

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas  
Brasília – Outubro-Dezembro/2011 – Ano 48 – Nº 192



Frei Confaloni, “Madona e o Menino Jesus”, 1971. Acervo do Senado Federal.

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • nº 192  
outubro/dezembro – 2011

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

REVISTA  
de  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade  
Presidente do Senado Federal – 1961-1967  
Isaac Brown  
Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967  
Leyla Castello Branco Rangel  
Diretora – 1964-1988

---

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes  
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3303-3575, -3576 e -3579  
Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva  
REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Marilúcia Chamarelli, Jéssica Fernandes Costa  
REVISÃO DE PROVAS: Débora da Silva Oliveira, Yara Ribeiro da Silva  
EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: Jussara Cristina Shintaku  
CAPA: Rejane Campos Lima Rodrigues  
IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

---

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.  
Pidesse canje.  
On demande l'échange.  
Si richiede lo scambio.  
We ask for exchange.  
Wir bitten um Austausch.

---

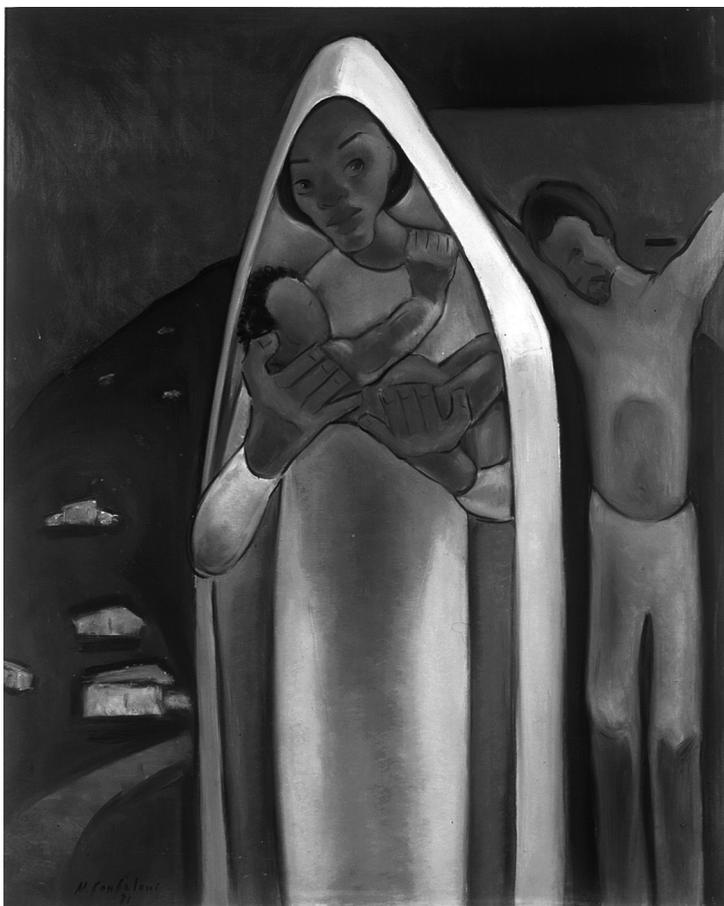
REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964. Trimestral.

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-, n. 34-, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.

CDD 340.05  
CDU 34(05)

---



“Madona e o Menino Jesus”, de Frei Confaloni,  
técnica óleo sobre tela de 1,05 cm x 0,84 cm de 1971.



# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 48 · nº 192 · outubro/dezembro · 2011

- Ana Maria D'Ávila Lopes      A era dos direitos de Bobbio: entre a historicidade e a atemporalidade    7
- Amandino Teixeira Nunes Junior      A União Europeia e suas instituições    21
- Jorge Barrientos-Parra      O Direito Penal Internacional e os crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado ou por indivíduos com a convivência estatal    31
- Lília Maia de Moraes Sales e Mariana Dionísio de Andrade      A mediação de conflitos como efetivo contributo ao Poder Judiciário brasileiro    43
- Daniella S. Dias      Soberania: a legitimidade do poder estatal e os novos rumos democráticos    55
- Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e Alexandre Walmott Borges      Experiências de ativismo judicial na Europa continental    67
- João Alberto de Oliveira Lima      Apuração do texto original da Lei Geral de Orçamento (Lei nº 4.320/1964) a partir das Bases de Legislação Federal: estudo de caso    79
- Felipe Oliveira de Sousa      O raciocínio jurídico entre princípios e regras    95
- Raquel Tiveron      Sinal de fumaça à frente: a codependência de indivíduos e governos em relação ao cigarro    111
- Rogério de Araújo Lima      Os Artigos Federalistas: a contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do Federalismo no Brasil    125
- Fabio Luiz de Oliveira Bezerra      Mutação constitucional do art. 109, I, da CF/88: competência da Justiça Federal nas demandas de benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho    137
- Tarcísio Henriques Filho      Quilombola: a legislação e o processo de construção de identidade de um grupo social negro    147
- Luiz Henrique Diniz Araujo      A efetivação judicial dos direitos sociais prestacionais com assento constitucional: uma análise comparada    171

Paulo Maycon Costa da Silva	Comparação jurídica entre as Defensorias do Brasil e da Colômbia 179
Rafael Cavalcanti Lemos	Delegação judicial de atos administrativos na fase ou processo de execução: aplicação do princípio constitucional da eficiência sob inspiração do direito português recém-reformado 207
Vanessa Silva Cardoso e Liana Fortunato Costa	A interação do idoso com o contexto jurídico na situação de pedido de guarda judicial de neto 227

# A era dos direitos de Bobbio

## Entre a historicidade e a atemporalidade

Ana Maria D'Ávila Lopes

### Sumário

Introdução. 1. Origem da teoria dos direitos humanos. 2. Definição dos direitos humanos. 3. Fundamentação dos direitos humanos. Conclusão.

### *Introdução*

O Direito, principal meio criado pelo homem para assegurar a convivência pacífica, sofre, na atualidade, uma profunda e crescente crise. O abismo entre teoria e realidade, a defasagem entre a norma e sua efetiva aplicação são cada vez maiores, pois, quanto maior é a teorização sobre o Direito, mais este se afasta da realidade que pretende regular; contrariamente, quanto maior é a dose de praticidade outorgada, mais ilegítimo ele se torna. É evidente que essa crise do Direito, afirma Ferrajoli (1992, p. 120), apresenta o risco de se converter em uma crise da democracia, na medida em que se traduz na violação do princípio de legalidade, isto é, da sujeição dos poderes públicos à lei, princípio no qual se encontram fundados tanto a soberania popular como o paradigma do Estado de Direito, originando formas neoabsolutistas de poder público, carentes de limites e de controle e violadores dos direitos humanos.

Perante essa realidade, não existe outra resposta que não o próprio Direito, assim como não há alternativa possível que não a razão jurídica. Esse é o único caminho para

Ana Maria D'Ávila Lopes é Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela UFMG. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Membro Efetivo da Câmara de Assessoramento e Avaliação - Área Ciências Sociais - da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FUNCAP. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFOR.

se responder à complexidade social e salvaguardar o futuro do Direito e, também, o futuro da democracia, haja vista fazer verdadeira democracia significar levar a sério os direitos humanos (Ferrajoli, 1992, p. 120).

Nesse contexto, a contribuição de Norberto Bobbio à teoria dos direitos humanos e da democracia é inegável, já que nele concorre o domínio tanto da teoria jurídica como da teoria política, isto é, tanto a perspectiva das normas como a do poder (BARBOZA VERGARA, 2005, p. 114).

É no livro intitulado “A era dos direitos” que encontramos grande parte da teoria de Bobbio sobre os direitos humanos que, embora não isento de críticas, pode ser considerada uma obra que trata de temas atuais sem se referir a nenhum tempo específico.

Essa atemporalidade da teoria dos direitos humanos de Bobbio não deixa de ter algo de paradoxal, haja vista a sua firme defesa pela historicidade desses direitos. De qualquer forma, as atuais e futuras gerações serão sempre gratas pelos seus valiosos ensinamentos, parte dos quais serão desenvolvidos no presente texto, como forma de prestar uma merecida homenagem.

Assim, inicialmente, será analisada a origem da teoria dos direitos humanos, apresentando as principais críticas de Bobbio às teorias clássicas. Posteriormente, a definição de direitos humanos formulada pelas principais correntes jusfilosóficas será desenvolvida, resgatando os aspectos positivos da proposta historicista do mestre italiano. Finalmente, a fundamentação dos direitos humanos, o tema mais polêmico, será exposta contrapondo o posicionamento de Bobbio, que desconsidera sua importância, e a posição que a defende como condição para sua efetividade.

### 1. Origem da teoria dos direitos humanos

Embora alguns autores afirmem que, na *Magna Carta* de 1215, já se perfilava a preocupação sobre o homem e seus direitos, devemos reconhecer que a teoria dos

direitos humanos é moderna, conforme nos ensina Bobbio (1992, p. 101-).

Lewandowsky (1984) assinala que a teoria dos direitos humanos teve sua origem no Iluminismo e no Jusnaturalismo desenvolvidos na Europa dos séculos XVII e XVIII, quando se firmou a noção de que o homem tinha direitos inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana e existentes independentemente do Estado. O pensamento iluminista, com suas ideias sobre a ordem natural, sua exaltação às liberdades e sua crença nos valores individuais do homem acima dos sociais, constitui a gênese da teoria dos direitos humanos.

Não se pretende, entretanto, afirmar que antes da Modernidade as ideias sobre dignidade, liberdade e igualdade não estivessem presentes, mas essas não eram formuladas como direitos reivindicáveis por todos os seres humanos. Assim, os direitos previstos na *Magna Carta* de 1215 e no *Bill of Rights* da Inglaterra de 1689 foram concebidos como concessões do poder soberano a um grupo determinado de pessoas, e não como direitos inerentes a todo ser humano (BOBBIO, 1992, p. 101).

Ainda muito antes, na Antiguidade, eram as normas da cidade as que prevaleciam como *belle totalité*, não sendo reconhecidos direitos ao homem individualmente considerado. A forma como as cidades eram organizadas não deixava lugar nem ao desenvolvimento do humanismo nem à singularidade do homem. Bobbio (1992, p. 57-58) refere que os códigos de regras de conduta tinham como principal função proteger mais ao grupo em seu conjunto do que ao indivíduo singular.

Mais do que dos direitos do homem, falava-se dos seus deveres, entre os quais o principal era o respeito à lei, haja vista que o termo *direito* não indicava uma prerrogativa ou uma faculdade do indivíduo – direito subjetivo –, mas restringia-se à própria norma – direito objetivo (LOPES, 2000). A figura deontica originária era o dever, não

o direito subjetivo, “a função primária da lei é a de comprimir, não a de libertar; a de restringir, não a de ampliar, os espaços de liberdade; a de corrigir a árvore torta, não a de deixá-la crescer selvagememente” (BOBBIO, 1992, p. 56).

A Filosofia, a Política e o Direito tiveram, na Antiguidade e na Idade Média, um horizonte cosmo-teológico diferente do da Modernidade. Platão e Aristóteles, por exemplo, estudaram o homem em relação à natureza, enquanto a doutrina cristã da Idade Média concebeu o ser humano em dependência a Deus (BOBBIO, 1992, p. 59-60).

É, certamente, apenas no Humanismo, ainda que timidamente, que podem ser encontrados os antecedentes da teoria dos direitos humanos.

O Humanismo, que se inicia no século XIV, introduziu uma nova visão do mundo, da natureza, da arte, e da moral, contrária à visão totalizadora da filosofia escolástica e do mundo medieval. O Humanismo caracterizou-se pela exaltação do indivíduo e pela reivindicação da sua liberdade e capacidade de criar com autonomia na arte, na literatura e na cultura em geral. A afirmação da dignidade e do próprio valor do homem ir-se-á apoiar na filosofia dos sofistas, dos epicúreos e dos estoicos, com um grande componente relativista. Essa nova ética, que reconhece a iniciativa humana, foi a que permitiu uma nova organização social, na qual as regras sociais e o Direito alcançaram um papel preponderante, propiciando, assim, o surgimento de uma esfera chamada “liberdade negativa” ou “liberdade como não interferência”, antecedente dos direitos humanos.

A Reforma Protestante, por outro lado, também contribuiu para reforçar o individualismo e para salientar o papel do homem na sociedade e na história. Os questionamentos sobre a autoridade da Igreja, a tradução e o livre estudo da Bíblia fomentaram, além da iniciativa individual, o pluralismo, o relativismo e a tolerância.

A secularização permitiu, também, que se procure não mais em Deus, mas na natureza do homem, a ordem do mundo e as respostas a todas as indagações, dando lugar ao auge da ciência. A confiança na razão diante da autoridade foi fortalecida, tornando, com isso, os homens em autênticos protagonistas da história.

Peces-Barba (1993, p. 327-) encontra, nessa época, três formas iniciais de direitos humanos: as liberdades individuais, os direitos políticos e as garantias processuais, que correspondem à discussão histórica da tolerância, dos limites do poder e da humanização do direito.

a) sobre a tolerância, a reforma protestante acabou com a unidade religiosa, propiciando o surgimento de diversas seitas e grupos religiosos heterodoxos. A defesa da tolerância e, mais tarde, a distinção entre Direito e Moral (Thomásio) foram os argumentos utilizados na defesa da liberdade de consciência perante novas imposições religiosas e a interferência do Estado em matéria de fé, “num primeiro momento, durante as guerras de religião, surgiu a exigência da liberdade de consciência contra toda forma de imposição de uma crença” (BOBBIO, 1992, p. 74). Nesse âmbito, é o indivíduo, e só ele, quem tem o poder de decidir;

b) referente aos limites do poder, a pressão exercida pelo poder econômico da burguesia contra o absolutismo deflagrou a necessidade de limitar o poder do Estado, provocando a reformulação teórica da sua organização e relação com os cidadãos, além de, especialmente, buscar uma nova fundamentação que justificasse sua existência. Diante da antiga justificação teológica do poder, os novos doutrinadores (Hobbes, Locke e Rousseau) pretenderam encontrar essa fundamentação na origem contratual do Estado, só que, como jusnaturalistas, defenderam a existência de direitos anteriores – direitos naturais – cuja função seria proteger os indivíduos contra os abusos do Estado;

c) em relação à humanização do Direito, a nova visão do homem como protagonista da história lhe permitiu assumir o lugar principal, passando a conceber o Direito como um instrumento do seu benefício. Essa transformação repercutiu, sobretudo, no direito penal, exigindo-se um processo com garantias para o indivíduo, antecedentes das atuais garantias do devido processo legal.

É, desse modo, graças às ideias do Humanismo que as estruturas econômicas, sociais, culturais e políticas do mundo medieval desapareceram dando lugar ao mundo moderno, período que foi ainda muito mais transformador.

Na Idade Moderna, o surgimento da burguesia como classe individualista, a contrário dos grêmios e das corporações medievais, deu impulso à iniciativa individual e, com isso, ao protagonismo da pessoa, “*el hombre se liberará del status y se relacionará en la sociedad como individuo libre frente a otros hombres libres, comerciantes, profesionales, artistas, con la competencia como critério*” (PECES-BARBA, 1993, p. 328).

