadora das relações mercadológicas (COASE, 1960, p. 16). Vejamos pois:

A empresa é essencialmente uma atividade de risco econômico. Embora seja desnecessário descer a maiores explicações sobre esta afirmação, dada sua notória comprovação, ela é importante, pois é a partir deste postulado fático e jurídico que se pode construir o raciocínio a ser exposto. O risco de insucesso inerente à empresa

²⁷ “A valente defesa da comunidade e a tentativa de restaurar sua posição negada pelos liberais dificilmente teriam acontecido se não fosse pelo fato de que os arreios com os quais a coletividade ata seus membros a uma história conjunta, ao costume, linguagem e escola, ficam cada vez mais esgarçados a cada ano que se passa” (BAUMAN, 2001, p. 194).

²⁸ “A presente conjuntura, marcada, por um lado, pelo ressurgimento de elementos importantes do subjetivismo contratual e, por outro lado, pela reação institucional tendente à preservação dos motivos que autorizam o procedimento interventivo externo (objetivação contratual) em setores específicos da contratação, permite que se vislumbre no interior do enquadramento discursivo algumas circunstâncias reveladoras do panorama atual dos acordos. Nesse sentido, interessa-nos destacar, para além da relativização do elemento voluntário e intencional da declaração, as formas renovadas de produção de risco e os novos modos de gestão dos riscos engendrados no curso da relação contratual. É, portanto, nos limites da ambivalência acima encetada que se volta a pôr em relevo a ideia de risco, em perspectiva paradigmática, algo diversa da relação que sempre existiu entre o instituto do contrato e as situações que potencializam o prejuízo” (FEITOSA, 2005, p. 63).

significa, patrimonialmente falando, a obrigação de que o agente econômico dedicado a esta atividade – o empresário – responda, com seu patrimônio, pelas obrigações assumidas em função e em decorrência deste exercício (PIMENTA, 2015, p. 329).

Eduardo Goulart Pimenta (2015, p. 330), em termos congruentes, afirma que “*a pessoa jurídica no direito empresarial é hoje, antes de qualquer coisa, um elemento de limitação do risco econômico inerente à empresa.*” Nesses termos, é preciso perceber que os contratos empresariais, desde a fase pré-negocial, já estão imersos na preocupação dos riscos, tanto o é que se parte para uma escolha de modalidade societária também sobre uma ótica de distribuição de responsabilidade civil.

3.2 Espécies Contratuais Tipo, de Adesão e Relacional

Segundo Feitosa (2005, p. 71), embora exista certa semelhança, os ditos contratos relacionais (pactos de longa duração ou contratos relacionais de duração) não se confundem com ajustes de trato sucessivo ou de prestação continuada.

Os contratos de longa duração estão ligados a pormenores de forte teor economicista e, também, de cunho negocial dinâmico, dado que, além de serem mais das vezes plurilaterais, formam um processo aberto às constantes renegociações, isso ante a sempre contumaz premência de diminuição de custos transacionais.²⁹ A jurista afirma que:

Nos contratos relacionais, projeta-se uma lógica diferente, determinada em regra pela análise econômica, pelo contingenciamento e pela flexibilidade, formando um *continuum* processual em cujo interior as partes (em geral, empresas comerciais) são instigadas à renegociação do acordo, ajustado e reajustado regularmente segundo as exigências internas, surgidas do processo econômico, de modo a não comprometer o funcionamento geral da rede de contratos (*network* contratual) que os agentes são levados a estruturar (FEITOSA, 2005, p. 71).

A afastar-se um tanto da sistemática neoclássica, os contratos relacionais potencializam a vontade das partes, salutar à mitigação dos riscos negociais e de renegociações.

Há, neles, uma prioridade na delimitação de cláusulas convencionais (no direito feito pelas partes), e aplaca-se, nesse prisma, a preponderância das regulações governamentais (apesar da crescente demanda regulatória) e o papel do juiz, ambos, instrumentos ditos inadequados à otimização da compreensão do *surplus value* negocial, mesmo quando se debate, *v.g.*, onerosidade excessiva superveniente. É que, para a mais-valia, os contratantes devem tentar antever os custos, ou seja, as externalidades.

Nos contratos relacionais,³⁰ salvo em um contexto indesejável, no qual estão presentes diversas entropias, exige-se, desde logo, a igualdade de poderes interpartes (equivalência material), a não se conceber polos hipossuficientes e/ou vulneráveis, mas sim paritários.³¹

À distinção do que ocorre nos instrumentos elaborados para adesão,³² não se difunde a estruturação de um padrão preconcebido (precedência e generalidade), como um formulário, posto que as transações mercadológicas exigem a discussão paritária de cada ponto contratual (e não unilateral), a tentar, inclusive, predizer as imprevisibilidades e as respectivas formas de reajuste e/ou revisão. A ótica dos contratos de longa duração está, pois, marcada pelo entendimento do negócio como um processo dinâmico, protraído.

²⁹ A questão dos custos de transação é, diga-se, uma evolução dos pensamentos de Coase por intermédio das consolidações advindas de Oliver Williamson, a partir do que seria economicismo institucional (nova economia institucional — NEI). Sobre o assunto ver Zanella *et al.* (2015, p. 69 *et seq.*).

³⁰ “Os contratos relacionais ocorrem preferencialmente nos pactos plurilaterais e se assemelham, em geral, aos tipos societários, como as parcerias profissionais, os acordos empresariais de cooperação tecnológica, a formação de redes produtivas e de fornecimento de produtos, as franquias ou ainda os contratos de trabalho” (FEITOSA, 2005, p. 71).

³¹ Cf. ASSIS NETO; DE JESUS; DE MELO, 2013, p. 911.

³² “Ao contrário do contrato de comum acordo (*contrat de gré a gré*) em que as partes negociam cláusula a cláusula, contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são aprovadas por autoridade competente (cláusulas gerais para o fornecimento de água, energia elétrica, etc.), não podendo o consumidor recusá-las; ou estabelecidas pelo fornecedor de modo que o consumidor não possa discuti-las ou modificá-las substancialmente, cabendo-lhe somente o poder de aderir ou não ao contrato como um todo. São características dos contratos de adesão: serem previamente elaborados unilateralmente, serem ofertados uniformemente e em caráter geral e terem como modo de aceitação a simples adesão do aderente, vinculando-o à vontade do ofertante” (GARCIA, 2013, p. 437-438).

Registre-se, mais uma vez, posto ser oportuno, que as lógicas contratuais clássica, neoclássica e relacional não se substituem entre si, como se não houvesse o que ser aproveitado em cada um desses esquemas; tem-se, portanto, uma reformulação de conceitos negociais (similar ao que sucede no estudo das dimensões de direitos fundamentais). Nessa linha, tem-se que:

Em cada período histórico (mesmo antes do advento do Estado Moderno) podem ser identificadas disposições prévias, de natureza legal, doutrinária e jurisprudencial, que acautelam o risco e procuram consubstanciar os elementos de certeza e de segurança dos negócios jurídicos (FEITOSA, 2005, p. 5).

Dessa forma, é equivocado pensar que – sob a égide dos instrumentos convencionais de longa duração – não existe regulação pública; ela subsiste, mas, dados alguns fatores, principalmente de ordem socioeconômica, permite-se a relativização e, conseqüentemente, a construção de novos arranjos.

Feitas tais considerações, define-se, por último, o contrato-tipo³³ como aquele que não está voltado a um grupo indeterminado de aderentes, a destinar-se, por outro lado, a alguns agentes e/ou grupos econômicos, que, todavia, não se sobrepõem um ao outro, a existir equiparação material entre os sujeitos contratuais (VENOSA, 2006, p. 382).³⁴

Nos contratos-tipo há paridade entre os sujeitos da relação negocial, mesmo que “*pertencentes a categorias contrapostas e organizadas de interessados*” (DIAS, 2009, p. 227), todavia, para a melhor adequação dos fatores de produção, é necessário padronizar as cláusulas abalizadoras das trocas mercantis, a fim de ensejar maior eficiência econômica.³⁵

3.3 Estandarização dos Instrumentos Contratuais

A estandarização contratual é marca do neoclassicismo, estudada, mais detidamente, a partir da objetivação das relações contratuais, galgadas, principalmente, na massificação das relações consumeristas, dentro de uma ótica contratualista por adesão, de prestação sucessiva de comodidades públicas – *v.g.* água, energia e telefonia – conjuntamente com as práticas do mercado financeiro, em que o Estado, mas não somente ele, funciona como regulador privado, quando do disciplinamento exterior da vontade (FEITOSA, 2005, *passim*).

Nessa linha de raciocínio, os *incoterms* também estariam relacionados como *standards* de comércio exterior, entretanto são mais respeitantes aos contratos-tipo, visto serem voltados a grupos econômicos ligados à logística, exportação e/ou importação, e não ao mercado geral de consumo. Nos contratos-tipo, como visto, não é o órgão governamental que minora a liberdade negocial formal, mas as próprias práticas mercantis, por intermédio de seus agentes de transformação. Lê-se *in verbis*:^{36 37}

É no âmbito do Direito Internacional que se tem notícias do histórico do contrato-tipo. Consta que, por conta do crescente volume e complexidade do comércio internacional, foi tomando corpo uma demanda premente por uma uniformização das estruturas e institutos que serviam de base legal para os negócios (DIAS, 2009, p. 229).

³³ “... foi no âmbito das associações de comerciantes, como a *London Corn Trade Association*, no século 19, que os primeiros contrato-tipo foram formalmente delineados. Os próprios comerciantes, através dessas suas associações de classe, tomaram a iniciativa de estabelecer certos padrões de conduta a serem observados por eles todos na condução das suas atividades empresariais” (DIAS, 2009, p. 229).

³⁴ Interessante ler texto bastante didático acerca das distinções entre os contratos tipos e de adesão. Para tanto, ver Teixeira (2011, p. 1-5).

³⁵ “Existem alguns contratos nos quais, muito embora contenham cláusulas predefinidas, os contratantes se encontram em condições de igualdade e tiveram a oportunidade de discutir tais cláusulas; ou seja, as cláusulas predispostas são fruto de um mútuo consentimento dos contratantes, que se situam em de pé de igualdade (*sic.*). Trata-se do chamado contrato-tipo, geralmente utilizado entre os empresários para regular seu relacionamento” (BERTOLDI; RIBEIRO, 2008, p. 733).

³⁶ Não se pode, todavia, confundir os pactos estandarizados com algumas sistemáticas regulatórias internacionais, que, entende-se, são mais próprias a uma metodotização classicista, pois a normatização não se voltaria, em si, para o recrudescer de práticas socioeconômicas relativas aos direitos fundamentais de segunda dimensão, porém, muito mais, referentes às próprias liberdades de contratar, de circulação global de mercadorias e inovação. Dessa forma, tem-se: construção de elementos de conexão (do direito internacional privado), regras do GATT, Gats, Trips, Trims, SPS, TBT. Sobre esses tópicos, ver Portela (2015, *passim*).

³⁷ Os contratos internacionais (e as suas peculiaridades) são temas enfrentados por Nadia de Araújo (2011, p. 383-427), com destaque ao debate que se instalou acerca da possibilidade de as partes internacionais adotarem a cláusula de eleição de foro.

Os contratos estandardizados nascem como uma contenção às liberdades volitivas (oportunistas); não obstante, não se pode negar que têm fulcro também em valores mercadológicos, fazendo com o que Estado (e/ou os representantes de grupos econômicos) incentive a atividade econômica, propondo padrões contratuais que afastam os custos *ex ante* de negociação, a residir, nesse ponto, uma afirmação com norte na socialidade economicista.

Ocorre que, com o avanço das relações econômicas e as novas modais de gestão de risco, percebeu-se que a padronização contratual não era capaz de afastar as intempéries de mercado e nem as ameaças operacionais, máxime quando sob uma perspectiva global (riscos da produção e de mercado pós-industrializado), de acentuada matriz econômico-financeira, a fazer, assim, necessário flexibilizar as molduras estatais postas, no intuito de zelar pela viabilidade socioeconômica dos negócios entabulados (FEITOSA, 2005, p. 3-4)

Para além disso, é pertinente questionar se a estandardização é hábil para mitigar custos de judicialização, ou se é mais adequada uma flexibilização que permita renegociações (com fixação de cláusulas de *hardship*,³⁸ compromisso arbitral ou cláusula compromissória) e, assim, a preservação do contrato.

Some-se, ainda, o entendimento segundo o qual a formulação de padrões formais de contratos é (ou não) apta a tolher o próprio mercado concorrencial, a gerar, inclusive, tabelamento de preços (de juros, etc.). O assunto requer, pois, toda cautela.