Todavia, sob a influência dos humanistas e da Reforma, o homem conseguiu sair do círculo cosmo-teológico que o absorvia passando a ser consciente da sua capacidade criativa, do seu protagonismo histórico, e da necessidade da proclamação de direitos inerentes à sua natureza humana.

No âmbito político, as estruturas plurais do poder medieval foram substituídas pelo Estado como forma de poder racional, centralizador e burocrático, que não reconhece poder superior e que busca o monopólio do uso da força. A soberania, enquanto conceito identificador desse poder, teve como função a produção do Direito, tornando-se um *instrumentum regni* para acabar com os poderes medievais.

Peces-Barba (1993, p. 328) refere que, nesse contexto, os direitos humanos aparecem como um limite ao poder estatal no intuito de garantir um âmbito de autonomia e liberdade ao burguês.

Interessante é observar que a burguesia apoiou-se, inicialmente, nesse novo Estado, ainda absoluto, para se fortalecer e fortalecer o seu sistema econômico contra os grêmios, o feudalismo e todos os obstáculos existentes para o desenvolvimento do comércio e da indústria. Só depois de ter-se valido das ideias do contrato social e dos direitos naturais é que a burguesia separou-se deles e os combateu para, finalmente, destruir o Estado absoluto que antes tinha servido aos seus interesses.

O jusfilósofo espanhol acrescenta que, embora possa parecer uma contradição falar ao mesmo tempo de direitos humanos e Estado absoluto, foi justamente o absolutismo o que permitiu o desenvolvimento e a proclamação dos direitos do homem e do cidadão, haja vista os direitos humanos não serem apenas produto de uma “*inspiração ideal*”, senão também o resultado das lutas do povo pelo exercício real dos direitos idealmente concebidos, cujas razões, se quisermos compreendê-las, devem ser buscadas não mais na hipótese do estado de natureza, mas na realidade social da época e das suas contradições (BOBBIO, 1992, p. 74).

Foi, assim, com a vitória da revolução liberal da França e o movimento pela independência das colônias inglesas na América do Norte do século XVIII, que apareceram os primeiros documentos – na forma de declarações – de direitos humanos. Trata-se da Declaração do Bom Povo de Virgínia de 1776 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 da França.

Muitos autores afirmam que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi claramente influenciada pela Declaração do Bom Povo de Virgínia. Na verdade, não foi assim, pois os revolucionários franceses já vinham preparando o advento do Estado Liberal ao longo de todo o século XVIII, com base no pensamento de Rousseau, Locke e Montesquieu (BOBBIO, 1992, p. 83).

Dessas declarações de finais do século XVIII à Declaração Universal dos Direitos

Humanos de 1948, o mundo passou por grandes transformações.

A proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi deflagrada após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, as que evidenciaram a fragilidade e precariedade de deixar a previsão e aplicação dos direitos humanos ao arbítrio de cada Estado, sendo imprescindível a elaboração de um documento com pretensões universais que fosse capaz de estabelecer um mínimo de proteção a todos os seres humanos, independentemente da sua raça, origem, cor, idade, sexo, religião, nacionalidade, etc. em qualquer lugar do mundo (BOBBIO, 1992, p. 19).

A Declaração de 1948, ensina Bobbio (1992, p. 22), representa a conscientização da humanidade sobre seus valores fundamentais, a síntese do seu passado e uma inspiração para seu futuro, evidenciando que o fenômeno da universalização dos direitos humanos está apenas começando.

## 2. Definição dos direitos humanos

A dificuldade de teorizar os direitos humanos é mais patente quando se constata a dificuldade de precisar a sua correta denominação, haja vista a tendência de utilizar indistintamente diversas expressões como sinônimas, comprometendo não apenas a sua compreensão, mas a sua aplicação e proteção.

Assim, frequentemente, são utilizados como sinônimos *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, termos que, apesar da doutrina não especializada usar indiscriminadamente, referem-se a instituições diferentes. Com efeito, direitos humanos são os princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos, enquanto os direitos fundamentais são os direitos da pessoa (física ou jurídica) constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente.

Pérez Luño (1995, p. 18) consegue expressar essa diferença melhor do que ninguém:

*“Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, los cuales deben ser reconocidos positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional y que suelen gozar de tutela reforzada.”*

Desse modo, direitos humanos e direitos fundamentais não devem ser identificados, haja vista não existir uma total correspondência. Na prática, verifica-se que cada Estado incorpora no seu ordenamento jurídico os direitos humanos mais próximos aos seus próprios valores, decidindo quais serão constitucionalizados (adquirindo a categoria de fundamentais), quais pertencerão ao nível infraconstitucional e, até, quais serão simplesmente ignorados.

A situação ideal seria a identificação dos direitos humanos, internacionalmente regulados, com os direitos fundamentais, constitucionalmente positivados em cada Estado, de forma que estes últimos pudessem corresponder ao conjunto de normas básicas de todo ordenamento jurídico positivo, fundado na defesa da dignidade do ser humano e nos valores da liberdade e da igualdade, conforme, séculos antes, os defensores da teoria dos direitos naturais tinham proposto.

Há, sem dúvida, uma íntima relação entre a teoria dos direitos naturais e os direitos humanos e os direitos fundamentais. Para os autores jusnaturalistas, os direitos fundamentais são o prolongamento jurídico-positivo dos direitos humanos, os quais, por sua vez, derivam da teoria dos direitos naturais,

*“La afirmación de que existen algunos derechos esenciales del hombre en cuanto tal, en su cualidad o esencia absolutamente humana, no se puede separar del reconocimiento previo y necesario de un derecho natural; natural en cuanto distinto del positivo y, a su vez, preliminar y fundamental respecto a este”* (BATTAGLIA, 1966, p. 175).

Foi o Jusnaturalismo tradicional ou ontológico da Idade Moderna que, pela primeira vez, defendeu a existência de direitos naturais ou direitos inerentes a todos os seres humanos, anteriores e superiores ao Estado, com validade universal e irrevogáveis.

*“la existencia de derechos naturales inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil de otorgar, sino el reconocer y sancionar como universalmente valederos y que ninguna consideración de utilidad social podría, ni siquiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción”* (MARTAIN, 1972, p. 116).

Embora a valiosa contribuição na defesa da dignidade de todos os seres humanos, a teoria dos direitos naturais foi objeto de muitas críticas. Assim, por exemplo, Fernández García (1984, p. 97) questiona o uso do termo *direitos*, na expressão *direitos naturais*, na medida em que entende que os direitos naturais só podem ser considerados direitos, no sentido técnico-jurídico, a partir do momento em que são reconhecidos ou formulados por uma norma jurídica do Direito Positivo; enquanto isso não acontece, estamos diante de valores, interesses, objetivos ou anseios humanos, os quais podem ser considerados necessários, importantes ou fundamentais, mas não direitos. Desse modo, a expressão *direitos naturais* deve ser interpretada mais como o conjunto de exigências éticas ou princípios suprapositivos do Direito, efetivamente superiores a ele desde o ponto de vista ético, mas não no

sentido jurídico (DÍAZ, 1980, p. 266). Nessa mesma linha, Austin (1968, p. 184), um dos mais importantes representantes do positivismo, afirmou que os direitos naturais são um conjunto de regras que integram a moralidade positiva, isto é, um conjunto de normas sociais emanadas das opiniões e sentimentos coletivos que influenciam o Direito, mas que não são Direito.

Outra das críticas recebidas pelo Jusnaturalismo ontológico deriva da afirmação de que os direitos naturais são deduzidos da própria natureza humana, cujo conceito não é claro nem preciso, mas ambíguo e equívoco (BOBBIO, 1992, p. 14). Isso se demonstra pela existência, desde os gregos, das mais diversas teorias que tentaram definir ou explicar o conceito de natureza humana, o qual tem dependido sempre dos valores pressupostos de cada autor, numa clara contradição à afirmação de uma natureza humana universal e imutável (DÍAZ, 1980 p. 299). Para Fernández García (1984, p. 97), o correto teria sido afirmar que os direitos naturais consistem em deduções que fazemos a partir de juízos de valor que aplicamos à natureza humana, como foi o defendido pelo Jusnaturalismo axiológico.

O Jusnaturalismo axiológico defendeu a existência de uma “ordem eterna” de valores existentes *per se*, isto é, anteriores e independentes de qualquer experiência, formando uma “ordem eterna” e integrada de princípios absolutamente invariáveis. Essa ordem ideal de valores encontrar-se-ia estruturada segundo relações *a priori* de hierarquias, configurando uma série de categorias ou níveis valorativos que não podem ser modificados pelos homens, sendo conhecidos não por meio da razão, mas apreendidos pelo sentimento e pela intuição da sua evidência, o que depende da própria constituição ontológica do espírito, que é privativo apenas dos homens (CASTBERG, 1970, p. 121-127).

As críticas ao Jusnaturalismo axiológico são muitas, a começar pela falta de consenso sobre o que é um valor e até quais

seriam os valores que conformariam esse ordenamento jurídico natural e imutável.

Alexy (1993, p. 141) ensina a importância de diferenciar o que é um valor do que tem valor. Assim, quando se afirma que alguma coisa *tem* valor, expressa-se um juízo de valor, isto é, realiza-se uma *valorização*. Observe-se que, na verdade, o valor não pode ser identificado com o objeto valorado, na medida em que, segundo as circunstâncias, um objeto poderá ter mais ou menos valor, ou um valor diferente. Desse modo, são os critérios de valorização que devem ser chamados de *valor*.

No entanto, as objeções mais sérias contra o Jusnaturalismo axiológico são as metodológicas, haja vista ter ignorado qualquer fundamentação racional ao recorrer a um sistema de valores *per se*, imutáveis e absolutos.

Bobbio é, precisamente, um dos autores que nega a existência de direitos imutáveis e absolutos conforme o defendido tanto pelo Jusnaturalismo ontológico como pelo axiológico. Para o mestre italiano, não é possível dissociar os direitos da sua historicidade.

“os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente... Não é difícil de prever que, no futuro, poderão surgir novas pretensões que no momento sequer podemos imaginar... O que demonstra que não existem direitos por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (BOBBIO, 1992, p.19).

Todavia, Bobbio (1992, p. 18-19) afirma que o fato de um determinado direito ter sido considerado como parte do elenco dos direitos humanos não tem geralmente dependido apenas das suas características intrínsecas, mas do grau de consenso e aceitação na comunidade internacional. Isso permite explicar o motivo pelo qual certos

direitos não foram originariamente considerados, e muitos menos pensados, como fundamentais, contudo, possivelmente hoje, ou no futuro, poderiam alcançar esse caráter. A atual proteção dos idosos, exemplifica o mestre italiano, não existiria se não tivesse acontecido o aumento da sua longevidade, graças aos avanços da medicina (BOBBIO, 1992, p. 76).

Consequentemente, as Declarações não podem apresentar nenhuma pretensão de serem definitivas. Não é preciso muita imaginação, afirma Bobbio (1992, p. 47), para prever que o desenvolvimento da técnica e a transformação das condições sociais, econômicas e políticas deflagrarão novas necessidades e, assim, novas demandas de liberdades e poderes.

Bobbio adota, assim, uma concepção historicista dos direitos humanos fundada no consenso, posicionamento que lhe rendeu diversas críticas por seu subjetivismo e relativismo, haja vista desconsiderar o conteúdo ético dos direitos humanos, centrando-se apenas no consenso como critério de legitimidade sem justificar o porquê da escolha de um e não de outro direito.

“mas a positivação dos direitos humanos não explica, por exemplo, o porquê da definição e da escolha de determinados direitos e não de outros; não explica por que diferentes sociedades ocidentais, com história política e econômica diversas, adotaram, em regra, uma mesma orientação valorativa na definição de suas cartas políticas de direitos humanos; não explica ainda o fato de sociedades não ocidentais concordarem, ao menos em parte, com um conjunto desses direitos mesmo antes das revoluções do século XVIII. Em outras palavras, o fato histórico do reconhecimento jurídico dos direitos humanos é de uma importância inegável para a afirmação das sociedades democráticas, mas não elide e nem mesmo nega a necessidade de

uma justificação para as declarações modernas de direitos humanos” (LUCAS, 2009, p. 129).

Buscando superar as críticas recebidas pela posição historicista de Bobbio, surge a corrente que defende a natureza ética dos direitos do homem, sendo por isso chamados “direitos morais”, haja vista refletirem as exigências éticas decorrentes da ideia de dignidade humana.

A diferença dessa posição com o Jusnaturalismo axiológico é que este último defende que os valores são essências ideais existentes *per se*, isto é, anteriores e independentes de qualquer experiência, formando uma “ordem eterna” e integrada por princípios absolutamente invariáveis. Essa ordem ideal de valores encontra-se estruturada segundo relações *a priori* de hierarquias, configurando uma série de categorias ou níveis valorativos que não podem ser modificados pelos homens. A apreensão dos valores não decorre da sua cognoscibilidade racional ou empírica. O que é bom ou mau, verdadeiro ou falso não depende da evolução natural do homem, mas da própria constituição ontológica do seu espírito, o que é privativo apenas dos homens. Desse modo, as aparentes variações ou contradições dos valores que aparecem no decorrer da história devem-se apenas à consciência axiológica humana, e não aos valores em si. A falta de uma perspectiva global do mundo é o que impede que o indivíduo tenha acesso à imutabilidade dos valores (PÉREZ LUÑO, 1995, p.138-141).

Contrariamente, para a teoria que defende a natureza ética dos direitos do homem, a referência ao momento histórico, ou às circunstâncias históricas, resulta imprescindível para uma fundamentação racional do Direito, visto que só admitindo sua historicidade é que se pode evitar cair no erro dos teóricos do Jusnaturalismo, que conceberam a existência de direitos absolutos e imutáveis (FERNÁNDEZ GARCÍA, 1984, p. 119).

Para Peces-Barba (1993, p. 27), os direitos morais apresentam uma concepção dualista, na medida em que seu estudo pode ser realizado com base em dois níveis diferentes: um axiológico ou filosófico e outro jurídico, determinado pela inserção dos valores no ordenamento jurídico, tornando-se direitos fundamentais.

A teoria dos *direitos morais* pretende, dessa maneira, descrever a síntese entre os direitos do homem entendidos como exigências éticas (ou valores) e como direitos propriamente ditos. O qualificativo *morais* aplicado a *direitos* refere-se tanto à sua fundamentação ética quanto à limitação no número e no conteúdo dos direitos que podem ser compreendidos no conceito de direitos do homem. Dessa maneira, apenas os direitos do homem que tenham uma relação direta com a ideia de dignidade humana podem ser considerados direitos fundamentais. O substantivo *direitos* implica que os direitos humanos, além de morais, devem estar positivados. O papel do Direito é, nesse sentido, o de conferir juridicidade aos direitos morais, isto é, torná-los normas jurídicas positivas para garantir sua autêntica proteção. Assim, a cada direito do homem enquanto direito moral irá corresponder um direito positivo, isto é, um direito fundamental.