É, entretanto, nessa toada que, para determinados aspectos do universo jurídico privado, começa a se falar em contratos relacionais de longa duração e de acordos incompletos, que, se ressalve, para fins de complementaridade, sob a égide do paradigma da eticidade, é temática abordada por Giuliana Bonanno Shunck (2013) e, também, por Tiago Faganello (2017).

4 ANÁLISE ECONÔMICA NOS CONTRATOS PRIVADOS RELACIONAIS: Entropias e Gestão de Riscos nas Incompletudes

A princípio, é necessário aclarar que Direito e Economia são ciências distintas, e não se deve, portanto, abandonar a perspectiva de complementaridade da AED, que é um enfoque jurídico³⁹ (tendência, movimento),⁴⁰ cuja realização empírica tende por flexibilizar a rigidez positivista por meio de uma cosmovisão (principalmente) microeconômica, dentro das perspectivas descritiva (efeitos), prescritiva (propositura de soluções) e consequencialista (sob o bem-estar social, socialidade) (FREIRE, 2015).

Dessa forma, sem se ater aos meandros das críticas feitas à AED, ressalte-se, de logo, não se adotar a negação da autonomia científica do Direito – aliás, sequer a AED o faz –, visto necessitar ser pensada (e repensada) quando da conjugação dos estudos e opiniões que lhe são ínsitas.

A AED, enfoque permeado pelos incentivos e penalizações à(s) (in)eficiência(s), galgada nos princípios da maximização das riquezas, do equilíbrio e da equidade, no paradigma do cálculo racional – mediante uma racionalidade econômica crítica à linguagem jurídica meramente tecnocrata –, não é apenas útil aos mercados explícitos, mas, também, aos comportamentos alheios ao mercado (ALVAREZ, 2006, *passim*).

³⁸ “Cláusulas de *hardship* (ou cláusulas de adaptação), entendidas como aquelas que estabelecem um dever de renegociar o contrato, diante de determinadas circunstâncias e dificuldades (*hardship*)” (FEITOSA, 2005, p. 11).

³⁹ Sobre o tema: “Parece difícil imaginar que el ‘enfoque’ del análisis económico del Derecho (Law and Economic) pueda erigirse en una ‘teoría general del Derecho y del Estado’, en sustitución de las ya conocidas y que encierran su base no en un mero plexo jurídico de andamiaje de una realidad concreta y circunscripta sino en una amplia y generalizada cosmovisión que marca la impronta de una era de la Historia: la del Estado de Derecho, constitucional y democrático. (...). Asimismo, la ventana o apertura hacia la ‘consecuencialidad’ (o ‘consecuencialismo’) como dato primordial de los resultados que persigue el análisis económico, es desde la misma manera un elemento no descartable ni olvidable en otros tipos de análisis, como el análisis político, sociológico, psicológico, moral, cultural, etc., de las más variadas manifestaciones de la vida comunitaria, en el plano nacional y universal” (VANOSSI, 2008, p. 90).

⁴⁰ Cf. ALVAREZ, 2006, p. 49.

A AED, vista, *e.g.*, a partir do “ótimo de Pareto”⁴¹ e dos “imperativos categóricos kantianos”, com realce à ética, dentre outros caixilhos, não despreza a construção da dignidade da pessoa humana, e/ou dos direitos de personalidade, em seus aspectos histórico-culturais; isso, inclusive, porque a razão economicista está alinhada com o atendimento das necessidades humanas (ALVAREZ, 2006, *passim*).

Plausíveis sob o aspecto da identificação do indivíduo como o fim principal do Direito e, até mesmo, para que não se abandone os axiomas próprios do universo jurídico. As críticas que se fazem à AED, vista em seu todo, não merecem prosperar, pois nelas há um certo desprezo ao melhor entendimento hermenêutico normativo, que prepondera que o intérprete (se democrático) utilize todas as ferramentas e métodos de que dispõe.

Além disso, a temática não deve ser contaminada por preconceitos ideológicos, colocados *a priori* por qualquer intérprete, porque o impacto econômico do Direito existe, seja nas economias mais liberais ou nas planejadas, principalmente quando da aceitação de um viés economicista aplicável aos comportamentos alheios ao mercado.

Nesse sentido, entende-se perfeitamente cabível a AED não só aos sistemas jurídicos liberais puros (clássicos ocidentais), porém, inclusive, aos intervencionistas. Basta dizer que as ações estatais, quando o poder público é o monopolizador dos fatores de produção, também repercutem na economia, a se buscar aí, salvo sob concepções abrutalhadas (a serem desestimuladas em qualquer parte), eficiência socioeconômica e desenvolvimento sustentável.

No mais, a questão aqui enfrentada é, por um todo, de elevada importância para, dentro da seara da teoria dos contratos relacionais, se compreender como desenvolvem-se os ajustes e reajustes negociais, isso a partir da compreensão de externalidades que ocorrem de forma *ex ante* e/ou *ex post*, seja, com efeito, por seleção adversa e/ou riscos morais (FREIRE, 2015).

A AED, por fim, é uma reação à suposta negação do Direito em relação aos fatos sociais, a valorizar, assim, o pragmatismo jurídico como uma resposta ao convencionalismo e tradicionalismo, seja ele político, filosófico e/ou econômico, a recrudescer, até mesmo, a reaproximação das ciências jurídico-sociais com as ditas exatas (ALVAREZ, 2006, p. 50).

Maria Paula Reis Vaz Freire, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2015), em palestra proferida junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região brasileira, ao esclarecer a AED como uma suposta recuperação da perspectiva individual das liberdades (sem desprezo à socialidade) e ao falar de uma realidade endógena das regras da arquitetura econômica, delineadas a partir das eficiência e equidade (como vetores de desenvolvimento), examina os problemas ligados às entropias contratuais.

Nesse sentido, a constatação de vicissitudes negociais pode gerar renegociações, sem, necessariamente, o uso dos mecanismos jurídico-formais, porquanto também delineáveis pelos usos do comércio ou pelos usos dos tráfegos. De mais a mais, a elaboração do instrumento contratual, suas renegociações e até a interpretação judicial ou extrajudicial (autocomposição), devem ser pautadas não sobre panoramas somente individuais, mas com base no paradigma da socialidade economicista (dirigismo contratual e funcionalização das estruturas jurídicas),⁴² ou seja, com supedâneo em desígnios coletivistas e/ou solidários, produtores de utilidade nos planos macrosocial e microssocial, a gerar *surplus value* e bem-estar.⁴³ Ela destaca o oportunismo, as assimetrias informacionais⁴⁴ e o uso de ativos específicos como comportamentos entrópicos (FREIRE, 2015).

⁴¹ “El ‘óptimo de Pareto’ (criterio paretiano), según el cual una decisión es óptima cuando alguien puede mejorar su situación sin empeorar la del otro; siendo ésta la mayor concesión de sensibilidad social, que acepta la vertiente moderada del AED (Calabresi)” (VANOSSI, 2008, p. 59).

⁴² Sobre a funcionalização das estruturas jurídicas, ver Tepedino (2008, p. 400).

⁴³ “A liberdade de contratar é fundamental para aumentar o bem-estar de todos. Essa a função social do contrato, criar bem-estar” (SZTAJN, 2007, p. 47).

⁴⁴ “Para que o mercado possa promover o fluxo de relações econômicas de maneira eficiente, é necessário que as partes, ao se vincularem, tenham acesso às informações necessárias à tomada de decisão, sob pena de desestímulo às contratações, por aumento dos custos a elas relacionados” (FORGIONI, 2005, p. 246).

No âmbito do relativo dolo de oportunismo, por exemplo, tem-se quebra da relação de lealdade entre as partes (e aí tem-se, *v.g.*, forte carga valorativa no paradigma da eticidade) pelo desvio proposital no comportamento padrão a causar prejuízos, e a ruptura do sinalagma pactual. Muitas das vezes, os oportunismos estão conectados ao uso de assimetrias informacionais ligadas à reserva mental, no intuito de inadimplir o negócio entabulado pelas partes, a infringir, assim, o cumprimento pontual do acordo firmado.⁴⁵ Excelente exemplo para enxergar o fenômeno em comento, e a formação de uma consequente *hold up* negocial, é a Teoria da Agência,⁴⁶ de natureza contratualista relacional, posta, inclusive, como um *restatement of the Law of contracts*.

Nesse sentido, *e.g.*, na condução de contratos de longa duração, como é o de agência, deve-se observar, sempre, dentre aspectos ligados aos deveres, resultados e prejuízos: a ausência de conflitos de interesses; preservação do sigilo negocial; dever de diligência normal; respeito aos limites negociais traçados (mesmo de preços mínimos e máximos); o repasse transparente e ágil das informações; dever de indenizar; etc. (PRADO FILHO, 2010, p. 202, 215).

Na seara dos ativos específicos, e com enfoque mais pragmático, é fácil constatar, por exemplo, a formação de monopsonios ilegais, ou seja, sem o manto da dominação mercadológica eficiente, mas sim por meio da exploração da posição exclusiva e/ou dominante de mercado, a ensejar a fixação de preços exorbitantes, o controle no fornecimento de eventual matéria-prima, além de outras irregularidades.

A tônica é deveras relevante aos contratos relacionais que envolvem propriedade intelectual, porquanto, muitas das vezes, a AED autorizaria, sobretudo em caso de cobrança de *royalties* abusivos e/ou em situações de relevante interesse social na defesa de alguns direitos fundamentais, a quebra das patentes de produtos farmacêuticos e de tecnologia disruptiva, a atingir, assim, o sistema de incentivos socioeconômicos (FREIRE, 2015). De aplicação inserta nesse contexto, é importante salientar uma visão de AED para além da própria seara cível-empresarial, como concretizante de direitos fundamentais, vejamos, pois, o seguinte argumento:

O simples fato de a estrutura normativa ter sido delineada juridicamente com o escopo de concretização dos direitos fundamentais não garante que efetivamente ela cumprirá com este papel. A compreensão do Direito distanciado da realidade social, política e econômica não é suficiente para dar conta da complexidade da sociedade contemporânea. É utópico entender que a mera eficácia formal das normas jurídicas será suficiente para garantir que, em todas as hipóteses, a finalidade para a qual tais normas delineadas serão alcançadas (RIBEIRO; CAMPOS, 2012, p. 320).

Se, por um lado, a abertura das patentes funcionaria como veículo assegurador de direitos fundamentais, por outro ângulo desestimularia investimentos em pesquisa e inovação tecnológica. Sob tal perspectiva, é mais atilado defender o licenciamento compulsório, com a fixação de *royalties* equitativos, solução hábil à geração de mais eficiência socioeconômica.

Sem embargo, o dilema das assimetrias informacionais pode ocorrer com ainda mais complexidade quando se verifica o uso púnico de *bundle of sticks* e, ainda, por intermédio da formação de carteis embuçados de *clusters* (aglomerados) empresariais, com o fito de definir o curso das relações mercantis (FREIRE, 2015).

A considerar essa lógica de entropias, as partes negociantes devem conceber instrumentos contratuais sob um desiderato mitigador da álea, ou seja, dos riscos *ex ante* e *ex post*, a evitar, ao máximo, a ocorrência de externalidades, bem como a possibilitar a reparação por malefícios, embora já se esteja a despargir, até mesmo, a tese de compensação por externalidade positiva.

⁴⁵ Interessante caso envolvendo o assunto em tela, assimetria informacional, por exemplo, foi julgado pela CVM nos autos do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2014/10082 (CVM, 2016).

⁴⁶ “O emprego do conceito de *agency* na *common law* é muito mais amplo do que a relação estrita de distribuição de bens; ainda que nada pareça impedir sua utilização com a finalidade de auxiliar a circulação de bens, a relação formalizada desta maneira virá acrescida de toda a fidedignidade própria desta figura” (PRADO FILHO, 2010, p. 202).

É, nessa toada, que se passou a admitir o contrato sob uma perspectiva dinâmica, e não mais estática, a abranger desde as negociações prévias até os efeitos posteriores ao adimplemento, tudo através de uma coordenação positiva e/ou negativa do contrato (TERRA; BANDEIRA, 2015, p. 12).

É exatamente aí que se insere a metodotização dos contratos incompletos: primeiramente em decorrência da exposta visão dinâmica do contrato; segundo, porque é essencial perceber que existem contratos simétricos cujas realizações dependem, necessariamente, de renegociações, com o fito de corrigir a quebra do balanço econômico financeiro; terceiro, pela possibilidade de eventual alteração no comportamento das partes, e, por último, mas não menos importante, em detrimento da incapacidade humana de antever incidentes supervenientes; a falar-se, assim, de limitação da racionalidade.