Pérez Luño (1979, p. 10), a respeito, observa:

*“Es, precisamente, de esa idea de la dignidad de la persona humana, así como de las exigencias y necesidades ligadas a la consecución de la libertad y la igualdad, de donde se derivan los derechos humanos. Estos derechos esenciales tienen un fundamento anterior al Derecho positivo, esto es, preliminar y básico respecto a éste.”*

Essa posição tem o mérito de superar alguns dos problemas das teses jusnaturalistas e historicistas. Com referência à escola jusnaturalista, tem a vantagem de não identificar os direitos humanos com os direitos naturais, ou seja, de não de-

fender a existência de uma ordem jurídica superior e independente à positiva. Com relação ao posicionamento historicista, defende a fundamentação ética dos direitos fundamentais, impedindo que qualquer exigência social que não tenha conexão com a dignidade humana seja positivada como um direito fundamental, mostrando que, embora os direitos não sejam absolutos, na história da humanidade têm existido valores que sempre estiveram presentes.

### 3. *Fundamentação dos direitos humanos*

A fundamentação dos direitos humanos é um dos temas jurídicos que mais controvérsias tem provocado. Historicamente, afirma Bobbio (1992, p. 13-), têm existido três tentativas de fundamentação dos direitos do homem:

- a) deduzi-los de um dado objetivo constante (a natureza humana);
- b) considerá-los como verdades evidentes em si mesmas;
- c) estimá-los como produto do consenso geral.

A primeira tentativa corresponde ao Jusnaturalismo clássico, defensor da existência de direitos naturais fundados na própria natureza humana, válidos exclusivamente por sua racionalidade. É o posicionamento que oferece a maior garantia de validade universal, haja vista derivar de um fundamento constante e imutável. No entanto, a própria história do Direito Natural tem demonstrado que a natureza humana tem sido interpretada de diferentes formas e usada até para justificar sistemas de valores totalmente opostos (DÍAZ, 1980, p. 299), constatação que, para Bobbio, desvaloriza totalmente essa opção.

A segunda tentativa de fundamentação corresponde também a correntes identificadas como jusnaturalistas, a exemplo da Ética material de Scheler (1935), que identificaram os direitos humanos com valores em si, sistêmicos e invariáveis, descobertos por meio da intuição. O erro

desse posicionamento foi ter rejeitado qualquer argumentação racional, fazendo apelo à evidência sem admitir contestações, o que a tornou incapaz de resistir à prova da História, haja vista que o que pode ser evidente para algumas pessoas em determinada época pode não o ser para outras em outra época.

O terceiro argumento apoia-se no consenso geral, o que implica aceitar que um direito está mais bem fundamentado quanto mais aceito pela sociedade. O erro dessa fundamentação reside na sua subjetividade e relatividade, ainda que tenha a vantagem de ser a única que pode ser comprovada.

Bobbio (1992, p. 13) adota essa terceira opção e aponta a Declaração Universal de 1948 como o maior e mais importante exemplo de consenso geral sobre alguma coisa que a humanidade já teve. A partir dela é que é possível ter a certeza de que a humanidade compartilha alguns valores comuns, isto é, pode-se acreditar na universalidade dos valores.

De qualquer forma, na medida em que o mestre italiano considera esses direitos como valores, os quais não se justificam, mas se assumem, defende a ideia de que se ignore o problema da fundamentação e se parta para a proteção dos direitos humanos, que é o mais importante, mas, quando digo que o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como – em certo sentido – resolvido, ou seja, como um problema cuja solução já não devemos mais nos preocupar... teve sua solução atual na Declaração (BOBBIO, 1992, p. 26).

Com efeito, para Bobbio (1992, p. 24), “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, [é] não tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

Discordando dessa afirmação, coloca-se a questão nos termos expressos por Robles

(1992, p. 11), “*el problema práctico de los derechos humanos no es el su fundamentación, sino el de su realización; pero el problema teórico de los derechos humanos no es el su realización, sino el de su fundamentación*”.

A essa posição adere-se por considerar que o tema da fundamentação dos direitos humanos, ainda que seja inegavelmente um problema, não pode ser deixado de lado pelas seguintes razões (ROBLES, 1992, p. 12-16):

a) razão moral: é um absurdo defender algo sem saber o porquê, isto é, não é possível defender os direitos humanos se não se tem consciência da importância da dignidade humana. Fundamentar os direitos do homem significa, precisamente, ter a convicção dessa importância;

b) razão lógica: por meio da fundamentação, será possível delimitar o conteúdo dos direitos humanos, permitindo sua regulação sem desnaturalizá-los. Com a expressão direitos humanos não se deve defender qualquer valor, mas aqueles que serão desvendados a partir da sua fundamentação;

c) razão teórica: não é válido pretender elaborar uma teoria dos direitos humanos sem antes justificar a escolha de tal ou qual teoria, pois se corre o risco de perder qualquer rigor científico;

d) razão pragmática: para fazer efetivos os direitos humanos é necessário, antes, ter as ideias claras.

Existem autores, no entanto, que não apenas têm preferido, como Bobbio, ignorar a questão da fundamentação dos direitos humanos, como têm até negado a existência jurídica desses “direitos” (VILLEY, 1972). Outros, radicalmente positivistas (KELSEN, 1999; ROSS, 1994), têm rejeitado a possibilidade de sua fundamentação racional por considerá-los juízos de valor, não sendo possível, dessa maneira, sua verificação empírica e consequente fundamentação.

Constata-se, assim, a existência, por um lado, de posições jusnaturalistas que rompem o equilíbrio entre a razão e a história,

e, por outro, posições positivistas (PECES-BARBA, 1993, p. 339).

A fundamentação positivista pode ser reduzida a duas correntes. A primeira é formalista, reconhecendo como Direito apenas o estabelecido (ou imposto) pela maioria (HOBBS, 1980). Segundo essa posição, os direitos humanos são os que o legislador estabelece sem nenhum limite e sem nenhum respeito a conteúdos prévios. Tal visão é totalmente errônea, pois nenhuma sociedade é valorativamente neutra, senão que incorpora os princípios que sua própria evolução histórica desenvolve. A segunda corrente positivista pode ser reduzida a uma teoria historicista que afirma ser o Direito apenas o que decorre dos princípios e valores sociais do momento e lugar onde se desenvolve. É essa a posição de Bobbio (1992, p. 18-20), que remete a fundamentação ao reconhecimento da historicidade dos direitos humanos, comprovada pelo consenso (“os direitos estão mais fundamentados enquanto mais aceitos por todos”). O mestre italiano expõe, assim, uma concepção histórica dinâmica, pois o consenso implica um reconhecimento, respeito e tutela variáveis, determinados pelas próprias condições históricas nas quais o Direito se desenvolve.

Na medida em que uma fundamentação racional não é incompatível com a histórica, Peces-Barba (1993, p. 340-341) sintetiza as duas posições positivistas expostas, defendendo a realidade dualista dos direitos humanos: os que apresentariam, por um lado, uma dimensão historicista e, por outro, uma dimensão formalista, requerendo-se, para a passagem de uma dimensão a outra, a mediação do poder. O poder é definido pelo autor como o conjunto de instituições, operadores jurídicos e cidadãos que usam e aplicam o Direito. A fundamentação, acrescenta o jusfilósofo espanhol, situa-se no campo da filosofia jurídica, ainda que com repercussões no campo do poder.

A rejeição às correntes positivistas, entretanto, expressa-se através de novas ela-

orações teóricas. Talvez a mais inovadora seja a de Dworkin (1984), que defende a existência de um Direito composto conjuntamente de normas e princípios (incluindo as diretrizes). Os princípios são, afirma Dworkin, imperativos de justiça e honestidade, isto é, apresentam uma dimensão moral. Quanto aos direitos humanos, define-os como critérios de valoração de costumes e leis. Segundo ele, os homens possuem direitos morais que os protegem contra as decisões da maioria, representada pelo Estado. Trata-se de um modelo construtivista baseado em direitos e, mais concretamente, no direito de todo indivíduo de ser tratado como igual, pressupondo a promessa da maioria de respeitar a dignidade das minorias, assim como reconhecê-las em igualdade de condições.

Outra posição interessante de mencionar é a de Habermas (1997), que afirma serem os direitos humanos produto do consenso racional, obtido por meio de uma situação comunicativa ideal. A importância dos direitos humanos decorreria, assim, da sua condição de generalidade, isto é, da sua validade para conseguir um consenso universal.

Outros autores (HELLER, 1995), com a intenção de reforçar o caráter empírico da fundamentação, baseiam sua posição no conceito de necessidade como categoria axiológica para construir um sistema fundado no reconhecimento e na satisfação das necessidades como preferências derivadas de uma exigência fática objetivamente generalizável. A dificuldade da passagem da necessidade ao valor é superada entendendo-se os valores como a racionalização abstrata, que parte da experiência real das necessidades no âmbito da argumentação que, em uma sociedade ideal, se produz entre os seres que a formam. É um dever-ser que não se separa do ser, mas uma projeção que o próprio homem faz no seu contexto histórico. O homem tem necessidades que expressam suas carências, e cuja satisfação implica a superação dessas. É justamente

quando se pensa nessa satisfação que se pensa em um valor. Assim, o valor é entendido como a abstração mental da superação da necessidade, mas sempre e quando tal necessidade seja generalizável pela amplitude da sua extensão e o valor possa ser elevado à categoria de geral.

Nesse contexto teórico, a liberdade e a igualdade são entendidas como expressão das necessidades gerais. O Direito não faz outra coisa senão positivizar tais valores, situando-os como decisões políticas fundamentais. Seguindo essa argumentação, é possível entender melhor o processo de positivação dos direitos humanos e, ainda mais, a sua incorporação ao ordenamento jurídico em nível constitucional (pérez luño, 1995), superando, desse modo, as críticas realizadas por Bobbio (1992, p. 81), que negou o caráter jurídico dos direitos naturais e dos direitos morais, alegando não serem direitos, mas exigências em busca de validade a fim de se tornarem eventualmente direitos positivos em determinado ordenamento jurídico.

O grande mestre italiano acertou, sem dúvida, ao assinalar a importância da positivação dos valores essenciais do ser humano, como forma de garantir-lhes a força que somente o Direito pode conferir, assim como também acertou ao apontar a urgência dessa positividade vir acompanhada da efetividade,

“Uma coisa é um direito; outra promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial; Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembléia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção” (BOBBIO, 1992, p. 81).

No entanto, só uma fundamentação ética que resgate a dignidade humana como

conteúdo essencial dos direitos humanos (LOPES, 2001) será capaz de viabilizar qualquer tentativa de imposição de normas que busquem implementá-los. Só a partir do momento em que a humanidade tome consciência do valor de todo e cada ser humano é que esses direitos alcançarão o sentido necessário para que a luta pela sua efetividade seja uma tarefa universal.

### Conclusão

Em pleno século XXI, os direitos humanos continuam sendo desrespeitados em quase todas as partes do mundo, evidenciando que a Declaração Universal de 1948 não foi senão o primeiro passo do processo de sua universalização.

Esse problema da falta de efetividade dos direitos humanos vem se tornando um impostergável desafio a ser enfrentado por toda a humanidade, haja vista os direitos humanos serem condição *sine qua non* de convivência democrática, conforme os ensinamentos de Bobbio.

Não há dúvida que sem direitos humanos não há democracia. Contudo, sem uma fundamentação ética, fundada no respeito à dignidade de todos os seres humanos, não é nem será possível garantir a efetividade desses direitos, nem a consequente consolidação da democracia, tão ambicionada por Bobbio.

### Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AUSTIN, John. The province of jurisprudence determined and The uses of the study of jurisprudence. London: Weidenfeld & Nicolson, 1968.

BARBOZA VERGARA, Antonio Carlos. Democracia y derechos humanos en la teoría política de Norberto Bobbio. *Revista Co-herencia*, Colombia, v. 2, n. 3, p. 113-128, jul./dez. 2005.

BATTAGLIA, Felice. Declaraciones de derechos. In: \_\_\_\_\_. *Estudios de teoría del estado*. Tradução de Díaz y Veja. Madrid: Real Colegio de España en Bolonia, 1966.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CASTBERG, Frede. *La philosophie du droit*. Paris: A. Pedone, 1970.

DÍAZ, Elías. *Sociología e filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1980.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Debate, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho como sistema de garantías. *Jueces para la democracia: información e debate*, Madrid, n. 16, p. 61-69, feb. 1992. Disponível em: <[http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero\\_articulo?codigo=2551827&orden=0](http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2551827&orden=0)>. Acesso em: 11 out. 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

HELLER, Agnes. *Ética general*. Tradução de Angel Rivero Rodríguez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Tradução de Luis Legaz Lacambra. México: Colofón, 1999.

LEWANDWOSKY, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos humanos: última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 148, p. 127-139, out./dez. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/634/4/r148-08.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2011.

\_\_\_\_\_. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.

LUCAS, Douglas Cesar. O problema da universalidade dos direitos humanos e o relativismo de sua efetivação histórica. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 14, n. 3, p. 124-145, dez. 2009. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/universalidade-relativismo-efetiva-74589595>>. Acesso em: 11 out. 2011.

MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Buenos Aires: Pleyade, 1972.

PECES-BARBA, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_. Delimitación conceptual de los derechos humanos. In: CASCAJO CASTRO, José L. *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética de la sociedad actual*. Madri: Civitas, 1992.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudebe, 1994.

SCHELER, Max. *Sociología del saber*. Madrid: Revista de Occidente, 1935.

VILLEY, Michel. Critique des droits de l'homme. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, v. 12, n. 2, 1972.



# A União Europeia e suas instituições

Amandino Teixeira Nunes Junior

## Sumário

1. Introdução. 2. União Europeia. 2.1. Tratados Constitutivos. 2.2. Instituições. 3. Conclusão.

### 1. Introdução

A Europa como espaço integrado ou comum não é ideia nova. É longo o percurso que funda a comunhão que caracteriza a moderna construção europeia. Suas origens são muito anteriores aos tratados que vieram a constituir as Comunidades Europeias, atualmente agrupadas sob a denominação de União Europeia. Basta lembrar que filósofos como Dante e Kant e economistas como Saint-Simon e Proudhon já ensaiavam a formação de uma unidade europeia.

Napoleão e Hitler tentaram viabilizar uma Europa unida pela força das armas, de forma impositiva e centralizada, acentuando tensões e provocando desfechos sangrentos. Churchill, Shuman e Monnet emprestaram a ideia de uma integração europeia pela força da cooperação institucionalizada entre os povos europeus e por uma vontade política inspirada no respeito aos direitos humanos e no consenso de Estados.

O século XIX passou por uma experiência de integração que pode ser vista como uma manifestação concreta de vontade de unificação europeia: a união aduaneira alemã (*Zollverein*), que vigorou de 1834 a 1871.

Amandino Teixeira Nunes Junior é Mestre em direito pela UFMG, doutor em Direito pela UFPE, professor universitário e consultor legislativo da Câmara dos Deputados.