Essa limitação da racionalidade faz com que surjam os contratos incompletos, pois a mente humana não é capaz de prever todas as possibilidades *ex ante*, acarretando na necessidade de revisão do contrato *ex post*. Por essa razão, a Economia dos Custos de Transação é orientada a identificar os distintos mecanismos *ex post* de solução de conflitos contratuais, relacionando-os ao poder outorgado ao empresário para resolver o conflito (PALHANO, 2016, p. 164).

Em outras palavras, a gestão dos riscos deve ser feita, seja a partir da delimitação *ex ante* de ameaças contratuais ordinárias, isto é, mediante uma configuração positiva do contrato, no sentido de gerenciar fatos previsíveis e inerentes à atividade, seja, de outra forma, por intermédio de uma prognose de ameaças supervenientes, a configurar, desse modo, um gerenciamento negativo das externalidades. Nessa lógica, compreende-se, em todo caso, o negócio jurídico sob o manto da relatividade de suas cláusulas, a possibilitar, assim, decréscimo de custos transacionais (TERRA; BANDEIRA, 2015, p. 14).

No tocante à gestão negativa das externalidades *ex post*, deve-se pontuar que os contratos serão considerados incompletos pela fixação de cláusulas em branco (ou de constante renegociação), a viabilizar a restauração ou a redefinição do equilíbrio contratual galgado na necessidade, como já dito, de manutenção contínua do sinalagma da relação contratual. Sem embargo, tem-se observado a utilização de preceitos negociais a autorizar a inserção de previsões resolutórias expressas e a extinguir a obrigação de forma *ipso iure* (TERRA; BANDEIRA, 2015, p. 14).

Saliente-se, por fim, que, preferencialmente, a administração dos riscos nos contratos relacionais deve ser feita por intermédio das forças endógenas do mercado ou, ainda, das peculiaridades da atividade. Não obstante, como visto, tanto em Coase (1960, *passim*) quanto na argumentação de Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa (2005, p. 75-76), não se dispensa atuação judicial no sentido de preservar a socialidade contratual, a salvaguardar os ditames do desenvolvimento socioeconômico sustentável.

5 CONCLUSÃO

As transformações que estão a ocorrer na ciência do Direito têm possibilitado a abertura de diversos campos hermenêuticos com supedâneo neopositivista, ou seja, na percepção de uma carga valorativa principiológica, e outros enfoques, como pilares empreendedores das relações sociais.

Apesar de certa resistência – galgada muito mais na observação dos exageros do que das virtudes dessa fenomenologia de projeção global, de fortíssimo impacto no Ocidente –, verifica-se que o Direito marcha, em compasso, para o reconhecimento de sua integralidade, como explicação a um interpretativismo para além da simples literalidade dos verbetes, diga-se, lexicográficos, ou seja, que se projete para albergar, *e.g.*, economia, finança, política, cultura, meio ambiente e solidariedade, conforme uma acepção democrática e dialógica. Negar tal aspecto, o que seria admissível como incitação à antítese hegeliana, é furtar-se à modernidade líquida que, feliz ou infelizmente, tem emaranhado todas as ações humanas.

É nessa ótica, precisamente, que se insere a aceitação da Análise Econômica do Direito – AED –, considerada a partir da consciência da existência de sistemas herméticos, porém interativos, aptos, conjuntamente, à construção do desenvolvimento humano holístico e sustentável, com norte, principalmente, no sujeito enquanto indivíduo e como componente de uma coletividade autônoma. Nessa razão, fica fácil enxergar o valor do paradigma da socialidade socioeconômica.

O Direito Civil e o Direito Empresarial, influenciados pelas acepções postas nos argumentos aqui trazidos, sofreram (e têm suportado) renovações em sua matriz dogmática, no sentido de visualizar, dentre outras teorias, a relativização do dirigismo contratual, a funcionalização das estruturas jurídicas, e, até mesmo, o diálogo das fontes entre as ciências jurídica e econômica, daí falar-se em um criticismo *jus economicista*.

Vê-se, aí, não somente a mutação da significância da propriedade, mas, também, a alteração dos seus propícios conglomerados de ferramentas legais, que lhe emprestam ou, melhor, lhe acrescentam ainda mais importância. Inserido nesse contexto, está o contrato, elemento, pois, crucial às trocas em comunidade, sendo essencial projetá-lo à consubstanciação de mais palpável eficiência, por intermédio de um arranjo de incentivos à diminuição de custos transacionais, a gerar, conseqüentemente, mais-valia, *surplus value*.

Deve-se, todavia, registrar que a AED passou a receber mais estímulos a partir das ideias de Ronald Coase, que, em *The problem of social cost* (1960), ao avaliar externalidades negativas, *harmful effects*, concluiu acerca da necessidade de soluções negociais endógenas ao próprio mercado, sem, entretanto, desprezar, dada a relevância social de eventual matéria posta em casos concretos, a pertinência do intervencionismo estatal, seja por meio de uma abordagem positiva e/ou normativa.⁴⁷

A partir dessa logicidade, verifica-se a refundamentação das teorias contratuais clássica e neoclássica, passando a se admitir a edificação de uma metodotização de contratos simétricos relacionais (ou de longa duração), nos quais a necessidade de renegociação constante dá-se pela aferição da dinamicidade contratual, sem embargo à análise de riscos negociais, sejam eles detectáveis *ex ante* e/ou *ex post*.

Dessa forma, compreende-se a necessidade de apreender o contrato como uma ferramenta não somente jurídica, mas também econômica, pois o desenho de suas diretrizes intrínsecas pode encorajar a distribuição de intulamentos às partes subscritoras e a toda a sociedade. Galgada nessa inteligência, tem-se utilizado a fixação de cláusulas em branco, bem como de cláusulas resolutórias expressas, aptas à mitigação da álea pactual, a evidenciar-se, entretanto, a incompletude dos instrumentos contratuais, por mais completos que venham a se caracterizar.

Pelo exposto e a retomar as ideias primevas, postas no presente artigo acadêmico, torna-se inegável aceitar uma realidade *jus economicista* no tocante à Teoria Geral dos Contratos. Dessarte, a formação de sistemas jurídicos mistos, por meio de uma comunicação do *common law* com o direito europeu continental, passa a ser cada vez mais tangível.

Malgrado as inúmeras críticas direcionadas à AED, fundamentadas notadamente na rejeição do utilitarismo científico espiritual, parece-nos imprudente conceber razões radicais, porquanto a percepção da utilidade não despreza o recrudescimento do indivíduo, muito pelo contrário, inflama a constituição de uma sociedade fomentadora de uma democracia nos termos traçados por Amartya Sen (2009) em Desenvolvimento como Liberdade.

Por fim, a Análise Econômica do Direito, como fora dito, dispensa preconceções estultificantes, sejam elas fulcradas em ortodoxias liberais ou planejadas, isso porque a AED é vital à tomada de relevantes decisões legislativas, contratuais e/ou judiciais, aqui, acolá e onde mais sejam deliberadas escolhas com repercussões no tecido social.

6 REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do Direito: contribuições e desmistificações. *Revista de Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUC-Rio, n. 29, out. 2006.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- ASSIS NETO, Sebastião de; DE JESUS, Marcelo; DE MELO, Maria Izabel. *Manual de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- AZOIA, Viviane Taís; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A função social dos contratos e as externalidades: uma análise econômica. *Revista do Mestrado em Direito*, Brasília: Universidade de Brasília, n. 2. dez. 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/7595/4774>. Acesso em: 23 maio 2018.

⁴⁷ Cf. Ribeiro; Campos, 2012, p. 314.

- BATTESINI, Eugênio. *Curso de Direito e Economia: análise econômica do direito e o direito da regulação econômica*. Porto Alegre. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=g0T-tXv3G1I>. Acesso em: 23 maio 2018.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de Direito Comercial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BLAZUS, Joana Tonetti. A posse-trabalho, prevista no art. 1.228, §§4º e 5º, do código civil, como forma de aquisição da propriedade através da usucapião especial coletivo. *Revista VLex*, n. 3. [S.l.]: Editora VLex, 2008.
- BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de jan. de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 30 maio 2018.
- CASTILHO, José Roberto Fernandes. *Disciplina urbanística da propriedade – o lote e seu destino*. São Paulo: Editora Pillares, 2010.
- CVM. Comissão de Valores Mobiliários. *Processo administrativo sancionador sob nº RJ2014/10082*. 2016. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2017/RJ201410082_Contax_Participacoes.pdf. Acesso em: 23 out. 2018.
- COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, [S.l.], v. III, p. 1-44, Oct. 1960. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.
- DIAS, Gustavo Neto de Carvalho. O contrato-tipo e a aplicação do CDC aos contratos empresariais. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros Editores, n. 148, out. 2009.
- ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. *Apresenta informações gerais*. Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/Ronald-Coase>. Acesso em: 16 maio 2018.
- FAGANELLO, Tiago. *Contratos empresariais de longa duração e incompletude contratual*. 2017. Dissertação (Mestrado em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/10861/1/000485418-Texto%2bParcial-0.pdf>. Acesso em: 30 maio 2018.
- FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *O contrato como regulador e como produtor de riscos*. 2005. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4507/3392>. Acesso em: 23 maio 2018.
- FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. As relações multiformes entre contrato e risco. 2005. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros Editores, n. 139, jul. 2005.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- FORGIONI, Paula A. Análise econômica do Direito (AED): paranóia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros Editores, n. 139, jan. 2005.
- FREIRE, Maria Paula Reis Vaz. *Curso de Direito e Economia: análise econômica do direito e o direito da regulação econômica*. Porto Alegre. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QvbROXPIJe8&t=19s>. Acesso em: 16 maio 2018.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- GAROUPA, Nuno. *Combinar a economia e o Direito: a análise econômica do Direito*. Disponível em: <https://www.passeidireito.com/arquivo/2646313/nuno-garoupa---combinar-a-economia-e-o-direito>. Acesso em: 30 maio 2018.
- GICO JUNIOR, Ivo T. *Economic Analysis of Law Review: metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito*. Distrito Federal: Grupo de Pesquisa em Direito e Economia, 2010. Disponível em: Acesso em: 1º jun. 2018.
- HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. *Monografia no curso de Direito*. Trabalho de conclusão de curso; metodologia e técnicas de pesquisa – da escolha do assunto à apresentação gráfica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- LOYOLA, Paulo Ricardo Gontijo. *Valor e mais-valia: examinando a atualidade do pensamento econômico de Marx*. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/3519/1/2009_Art_PRGLoyola.pdf. Acesso em: 16 maio 2018.
- LYBRARY ECONOMICS LIBERTY. *Apresenta informações gerais*. Disponível em: <http://www.econlib.org/library/Enc1/bios/Coase.html>. Acesso em: 16 maio 2018.
- MARCHESAN, Ana Maria; STEIGLEDER, Annelise; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- MENEZES, Renata; MAGALHÃES, Bianca; MAGALHÃES, Sandro. Aspectos jurídicos econômicos apresentados no filme “Fome de Poder”: com base na Teoria Social dos Contratos e na Análise Econômica do Direito. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, 2018. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2018/5/2018_05_1429_1452.pdf. Acesso em: 14 set. 2018.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.
- PALHANO, Ana Paula Marangoni. *Compra e venda de soja na indústria de óleo e farelo à luz da Teoria da Economia do Custo de Transação*. Rio de Janeiro: FGV; Direito Rio, nov. 2016. (Coleção jovem jurista, n. 2016).

- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*. 2006. Disponível em: http://www.cantareira.br/thesis2/ed_8/3_luciano.pdf. Acesso em: 17 set. 2018.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise econômica do regime jurídico-constitucional da empresa no Direito brasileiro. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí: Univali, n. 21-1, jan. 2015.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica do Direito (AED)*. 2013. Disponível em: http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf. Acesso em: 16 maio 2018.
- PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Duas reflexões sobre o contrato de agência: identidade/distinções pertinentes e critérios próprios na aplicação da regra da razão antitruste. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros Editores, n. 153-154, jan. 2010.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- REALE, Miguel. *Visão geral do Projeto de Código Civil*. 1998. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/reale1.htm>. Acesso em: 16 maio 2018.
- REALE, Miguel. *Visão geral do Novo Código Civil*. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2718/visao-geral-do-novo-codigo-civil/1>. Acesso em: 16 maio 2018.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise econômica do Direito e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, . [S.l.]: Unibrasil, n. 11, jan. 2012.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras. 2009.
- SCRAMIN NETO, Geraldo; FERREIRA, Jussara. Revisão contratual e função social. 2013. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar*, Umuarama: Unipar, n. 16-1, jan. 2013.
- SHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28032014-144357/pt-br.php>. Acesso em: 30 maio 2018.
- SILVA FILHO, Osny da. Entre mercado e hierarquia: repercussões da desverticalização na disciplina dos contratos empresariais. 2014. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros Editores, n. 163, set. 2014.
- SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e direito de empresa. 2007. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros Editores, n. 139, jul. 2007.
- TARTUCE, Flávio. A desapropriação judicial privada por posse-trabalho e o caso da Favela Pullman. Semelhanças e diferenças. Concretizando a função social da propriedade e da posse. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, jun. 2013.
- TEIXEIRA, Igor Veiga Carvalho Pinto. *A diferença entre os contratos de adesão e os contratos tipo*. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,as-diferencas-entre-os-contratos-de-adesao-e-os-contratos-tipo,33583.html>. Acesso em: 19 set. 2018.
- TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. 2008. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Notas_Sobre_Funcao_Social_Contratos_fl_395-405.pdf. Acesso em: 23 out. 2018.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. *A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos*. 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/80/183>. Acesso em: 23 out. 2018.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo. *La aplicación constitucional del “el análisis económico del Derecho (AED)”: ¿nada menos y nada más que un “enfoque”?* 2008. Disponible em: <https://www.ancmip.org.ar/user/files/02Vanossi.pdf>. Acceso en: 28 maio 2018.
- VELOSO, Sílvia Mechelany. Análise econômica da função social do contrato – Art. 421 do Código Civil. *Direito Privado*, São Paulo, v. 54, abr./jun. 2013.
- VENOSA, Sívio de Salvo. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- ZANELLA, C. et al. Conhecendo o campo da economia dos custos de transação: uma análise epistemológica a partir dos trabalhos de Oliver Williamson. 2015. *Revista de Ciência da Administração*, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, n. 17-42, ago. 2015.

FOMENTO À INTEGRIDADE: O *Compliance* como Exigência nas Contratações Públicas

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.267-283>

Recebido em: 12/3/2019

Modificações requeridas em: 3/6/2019

Aceito em: 17/7/2019

Tomas Julio Ferreira

Mestrando em Direito do Estado e graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público (Constitucional e Administrativo). Advogado. <http://lattes.cnpq.br/3725822422691153>. tomas.julio.ferreira@usp.br

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar criticamente a utilização do poder de compras do Estado como forma de fomento à integridade nas relações entre o setor público e o setor privado, utilizando-se, para tanto, do incentivo à adoção de programas de *compliance* por parte das empresas. Para tal, são analisadas duas legislações em âmbito estadual nesse sentido, a Lei Estadual (RJ) n. 7.753/2017 e a Lei Distrital n. 6.112/2018, que obrigam as empresas contratantes com a administração pública local a instituírem programas de integridade. Por fim, após um olhar crítico sobre os impactos dessas legislações, propõe-se a utilização de selos de certificação dos programas empresariais de *compliance*, concedidos por entes públicos ou privados, reconhecidos e especializados nessa atividade, como forma de benefício durante o processo licitatório. A pesquisa desenvolveu-se por meio de uma abordagem dedutiva, relacionando e contrapondo estudos doutrinários dos institutos jurídicos principais, bem como analisando os textos normativos objetos do trabalho.

Palavra-chave: Fomento. Licitações. Poder de compra. Corrupção. *Compliance*.

PROMOTION OF INTEGRITY: COMPLIANCE AS REQUIREMENT IN PUBLIC CONTRACTS

ABSTRACT

The purpose of this article is to critically analyze the use of the Government's purchasing power as a way to promote integrity in the relations between the public and the private sector using, therefore, the incentive for the companies to adopt compliance programs. To that end, we analyze two state-level legislation that were proposed in this sense, the Rio de Janeiro state Law n. 7.753/2017 and Federal District Law n. 6.112/2018, which determine the implementation of compliance programs by companies who are contracting with the local public administration. Finally, after a critical view of the impacts of these laws, we propose to use certification for corporate compliance programs, awarded by public or private entities, recognized and specialized in this activity, as a form of benefit during the bidding process. The research was developed through a deductive approach, relating and contrasting doctrinal studies of the main legal institutes, as well as analyzing the normative texts object of the work.

Keywords: Incentive. Government procurement. Purchasing power. Corruption. *Compliance*.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Atividade Administrativa de Fomento. 3 O Fomento por Meio do Poder de Compra do Estado. 4 A Lei n. 12.846/2013 e a Instituição e Efetividade dos Programas de *Compliance*. 5 As Previsões da Lei Estadual (RJ) n. 7.753/2017 e da Lei Distrital n. 6.112/2018. 6 Os Selos de Certificação como Bônus nas Licitações. 7 Conclusão. 8 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, é muito discutida a possibilidade de utilização das compras governamentais no fomento à integridade entre o setor privado e o setor público. Essa demanda surge em um contexto de crise institucional no Brasil, principalmente após a divulgação de um maciço escândalo de corrupção, envolvendo diversos partidos políticos e demonstrando o desvio de vultosas somas de recursos nos três âmbitos da federação. Trata-se da deflagração da operação anticorrupção “Lava Jato”, realizada pela Polícia Federal em conjunto ao Ministério Público Federal, e que, sem dúvidas, tornou-se central para o estudo nacional sobre a temática do *compliance*.

Somam-se ao histórico desse movimento as pressões internacionais pela edição de uma legislação anticorrupção robusta, nos moldes do norte-americano *Foreign Corrupt Practices Act* (“FCPA”) e do britânico *The Bribery Act* (“Ukba”), o que levou à edição da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Após a edição dessa lei, ficou reforçado o movimento por maior integridade no relacionamento entre as empresas e o setor público, havendo, no próprio texto legal, o incentivo para a instituição de programas de *compliance*¹ por parte das empresas, uma vez que, segundo o artigo 7º, VIII da Lei Anticorrupção, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (BRASIL, 2013), é um dos fatores a ser considerado na dosimetria da sanção aplicada em decorrência da prática de ato lesivo à administração pública.

Dessa forma, utilizando-se da figura dos programas de integridade, instituída pela Lei Anticorrupção e suas normas relacionadas, o legislador brasileiro buscou usar do poder de compra do Estado, que tem um enorme potencial para fomentar políticas públicas, na criação de uma política de incentivo à integridade empresarial e ao desenvolvimento de mecanismos internos de averiguação e controle de irregularidades.

Assim, diversos projetos de lei ao redor do Brasil estão sendo propostos, em todos os âmbitos da federação, estabelecendo como requisito para contratações públicas, ou mesmo manutenção de contratos públicos já existentes, a criação e manutenção de programas de *compliance* pelas pessoas jurídicas contratadas.²

Esse objetivo de criar um mecanismo de fomento à integridade, por meio do poder de compra do Estado, culminou, até o momento, na promulgação de duas leis estaduais dispondendo sobre esse requisito – a Lei Estadual (RJ) n. 7.753/2017 e a Lei Distrital n. 6.112/2018.

Cumprindo observar, dessa forma, se ambas as leis são potencialmente efetivas no fomento à integridade e se a forma como está estabelecido o uso do poder de compra do Estado é a mais adequada do ponto de vista teórico. Para tanto, é necessária uma análise geral do que seria essa atividade administrativa de fomento e como ela é empregada por meio do poder de compra do Estado, propondo-se a utilização de quatro critérios para medir sua efetividade.

Após a compreensão desses conceitos, é preciso perpassar brevemente o que são os programas de *compliance* e como foram incorporadas à legislação brasileira, as normas internacionais e as contribuições doutrinárias sobre o tema. Por fim, o presente trabalho propõe-se a realizar uma análise crítica dos mecanismos já propostos, essencialmente aqueles desenhados pela Lei Estadual (RJ) n. 7.753/2017 e pela Lei Distrital n. 6.112/2018, bem como propor a sugestão de outros potencialmente efetivos.

¹ No presente trabalho também entendidos como “programas de integridade”

² Como, por exemplo: no âmbito federal, o Projeto de Lei n. 7.149/2017; no âmbito estadual, os projetos de lei n. 8/2018 (Tocantins), n. 1.718/2018 (Paraíba), n. 52/2018 (Goiás), n. 335/2017 (Sergipe) e n. 5/2018 (Espírito Santo); e no âmbito municipal, os projetos de lei n. 471/2017 (Rio de Janeiro – RJ), n. 240/2017 (Porto Alegre – RS), n. 295/2017 (Serra – ES), n. 722/2017 (São Paulo – SP), n. 395/2017 (Osasco – SP) e n. 402/2018 (Guarulhos – SP).

Dessa forma, partindo de uma análise essencial de textos doutrinários referenciais para os institutos jurídicos que norteiam a presente pesquisa, serão extraídas as diretrizes metodológicas para análise dos marcos legais sob escrutínio, quais sejam, as leis fluminense e distrital que preveem a exigência do *compliance* nas contratações públicas. Por isso, a pesquisa desenvolve-se por meio de uma abordagem hipotética-dedutiva, que utiliza como ferramentas uma análise teórica e propositiva de textos doutrinários e legais.

Para tanto, o trabalho estrutura-se em cinco tópicos. No primeiro, são abordados os marcos teóricos que regem a doutrina da atividade administrativa de fomento, procurando compreender um instituto recente e que recebe cada vez mais atenção por sua proximidade com as demandas do Estado contemporâneo. Em seguida, é feito um recorte metodológico do tópico anterior para se compreender o uso da atividade administrativa de fomento por meio do poder de compra do Estado. O terceiro e quarto tópicos abordam e correlacionam, de forma crítica, a Lei Anticorrupção e os marcos legais da exigência do *compliance* nas contratações com o poder público, a Lei Estadual (RJ) n. 7.753/2017 e a Lei Distrital n. 6.112/2018. Por fim, o trabalho conclui-se com uma alternativa a esse modelo mediante o uso de selos de certificação.

2 A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO

É comum o enfoque doutrinário em duas atividades administrativas, do serviço público e do poder de política, principalmente por já serem definições clássicas e, em certa medida, bem-delimitadas como campo de estudo. Além disso, trata-se de uma conceituação inspirada na divisão dual clássica da doutrina francesa dos albores do século 20 (VALIM, 2015). Já o fomento, por sua vez, é um tema recente do direito administrativo e, embora existente, é pouco estudado pela comunidade jurídica.

Isso decorre de uma visão precipitada de que o fomento, como atividade típica do direito administrativo, é algo historicamente recente, tendo seu desenvolvimento em paralelo com a evolução do Estado intervencionista e provedor do bem-estar social, especialmente no século 20. A interpretação, nesse sentido, pode ter como justificativa uma incongruência entre o conceito de fomento e o ideário clássico de Estado liberal, nos moldes previstos pelos seus idealizadores do século 18.

Justamente em confronto com essa conceituação prematura é que De Pozas (1949) conceitua o fomento dentro da estrutura histórica e jurídica da Espanha. O autor demonstra como o conceito *latu sensu* dessa atividade pode ser encontrado ao longo da história, como no século 16, em que autores espanhóis já descreviam os métodos dos quais o rei se utilizava para que os súditos atuassem de forma conveniente ao interesse público, por intermédio da concessão de títulos honoríficos, por exemplo.

Somente a partir do final do século 19 e no decorrer do 20, no entanto, é que se estrutura formalmente um conceito administrativo do fomento como política fundamental de Estado e essencial às consecuições das finalidades públicas. Para De Pozas (1949), o Estado utiliza-se de quatro medidas para satisfazer as necessidades gerais: a legislação, o poder de polícia, o fomento e o serviço público, sendo estas três últimas as componentes da classificação tricotômica das atividades administrativas.³

Uma interessante afirmação do autor é que o poder de polícia seria a modalidade administrativa mais propícia ao Antigo Regime; o fomento seria mais adequado ao Estado liberal e o serviço público seria a atividade preponderante do Estado intervencionista. É feita a ressalva, todavia, de que não se trata de uma excludente, mas, sim, de um predomínio de uma ou outra atividade (DE POZAS, 1949).

Para tanto, De Pozas (1949) diferencia fomento e poder de polícia, expondo que aquele protege e promove enquanto este previne e reprime. Além disso, o instituto não se confundiria com serviço público, posto que, segundo o autor,

³ Para o autor, a legislação pode ou não ser de caráter administrativo, enquanto as outras três atividades sempre são administrativas (DE POZAS, 1949).