No entanto, foi somente no período entre as duas guerras mundiais, no século XX, que se assistiu ao surgimento de um clima especialmente favorável à realização do velho sonho da unidade europeia, quando os planos para a aproximação entre os Estados europeus tomaram grande impulso, principalmente em face dos desafios da reconstrução do continente e da necessidade premente de evitar novos conflitos.

Na verdade, o projeto de reconstrução econômica da Europa permitiu que fosse levantada igualmente a questão da integração econômica. O discurso de Churchill, proferido em 1946 em Zurique, no qual clamava para a formação dos Estados Unidos da Europa como forma de assegurar a reconciliação franco-germânica, foi bem recebido entre os Estados europeus, que, no entanto, estavam empobrecidos e destruídos por dois conflitos mundiais.

A ajuda financeira para a superação das dificuldades sociais e econômicas veio dos Estados Unidos com o Plano Marshall, que previa a concessão de empréstimo de US\$ 12 bilhões aos países europeus.

Em 1948, surgiu a Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE), que, na década de 1960, foi substituída pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), com a participação dos Estados Unidos e do Canadá. Também, nesse ano, pela Convenção BENELUX, firmada em Londres em 5 de setembro de 1944 e completada pelo Protocolo de Haia, de 14 de março de 1947, entrava em vigor uma união aduaneira entre Bélgica, Holanda e Luxemburgo. Embora não tenha implementando totalmente seus objetivos, o BENELUX tornou-se o precursor da experiência europeia, servindo de fundamento para experiências supervenientes, entre as quais a CECA e a CEE, hoje CE.

Na sequência, foi criado, em Londres, em 5 de maio de 1949, o Conselho da Europa, como resultado dos acordos assinados durante o Congresso de Haia, sob a presidência de Churchill. Com sede em Es-

trasburgo, o Conselho da Europa consistia num órgão de cooperação política intergovernamental, regido por normas de Direito Internacional Público, não apresentando nenhum atributo de supranacionalidade.

Contudo, o primeiro passo concreto para o estabelecimento de um efetivo processo de integração europeia, de base supranacional, foi dado por Schuman, Ministro das Relações Exteriores da França, em 9 de maio de 1950, quando, sob a influência de Monnet, fez sua célebre declaração propondo a submissão à Alta Autoridade da totalidade da produção do carvão e do aço da França e da Alemanha, bem como dos demais países interessados.

A declaração de Schuman foi de extrema importância, pois marcou o modelo da integração europeia calcada no mercado comum, resultando na assinatura do tratado que constituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), ocorrida em 18 de abril de 1951, em Paris, com a adesão da França, Alemanha, Bélgica, Itália, Luxemburgo e Holanda.

Convém lembrar que, apesar de limitado ao mercado comum de carvão e do aço, esse tratado inaugurou, formalmente, a supranacionalidade, visto que a CECA subordinava-se à Alta Autoridade, formada por personalidades independentes, que se sobrepunha aos Estados-Membros.

Animados com os resultados obtidos com o Tratado de Paris, os países que participaram da CECA (a “Europa dos Seis”) assinaram um novo Tratado instituindo a Comunidade Europeia de Defesa (CED), com o objetivo de criar um Exército europeu unificado. Mas a iniciativa restou frustrada, em face da recusa da França de ratificá-lo.

Não obstante tal fato, foi determinada numa Conferência da CECA, ocorrida em Messina em 1955, a realização de estudos sobre a criação de um mercado comum europeu e o uso pacífico da energia nuclear. O resultado desses estudos ficou conhecido como “Relatório Spaak” e propunha dois

projetos de tratado, que originariam, mais tarde, no continente, um mercado comum e uma união no campo da energia atômica.

Assim, em 25 de março de 1957, foram assinados, em Roma, os tratados constitutivos da Comunidade Econômica Europeia (CEE) e da Comunidade Europeia de Energia Atômica (EURATOM), que entraram em vigor em 1º de janeiro de 1958.

Os objetivos do Tratado CEE voltaram-se para a integração econômica, com o estabelecimento de uma união aduaneira, de modo a viabilizar adiante a criação do mercado comum, com a implementação das quatro liberdades, que consistiam na livre circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais.

Por sua vez, o Tratado EURATOM pretendeu promover, no âmbito dos Estados-Membros, o uso racional da energia atômica para fins pacíficos, de interesse não só dos demais países europeus, como também do resto do mundo.

Um novo passo para a integração efetiva entre a CECA, a CEE e a EURATOM foi efetuado em Bruxelas, em 8 de abril de 1965, com a assinatura do Tratado da Fusão dos Executivos (TFE) que criou um conselho, com funções legislativas e de coordenação macroeconômica, e uma comissão, com funções de execução da legislação comum para as três comunidades.

Em 1º de julho de 1968, completa-se a união aduaneira, com a abolição total de tarifas e restrições de cotas entre os Estados-Membros da Comunidade Europeia.

Em 22 de janeiro de 1972, após prolongadas discussões, é assinado o Tratado de Bruxelas, dando origem à “Europa dos Nove”, com adesão da Dinamarca, Irlanda e Reino Unido. Mais tarde, em 1º de janeiro de 1980, a Grécia ingressou na Comunidade Europeia, surgindo, em decorrência, a “Europa dos Dez”. O terceiro alargamento veio entre 1985 e 1986, quando Portugal e Espanha passaram a integrar a “Europa dos Doze”.

Em 17 de fevereiro de 1986, é assinado, em Luxemburgo, o Ato Único Europeu,

que procedeu à revisão dos tratados comunitários, atribuindo novas competências às Comunidades Europeias e dispondo sobre o mercado interno e as políticas comuns.

O início da década de 1990 marcou uma nova etapa no processo de integração europeia com a reunificação da Alemanha e o processo de globalização, que fortaleceram sobretudo o desenvolvimento da ideia de supranacionalidade.

Em 7 de fevereiro de 1992, é assinado o Tratado de Maastricht, que passou a vigorar somente em 1º de novembro de 1993, em razão das dificuldades impostas à sua ratificação pelos Estados-Membros, que decorreram sobretudo da atribuição dos poderes de soberania e das competências estatais a órgãos comunitários. Teve como principal novidade a criação da União Europeia (UE), naquilo que pretendia ser mais uma etapa na direção de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus, sem implicar uma mutação essencial da natureza da Europa criada pelos tratados comunitários, até porque não houve ruptura total com o passado.

Se a criação da União Europeia (EU) significou um importante passo político a caminho do futuro, não menos importantes foram as alterações que o Tratado de Maastricht trouxe às três comunidades europeias e, especialmente, à Comunidade Econômica Europeia (CEE), alterando-lhe a designação, que, daí em diante, passou a chamar-se Comunidade Europeia, retirando-lhe a índole econômica.

Em 1º de janeiro de 1995, amplia-se o espaço comunitário europeu, com a adesão da Áustria, da Finlândia e da Suécia, conformando a “Europa dos Quinze”, na qual figuram Bélgica, Alemanha, França, Itália, Luxemburgo, Holanda, Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, Grécia, Portugal, Espanha, Áustria, Finlândia e Suécia.

Nesse contexto de alargamento, em 1º de maio de 2004, amplia-se novamente o espaço de integração europeu, configurando a “Europa dos Vinte e Cinco”, com a adesão

de dez novos países: Chipre, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia e República Tcheca.

Finalmente, em 25 de abril de 2005, acontece nova expansão da União Europeia, constituindo a atual “Europa dos Vinte e Sete”, com a adesão da Bulgária e da Romênia.

## 2. União Europeia

### 2.1. Tratados constitutivos

O Tratado de Maastricht, de 1992, teve como grande objetivo político a criação da União Europeia, conferindo-lhe perfil institucional próprio. Destacam-se, também, entre seus objetivos: adoção de uma política monetária e cambial unificada, que culminou com a introdução de uma moeda única, o EURO, a partir de 1º de janeiro de 2002; harmonização das políticas macroeconômicas entre os Estados-Membros; criação da cidadania da União Europeia, oferecendo igualdade de tratamento a todos os cidadãos dos Estados-Membros independentemente de seu país de origem; criação do Provedor de Justiça, no âmbito do Parlamento Europeu; elevação do Tribunal de Contas à categoria de instituição comunitária; adoção de política externa e de segurança comuns; incremento da cooperação no âmbito judicial e da segurança nacional interna; e estabelecimento de princípios comuns aos Estados-Membros como a subsidiariedade, a solidariedade, a democracia, a liberdade, o respeito aos direitos humanos e o Estado de Direito.

Preocupou-se, ainda, o Tratado de Maastricht com o fortalecimento da coesão de novos domínios, como meio ambiente, cultura, informação, defesa do consumidor, segurança, relações internacionais e desenvolvimento científico e tecnológico.

Os Tratados de Roma e o Tratado de Maastricht sofreram duas importantes reformas. A primeira, em 1997, promovida pelo Tratado de Amsterdã, e a segunda, em 2001, pelo Tratado de Nice.

O Tratado de Amsterdã foi assinado em 2 de outubro de 1997 e entrou em vigor em 1º de maio de 1999. Entre seus principais objetivos, citem-se: criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça; inclusão de matérias relativas à liberdade de circulação de pessoas, dando maior consistência à vertente da supranacionalidade; reafirmação do princípio da subsidiariedade e consagração do princípio da proporcionalidade na adoção dos atos comunitários; ampliação das matérias de competência comunitária, que passou a incluir a saúde, o trabalho e a segurança social; avanço no reforço das funções do Parlamento Europeu e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias; e a inclusão de um alto nível de emprego, da isonomia entre homens e mulheres e da proteção do meio ambiente entre as metas comunitárias.

Por seu turno, o Tratado de Nice foi assinado em 26 de fevereiro de 2001 e entrou em vigor em 1º de fevereiro de 2003, com o objetivo de promover a adaptação do sistema institucional comunitário ao novo alargamento da União Europeia, a partir da adesão, em 1º de maio de 2004, de mais dez Estados, alterando a composição do Parlamento Europeu para 732 membros, a composição da Comissão Europeia, que passa a contar apenas com um nacional de cada Estado-Membro, e a maioria qualificada do Conselho da União Europeia, com o sistema de ponderação de votos. Foram introduzidas, ainda, modificações importantes nos seguintes domínios: direitos fundamentais, cooperação judiciária em matérias civil e penal, política industrial, cooperação econômica, financeira e técnica com países terceiros, estatuto dos eurodeputados e estatuto dos partidos políticos em nível europeu.

Após mais de meio século, deu-se o coroamento do processo europeu de integração, com a adoção, a partir de 1º de janeiro de 2002, da moeda comum – o *euro* –, que substituiu, na época, as moedas nacionais de doze dos Estados-Membros da União Europeia.

Finalmente, o Tratado de Lisboa foi assinado em 13 de dezembro de 2007 e entrou em vigor em 1º de dezembro de 2009, com a finalidade de modernizar as instituições europeias e seus métodos de trabalho, reforçar a eficiência e a legitimidade da União Europeia ampliada, bem como assegurar a coerência da sua política externa e a sua capacidade de enfrentar os desafios atuais de um mundo globalizado, nomeadamente as questões climáticas, a sustentabilidade e a criminalidade organizada.

Como se observa, o extraordinário desenvolvimento alcançado pela União Europeia permitiu a reunião de vinte e sete países das partes ocidental e oriental do continente num só espaço integrado, com instâncias dotadas de supranacionalidade e de competências próprias, bem como de ordenamento jurídico autônomo – o Direito Comunitário, que constitui memorável e surpreendente elaboração normativa das últimas décadas, de caráter supranacional, assente não só nos tratados constitutivos e nos atos comunitários, mas também na fecunda jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a vincular os Estados-Membros, as instituições comunitárias e os nacionais, pessoas físicas e jurídicas.

## 2.2. Instituições

A estrutura e o funcionamento da União Europeia envolvem um grande número de instituições comunitárias que mantêm entre si um diálogo interinstitucional, promovendo uma gestão interativa e partilhada, capaz de conferir novos impulsos e novos objetivos. Entre tais instituições, cumpre destacar as seguintes, nas quais se concentram os poderes e as competências institucionais mais importantes: Conselho Europeu, Conselho da União Europeia, Parlamento Europeu, Comissão Europeia, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, Tribunal de Justiça de Primeira Instância, Tribunal da Função Pública e Tribunal de Contas.

A primeira instituição comunitária – o Conselho Europeu – teve origem na Cúpula de Chefes de Estado ou de Governo, realizada em Paris, em 1974, com o intuito de traçar as grandes linhas políticas da União Europeia.

O Conselho Europeu é composto pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros, assistidos pelos Ministros das Relações Exteriores e por um membro da Comissão Europeia, sendo que suas reuniões acontecem pelo menos duas vezes por ano, presididas pelo Chefe de Estado ou de Governo que estiver no exercício da Presidência da União Europeia, o que ocorre por meio de rodízio a cada seis meses (janeiro-junho e julho-dezembro), segundo uma ordem preestabelecida.

O Conselho Europeu é o órgão da cúpula da União Europeia cujas decisões constituem o pano de fundo de sua atuação. Assim é que os objetivos do Conselho Europeu se voltam para a eleição direta do Parlamento Europeu, a conclusão do mercado interno e a definição das grandes linhas de orientação da política externa e de segurança comum e de integração europeia.

A segunda instituição comunitária – o Conselho da União Europeia, antigo Conselho de Ministros – tem sede em Bruxelas e é composta por um representante, de nível ministerial, de cada Estado-Membro, com poderes específicos para assumir, por seu país, compromissos vinculantes. Tem a incumbência de definir as políticas da União Europeia. Simultaneamente, opera, também, o Conselho Europeu (Tratado da CE, art. 202). É presidido rotativamente pelos Estados-Membros, por período de seis meses, de acordo com uma ordem preestabelecida, definida por unanimidade e com base no princípio da alternância.

Entre as competências do Conselho da União Europeia, mencionem-se a coordenação das políticas econômicas gerais dos Estados-Membros, o poder de tomada de decisões, a celebração de acordos internacionais e o exercício da função normativa,

embora esta dependa de um processo legislativo que envolve a participação conjunta de outros órgãos comunitários.

A terceira instituição comunitária – o Parlamento Europeu – tem sede principal em Estrasburgo e é formado por setecentos e trinta e seis representantes populares – os *eurodeputados* –, que são eleitos democraticamente por sufrágio universal direto, com mandato de cinco anos. Atualmente, estão na sua 7ª legislatura (2009-2014).

O Parlamento Europeu apresenta como competências mais importantes a legislativa (ou, mais precisamente, a participação no processo legislativo comunitário), a orçamentária e a de controle político.

A competência legislativa do Parlamento Europeu refere-se à participação no processo de elaboração das normas comunitárias por meio dos procedimentos estabelecidos nos tratados constitutivos, quais sejam: o procedimento de codecisão, o procedimento de consulta, o procedimento de cooperação e o procedimento do parecer favorável. Na verdade, colegisla com o Conselho da União Europeia em diversos domínios sob proposta da Comissão Europeia.

Esse é o grande paradoxo do modelo da União Europeia: o Parlamento Europeu, o único órgão eleito pelo voto popular, universal e direto, não possui os mesmos poderes de legislar dos Parlamentos nacionais, encontrando-se destituído de capacidade decisória plena, à medida que divide funções legislativas com o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia (a esta, aliás, é reservada a iniciativa legislativa).