(...) com esta modalidade, a administração realiza diretamente e com seus próprios meios o fim perseguido, enquanto que com o fomento ela se limita a estimular os particulares para que esses, por sua própria vontade, desenvolvam uma determinada atividade e cumpram, indiretamente, os fins perseguidos pela administração (p. 46).⁴

Segundo o autor, o fomento se traduziria como "(...) a ação da administração com a finalidade de proteger e promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas devidas aos particulares e que satisfazem necessidades públicas ou se estimam de utilidade geral, sem usar da coação, nem criar serviços públicos" (DE POZAS, 1949, p. 46).⁵

Já no contexto brasileiro, a Constituição Federal de 1988, apesar de usar terminologias imprecisas, faz diversas referências à atividade de fomento, utilizando-se de mandamentos como "fomentará", "incentivará", "promoverá", "estimulará", dentre outros.⁶ Assim, verifica-se que a atividade de fomento encontra conformação constitucional, sendo essencial para a consecução planejada e ordenada do interesse público na lógica constitucional e administrativa brasileira.

A própria Carta Constitucional delega ao Estado a função de incentivar a atividade econômica, determinando, conforme previsto em seu artigo 174, que "como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado" (BRASIL, 1988).

Partindo da premissa de que o fomento é uma função administrativa, Marques Neto (2015) ensina que o fomento é uma forma de intervenção indireta do Estado na economia, sendo capaz de viabilizar a satisfação de necessidades públicas com mínima restrição da liberdade e da propriedade privada.

Para o autor, há diversos mecanismos que possibilitam a intervenção do Estado na ordem econômica, tais como a sujeição de determinada atividade como serviço público, a regulação de atividades econômicas, o enquadramento de uma atividade como monopólio estatal, a sua prestação por empresas estatais ou, enfim, quando se decide utilizar da figura do fomento (MARQUES NETO, 2015).

Nessa toada, é desenvolvida a ideia de que o fomento seria um verdadeiro instrumento de intervenção estatal na ordem econômica e, enquanto tal, deve ter como principais parâmetros os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, imprescindíveis para que não ocorra a colisão com valores outros apresentados na Constituição, como o princípio constitucional da livre-iniciativa e o princípio da valorização do trabalho humano (MARQUES NETO, 2015).

Mais recentemente, no entanto, e a partir da prática administrativa, observa-se que o fomento não tem uma delimitação teórica tão marcada e fechada como espera parte da doutrina. Passou-se a observar que essa atividade pode estar presente em diversas atuações do Estado, expressando-se em conjunto, muitas das vezes, com outras atividades da administração pública, como a própria prestação de serviços públicos e o exercício do poder de polícia.

A prestação de um serviço público de recapeamento de ruas pode fomentar o desenvolvimento de certa localidade, assim como o uso abusivo e burocrático do poder de polícia na expedição de alvarás para funcionamento comercial pode fomentar a proliferação dos comércios ilegais. Como se observa, o fomento passa a ser observado como algo inerente à lógica de atuação do Estado, inclusive pelo que a literatura norte-americana chama de "fatores comportamentais".

⁴ Tradução livre do original [(...) *la Administración, con esa modalidad, realiza directamente y con sus propios medios el fin perseguido, mientras que en el fomento se limita a estimular a los particulares para que sean ellos los que, por su propia voluntad, desarrollando una actividad determinada, cumplan indirectamente el fin que la Administración persigue.*]

⁵ Tradução livre do original [(...) *la acción de la Administración encaminada a proteger y promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos.*]

⁶ O exemplo do disposto no: (i) "Art. 215 da Constituição Federal: Art. 215. O Estado *garantirá* a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e *apoiará e incentivará* a valorização e a difusão das manifestações culturais"; (ii) "Art. 217. É dever do Estado *fomentar* práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: (...)"; (iii) "Art. 219 (...) Parágrafo único. O Estado *estimulará* a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia"; e (iv) "Art. 227, §1º: § 1º O Estado *promoverá* programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (...) " (BRASIL, 1988) [Destaques nossos].

Para autores dessa teoria, não existiria um *design* neutro para as escolhas, posto que os arquitetos de escolhas (*choice architect*) podem tentar influenciá-las mediante um *nudge* (empurrão), de uma maneira que faça a vida das pessoas mais longa, saudável e melhor. Dessa forma, o *nudge* caracteriza-se como um aspecto da arquitetura de escolhas que altera os comportamentos das pessoas sem proibir nenhuma opção ou mudar significativamente suas iniciativas econômicas. Trata-se, literalmente, de um leve “empurrão”. O *nudge* pode ser usado, assim, para melhorar a vida das pessoas e ajudar a resolver alguns problemas da sociedade, sem limitar a esfera de liberdade dos cidadãos, ou mesmo suas decisões (THALER; SUNSTEIN, 2009).

Cumpra observar, assim, de que forma o poder de compra do Estado pode ser utilizado no fomento a atividades de interesse público. Essa atuação foi pouco destacada pela doutrina mais clássica, uma vez que se tinha uma ideia de que as compras governamentais eram atividades concentradas e fechadas em si, conceito este que está sendo desconstruído por obras mais atuais, principalmente estrangeiras, possibilitando um diálogo destas com o proposto no presente trabalho.

3 O FOMENTO POR MEIO DO PODER DE COMPRA DO ESTADO

A forma como devem ser feitas as contratações públicas é muito estudada, analisada e criticada pelos aplicadores do direito, principalmente quando o tema é licitação e contratos administrativos. Historicamente, as compras governamentais são analisadas apenas como meio para se atingir uma finalidade, que é a aquisição de bens e serviços pela administração pública, mas raramente são analisadas como um fim em si mesmo, por exemplo, como forma de contribuir para o desenvolvimento e efetivação de políticas públicas. Tal análise mostra-se essencial, principalmente em razão dos expressivos valores envolvidos.

Isso porque o Estado brasileiro é um grande comprador, movimentando cerca de 13% do Produto Interno Bruto (PIB) em compras governamentais (BRASIL, 2017). O governo federal, a título de exemplo, realizou sozinho mais de 600 mil compras nos últimos seis anos, totalizando um montante de aproximadamente R\$ 300 bilhões de reais em valores históricos (BRASIL, 2018c).

Não se pode deixar de lado o enorme potencial que a movimentação desses recursos tem para fomentar o desenvolvimento nacional e a aplicação de políticas estratégicas delimitadas pelo Estado, independentemente do âmbito da federação.

É claro que os requisitos constitucionais e legais que guiam as compras governamentais devem ser observados, especialmente o princípio da vantajosidade⁷ para a administração pública. Não se propõe, no presente trabalho, a utilização do poder de compras do Estado apenas com a finalidade de fomento, mas, sim, utilizar-se desse potencial com o objetivo de estimular boas práticas de mercado e o desenvolvimento de áreas demandantes, desde que a forma desenhada para utilização do poder de compras tenha impactos materiais relevantes.

O grande dilema, no entanto, é compatibilizar as políticas de fomento por meio das compras governamentais com os princípios que regem a administração pública, em especial os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.⁸ Essa necessidade de conjugação está proposta no artigo 3º da Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/1993), *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL, 1993).

⁷ “A maior vantagem apresenta-se quando a administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 63).

⁸ Junto ao princípio da publicidade, são esses os princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Como se observa, o próprio texto legal trouxe a previsão da “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”, trecho incluído recentemente por meio da Lei n. 12.349/2010, mas que deve ser aplicado em conformação com os demais princípios e regras do próprio texto legal. Esse dever de fomento ao desenvolvimento pode, por vezes, colidir com o princípio da vantajosidade, uma vez que o uso do poder de compra como forma de viabilização de uma política pública mediante o fomento, pode não resultar na escolha da proposta de menor custo para a administração. Não se deve ignorar, no entanto, o fato de que a adoção dessas políticas pode propiciar um ganho de desenvolvimento a longo prazo de valores incomensuráveis.

A literatura estrangeira há tempos consagra o uso do poder de compra do Estado como forma de propiciar o desenvolvimento tecnológico. Edler e Georghiou (2007), por exemplo, observam como as *public procurement* (contratações públicas) podem ser um mecanismo efetivo na superação das falhas de mercado, principalmente as assimetrias de informação (*information asymmetries*) e das falhas de sistema, como as más interações entre os agentes econômicos (*poor interactions*). O Estado seria, assim, um bom articulador e comunicador de preferências e demandas.

Além disso, os autores mostram como as compras governamentais podem ser essenciais à inovação, posto que, por vezes, produtos inovadores apresentam custos iniciais altos e uma grande demanda por parte do Estado pode estimular o seu uso e desenvolver a produção, abaixando custos e acelerando processos inovadores⁹ (EDLER; GEORGHIU, 2007).

Uyarra e Flanagan (2010) também apontam esse papel do Estado no fomento à inovação, ressaltando, no entanto, que as decisões sobre os “*innovation-friendly procurement*” (contratações amigáveis à inovação) devem partir da análise caso a caso, levando em considerações objetivos políticos e financeiros.

No Brasil, acompanhando a tendência internacional, a questão da inovação no setor das contratações governamentais vem sendo muito discutida, principalmente após a edição da Lei da Complementar n. 123/2003, também conhecida como a Lei Geral da Micro e Pequena Empresa (MPE), que instituiu um tratamento simplificado, diferenciado e favorecido para as MPEs. Mediante esta lei e suas alterações subsequentes, ficou determinado um procedimento diferenciado para a participação das MPEs nas licitações públicas, conferindo a elas, por exemplo, a preferência em caso de empate.¹⁰

A consolidação de uma política voltada à inovação foi consubstanciada por meio da Lei n. 10.973/2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Baseada nela, foram editados normativos que modificaram a Lei n. 8.666/93, garantindo um tratamento diferenciado para produtos e serviços que agreguem desenvolvimento e inovação tecnológica.

Apesar de não ser o enfoque do presente trabalho, tais exemplos demonstram como o uso do poder de compra do Estado está sendo cada vez mais utilizado como política pública de fomento, seja às MPEs seja à inovação.

Consolidando todos os aspectos mencionados e para a avaliação da efetividade do uso do poder de compra do Estado como política de fomento, o presente trabalho propõe que seja observada a maior conformidade possível com quatro requisitos, quais sejam: (i) respeito aos princípios constitucionais e legais que norteiam as compras públicas, em especial o princípio da maior vantajosidade; (ii) que o fomento traga o menor custo indireto possível para a administração; (iii) que haja uma intervenção mínima nos negócios dos particulares e (iv) que seja feito um controle de resultados e de efetividade da política.

Partindo dessas premissas, que consubstanciam as considerações a respeito do princípio da proporcionalidade e da subsidiariedade, bem como outros que norteiam as compras governamentais e até mesmo as políticas públicas, como o controle de resultados, por exemplo, busca-se analisar a efetividade de leis que de-

⁹ “Furthermore, the more radical an innovation, the higher the entry and switching costs. This relates to transaction and learning costs, to adoption of complementary equipment and to lock in and path dependency effects. Those problems of high entry costs are especially virulent in areas in which network effects occur. For products whose value rises with the units sold in the market, there is a high diffusion threshold, especially in ICT areas. The initial purchase of radical innovations is thus hampered. A strong initial demand in an early phase can have accelerating effects. For a variety of reasons, public procurement may remedy those market and system failures and lead to the generation and/or better diffusion of innovations” (EDLER; GEORGHIU, 2007, p. 956).

¹⁰ Conforme artigo 44 da Lei Complementar n. 123/2006.

terminam a adoção de programas de integridade por parte das empresas que contratem com a administração pública. Para tanto, é necessário uma breve abordagem sobre a figura desses programas e como eles estão previstos no ordenamento pátrio.

4 A LEI N. 12.846/2013 E A INSTITUIÇÃO E EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Seguindo um movimento internacional que se iniciou na década de 70 do século 20 com o escândalo do *Watergate*,¹¹ o Brasil finalmente publicou sua legislação anticorrupção, com responsabilização objetiva das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à administração pública: a Lei n. 12.846/13.

A pressão internacional, já mencionada anteriormente, advém de uma sucessiva adesão brasileira a tratados internacionais referentes ao combate à corrupção, como a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (1996), no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997), a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU).¹²

Como abordado, a Lei Anticorrupção brasileira trouxe incentivos à adoção, pelas empresas, de mecanismos de *compliance*. Muitos autores defendem, no entanto, que a forma como está previsto esse incentivo na legislação – apenas como fator de influência no cálculo da multa administrativa¹³ – não é suficiente para motivar as empresas a adotarem medidas simplificadas ou programas de *compliance* (VERÍSSIMO, 2017).

Tal afirmativa parece proceder, posto que os custos para a instituição desses programas são altos e simulações feitas por pesquisas do mercado mostram que, na maioria das vezes, a ausência do programa de integridade pode ser financeiramente mais interessante para a empresa. Segundo Veríssimo (2017),

O paradoxo, então, é que para ser capaz de realmente motivar as empresas a adotarem o *compliance*, o Brasil deverá aumentar a probabilidade de que os atos lesivos sejam descobertos, apurados e efetivamente punidos. Atualmente, do ponto de vista das empresas, em termos de análise de custos e benefícios, parece valer a pena apostar na ineficiência do sistema e não implementar o *compliance* (p. 270).

Apesar, todavia, do esforço internacional e nacional pela instituição de mecanismos anticorrupção, dentre eles os programas de *compliance*, vale mencionar que uma parte da literatura estrangeira, baseando-se em dados empíricos relativamente concentrados, conclui pela ineficácia desses programas. Por exemplo, Wellner (2005) demonstra como, mesmo nos Estados Unidos, onde a existência de programas efetivos de *compliance* pode reduzir substancialmente a condenação de uma corporação quando condenada pelos crimes de seus agentes, ou até mesmo ajudar a evitar a acusação – incentivos esses claramente superiores aos do caso brasileiro –, pouquíssimas empresas desenvolvem programas efetivos e, as que assim tentam, têm resultados questionáveis no controle de irregularidades.

Deve ser levado em consideração, entretanto, que esses estudos analisam bases quantitativas muito específicas e restritas ao contexto norte-americano, não significando que a mesma conclusão se aplique ao Brasil. Além disso, a maior parte da doutrina entende que a adoção de programas de integridade ajuda na criação de uma cultura interna das empresas pelo desincentivo à prática de atos ilícitos com o objetivo de aumentar o lucro a qualquer custo (BLOK, 2018). Considera-se que é como se houvesse um posicionamento institucional

¹¹ Em consequência do escândalo norte-americano do *Watergate*, que culminou na renúncia do presidente Nixon, o Congresso norte-americano editou o FCPA, iniciando uma pressão global por meio de entidades internacionais, como a OCDE, pela adoção de mecanismos similares por outros países, uma vez que, em decorrência do FCPA, as empresas norte-americanas estavam em desvantagem em relação aos concorrentes internacionais (VERÍSSIMO, 2017).

¹² Tais compromissos internacionais foram introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, respectivamente, pelos Decretos n. 4.410/2002, n. 3.678/2000 e n. 5.687/2006.

¹³ O Decreto n. 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, estabelece em seu artigo 18, inciso V, que do valor da multa administrativa serão subtraídos de “um a quatro por cento do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização caso fique comprovado que a pessoa jurídica possui e aplica um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV” (BRASIL, 2015c).

da empresa e da alta direção de que há uma preferência ao cumprimento estrito das normas, mesmo que seja em detrimento de alguns negócios ou do próprio lucro. Ainda, porém, é baixo o número dos estudos empíricos a respeito do tema no Brasil, estes que serão essenciais para a compreensão da efetividade dos programas no contexto nacional.

Apesar de não ser objetivo do presente trabalho observar a efetividade do incentivo ao *compliance* na Lei Anticorrupção, é importante mencionar como este foi um passo normativo inicial para o desenvolvimento desses programas pelo empresariado brasileiro;¹⁴ isto porque a regulamentação da Lei, o Decreto n. 8.420/2015, trouxe os parâmetros gerais para a estruturação de um programa de integridade, definindo, em seu artigo 41, que se trata de um:

(...) conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira (BRASIL, 2015c).

O Decreto trouxe, também, no Parágrafo Único do artigo 41, a previsão de que o programa “(...) deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica” (BRASIL, 2015c), previsão esta que é essencial, uma vez que não é possível criar normas muito específicas sobre os programas de *compliance*, principalmente porque tais programas devem ser instituídos pelas empresas adequando-se ao seu tamanho, número de funcionários, setor de atividade, normas a que estão sujeitas, entre outros. Por exemplo, as instituições financeiras devem observar, além da legislação anticorrupção, também as normas de prevenção à lavagem de dinheiro, como a Lei n. 9.613/1998 e os normativos editados pelo Banco Central do Brasil (Bacen). Por tal motivo, normas que tratem sobre os programas de *compliance* devem trazer apenas conceitos fundamentais, deixando a cargo da pessoa jurídica o desenvolvimento e adequação de seu programa.

Além disso, diversas são as formas de avaliar a efetividade de um programa de *compliance*, posto que o proposto pelo Decreto n. 8.420/2015 parece incluir a totalidade dos elementos previstos na literatura estrangeira e nas normas internacionais sobre o tema, inclusive abarcando as linhas gerais das disposições previstas nas convenções internacionais das quais o Brasil é signatário (VERÍSSIMO, 2017).

¹⁴ Há quem defenda que no âmbito do sistema financeiro a obrigatoriedade de instituição de programas de *compliance* adveio da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/1998), da Resolução Bacen n. 2.554/1998 e das Regras de Basileia (BLOK, 2018).

Segundo o artigo 42 do referido decreto, o programa deve ser avaliado de acordo com uma série de requisitos, desde o alto comprometimento da direção da pessoa jurídica até o “monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento (...)” (BRASIL, 2015c).¹⁵ A norma determina, ainda, que, na avaliação dos parâmetros do programa de *compliance*, sejam considerados o porte e as especificidades da pessoa jurídica.¹⁶

A norma também estabelece que cabe “ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade (...)” (BRASIL, 2015c, artigo 42, §4º). Isso resultou, por exemplo, na Portaria CGU n. 909/2015, que “dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas” (BRASIL, 2015a), bem como a Portaria Conjunta CGU e Secretaria da Micro e Pequena Empresa (SMPE) n. 2.279/2015, que “dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de microempresa e de empresa de pequeno porte” (BRASIL, 2015b).

Apesar da grande fonte nacional e estrangeira sobre como construir um bom programa de *compliance*, inclusive baseado nas convenções internacionais e em normas de padronização, como da *International Organization for Standardization* (ISO),¹⁷ o presente artigo tomará como base os requisitos previstos na legislação anticorrupção e nos atos normativos dela decorrentes, principalmente em razão de ser a estrutura mais detalhada sobre o tema no ordenamento brasileiro, bem como pelo fato de ser a utilizada como atenuante da multa administrativa prevista na Lei n. 12.846/2013, além de ser o parâmetro utilizado pelas leis regionais que serão analisadas a seguir.

5 AS PREVISÕES DA LEI ESTADUAL (RJ) N. 7.753/2017 E DA LEI DISTRITAL N. 6.112/2018

No afã gerado pela Operação Lava-Jato e pelo fortalecimento da cultura de combate à corrupção no Brasil nos últimos anos, diversas foram as propostas legislativas com o intuito de ampliar a ética nas reações entre os setores público e privado, posto que, ao lado dessas propostas, estão aquelas prevendo a obrigatoriedade de que empresas contratantes com o Poder Público criem e mantenham programas de *compliance*.

¹⁵ O artigo 42 do Decreto 8.420/2015 elenca como requisitos de avaliação da existência e aplicação do programa de integridade: “I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III – padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV – treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI – registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII – controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII – procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X – canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciadores de boa-fé; XI – medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII – procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII – diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV – verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV – monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no artigo 5º da Lei n. 12.846, de 2013; e XVI – transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos” (BRASIL, 2015c).

¹⁶ O parágrafo 1º do artigo 42 do Decreto n. 8.420/2015 determina que o porte e as especificidades da pessoa jurídica serão analisados tomando por base: “I – a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II – a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; III – a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais; IV – o setor do mercado em que atua; V – os países em que atua, direta ou indiretamente; VI – o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; VII – a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e VIII – o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte” (BRASIL, 2015c).

¹⁷ São exemplos internacionais os acordos já mencionados, dos quais o Brasil é signatário, e as legislações do UKBA e do FCPA. Além disso, também poderiam ser tomadas como parâmetro a ISO 37001:2017 e a ISO 19600:2014. No contexto brasileiro mais recente, até mesmo a recente Lei n. 13.303/2016 traz alguns aspectos de governança e *compliance*, não de forma tão detalhada quanto a Lei Anticorrupção.

Os motivos para tais propostas vão desde a ineficácia do incentivo proposto à adoção de programas de *compliance* na Lei Anticorrupção, perpassando o uso do poder de compra do Estado para incentivar o setor privado a adotar esses mecanismos, influenciando todo o mercado a partir das empresas que com ele contratam, até, por fim, a ideia de que o Estado somente pode contratar com empresas éticas, sendo a existência de programas de *compliance* um critério para tal.

Levando-se em conta um recorte metodológico e a preferência pela análise de leis já aprovadas em âmbito estadual, uma vez que não existe lei semelhante em vigor no âmbito federal, e em razão do maior poder de compra dos Estados em relação aos municípios, serão analisadas as leis dos únicos dois entes regionais da federação que já possuem medidas nesse sentido em vigor: o estado do Rio de Janeiro e o Distrito Federal, com as Leis n. 7.753/2017 e n. 6.112/2018, respectivamente.

Apesar de bastante parecidas, ambas as leis têm suas especificidades, valendo uma breve análise de suas disposições. Pelo artigo 1º da lei fluminense

fica estabelecida a exigência do programa de integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a administração pública direta, indireta e fundacional do estado do Rio de Janeiro, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias (RIO DE JANEIRO, 2017).

Os critérios para avaliação da efetividade do programa de integridade são os mesmos do disposto no Decreto n. 8.420/2015, já mencionados anteriormente. A única diferença é a substituição do item que trata, na norma federal, da transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos – provavelmente em razão da proibição dessas doações pelo Supremo Tribunal Federal (STF) – e a inclusão do critério que leva em consideração as ações comprovadas de promoção da cultura ética e de integridade por meio de palestras, seminários, *workshops*, debates e eventos da mesma natureza (artigo 4º, xvi).

Além disso, a norma concede um prazo de 180 dias corridos, a partir da celebração do contrato, para que a pessoa jurídica institua o Programa de Integridade (artigo 5º). O descumprimento da norma implica aplicação de multa (artigo 6º), além de acarretar na impossibilidade da contratação da empresa com o Estado do Rio de Janeiro até a regularização da situação (artigo 8º).

Um ponto a ser ressaltado na norma é que a comprovação da existência do programa de *compliance* se dá por meio de uma declaração apresentada pela empresa, cabendo ao gestor, ou fiscal de contrato, no âmbito da administração pública, sem prejuízo de suas demais atividades ordinárias, a tarefa de fiscalizar o estabelecimento do Programa de Integridade, considerando que suas ações não podem, segundo o artigo 11, §2º,

implicar interferência na gestão das empresas nem ingerência de suas competências, devendo ater-se a responsabilidade de aferir o cumprimento do disposto nesta Lei por meio de prova documental emitida pela empresa, comprovando a implantação do programa de integridade (RIO DE JANEIRO, 2017).

A norma autoriza, ainda, em seu artigo 14, “o Poder Executivo estadual a contratar com empresas de consultoria especializadas, objetivando a capacitação de servidores no que tange aos principais aspectos relacionados à identificação de condutas de fraude e corrupção” (RIO DE JANEIRO, 2017).

Já a Lei Distrital n. 6.112/2018 estabelece, em seu artigo 1º:

obrigatoriedade de implementação do Programa de Integridade em todas as pessoas jurídicas que celebrem contrato, consórcio, convênio, concessão, parceria público-privada e qualquer outro instrumento ou forma de avença similar, inclusive decorrente de contratação direta ou emergencial, pregão eletrônico e dispensa ou inexigibilidade de licitação, com a administração pública direta ou indireta do Distrito Federal em todas as esferas de poder, com valor global igual ou superior a R\$ 5.000.000,00 (DISTRITO FEDERAL, 2018).

Conforme previsto no artigo 1, §2º, o disposto na norma se aplica “às pessoas jurídicas que firmem relação contratual com prazo de validade ou de execução igual ou superior a 180 dias” (DISTRITO FEDERAL, 2018). Os parâmetros utilizados são muito semelhantes aos da lei fluminense. A grande diferença da lei distrital para sua congênere fluminense, no entanto, é que, enquanto essa exige a comprovação por meio de uma simples

declaração da empresa, aquela determina, além da declaração, que o programa de integridade seja avaliado por meio da apresentação de relatório de perfil e relatório de conformidade do programa, nos moldes regulados pela Lei n. 12.846/2013 e legislação correlata.¹⁸

Também fica prevista a aplicação de multa e impossibilidade de contratar com a administração pública distrital em caso de não instauração do programa de integridade ou caso este seja considerado ineficaz (artigos 8º e 10). A atribuição de verificação da eficácia do programa também é conferida ao órgão ou entidade fiscalizadora do contrato, conforme será definido em ato do chefe do poder respectivo (artigo 13).