Tem-se, assim, um *déficit democrático* na União Europeia, cuja consequência resulta numa espécie de autoritarismo do constitucionalismo europeu: democracias nacionais que produziram um órgão legislativo supranacional, democraticamente eleito pelas populações dos Estados-Membros, mas desprovido de poder decisório pleno.

A competência orçamentária é partilhada com o Conselho da União Europeia por meio da preparação e votação do orça-

mento anual e do controle de sua execução. O Parlamento Europeu tem o poder de aprovar ou de recusar o orçamento, o que fortalece a sua influência sobre a gestão das atividades comunitárias.

Por fim, a competência de controle é exercida por meio de requisição de informações sobre as atividades da Comissão Europeia ou do Conselho da União Europeia, por escrito ou oralmente, além de votar moção de censura para afastar os membros da Comissão Europeia. O Parlamento Europeu participa do processo de nomeação dos comissários e pode, também, instaurar comissões de inquérito temporárias visando à apuração de alegações de infração e má administração na aplicação do Direito Comunitário. Assim é que conferiu aos cidadãos da União Europeia o direito à petição sobre questões circunscritas às atividades comunitárias e relacionadas aos interesses dos peticionários.

O Parlamento Europeu é, ainda, competente para nomear o Provedor de Justiça, com poderes para receber reclamações e queixas sobre os casos de má administração na atuação das instituições comunitárias, salvo o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o Tribunal de Primeira Instância no exercício de suas funções jurisdicionais.

A quarta instituição comunitária – a Comissão Europeia – tem sede em Bruxelas e é composta por vinte e sete membros – um por Estado-Membro –, escolhidos entre técnicos e políticos, com mandato de cinco anos e com todas as garantias de independência, o que lhes impõe o dever de permanecerem afastados de qualquer injunção política. O presidente é escolhido pelos Chefes de Estado e de Governo reunidos no Conselho Europeu, sendo a escolha condicionada à aprovação do Parlamento Europeu. Os membros restantes são designados pelos Estados integrantes da União Europeia.

A Comissão Europeia desempenha as competências de iniciadora do processo

legislativo, guardião dos tratados e de gestora e executora da administração e política comunitárias. Em face dessa posição de instituição central que ocupa na estrutura orgânica da União Europeia, mantém relações privilegiadas com as demais instituições comunitárias, participando, nesse contexto, das reuniões do Conselho Europeu e do Parlamento Europeu.

A Comissão Europeia detém o monopólio da iniciativa no processo legislativo comunitário e elabora as propostas para que o Conselho da União Europeia e o Parlamento Europeu possam aprovar a legislação comunitária. Além disso, é responsável pela sua execução.

Como guardião dos tratados comunitários, cabe à Comissão Europeia velar por sua efetiva aplicação pelos Estados-Membros e por particulares. Na hipótese de violação desses tratados, pode aplicar sanções aos infratores ou propor ação judicial de descumprimento junto ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TCE, art. 211).

Cabe, ainda, à Comissão Europeia a gestão e a execução do orçamento comunitário e dos fundos especiais, assegurando a realização das receitas e a satisfação das despesas. Entre esses fundos, citem-se o Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola (FEOGA), o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDERE) e o Fundo Europeu de Desenvolvimento (FED).

Como se observa, a Comissão Europeia é a verdadeira instituição supranacional da União Europeia, responsável pela defesa do interesse comunitário.

A quinta instituição comunitária – o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – tem sede em Luxemburgo e foi criada em 1957, em face do receio de que os órgãos comunitários pudessem fazer uso desmesurado de suas competências supranacionais. Por essa razão, foi-lhe atribuída a incumbência de garantir o respeito do Direito Comunitário na interpretação e aplicação uniforme dos tratados constitutivos

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias é composto por vinte e sete juízes – um por Estado-Membro – e assistido por oito advogados-gerais, nomeados por um período de seis anos, permitida a recondução. O presidente é eleito por um período de três anos, podendo ser renovado. Cabe-lhe dirigir os trabalhos e os serviços judiciais e presidir as audiências e deliberações. Já os advogados-gerais auxiliam o órgão no cumprimento de suas funções.

A Corte de Luxemburgo é competente para processar e julgar os litígios regidos pela legislação comunitária, incluídos os conflitos entre norma nacional e norma supranacional, e para anular atos incompatíveis com os tratados comunitários, assegurando o equilíbrio necessário à atuação das instituições comunitárias e à preservação da União Europeia. Enfim, é ele que garante o respeito à ordem jurídica na interpretação e aplicação do Direito Comunitário.

Sua jurisdição abrange todo o território da União Europeia e é dotada de efeito direto, ou seja, independe de qualquer procedimento homologatório pelos Poderes Judiciários nacionais, prescindindo dos mecanismos tradicionais das cartas precatórias e das cartas rogatórias.

Para assegurar a efetividade da função jurisdicional no âmbito comunitário, cabe ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias o processo e o julgamento de várias ações e recursos, além do reenvio prejudicial. Nesse contexto, mencionem-se a ação de descumprimento – chamada pelos comunitaristas portugueses de *ação de incumprimento* –, a ação por omissão, a ação de indenização, o recurso de anulação e o recurso ordinário.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, como órgão judicial e de controle da legalidade, tem exercido influência marcante na evolução do Direito Comunitário, definindo seus princípios e afirmando sua autonomia, primazia e aplicabilidade direta em relação ao Direito nacional.

Com base no Ato Único Europeu, a partir de 1989, foi associado ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias o Tribunal de Primeira Instância também sediado em Luxemburgo, com competências específicas para, sem prejuízo do recurso ao Tribunal de Justiça, conhecer algumas categorias de ações determinadas pelo Conselho da União Europeia, por unanimidade, após consulta ao Parlamento Europeu e à Comissão Europeia.

A sexta instituição comunitária – o Tribunal de Primeira Instância – é composta de vinte e sete juízes, em condições e segundo critérios idênticos aos que presidem a nomeação dos membros do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. O presidente é escolhido por um período de três anos, podendo ser reconduzido.

O Tribunal de Primeira Instância é competente para julgar ações por omissão, anulatórias e de responsabilidade civil, ajuizadas contra a Comunidade por pessoas físicas ou jurídicas; ações em matéria de concorrência e ações atinentes a litígios entre a Comunidade e seus agentes. Está fora de sua competência a ação de reenvio prejudicial.

Das decisões emanadas do Tribunal de Justiça de Primeira Instância podem ser interpostos recursos ordinários ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, limitados, porém, a matérias de direito.

Com base na Decisão de 2 de novembro de 2004, o Conselho da União Europeia instituiu o Tribunal da Função Pública, vinculado ao Tribunal de Primeira Instância.

A sétima instituição comunitária – o Tribunal da Função Pública – é composta por sete juízes, nomeados por um período de seis anos, com a função específica de processar e julgar o contencioso da função pública na União Europeia.

A oitava instituição comunitária – o Tribunal de Contas – tem sede em Luxemburgo e foi criada em 1975. Porém, só em 1992, pelo Tratado de Maastricht, foi guindado à categoria de instituição comunitária. É

composto por vinte e sete membros – um por Estado-Membro –, nomeados por um período de seis anos pelo Conselho da União Europeia, após consulta ao Parlamento Europeu, permitida a recondução. Suas funções, consultivas e fiscalizadoras, são exercidas com autonomia e independência, na forma do seu regimento interno. Incumbe-lhe examinar a legalidade e a regularidade das receitas e das despesas da União Europeia e garantir a correta gestão financeira das instituições comunitárias.

O Tribunal de Contas conta com cerca de quinhentos e cinquenta agentes, entre permanentes e temporários, com elevada qualificação e capacitação técnicas, provenientes de todos os Estados-Membros.

Convém mencionar, ainda, outras instituições complementares da União Europeia, com atribuições auxiliares e consultivas, como o Comitê Econômico e Social, o Comitê das Regiões, o Banco Europeu de Investimentos e o Banco Central Europeu.

### 3. Conclusão

Em síntese conclusiva, fica claro que a União Europeia constitui experiência única no mundo em matéria de integração, com a reunião das partes ocidental e oriental da Europa, alcançando, nos dias atuais, um espaço comum que abrange vinte e sete países e 500 milhões de pessoas e perfazendo um produto interno bruto de mais de 9,5 trilhões de euros, com instituições dotadas de supranacionalidade e de competências próprias, além de uma ordem jurídica autônoma, que apresenta atributos singulares como primazia, aplicabilidade imediata e efeito direto.

Percebe-se, assim, que as características presentes na União Europeia decorreram do próprio processo de formação, longo e progressivo, e da necessidade de adaptação diante das exigências que as etapas da integração foram evidenciando, inclusive quanto aos aspectos da supranacionalidade e da ordem jurídica comunitária. Na ver-

dade, verifica-se que, desde o início, as Comunidades Europeias (e a União Europeia) evoluíram no sentido da unidade de sua estrutura institucional e da uniformização de seu funcionamento.

Nesse diapasão, é forçoso reconhecer que o extraordinário desenvolvimento alcançado pelo processo de integração europeu, superando a união econômica e monetária e aproximando-se da união política, coloca a União Europeia em posição paradigmática relativamente a outras organizações de integração.

No entanto, a União Europeia apresenta, atualmente, questões recorrentes, quer no plano interno, quer no plano externo.

No plano interno, a União Europeia vê-se confrontada com a falta de legitimidade do processo decisório e com a hegemonia exercida pela organização burocrática, centralizada em Bruxelas. Com efeito, a despeito das reformas institucionais levadas a efeito pelo Tratado de Amsterdã e pelo Tratado de Nice, grande parte dos poderes soberanos nos domínios executivo e legislativo transferida pelos Estados-Membros à União Europeia é ainda efetivamente exercida pela Comissão Europeia, visto que é dela a titularidade da iniciativa das leis e das políticas comunitárias, cabendo às demais instituições, especialmente o Parlamento Europeu, em muitos domínios, apenas ratificá-las.

Portanto, o déficit democrático e o centralismo burocrático afetam a dimensão Europeia da política e a legitimidade de suas decisões, posto que, internamente, os Estados-Membros, em geral, respeitam os princípios do Estado de Direito e da democracia.

Ressalte-se, ainda, no plano interno, a necessidade da manutenção do equilíbrio orçamentário e fiscal dos Estados-Membros e da estabilidade da zona do euro.

No plano externo, a União Europeia busca exercer um papel emblemático no mundo globalizado no sentido de constituir-se referência para outros povos e

nações nos domínios da paz, da democracia e dos direitos humanos.

Mas a União Europeia, no seu processo contínuo de crescimento, que deverá assistir a novos alargamentos que traçarão as últimas fronteiras geográficas, econômicas, culturais e, sobretudo, políticas do continente, abrir-se-á cada vez mais para os valores que os povos da Europa prezam profundamente, que incluem, além da paz, da segurança, da justiça e da solidariedade, a democracia participativa.

Assim, a União Europeia tem ainda um trajeto a percorrer para aproximar-se mais dos seus cidadãos, exprimir-se a uma só voz e firmar-se como ator confiável na cena política mundial.

### Referências

- ALMEIDA, Elisabeth Accioly Pinto de. *Mercosul e União Europeia: estrutura jurídico-institucional*. Curitiba: Juruá, 2008.
- CAMPOS, João Mota de. *Manual de direito europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento econômico da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- CASELLA, Paulo Borba. *União Europeia: instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 2002.
- CUNHA, Paulo de Pitta e. *A integração europeia no dobrar do século*. Coimbra: Almedina, 2003.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FEATHERSTONE, Kevin. Jean Monet and the democratic deficit in the European Union. *Journal of Common Market Studies*, London, v. 32, n. 2, p. 149-170, June 1994.
- LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. *Manual de direito comunitário: 50 anos de integração: a ordem jurídica, o ordenamento econômico, as políticas comunitárias e o tratado constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007.
- PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu seu sentido, problemas e limites*. Coimbra: Almedina, 1997.
- TOSTES, Ana Paula B. *União Europeia: o poder político do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRATADOS. In: EUROPA: o portal da União Europeia. Bruxelas: Comissão Europeia, Departamento de Comunicação, 2011. Disponível em: <[http://europa.eu/documentation/legislation/index\\_pt.htm](http://europa.eu/documentation/legislation/index_pt.htm)>. Acesso em: 6 out. 2011.

# O Direito Penal Internacional e os crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado ou por indivíduos com a conivência estatal

Jorge Barrientos-Parra

## Sumário

1. Introdução. 2. O caso Barrios Altos vs. Peru. 2.1. Os fatos. 2.2. O Direito. 3. O caso Almonacid Arellano vs. Chile. 3.1. Os fatos. 3.2. O Direito. 4. Conclusões.

*“Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”  
Corte Interamericana de Derechos Humanos,  
Causa Barrios Altos Serie C N° 75.*

## 1. Introdução

Um dos temas abordados no Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 – é o do direito à memória e à verdade que todos os países<sup>1</sup> que vivencia-

Jorge Barrientos-Parra é Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, Doutor pela *Université Catholique de Louvain*. Leciona Direito Constitucional no Curso de Administração Pública e Direito da Sociedade Tecnocrática no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual Paulista – UNESP.

<sup>1</sup> Sobre a violação dos Direitos Humanos no Brasil, ver, entre outros: Direito... (2007); Gaspari (2002); Brasil... (1985); CABRAL (1993). Sobre a violação dos Direitos Humanos na Argentina, ver: Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (2006). Ver também: [www.abuelas.org.ar](http://www.abuelas.org.ar). Sobre a violação de Direitos Humanos no Chile, ver entre outros: Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (1991); Barrientos-Parra (1999); Dorfman (2003); Altamirano (1979); Exilio... (1993). Consultar ainda Cunha (2008); Ekaiser (2003); González (2000); Verdugo; Hertz (1999); Ahumada (1989). Sobre o caso do Uruguai,

ram regimes de exceção na América Latina na segunda metade do século passado tiveram de enfrentar. Algumas das questões colocadas nessa discussão são as seguintes: pode o Estado, por seus funcionários, cometer violações dos direitos humanos e estas ficarem impunes em virtude da proteção do próprio Estado? Pode o Estado negar o direito à informação às vítimas da repressão política com base em leis de anistia? Pode o Estado negar às famílias dos mortos pela repressão o direito de dar enterro digno aos seus parentes? Pode o povo não ter reconhecido o direito à verdade e à memória sobre o acontecido entre o golpe militar de 64 e a eleição de Tancredo em 85?

Nesse sentido, assistimos a um movimento de superação do positivismo começado após a Segunda Guerra Mundial. Com efeito, as inúmeras experiências de violação dos direitos humanos praticadas com apoio estatal, mesmo depois do Holocausto, demonstram que não basta a elaboração de normas jurídicas válidas de acordo com o processo legislativo vigente no direito interno. Tampouco são suficientes a organização e funcionamento formal do Poder Judiciário visando o controle social e a segurança pública, ou a adequação dos atos e procedimentos administrativos às formalidades exigidas nas leis e na Constituição.