Vale ressaltar que existe a possibilidade de que ambas as normas sejam inconstitucionais em razão do entendimento do STF sobre a competência de normas de licitações e contratos editadas por Estados e municípios, posto que caberia à União legislar privativamente sobre normas gerais de licitações, podendo ser entendido que, nesses casos, houve uma invasão da competência da União.¹⁹

Além disso, o legislador federal, ao editar a Lei Anticorrupção, poderia ter previsto a obrigatoriedade de instituição de programas de integridade por todas as pessoas jurídicas do mercado nacional, mas assim não o fez. Os motivos podem ser os mais variados, como a desproporcionalidade em exigir tais medidas de todas as empresas, sem considerar o porte e o segmento, ou mesmo a falta de mecanismos de verificação e controle, em razão das especificidades dos setores empresariais e das próprias pessoas jurídicas.

Para, todavia, além da discussão de inconstitucionalidade, que merece uma análise à parte, e apesar do louvável esforço do legislador em buscar uma relação mais íntegra entre o setor privado e o setor público, não parece que a forma escolhida é a melhor para atingir esses objetivos, justamente em razão da ausência dos critérios que foram levantados para a efetivação de uma política de fomento por meio do poder de compra do Estado.

O primeiro critério, do respeito aos princípios constitucionais e legais que norteiam as compras públicas, em especial o princípio da maior vantagem, parece ser subtraído em razão da exclusão da possibilidade de contratação pública de todas as empresas que não tenham programas de *compliance*, o que pode restringir a competitividade do processo licitatório, aumentando o seu custo. Tal princípio somente poderia ser ponderado com o da promoção do desenvolvimento nacional sustentável caso houvesse uma inegável resposta, com comprovações empíricas, de que a instituição de programas de *compliance* contribui para o desenvolvimento nacional, o que ainda não se verifica.

O segundo critério, de que o fomento por meio das compras públicas traz o menor custo indireto possível para a administração, também não se encontra presente. Para a efetivação da norma, a administração pública terá de capacitar todos os servidores que atuam como fiscais ou gestores de contratos, possibilitando a avaliação da efetividade dos programas de *compliance*, sem o qual a lei permaneceria “letra morta”. Além disso, a lei fluminense, por exemplo, ao prever a possibilidade de contratação de consultorias para realizar treinamento dos servidores do Estado, já deixa explícito o custo indireto que terá de ser desembolsado, situação que não foge do caso do Distrito Federal, considerando que a atribuição dos gestores e fiscais dos contratos é muito semelhante em ambos os casos.

Já o critério da intervenção mínima nos negócios dos particulares também parece prejudicado, pois, apesar de ambas as legislações especificarem que as atividades dos gestores e fiscais não podem implicar interferência ou ingerência na gestão das empresas, ainda é dado um poder muito amplo a esses agentes, podendo ser solicitados documentos internos e não havendo nenhuma disposição sobre a preocupação com

¹⁸ A Lei Distrital n. 6.112/2018 foi alterada, em 14/6/2019 pela Lei n. 6.308/2019, que incluiu o artigo 13-A, estabelecendo que o Poder Executivo terá 180 dias para dispor sobre o relatório de perfil da pessoa jurídica e o relatório de conformidade do Programa de Integridade (DISTRITO FEDERAL, 2018).

¹⁹ Ao analisar uma Lei Distrital que impunha restrição à contratação de empresas que realizassem discriminação na mão de obra, a Corte entendeu que “(...) o dispositivo atacado estabelece um critério a ser observado de modo geral nos contratos administrativos do Governo do Distrito Federal, vale dizer, que não especifica tampouco destaca tema capaz de retirar-lhe a abstração, a generalidade e impessoalidade: também não se trata de norma especial, atinente a particularidades da orientação local – mas, sim, de normal geral de incapacitação para licitar (...)” (BRASIL, 2007). Tal entendimento poderia ser aplicado analogamente ao caso de ambas as leis de integridade, tanto a distrital, quanto a fluminense.

sigilo bancário e empresarial dessas informações. Além disso, o gestor também fica autorizado a colher entrevistas e solicitar novos documentos para a averiguação do programa de integridade, sob pena de aplicação das penalidades previstas nas leis.

Como os critérios legais para averiguação dos programas são muito amplos e gerais, como devem ser, cada empresa desenhará um programa de integridade de acordo com o seu porte, ramo de atividade e número de funcionários, por exemplo. Resta saber até que ponto os gestores e fiscais do contrato terão capacidade de absorver e avaliar essas especificidades. Além disso, vale pontuar que esse aumento da necessidade de contato entre as empresas e os agentes públicos pode propiciar um ambiente mais tendencioso à prática de atos de corrupção.

Por fim, a necessidade de que a política de fomento por meio do poder de compra seja acompanhada de um controle de resultados e de efetividade, também passou despercebida aos olhos do legislador.

O ideal seria a previsão de que a administração manteria um controle para acompanhamento dos impactos da medida, respondendo a questionamentos como: O número de participantes nos processos licitatórios diminuiu? Houve casos de empresas contratadas, que tinham programas de *compliance*, e praticaram ato de lesivos à administração pública? Foram verificados conflitos entre o setor privado e os agentes públicos em torno dos elementos que trariam efetividade aos programas de *compliance*? Houve uma diminuição dos casos de corrupção em comparação com Estados e municípios que adotaram a política? Somente assim seria possível averiguar a efetividade de uma política como essa.

A inobservância dessas medidas, que, infelizmente, é o caso das duas legislações estudadas, leva a uma dificuldade teórica e empírica de sustentação da política adotada. O poder de compra do Estado para estimular boas práticas de integridade pode ser usado como uma ferramenta na prevenção a atos ilícitos, no entanto alguns critérios mínimos devem ser observados.

Para além da crítica das medidas já em vigor, cabe também ao presente trabalho propor sugestões de políticas que poderiam ser adotadas para se utilizar do poder de compra do Estado no fomento à integridade, sendo, para tanto, essencial a análise das figuras dos selos de certificação.

6 OS SELOS DE CERTIFICAÇÃO COMO BÔNUS NAS LICITAÇÕES

Ao se considerar que a exigência da instauração de programas de *compliance* pelas empresas que forem contratar com a administração, ou manter um contrato já em vigor, carece dos requisitos elencados para uma boa política de fomento por meio do uso do poder de compra do Estado, uma alternativa que pode ser ventilada é a utilização dos selos de certificação, não como requisito para a contratação com o poder público, mas, sim, como um benefício no processo licitatório.

Essas certificações, por si só, já podem ser consideradas fomento, o que se encaixaria, ao apoiar-se na conceitualização clássica de De Pozas (1949), no conceito de fomento honorífico, que, por sua vez, compreendia “as distinções e recompensas que se outorgam com público reconhecimento e proclamação de um ato de conduta exemplar” (p. 52).²⁰

Um exemplo desses selos, que trata especificamente da avaliação de programas de *compliance*, é o fornecido pela Controladoria-Geral da União, em parceria com o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social – o selo “Empresa Pró-Ética”. Segundo a apresentação do selo: “A iniciativa consiste em fomentar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas que, independentemente do porte e do ramo de atuação, mostram-se comprometidas em implementar medidas voltadas para a prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude” (BRASIL, 2018a).

Conforme previsto no artigo 13 do Regulamento do selo “Empresa Pró-Ética”, a avaliação para fins de recebimento da certificação consiste em um amplo questionário dividido em seis áreas: “(i) comprometimento da alta direção e compromisso com a ética; (ii) políticas e procedimentos; (iii) comunicação e treinamento; (iv)

²⁰ Tradução livre do original “*las distinciones y recompensas que se otorgan con público reconocimiento y proclamación de un acto o de una conducta ejemplar*”. As outras classificações de fomento, para o autor, seriam os fomentos econômicos e jurídicos (DE POZAS, 1949).

canais de denúncia e remediação; (v) análise de riscos e monitoramento; (vi) transparência e responsabilidade social” (BRASIL, 2018b). Para comprovar as respostas do questionário, as empresas devem anexar os documentos que entenderem necessários, comprovando aderência aos requisitos propostos.

Caso haja necessidade de descaracterizar algum documento, seja para preservar sigilo, pessoal ou comercial, a empresa deve fazê-lo, cuidando para que as partes não tarjadas sejam suficientes para a análise do documento (BRASIL, 2018b).

Além disso, a empresa deve preencher um relatório de análise de perfil, especificando informações como: os setores do mercado em que atua, a extensão da atuação no Brasil e no exterior, o faturamento e a frequência de participação em licitações públicas.

Além disso, segundo o artigo 9º do Regulamento do programa, somente é admitida a avaliação das informações e documentos encaminhados das empresas que cumprem os seguintes requisitos:

- (i) não constar do Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, do Cadastro de Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos Impedidas – CEPIM, ou do Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP por penalidade aplicada em decorrência de Processo Administrativo de Responsabilização;
- (ii) preencher todas as perguntas do questionário de avaliação e apresentar os documentos comprobatórios;
- (iii) enviar o questionário de avaliação no prazo estipulado, por meio do Sistema eletrônico do Pró-Ética;
- (iv) apresentar as certidões que comprovem a regularidade fiscal no âmbito federal e trabalhista, quais sejam:
 - a) Certidão de Regularidade Fiscal emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN);
 - b) Certificado de Regularidade do FGTS- CRF; e
 - c) Certidão de Débitos Trabalhistas, emitida pela Justiça do Trabalho;
- (v) comprovar ser signatária do Pacto Empresarial pela Integridade e contra a Corrupção, promovido pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social;
- (vi) não estar participando de negociação para celebração de Acordo de Leniência ou respondendo a Processo Administrativo de Responsabilização de que tratam a Lei n.º 12.846/2013 (BRASIL, 2018b).

A exemplo do selo Empresa Pró-Ética, iniciou-se uma movimentação para certificação no Brasil com base na ISO 19600, norma internacional de padronização sobre *compliance* publicada pela *International Organization for Standardization* (ISO) e já incorporada ao sistema brasileiro de padronizações pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Outras normas da ISO já foram incorporadas à rotina brasileira de certificações, como a conhecida ISO 9001 sobre gestão de qualidade.

Tais certificações, ou outras a serem criadas por instituições sérias e reconhecidas, principalmente governamentais, poderiam ser utilizadas como benefícios nos processos licitatórios, seja por meio do critério de desempate, das margens de preferência, ou mesmo utilizando-se da figura do empate ficto.

Caso o mecanismo escolhido seja o critério de desempate, seria assegurada a preferência às empresas que tenham o selo de reconhecimento de seu programa de integridade. Outro critério que também poderia ser utilizado para fomentar a adoção do *compliance* pelas empresas é o empate ficto, método adotado pela legislação federal para incentivar o mercado das micro e pequenas empresas por meio do poder de compra do Estado.

Mediante essa figura, em caso de empate, seria dada a possibilidade de a empresa portadora do selo apresentar proposta cobrindo aquela que seria vencedora do certame, uma vez que, nesses casos, o conceito de empate compreenderia as situações em que a apresentação de propostas, pelas empresas portadoras do selo, fossem iguais ou até 10% maiores que a proposta melhor classificada, caso siga-se o exemplo do empate ficto concedido às micro e pequenas empresas por força da Lei Complementar n. 123/2006. Esse valor percentual pode variar, a depender da vantagem que se deseje conceder à empresa portadora do selo.

Por fim, outro mecanismo possível é o da margem de preferência, esse bem mais delicado, posto que possibilitaria a contratação de uma empresa portadora do selo mesmo que sua proposta fosse inferior ao de outros colocados. Atualmente as margens de preferências estão previstas na Lei n. 8.666/1993 e são utilizadas para estimular produtos e serviços nacionais.

Por esse mecanismo, a administração teria a faculdade de privilegiar a contratação das empresas portadoras do selo mediante o estabelecimento da margem de preferência, por meio de decreto do Poder Executivo, devendo a margem ser estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a cinco anos, levando em consideração fatores que verifiquem a efetividade da política, como: (i) métrica de casos de empresas contratadas, que tinham programas de *compliance*, e praticaram atos lesivos à administração pública; (ii) diminuição dos casos de corrupção em comparação com outros órgãos que não estabeleceram a margem de preferência; (iii) aumento do custo de produtos e serviços; e (iv) análise comparativa de resultados nas revisões dos estudos.

Ademais, esclarece-se que todas as sugestões propostas teriam de ser incorporadas ao ordenamento mediante previsão em lei, em respeito ao princípio da legalidade. Como já proposto, não se ventila no presente trabalho a possibilidade de que os selos sejam utilizados como requisito para contratação, considerando que isso feriria os princípios que envolvem as contratações públicas, conforme posicionamento já manifestado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) a respeito de outras certificações:

Afastar os participantes não certificados reduz a possibilidade de alcance da melhor proposta para a Administração, sem que haja justificativa razoável para tanto. Por outro lado, não há óbice para a utilização do aludido certificado para atribuir pontuação à licitante, o que permite reconhecer seu diferencial em relação a outras que não comprovaram a adequação de seu sistema de produção aos critérios de qualidade estabelecidos nas normas pertinentes (BRASIL, 2011).

A proposta do presente trabalho, independentemente do método escolhido para conferir a vantagem à empresa portadora do selo, é que a utilização seja uma faculdade da administração, que poderia, ou não, utilizá-lo como critério editalício.

É certo que, apesar do Selo Empresa Pró-Ética ser uma ótima forma de averiguação da efetividade dos programas de *compliance* por um órgão especializado na matéria e seguindo os critérios previstos na legislação nacional, ainda teriam de ser realizadas algumas modificações para que a política proposta pelo presente trabalho fosse efetiva.

Uma dessas medidas é o estímulo para que os Estados, por meio de suas controladorias-gerais ou órgãos similares que tenham tais competências, também promovam certificações oficiais de programas de *compliance*, tomando por base os requisitos previstos da Lei Anticorrupção e das normas correlatas.²¹ Além disso, estes órgãos poderiam credenciar instituições privadas que também concedem certificações, ampliando o número de agentes competentes para realizar as certificações das empresas que assim desejem, sem a necessidade de descentralizar essa competência a todos os gestores e fiscais de contratos da administração.

Em segundo, devem ser adequados aos critérios de certificação para contemplar as micro e pequenas empresas, tomando por base, por exemplo, a Portaria Conjunta CGU/SMPE n. 2.279/2015.

Os benefícios dessa sugestão são inúmeros, destacando-se, por exemplo, o fato de a criação do programa de *compliance* ocorrer antes da participação no processo licitatório, e não como forma de cumprir um requisito para assinatura do contrato, evitando a existência dos programas pró-forma. Há, também, o fato de os programas de certificação terem prazos de renovação, garantindo uma constante averiguação da efetividade, melhorias e aprofundamento dos mecanismos de integridade instituídos pelas empresas.

Uma das vantagens de maior destaque é o fato de que os selos seriam analisados por servidores de órgãos técnicos especializados em integridade e ética, como a Controladoria-Geral da União, ou agentes privados de empresas de auditoria do setor, não pulverizando a atividade na mão de diversos gestores e fiscais de contratos que, além de suas atividades rotineiras, teriam de averiguar complexos programas de *compliance*. Além disso, tal medida possibilitaria a melhoria dos próprios processos de avaliação dos programas, criando, também, uma maior unicidade de critérios.

²¹ É o exemplo do Projeto de Lei n. 2.053/2015, em tramitação na Assembleia Legislativa de Minas Gerais, que cria o Cadastro Mineiro de Empresas Comprometidas com a Ética, a Integridade e sem Corrupção – Cadastro Empresa Minas-Ética. Pela proposta, a certificação seria instituída no âmbito da Controladoria-Geral do Estado e teria como diretriz a Lei Anticorrupção.

É importante, no entanto, que as certificações privadas tenham requisitos sólidos de averiguação das políticas internas para certificação das empresas, seguindo as práticas e orientações dos órgãos de controle e das certificações concedidas por órgãos públicos, como a Controladoria-Geral da União. Isso seria uma forma de dificultar o fim meramente monetário e mercadológico das certificações, apesar de o risco da imagem ser um fator importante para as empresas. O objetivo, sobretudo, é garantir a adequação das práticas internas da empresa com a legislação e garantir uma efetiva mudança na postura e na cultura de seus colaboradores e dirigentes (GOMES; OLIVEIRA, 2017).

Por fim, a proposta ventilada observa os requisitos propostos para uma efetiva política por meio do poder de compra do Estado, e fica assegurado um maior respeito ao princípio da vantajosidade, pois a proposta não inviabilizaria a participação nas compras governamentais daquelas empresas que não têm programas de *compliance*, estimulando ainda a efetivação do programas por meio de benefícios na licitação, além do fato de que as empresas poderiam utilizar-se do selo para valorizar sua imagem perante o mercado.

Os custos indiretos a serem arcados pela administração são quase nulos, pois os selos seriam concedidos por órgãos e entidades já especializados na concessão de certificações e na análise de questões referentes à integridade e ética. Haveria, também, uma intervenção mínima nos negócios dos particulares, posto que os selos não são obrigatórios e, portanto, adentram a esfera de discricionariedade das empresas, servindo apenas como um incentivo à sua adoção.

Até mesmo a questão da documentação comprobatória demonstra esse lado pouco interventivo na esfera privada, pois no modelo das legislações estaduais os gestores e fiscais podem solicitar documentos das empresas, à medida que, para o recebimento dos selos de certificação, as empresas apresentam espontaneamente os materiais que entendem necessários para comprovação dos programas, e que, se insuficientes, ensejam na negativa da certificação por parte da instituição responsável, não havendo uma intervenção direta nos negócios das empresas.

Por fim, a proposta permite que seja feito um controle de resultados e de efetividade da política, uma vez que, não sendo uma obrigatoriedade à administração pública, mas, sim, uma faculdade a ser inserida como requisito editalício, a administração teria meios de averiguar a efetividade da adoção dos mecanismos e, em caso de resultados negativos, abster-se de utilizar dos critérios de incentivo que foram propostos.

7 CONCLUSÃO

Tendo em vista os argumentos mencionados, o presente trabalho buscou analisar como recentemente a doutrina atentou-se para a atividade administrativa de fomento, posto que antes havia uma predominância no estudo do exercício do poder de polícia e na prestação de serviços públicos. O fomento, que na literatura estrangeira já encontrava forte base doutrinária e legislativa, como é o caso espanhol, passou a ser mais explorado no Brasil, principalmente como forma de compreender uma Constituição que traz diversos deveres de fomento ao Estado e até mesmo em razão de uma mudança na lógica de atuação da administração pública, que passou a ser vista como uma parceira da iniciativa privada no incentivo de atividades de interesse público.

Aliado a esse movimento, o poder de compra do Estado também passou a ser reconhecido como um mecanismo importante para o estímulo de políticas públicas, principalmente em razão dos vultosos valores que são movimentados pelas compras governamentais. Se, no entanto, antes as licitações eram vistas precipuamente como um meio de conseguir o menor preço para a administração, atualmente vislumbra-se a possibilidade de flexibilização desse conceito em prol do desenvolvimento nacional sustentável e como forma de estímulo a políticas públicas.

Nesse contexto, verifica-se como o fomento por emprego do poder de compra do Estado necessita do uso de alguns critérios para sua efetividade, e deve ser garantida a observância dos princípios constitucionais e legais que norteiam os processos licitatórios, em especial o princípio da maior vantajosidade à administração pública.

A partir dessas premissas é possível analisar criticamente propostas que desejam incluir como requisitos dos processos de licitação, ou para assinatura dos contratos administrativos com o setor público, a instituição de programas de *compliance* por parte das pessoas jurídicas, e duas leis estaduais nesse sentido já estão em vigor, uma no Rio de Janeiro e outra no Distrito Federal. Tais medidas, entretanto, não encontram a conforma-

ção com os requisitos apresentados para uma boa política de fomento pelo uso do poder de compra do Estado e, se verificada a ineficiência prática da medida, as leis já em vigor, no Distrito Federal e no Rio de Janeiro, poderiam ser revogadas para que novos mecanismos sejam testados.

Para tanto, uma proposta levantada é a de utilização de selos de certificação dos programas de *compliance* que são concedidos às empresas, a exemplo do Selo Empresa Pró-Ética, não como requisito da contratação ou assinatura do contrato, mas como um benefício durante o processo licitatório, seja como critério de desempate, ou por meio de figuras como o empate ficto e a margem de preferências, desde que observados requisitos próprios para cada uma dessas políticas.

Tal medida, concedendo uma discricionariedade à administração para utilização ou não dos benefícios em seus editais, possibilitaria uma averiguação da efetividade dos *compliance* empresarial, pois o tema é relativamente recente no país e a doutrina diverge sobre o potencial desses programas, principalmente em razão das escassas pesquisas empíricas sobre o tema.

O presente trabalho, todavia, toma como premissa o enorme potencial que efetivos programas de *compliance* têm como forma de prevenir atos ilícitos ou mesmo garantir a formação de uma cultura empresarial que preza pela integridade e pela ética. Para tanto, o poder de compra do Estado pode ser utilizado como uma forma de estimular a adoção desses mecanismos e testar sua efetividade.

Conclui-se que o objetivo precípua do legislador, na busca por maior lisura nas relações entre agentes públicos e privados, ainda seria mantido. Garantir-se-ia, no entanto, ao mesmo tempo, a observância dos princípios que norteiam as compras governamentais, bem como os requisitos de efetividade para uma boa política pública que se utiliza desse mecanismo.

8 REFERÊNCIAS

- BLOK, M. *Compliance e governança corporativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 nov. 2018.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. 2018a. Empresa Pró-Ética. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em: 1 nov. 2018.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. 2018b. Regulamento do Selo Empresa Pró-Ética. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/arquivos/documentos-e-manuais/regulamento-pro-etica-2018-2019.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2018.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portaria CGU n. 909, de 7 de abril de 2015. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 abr. 2015a. Disponível em: https://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_909_2015.pdf. Acesso em: 27 nov. 2018.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portaria Conjunta n. 2.279, de 9 de setembro de 2015. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de microempresa e de empresa de pequeno porte. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 set. 2015b. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/30172275/do1-2015-09-10-portaria-conjunta-n-2-279-de-9-de-setembro-de-2015-30172271. Acesso em: 27 nov. 2018.
- BRASIL. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 mar. 2015c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm. Acesso em: 29 nov. 2018.
- BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. 2017. *Sobre compras governamentais*. Disponível em: <http://www.fnnde.gov.br/acoes/compras-governamentais/sobre-compras-governamentais>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 30 nov. 2018.
- BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 30 nov. 2018.
- BRASIL. Portal de Compras do Governo Federal. 2018c. *Painel de compras do governo*. Disponível em: <https://www.compras-governamentais.gov.br/index.php/painel-de-compras-de-governo>. Acesso em: 29 nov. 2018.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.679 DF. Plenário. Relator min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 72, p. 59, 2 ago. 2007.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1085/2011. Plenário. Relator min. José Mucio Monteiro. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, n. 85, p. 118, 5 maio 2011.
- DE POZAS, L. J. Ensaio de una Teoria del Fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 48, p. 41-54, 1949.
- DISTRITO FEDERAL. Lei n. 6.112, de 2 de fevereiro de 2018. Dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas esferas de Poder, e dá outras providências. *Diário Oficial do Distrito Federal*, Distrito Federal, 6 fev. 2018. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/3bf29283d9ea42ce9b8feff3d4fa253e/Lei_6112_02_02_2018.html. Acesso em: 1º dez. 2018.
- DISTRITO FEDERAL. Lei n. 6.308, de 13 de junho de 2019. Altera a Lei n. 6.112, de 2 de fevereiro de 2018, que dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas esferas de Poder, e dá outras providências. *Diário Oficial do Distrito Federal*, Distrito Federal, 14 jun. 2019. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/a451f853649a4ecc8931491b970bc149/Lei_6308_2019.html#txt_bc752e56ee514c8528021f910b00029a. Acesso em: 25. jun. 2019.
- EDLER, J.; GEORGHIOU, L. Public procurement and innovation: resurrecting the demand side. *Research Policy*, v. 36, n. 7, p. 949-963, 2007.
- GOMES, M. F.; OLIVEIRA, W. R. O. A efetivação do compliance ambiental diante da motivação das certificações brasileiras. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 4, n. 1, p. 185-206, jan./jun. 2017.
- JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- MARQUES NETO, F. A. Fomento. In: DI PIETRO, M. S. Z. (coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.404-508. 2 v.
- MOREIRA NETO, D. F. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- RIO DE JANEIRO. Lei nº 7753 de 17 de outubro de 2017. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, RJ, 18 out. 2017. Disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025fee-f6032564ec0060dfff/0b110d0140b3d479832581c3005b82ad?OpenDocument&ExpandSection=-5%2C-6#_Section5. Acesso em: 29 nov. 2018.
- THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New York: Penguin Books, 2009.
- UYARRA, E.; FLANAGAN, K. Understanding the Innovation Impacts of Public Procurement. *European Planning Studies*, v. 18, n. 1, p. 123-143, 2010.
- VALIM, R. *A subvenção no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- VERÍSSIMO, C. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- WELLNER, P. A. Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions. *Cardozo Law Review*, v. 27, n. 1, p. 497-528, 2005.