Por outro lado, a consciência ético-jurídica universal, chocada pelas sistemáticas violações aos direitos humanos em todos os continentes, assiste comovida à fraqueza do Estado e do Direito Positivo como fundamento desses direitos.

Nesse contexto, parece-nos relevante e oportuno refletir sobre essas questões a partir de alguns casos jurisprudenciais emblemáticos no Direito Penal Internacional, a saber: *Barrios Altos vs. Peru*<sup>2</sup> e *Almonacid*

ver: Fernández (2006). Sobre a violação dos Direitos Humanos no Paraguai, ver: Boccia Paz; Portillo; Arestivo (1992); Melinger (1994).

<sup>2</sup> Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) de 14 de março de 2001.

*Arellano vs. Chile*<sup>3</sup>, que nos mostram como foram superadas a indiferença e a alienação da sociedade diante das ações criminosas do Estado e depois como foram superados os obstáculos colocados diligentemente por este em prol da impunidade. Vejamos.

## 2. O caso *Barrios Altos vs. Peru*

### 2.1. Os fatos

Aproximadamente às 22h30 do dia 3 de novembro de 1991, seis indivíduos fortemente armados adentraram o imóvel sito na rua Jirón Huanta nº 840 em Barrios Altos na cidade de Lima, Peru. No momento da irrupção, celebrava-se uma festa para angariar fundos para fazer melhoramentos no imóvel. Os criminosos chegaram ao local em dois veículos, um de marca Jeep Cherokee e outro Mitsubishi, que portavam sirenes e luzes policiais. Obrigaram as vítimas a estenderem-se no chão e depois dispararam indiscriminadamente sobre elas por um período aproximado de dois minutos, matando 15 pessoas<sup>4</sup> e ferindo gravemente outras quatro, uma das quais ficou permanentemente incapacitada. Depois disso, com a mesma rapidez que chegaram, fugiram nos citados veículos com as sirenes ligadas. Os sobreviventes declararam que as detonações eram “secas”, o que permite inferir que fizeram uso de silenciadores. No local do crime, a polícia encontrou projéteis correspondentes a pistolas metralhadoras.

<sup>3</sup> Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) de 26 de setembro de 2006.

<sup>4</sup> Na ocasião foram assassinadas as seguintes pessoas: Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luiz Alberto Díaz Astovilca, Octavio Benigno Huamanyauri Nolazco, Luis Antônio León Borja, Filomeno León León, Máximo León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Javier Manuel Ríos Rojas, Alejandro Rosales Alejandro, Nelly María Rubina Arquiniño, Odar Mender Sifuentes Nuñez e Benedicta Yanque Churo. Ficaram com graves lesões: Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Lívias Ortega e Alfonso Rodas Alvítez.

Investigações judiciais e jornalísticas revelaram que os envolvidos trabalhavam para a inteligência militar e eram membros do exército peruano, constituindo um esquadrão da morte denominado *Grupo Colina*, que levava a cabo seu próprio programa antissubversivo. Diversas informações assinalaram que os fatos em análise realizaram-se contra presumíveis integrantes do Sendero Luminoso (PCP-SL).

## 2.2. O Direito

Somente em abril de 1995, as autoridades judiciais iniciaram uma investigação séria sobre os fatos quando a Fiscal Ana Cecilia Magallanes, da 41ª *Fiscalía Provincial Penal* de Lima, denunciou cinco oficiais<sup>5</sup> do Exército como responsáveis pelos fatos, incluindo vários já condenados no Caso La Cantuta<sup>6</sup>. A denúncia foi formalizada perante o 16º *Juzgado Penal de Lima*. Os militares responderam que a denúncia deveria dirigir-se a outra autoridade e assinalaram que o major Rivas e os suboficiais se encontravam sob a jurisdição do Conselho Supremo da Justiça Militar. Por sua parte, o General Julio Salazar Monroe se negou a responder a citação argumentando que tinha status de Ministro de Estado e consequentemente gozava dos privilégios que tinham os Ministros na matéria.

A Juíza Antonia Saquicuray do 16º *Juzgado Penal de Lima* iniciou uma investigação formal em 19 de abril de 1995. Muito embora essa magistrada tenha tentado ouvir os presumíveis integrantes do “Grupo Colina” que já cumpriam pena, o Alto Comando Militar a impediu. Diante disso o *Consejo Supremo de Justicia Militar* baixou uma resolução dispondo que os acusados e

o Comandante-Geral do Exército estavam impedidos de prestar declarações perante qualquer outro órgão judicial uma vez que a Justiça Militar estaria promovendo paralelamente uma ação contra eles.

Imediatamente após o início das investigações da Juíza Saquicuray, os tribunais militares apresentaram uma petição à Corte Suprema reclamando competência sobre o caso, argumentando que se tratava de oficiais em serviço ativo.

Entretanto, antes que a mais alta Corte peruana resolvesse esse incidente de competência, o Congresso sancionou uma lei de anistia (Lei nº 26.479) que beneficiava os militares, policiais e civis que tivessem cometido violações aos direitos humanos ou que tivessem participado nessas violações entre 1980 e 1995. A lei abrangia os integrantes das forças de segurança que fossem objeto de denúncias, investigações, procedimentos ou condenações e mesmo aqueles que estivessem cumprindo pena. Ressalte-se que o projeto de lei não foi anunciado publicamente nem debatido. Foi aprovado tal qual como foi apresentado na madrugada do dia 14 de junho de 1995. Pasmem o leitor, a lei foi sancionada e promulgada de imediato pelo Presidente da República Alberto Fujimori, entrando em vigor já no dia seguinte (15 de junho de 1995).

De acordo com a Constituição peruana, os juízes têm o dever de não aplicar aquelas leis que considerem contrárias às suas disposições; dessa forma, em 16 de junho de 1995, a Juíza Antonia Saquicuray decidiu que o artigo 1º da Lei de Anistia não era aplicável aos processos penais pendentes na sua Vara contra os cinco membros do Serviço de Inteligência Nacional (SIN), uma vez que a anistia violava as garantias constitucionais e as obrigações internacionais que a Convenção Americana de Direitos Humanos impunha ao Peru. Horas depois de prolatada essa decisão, a Procuradora da República, em uma conferência de imprensa, declarou que a referida sentença

<sup>5</sup> Os cinco acusados foram o General de Divisão Julio Salazar Monroe, Chefe do Serviço de Inteligência Nacional (SIN); o Major Santiago Martín Rivas e os suboficiais Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra e Hugo Coral Goycochea.

<sup>6</sup> Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso La Cantuta vs. Peru, sentença de 29 de novembro (mérito, reparações e custas).

constituía um erro; que o caso Barrios Altos estava encerrado; que a Lei de Anistia tinha *status* de lei constitucional e que os promotores e juizes que não a aplicassem poderiam ser processados por prevaricação.

Pouco depois, o Congresso peruano aprovou uma segunda lei de anistia (Lei nº 26.492) destinada a interferir nas atuações judiciais do caso Barrios Altos. Essa nova lei estabeleceu que a anistia não era passível de revisão em sede judiciária e que era de aplicação obrigatória. Além disso, ampliou o alcance da Lei nº 26.479 concedendo uma anistia geral para todos os agentes do Estado (policiais, militares ou civis) que eventualmente pudessem ser objeto de ações por violação dos direitos humanos cometidas entre 1980 e 1995, ainda que não tivessem sido denunciadas. Claramente essa segunda lei de anistia teve como objetivo impedir que os juizes se pronunciassem sobre a legalidade ou aplicabilidade da primeira, invalidando dessa forma as decisões da Juíza Antonia Saquicuray e impedindo decisões similares no futuro.

Em virtude da apelação dos acusados em 14 de julho de 1995, a 11ª Sala Penal da Corte Superior de Justiça de Lima se pronunciou no sentido de que a Lei de Anistia não era antagônica com a Constituição peruana nem aos tratados internacionais de direitos humanos; que os juizes não podiam deixar de aplicar leis aprovadas pelo Congresso porque isso iria contra o princípio de separação dos poderes. Em função disso decidiu pelo arquivamento definitivo do processo do caso Barrios Altos e ainda determinou que a Juíza Saquicuray fosse investigada pelo órgão de controle interno por haver interpretado as normas incorretamente.

Diante disso, entidades peruanas<sup>7</sup> denunciaram o caso perante a Comissão Inte-

<sup>7</sup> Entre outros, a *Coordinadora Nacional de Derechos Humanos*, a *Fundación Ecueménica para el Desarrollo y la Paz (FEDEPAZ)*, o *Centro por la Justicia y el Derecho internacional (CEJIL)* o *Instituto de Defensa Legal (IDL)* e a *Comisión de Derechos Humanos (COMISDEH)*.

ramericana de Derechos Humanos, que em 7 de março de 2000 aprovou o relatório nº 28/00 com várias recomendações ao Peru<sup>8</sup>. Como a resposta do Estado andino foi claramente insuficiente, a Comissão decidiu submeter o caso à Corte Interamericana de Derechos Humanos pela violação pelo Peru do art. 4º da Convenção Americana de Derechos Humanos (direito à vida<sup>9</sup>); pela violação do art. 5º (direito à integridade pessoal<sup>10</sup>); pela violação dos arts. 2º (dever de adotar disposições de direito interno) e 25 (proteção judicial) como consequência da promulgação e aplicação das leis de anistia 26.479 e 26.492 e pelo não cumprimento do artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) em virtude da violação dos artigos da Convenção assinalados acima.

Inicialmente o Estado peruano desconheceu a competência da Corte para conhecer do caso. Entretanto, em 19 de fevereiro de 2001 (após a assunção do presidente Alejandro Toledo), o Estado reconheceu a sua responsabilidade internacional pelos fatos, propôs um acordo aos peticionários e declarou o seu compromisso de trabalhar para “*dejar sin efecto las medidas adoptadas dentro del marco de la impunidad*” e de impulsar “*un procedimiento serio y responsable*”

<sup>8</sup> A Comissão recomendou ao Estado que: A. [...] *deje sin efecto toda medida interna, legislativa o de otra naturaleza, que tienda a impedir la investigación, procesamiento y sanción de los responsables de los asesinatos y lesiones resultantes de los hechos conocidos como operativo “Barrios Altos”. Con ese fin, el Estado peruano debe dejar sin efecto las leyes de amnistías n.ºs 26.479 y 26.492. B. [...] conduzca una investigación seria, imparcial y efectiva de los hechos, con el objeto de identificar a los responsables de los asesinatos y lesiones de este caso, y continúe con el procesamiento judicial de los señores Julio Salazar Monroe, Santiago Martín Rivas, Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra, y Hugo Coral Goycochea, y por la vía del proceso penal correspondiente, se sancione a los responsables de estos graves delitos, de acuerdo con la ley. C. [...] proceda otorgar una reparación plena, lo que implica otorgar la correspondiente indemnización a las cuatro víctimas que sobrevivieron y a los familiares de las 15 víctimas muertas, por las violaciones de los derechos humanos señalados en este caso.*

<sup>9</sup> Em prejuízo das pessoas assinaladas na nota 5 *supra*.

<sup>10</sup> Ver a relação das pessoas na nota 5 *supra*.

de remoción de todos los obstáculos procesales” colocados pelo governo Fujimori.

Nesse novo contexto, a Corte declarou por unanimidade a admissão do reconhecimento da responsabilidade do Estado peruano pelos fatos acontecidos em 3 de novembro de 1991 e na parte resolutiva da sentença estabeleceu que o Estado violou:

a) O direito à vida consagrado no artigo 4º da Convenção em prejuízo das pessoas assassinadas nesse caso. *Vide* a relação na nota 5 *supra*;

b) O direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5º da Convenção em prejuízo das pessoas gravemente feridas na ocasião. *Vide* a relação na nota 5 *supra*;

c) O direito às garantias judiciais consagrado no artigo 8º e 25 da Convenção em prejuízo dos familiares das pessoas assassinadas e dos gravemente feridos em virtude da promulgação e aplicação das leis de anistia 26.479 e 26.492.

Declarou que as referidas leis de anistia eram incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos e consequentemente careciam de efeitos jurídicos e que o Estado peruano devia investigar os fatos para identificar e punir as pessoas responsáveis pelas violações de direitos humanos e divulgar publicamente os resultados dessa investigação. Nas palavras do juiz presidente Antônio A. Cançado Trindade:

*“Las llamadas autoamnistías son en suma, una afrenta inadmisibile al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia). Son ellas manifiestamente incompatibles con las obligaciones generales – indiosociables – de los Estados Partes en la Convención Americana de respetar y garantizar los derechos humanos por ella protegidos, asegurando el libre y pleno ejercicio de los mismos”.*<sup>11</sup>

Um outro ponto importante em relação às denominadas leis de autoanistia é que

<sup>11</sup> Voto concorrente do Juiz A. A. Cançado Trindade, parágrafo 5.

elas afetam direitos inderrogáveis, o *minimum* universalmente reconhecido no âmbito do *jus cogens*, definido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos como uma ordem superior de normas jurídicas que as leis do homem ou as nações não podem infringir, necessárias para proteger a moral pública. Dito de outra forma, são valores fundamentais defendidos pela comunidade internacional<sup>12</sup>.

Por último, quanto às reparações, estabeleceu que seriam fixadas de comum acordo pelo Estado peruano, a Comissão Interamericana e as vítimas, seus familiares ou representantes legais. O tribunal se reservou o direito de revisar e aprovar o acordo assinalado. Posteriormente em 22 de agosto de 2001, as partes apresentaram o Acordo para Reparaciones, o qual foi homologado por sentença em 30 de novembro daquele ano.

### 3. O caso *Almonacid Arellano vs. Chile*

#### 3.1. Os fatos

Em 11 de setembro de 1973, uma junta militar<sup>13</sup> derrocou o governo constitucional do Presidente Salvador Allende Gossens. As forças armadas e de ordem (*carabineros*) assumiram primeiro o Poder Executivo mediante Decreto-lei nº 1 e, posteriormente, o Poder Constituinte e o Legislativo (Decreto-lei nº 128). A nova institucionalidade se caracterizou pela soma de poderes acumulados pelo general Augusto Pinochet Ugarte, que governava e administrava, integrava e presidia a Junta de Governo e era o comandante do Exército chileno. Por meio do Decreto-lei nº 5 de 22 de setembro de 1973, a junta militar declarou que “*el*

<sup>12</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório nº 62/02, Caso 12.285 Michael Domingues contra Estados Unidos, 22 de outubro de 2002.

<sup>13</sup> Composta pelo Comandante do Exército: Augusto Pinochet Ugarte; pelo Comandante da Marinha: José Toribio Merino; pelo Comandante da Força Aérea: Gustavo Leigh Guzmán e pelo Comandante da polícia militar (*carabineros*): César Mendoza Durán.

*estado de sitio por conmoción interna que regía al país debía entenderse como 'estado o tiempo de guerra'".*

Desde o dia do golpe de Estado até o fim do governo Pinochet em 10 de março de 1990, o Chile viveu uma repressão generalizada contra as pessoas que o regime militar considerava como opositores. Essa repressão se caracterizou pela prática massiva e sistemática de fuzilamentos e execuções sumárias, torturas (incluía a violação sexual, principalmente contra mulheres), privação de liberdade à margem da lei, sequestros, desapareções e outras violações dos direitos humanos cometidas por agentes do Estado.

As vítimas dessas violações foram funcionários do governo deposto, dirigentes políticos de partidos de esquerda (Comunista, Socialista, Radical, MAPU, MIR e Esquerda Cristã); dirigentes sindicais; de organizações de estudantes e de movimentos sociais. Assinale-se ainda que muitos foram assassinados, sofreram violências, abusos e/ou viram atropelados os seus direitos humanos sem nunca terem militado em partido político ou participado em movimentos sociais.

Em geral, os executados extrajudicialmente foram pessoas que se encontravam detidas, isto é, não tinham a menor possibilidade de defesa. Via de regra, essas execuções realizaram-se de noite e em lugares afastados. Para encobrir os crimes, muitas vezes os militares ou policiais simularam fugas ou enfrentamentos.

Nesse contexto, aconteceu a execução de Luis Alfredo Almonacid Arellano, de 42 anos, casado, pai de três filhos, militante do Partido Comunista e dirigente do sindicato de professores da cidade de Rancagua (ao sul de Santiago). No dia 14 de setembro de 1973, aproximadamente às 11h, policiais (carabineros) invadiram sua residência e o prenderam, porém, enquanto era conduzido ao furgão policial, sem haver qualquer resistência ou reação por parte do preso, foi vilmente metralhado diante da sua família e dos vizinhos. Em consequência

desses ferimentos, veio a falecer em 17 de setembro de 1973.

### 3.2. O Direito

Muito embora, desde outubro de 1973, a família de Almonacid Arellano, por meio de sua viúva, Sra. Elvira Gómez Olivares, tenha tentado, insistentemente, perante o Poder Judiciário a apuração dos fatos, a identificação e a punição dos responsáveis, de acordo com os princípios da justiça, nada de positivo obteve até 1996. Em continuação relatamos os eventos mais destacados da saga da família da vítima no âmbito do Poder Judiciário chileno.

Aos 3 de outubro de 1973, a Primeira Vara do Crime de Rancagua iniciou o processo nº 40.184, para apurar a morte de Almonacid Arellano, o qual foi arquivado em 7 de novembro do mesmo ano. Muito embora a Corte de Apelações tenha revogado a decisão de arquivar o feito, a referida Vara do Crime de Rancagua nunca demonstrou vontade de que queria realmente apurar os fatos. Os autos foram várias vezes arquivados. Por sua parte, a Corte de Apelações mandava desarquivá-los e dar prosseguimento às investigações. Esse jogo durou até 4 de setembro de 1974, ocasião em que a referida Corte confirmou a decisão de primeiro grau.

Em 18 de abril de 1978 a Junta de Governo baixou o Decreto-lei nº 2.191 concedendo anistia:

*"Art. 1º - ...a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas.*

*Art. 2º - Amnistíase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de Septiembre".*

Em 4 de novembro de 1992, a senhora Gómez Olivares, por seu advogado, solicitou a reabertura do processo nº 40.184. Em virtude disso, a Primeira Vara do Crime de Rancagua tomou os depoimentos dos réus Manuel Segundo Castro Osório e de Raúl Hernán Neveu Cortesi. Entretanto a referida Vara se declarou incompetente para conhecer os fatos e remeteu o processo à Justiça Militar (*Fiscalía Militar y de Carabineros de San Fernando*). A autora apelou dessa decisão perante a *Corte de Apelaciones* que revogou as resoluções de incompetência do Juiz da Primeira Vara, considerando que não existia certeza suficiente sobre o *status* civil ou militar das pessoas que participaram dos fatos. Assim mantiveram-se abertas as investigações, porém, apenas formalmente, uma vez que as apurações não avançaram.

Em 8 de fevereiro de 1995, o juiz de primeiro grau declarou encerrado o caso, mesmo estando inconclusas as investigações. Poucos dias depois, em 15 de fevereiro de 1995, o mesmo juiz, aplicando a lei de anistia (Decreto-lei nº 2.191), encerrou definitivamente o processo.

Posteriormente, em novembro de 1995, a Corte de Apelações revogou a sentença de primeiro grau, determinando o prosseguimento das investigações; contudo, o juízo “*a quo*”, novamente em 5 de junho de 1996, declarou encerrada a inquirição dos fatos. Em 28 de Agosto de 1996, a Corte de Apelações ordenou ao “*a quo*” promover a responsabilidade criminal contra o presumível responsável Neveu Cortesi. Assim pela primeira vez, em 31 de agosto de 1996, mais de vinte anos após o início do processo, o “*Primer Juzgado del Crimen de Rancagua*” expediu mandado de prisão contra Raúl Hernán Neveu Cortesi como autor e contra Manuel Segundo Castro Osório como cúmplice do homicídio de Luis Alfredo Almonacid Arellano.

Entretanto, em 27 de setembro de 1996, o *Segundo Juzgado Militar de Santiago* solicitou ao *Primer Juzgado del Crimen de Rancagua* que se inibisse de seguir conhecendo do

caso, considerando que os réus “*a la fecha de los hechos se encontraban en servicio activo, estando sujetos al fuero militar*”. Em 7 de outubro de 1996, o *Primer Juzgado del Crimen* negou a solicitude de inibição, suscitando assim um incidente de competência que subiu à Corte Suprema. No dia 5 de dezembro de 1996, o órgão máximo da justiça chilena resolveu que era competente para seguir conhecendo do assunto “*el Segundo Juzgado Militar de Santiago, al cual se deberá remitir el expediente*”.

Em 14 de janeiro de 1997, os promotores militares da *Segunda Fiscalía de Ejército y Carabineros* solicitaram ao *Segundo Juzgado Militar* que procedesse ao encerramento total e definitivo do processo por encontrar-se extinta a responsabilidade penal de Castro Osorio e Neveu Cortesi em virtude da lei de anistia (Decreto Ley nº 2.191).

Em 28 de janeiro de 1997, a Segunda Vara da Justiça Militar de Santiago aplicou a referida lei de anistia argumentando, entre outros, que:

[...] “*el derecho se inspira en dos valores que le son propios, a saber, la justicia y la seguridad jurídica.*

*En la medida en que las normas jurídicas están basadas en estos valores el derecho podrá lograr un fin último que es la paz social.*

*La amnistía es una institución que fundada en la seguridad jurídica, en cierta medida prescinde de la justicia, con el objeto de obtener la paz social, fin último y esencial del derecho que [da] razón a su existencia.*

[...] *Un Estado de Derecho como el de Chile se expresa entre otras conductas básicas en el império de la ley, por lo que el mandato de la ley de amnistía no puede quebrantarse sin alterar el orden constitucional y la legalidad inscrito en él.*

*El efecto de la amnistía se retrotrae al momento mismo en que el delito fue cometido, por lo [que] dictada una lei de amnistía y establecido que el hecho quedo comprendido dentro del periodo por ella*

*cubierto deben sobrellevarse definitivamente los procesos pendientes.*

*[...] Con la amnistía el delito deja de serlo, por lo que resulta absolutamente inútil [agotar] la investigación en el caso de un hecho respecto del cual está acreditado que acaeció durante el período cubierto por la amnistía."*

Em 26 de fevereiro de 1997, a viúva de Almonacid Arellano apelou dessa sentença perante a Corte Marcial, que em 25 de março de 1998 confirmou a decisão do *Segundo Juzgado Militar*. Entre os argumentos espostos, reproduziu elementos da jurisprudência da Corte Suprema de Justiça no sentido que:

*[...] "la amnistía es una causal objetiva de extinción de responsabilidad criminal y sus efectos se producen de pleno derecho a partir del momento establecido por ley, sin que puedan ser rehusados por sus beneficiarios [...], pues se trata de leyes de derecho público, que miran al interés general de la sociedad. Lo expresado significa, que una vez verificada la procedencia de la ley de amnistía deben los jueces proceder a declararla, sin que en consecuencia tenga obligatoria aplicación lo dispuesto en el artículo 413 [del Código de Procedimiento Penal], que exige para decretar el sobreseimiento definitivo que esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y determinar la persona del delincuente."*

Quanto à aplicação das convenções internacionais de direitos humanos, a *Corte Marcial* entendeu que não eram idôneas para tirar eficácia à lei de anistia (Decreto Ley nº 2.191 de 1978), uma vez que seriam posteriores, tendo em vista que o Pacto de San José de Costa Rica foi ratificado pelo Chile em 21 de agosto de 1990 e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi incorporado ao direito chileno em 29 de abril de 1989. Por tudo isso,

*"no puede retrotraerse su aplicación, afectando al principio de la irretroactivi-*

*dad de la ley penal, puesto que ello equivaldría a sostener que responsabilidades penales definitivamente extinguidas en virtud de la amnistía han tenido la virtud de renacer después. Lo anterior contradice la esencia de la amnistía que es siempre ley penal más benigna para quienes resulten favorecidos por ella."*

Na ocasião a Ministra Morales foi voto vencido, ela considerou que o homicídio de Almonacid Arellano ocorreu numa época em que vigorava no Chile um estado de guerra interna e que o referido delito, considerando as circunstâncias e o modo em que foi cometido, é uma das ações proibidas pelo artigo 3 (comum) da Convenção de Genebra de 1949, sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Bélicos. Além disso, a Ministra sublinhou que o art. 52 da referida Convenção estabeleceu claramente que os crimes de guerra não são passíveis de anistia e também são imprescritíveis. Entretanto, vergonhosamente, o Ministério Público Militar não impugnou a referida sentença da Corte Marcial.

Em 9 de abril de 1998, a viúva de Almonacid Arellano interpôs recurso contra essa sentença da Corte Marcial. Entretanto, a Corte Suprema de Justiça do Chile não conheceu do recurso por considerá-lo extemporâneo e, no dia 11 de novembro de 1998, ordenou o arquivamento do processo.

Nessas circunstâncias, em setembro de 1998, esgotados os recursos no âmbito interno, a família da vítima apresentou denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (que recebeu com o nº 12.057) por denegação de justiça. Em novembro de 2002, a Comissão adotou o Parecer nº 44/02, declarando admissível a petição. Quanto ao mérito, em 7 de março de 2005, a Comissão aprovou o Parecer nº 30/05 concluindo que o Estado violou os direitos consagrados nos artigos 8 e 25 em conexão com os arts. 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, efetuando uma série de recomendações para sanar tais violações. Ante o mutismo do

Estado, em 11 de julho de 2005, a Comissão submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos que, seguindo todos os aspectos regulamentares e processuais, decidiu por unanimidade, em 26 de setembro de 2006, indeferir as exceções preliminares interpostas e que efetivamente o Estado do Chile não cumpriu as obrigações derivadas dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo violado os direitos consagrados nos artigos 8.1 e 25 do referido tratado em prejuízo da esposa de Almonacid Arellano, Sra. Elvira del Rosario Gómez Olivares, e de seus filhos, Alfredo, Alexis e José Luis Almonacid Gómez. Sentenciou ainda que, ao pretender anistiar aos responsáveis por crimes contra a humanidade, o Decreto-lei nº 2.191 é incompatível com a Convenção Americana, portanto carece de efeitos jurídicos. Por último, elencou uma série de medidas tendentes a assegurar a execução da sentença bem como para servir de reparação do crime em questão.

Sublinhe-se nesta sentença que o assassinato de Almonacid Arellano foi definido como crime contra a humanidade<sup>14</sup> porque *“formó parte de una política de Estado de represión a setores da sociedade civil, y representa solo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron durante esa época”*<sup>15</sup>. No mesmo sentido, no parágrafo 103, a Corte explicita:

*“Como se desprende del capítulo de Hechos Probados [...] desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó en Chile una dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó*

<sup>14</sup> Em vários parágrafos da sentença, a Corte se pronunciou sobre o conceito de crime contra a humanidade; ver por exemplo os parágrafos 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106 e 107. A noção de crime contra a humanidade aparece pela primeira vez no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, anexado ao acordo de Londres de 8 de agosto de 1945. Sobre o assunto, ver Israel (2005, p. 392-412).

<sup>15</sup> Parágrafo 129 da sentença.

*masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura”*.

Nesse contexto, é importante assinalar que, de acordo com o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia<sup>16</sup>, um único caso de violação dos direitos humanos, como no caso em tela, cometido por um único agente, constitui crime contra a humanidade se o crime é cometido num contexto de prática generalizada ou sistemática posta em vigor por um regime político baseado no terror e na perseguição contra a população civil. Esses elementos estão presentes no crime cometido contra Almonacid Arellano.

Outro aspecto fundamental julgado neste caso é a impossibilidade de anistiar os crimes de lesa-humanidade.

#### 4. Conclusões

Nos casos aqui analisados, chama a atenção a ferocidade da violência do Estado cometida sobre os próprios cidadãos que por definição deveria proteger. Em segundo lugar, salta aos olhos o imenso lapso temporal que levaram as vítimas e/ou seus familiares para obter justiça. No caso Barrios Altos, desde a chacina até o reconhecimento do Estado peruano de sua responsabilidade no caso e a homologação por sentença do Acordo de Reparações, transcorreram mais de dez anos<sup>17</sup>. No caso

<sup>16</sup> Sobre o assunto, ver o caso *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, *Opinion and Judgement*, May 7, 1997, par. 649. No mesmo sentido, *Prosecutor vs. Kupreskic, et al*, IT-95-16-T, *Judgement*, January 14, 2000, par. 550. Ver também o caso *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, *Judgement*, February 26, 2001, par. 178.

<sup>17</sup> Desde a noite da chacina, em 3 de novembro de 1991, até o 30 de novembro de 2001, data da

Almonacid Arellano, desde o fatídico dia do seu assassinato em 14 de setembro de 1973 até a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 33 anos se passaram.

Essa jurisprudência nos permite afirmar, em primeiro lugar, que o Direito veio ao encontro do ser humano a partir da reação da consciência jurídica universal chocada diante dos frequentes abusos cometidos contra seres humanos muitas vezes agasalhados pela lei positiva. Em segundo lugar, permite-nos afirmar também a solidez teórica da tendência de superação do positivismo na busca de fundamentos para a punição de crimes cometidos diretamente pelo Estado ou por indivíduos com a conivência deste. Como afirmou Cançado Trindade:

*“Con la desmistificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del derecho internacional general en la conciencia jurídica universal, a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho internacional, y no sometidos, por lo tanto, a las vicisitudes del derecho interno”.*<sup>18</sup>

Por outro lado, constatamos a utilização do Direito Internacional como uma barreira contra a injustiça estatal em dois planos, um substantivo, afirmando normas vinculantes ou imperativas (*jus cogens*) com caráter universal, e outro processual, colocando à disposição das vítimas mecanismos de proteção supranacional (jurisdição universal).

No âmbito dessa jurisdição, foi julgada a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Foi entendido que essas normas, muito embora completas do ponto de vista

homologação do Acordo de Reparações pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>18</sup> Voto concorrente do Juiz A. A. Cançado Trindade, parágrafo 14.

formal, carecem de efeitos jurídicos e que os respectivos Estados deviam investigar os fatos para identificar e punir as pessoas responsáveis pelas violações de Direitos Humanos e divulgar publicamente os resultados dessa investigação.

No caso Almonacid Arellano, foi decidida a impossibilidade de anistiar os crimes de lesa-humanidade ainda que sejam cometidos por um único agente contra uma só pessoa num contexto de prática generalizada ou sistemática posta em vigor por um regime político baseado no terror e na perseguição contra a população civil.

Em função disso, as sentenças acima analisadas são exemplares, porque assinalam uma reversão da tendência à impunidade já tradicional na América Latina e o valor do Direito Penal Internacional nesse processo no qual devemos afirmar enfaticamente que o Estado é apenas um meio para a realização do bem comum e que existe para e em função do ser humano e não ao contrário. Lembremos por derradeiro a lição do festejado jusfilósofo italiano Felice Battaglia (1955, p. p. 184): *“L’individuo ha dei diritti che non deve allo Stato, ma che gli ineriscono, espressione della sua stessa natura in quanto uscita dalle mani di Dio; diritti che lo Stato deve rispettare”.*

## Referências

AHUMADA, Eugenio et al. *Chile, la memoria prohibida: las violaciones a los derechos humanos, 1973-1983*. Texto Rodrigo Atria. Santiago de Chile: Pehuén, 1989. 3v.

ALTAMIRANO, Carlos. *Dialética de uma derrota*: Chile 1970/1973. São Paulo: Brasiliense, 1979.

AMBOS, K. *Estudios de Derecho Penal Internacional*. Lima: Editorial Idemsa, 2007.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *La nueva justicia penal supranacional: desarrollos post-Roma*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. 576 p.

\_\_\_\_\_. *La parte General del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*. Montevideo: Konrad Adenauer: Oficina Uruguay, 2005.

\_\_\_\_\_. Responsabilidad penal individual en el Derecho Penal Supranacional: un análisis jurisprudencial: De Nuremberg a La Haya. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, v. 21, p. 7-26, oct. 2003. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2021/RESPONSABILIDAD%20PENAL%20INDIVIDUAL.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2011.

\_\_\_\_\_; MALARINO, Ezekiel. *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2008.

ASENCIO MELLADO, J. M. El Estado Terrorista: análisis probatório de la sentencia de Alberto Fujimori Fujimori. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, v. 14, n. 128, mayo 2009.

BARRIENTOS-PARRA, Jorge. O caso Pinochet e a Universalização da luta pelos Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.88, n. 763, p. 465-474, maio 1999.

BATTAGLIA, Felice. *Nuovi scritti di teoria dello Stato*. Milano: Giuffrè, 1955.

BOCCIA PAZ, Alfredo; PORTILLO, Carlos; ARES-TIVO, Carlos. *Médicos, ética y tortura en el Paraguay*. Asunción: RP Ediciones, 1992.

BRASIL nunca mais. Prefacio de Dom Paulo Evaristo Arns. 9. ed. Petropolis: Vozes, 1985. 312 p. il

CABRAL, Pedro Correa. *Xambôá: guerrilha no Araguaia*. Rio de Janeiro: Record, 1993. 252 p.

COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN (Chile). Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación: RETTIG. [Santiago de Chile?]: La Nación: Ediciones del Ornitorrinco, 1991. 2. v. Disponível em: <[http://www.archivochile.com/Derechos\\_humanos/Com\\_Rettig/hhddrettig0010.pdf](http://www.archivochile.com/Derechos_humanos/Com_Rettig/hhddrettig0010.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2011.

COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (Argentina). *Nunca más*: informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. 7.ed. Buenos Aires: Eudeba, 2006. 482 p.: il.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Luiz Cláudio. *Operação Cóndor: o sequestro dos uruguaios: uma reportagem dos tempos da ditadura*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

DINGES, John. *Operación Cóndor: una década de terrorismo internacional en el Cono Sur*. Santiago: Ediciones B., 2004.

DIREITO à memória e à verdade. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. 499 p.: il.

DORFMAN, Ariel. *O longo adeus a Pinochet*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

EKAIZER, Ernesto. *Yo, Augusto*. Buenos Aires: Aguilar, 2003. 1022 p.

EXILIO, derechos humanos y democracia: el exilio Chileno en Europa. Bajo la dirección de Fernando Montupil I. Jorge Barudy ... [et al.]; bajo el patrocinio de la Coordinación Europea de Comites Pro-Retorno. Santiago de Chile: Servicios Gráficos Caupolicán, 1993. 192 p.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Uruguay. In: ARNOLD, Jörg; SIMON, Jan-Michel; WOISCHNICK, Jan (Ed.). *Estado de Derecho y delincuencia de Estado en America Latina: una vision comparativa*. México: UNAM, 2006. p. 259-271. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2116/12.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2011.

GARCÍA NETTO, Irma Adriana. Los principios generales del derecho, las fuentes romanas y su recepción en la jurisprudencia argentina. *Temas de Administración Pública*, Araraquara, v. 2, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://master.fclar.unesp.br/Home/Departamentos/AdministracaoPublica/RevistaTemasdeAdministracaoPublica/02GARCIA.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2011.

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. v. 1.

GONZÁLEZ, Mónica. *Los mil y un días del golpe*. Santiago de Chile: Ediciones B, 2000. 507 p.

GRAVEN, Jean. Les crimes contre l'humanité. In: ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE. *Recueil des Cours*. Paris: Sirey, 1950 v. 76, p. 433-607.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Barueri: Manole, 2005.

JONES, John R. W. D. *The Practice of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*. 2. ed. Ardsley, NY: Transnational Publishers, c2000.

JUROVICS, Yan. *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*. Paris: LGDJ, 2002. 526 p. (Bibliothèque de droit international et européen).

MARITAIN, Jacques. *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*. Buenos Aires: Leviatán, 1982.

MEILINGER DE SANNEMAN, Gladys. *Paraguay y la "Operación Cóndor" en los "Archivos del Terror"*. Asunción, Paraguay: A.R. Impresiones, 1994. 155 p.

NORRIS, Robert E. Leyes de Impunidad y los Derechos Humanos en las Américas: una respuesta legal. *Revista IIDH: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, C.R., n. 15, p. 47-121, enero/jun. 1992. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/15/dtr/dtr3.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2011.

PAOLI, J. Contribution à l'étude des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité en Droit Penal International. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. 49, p.129-165, 1941.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000. 797 p.

\_\_\_\_\_. Dominio de la organización y resolución al hecho. In: \_\_\_\_\_. *La Teoría del Delito en la discusión actual*. Lima: Ed. Jurídica Grijley, 2007.

\_\_\_\_\_. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. *Revista Penal*, n. 2, p. 61-65, 1998. Barcelona. Disponível em: <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/31/29>>. Acesso em: 13 out. 2011.

\_\_\_\_\_. Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las Ciencias Penales*, Buenos Aires, n. 29-32. 1985.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999. v. 2.

VERDUGO, Patricia; HERTZ, Carmen. *Operación siglo XX: verdadera historia del atentado al General Pinochet*. Santiago de Chile: Ornitorrinco, 1999.

#### Jurisprudência

- Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Buenos Aires, Capital Federal, 9 de Diciembre de 1985, ("Juicio a las Juntas").

- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), Fallo Simon, Julio y otros del 14 de Junio de 2005 (Nullidad de la Ley de Obediencia Debida y Punto Final).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Sentencia de 26 de Septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14 de Marzo de 2001 (Fondo).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 3 de Septiembre de 2001 (Interpretación de la Sentencia de Fondo).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 30 de Noviembre de 2001 (Reparaciones y Costas).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

#### Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

- Relatório nº 62/02 de 22 de outubro de 2002. Caso 12.285, Mérito Michael Domingues c. Estados Unidos.

- Relatório nº 19/03 de 6 de março de 2003. Caso 11.725, Acordo de Cumprimento Carmelo Soria Espinoza c. Chile.

# A mediação de conflitos como efetivo contributo ao Poder Judiciário brasileiro

Lília Maia de Moraes Sales e  
Mariana Dionísio de Andrade

## Sumário

Introdução. 1. Judiciário, morosidade, litigiosidade – justiça tardia torna-se inadequada. 2. Mediação e cidadania: justiça além do Judiciário e por meio do Judiciário. 3. Mediação e acesso à Justiça. 4. A mediação como proposta de uma nova realidade para o Judiciário. 5. O Poder Judiciário, a mediação e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Conclusão.

## Introdução

Em uma realidade de incessantes tentativas de restabelecimento da Justiça social, de busca por parâmetros tangíveis de liberdade e da construção de igualdade entre os cidadãos, mostra-se urgente a exigência pela divulgação e efetivação dos direitos básicos do indivíduo, apresentando-se como instrumentos para tal fim o acesso à Justiça, o fortalecimento da cidadania e a mediação de conflitos.

O Poder Judiciário brasileiro, investido de função estatal com o condão de interpretar a norma e adequá-la ao caso concreto, por meio do exercício da jurisdição, atua na tentativa de solucionar conflitos, estabelecer a ordem social e promover a pacificação. Em razão do exacerbado número de demandas que acolhe e pelo seguimento natural das formalidades que lhe são próprias, muitas vezes, não consegue atingir sua finalidade precípua.

Lília Maia de Moraes Sales é Pós-doutoranda pela Universidade de Columbia-EUA, doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2003), mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2000), graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Possui formação em mediação de conflitos na Universidade de Harvard (EUA). Atualmente é professora titular da Universidade de Fortaleza. Pesquisadora coordenadora do Projeto de Pesquisa Multidoor Courthouse System, financiado pelo Conselho Nacional de Justiça/CAPES.

Mariana Dionísio de Andrade é Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil e pós-graduanda em Direito Internacional pela UNIFOR. Pesquisadora do Projeto Multidoor Courthouse System. Advogada.

O acesso à Justiça no Brasil é assim compreendido, quase em sua totalidade, pelo acesso ao Poder Judiciário, gerando, nessa esfera garantidora de direitos uma excessiva carga processual, demora quanto à entrega da prestação jurisdicional, além de torná-la o único caminho conhecido e utilizado pelos cidadãos para a solução dos conflitos das mais diversas naturezas.

A consolidação da cidadania e da mediação de conflitos, por sua vez, aponta para o fortalecimento do reconhecimento dos direitos e dos deveres, seu exercício dentro e fora da esfera jurisdicional, participação ativa na solução de demandas individuais ou coletivas, o que resulta na ampliação do conceito de acesso à justiça e auxilia na sua consecução junto ao Poder Judiciário.

Passa-se a vislumbrar, desta feita, a consonância entre o Poder Judiciário, a cidadania e os meios consensuais de solução de controvérsias, especialmente a mediação de conflitos, observando-se que, juntos, podem construir um novo momento para a Justiça, inclusive, no que se refere à promoção da democracia.

### *1. Judiciário, morosidade, litigiosidade – justiça tardia torna-se inadequada*

É inconteste a afirmação de que o Poder Judiciário brasileiro padece de excessiva morosidade quanto ao decurso próprio da marcha processual em muitos casos, em particular, por razões relacionadas à demora na seara recursal, ao reduzido número de serventuários comparativamente ao enorme contingente de demandas propostas, além das muitas vezes inadequadas condições de trabalho, resultando na crise vivenciada pelo Judiciário brasileiro. Tais efeitos recaem sobre a sociedade e se manifestam por meio do descrédito ocasionado, não raro, pela desarrazoada demora na entrega da prestação jurisdicional requerida.

O princípio da razoável duração do processo, estabelecido na esfera proces-

sual, com assento constitucional, prevê as necessárias formalidades e especificidades que podem vir a tornar a marcha processual mais lenta; no entanto, o que se percebe é um exagerado decurso do lapso temporal necessário ao deslinde das matérias que se apresentam, não constituindo em algo aceitável, sob hipótese alguma, a excessiva demora na prestação jurisdicional requerida. Considere-se que número de 86 milhões de litígios (CUNHA, 2010), que chega às portas do Judiciário brasileiro, poderia ser solucionado na esfera das relações pessoais, sem que houvesse a necessidade da apreciação dentro das formalidades exigidas como *praxis* institucional como método único.

Órgãos como o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e Central de Acompanhamento de Prazos Processuais – OAB/CE atuam no combate a uma das mais recorrentes queixas do cidadão brasileiro, a morosidade processual. São verificadas, diariamente, ocorrências que demonstram os injustificáveis atrasos quanto à apreciação de questões que abarrotam a esfera judiciária, e que constituem grave obstáculo ao acesso à justiça. Tal atraso termina por corroborar o discurso de que a Justiça brasileira é falha, cara e incerta, o que acomete o cidadão de uma desconfiança em uma instituição que deveria estar fortalecida para a defesa e garantia de suas prerrogativas.

O descrédito é potencializado quando da ineficiência dos mecanismos tradicionais de defesa de direitos e nas deficiências estruturais na sustentação de meios capazes de desenvolver a cidadania: a Justiça se torna demasiadamente tardia para que sobre ela ainda paire a efetividade da prestação jurisdicional. Colaboram para a morosidade e para uma prestação jurisdicional distante da realidade social a litigiosidade e pouca percepção sobre a complexidade dos conflitos.

A litigiosidade das relações jurídicas transcendeu à prática eventual para se tornar uma constante como impulso principal

da instauração de processos de toda ordem. Já nos bancos universitários, nascedouro dos profissionais da ciência jurídica, muitas vezes, ensina-se que o *mister* do advogado consiste na máxima de postular causas em juízo, olvidando noções mínimas de busca por meios consensuais de solução, como se a demanda judicial fosse condição elementar de existência para a prática jurídica.

As consequências sobre a cultura da litigiosidade nos tribunais brasileiros se apresentam sob a forma de inúmeros processos parados, sem resolução próxima, fomentando o descrédito na resolução satisfatória das questões, desgaste nas relações continuadas, óbices ao diálogo pacífico e à construção do consenso. A cultura da litigiosidade que leva um conflito ao Judiciário, antes mesmo de qualquer tentativa de solução autocompositiva, também fortalece o sentimento adversarial das partes no decorrer da solução do problema na esfera jurisdicional.

A falta de compreensão de que nem todos os problemas que se apresentam são iguais ou possuem a mesma origem ressalta ainda mais a distância existente entre as decisões judiciais e os indivíduos, requerendo-se o aprofundamento da esfera da subjetividade humana para descobrir que os conflitos se instauram por razões diversas e, portanto, carecem de soluções adequadas às suas especificidades<sup>1</sup>.

Faz-se necessário, portanto, avaliar novas possibilidades para o acesso à Justiça, a partir de outra abordagem, que apresente maior sintonia com a realidade social, que valorize o cidadão, que informe, que abra espaço para diálogo e escute. Urge avaliar os mecanismos consensuais de solução de

<sup>1</sup> A compreensão sobre a condição em que se dá o conflito constitui elemento essencial para a superação das adversidades geradas pela diferença. Quando as pessoas tomam para si a responsabilidade de desenvolver o diálogo pacífico como oposição à violência, tornam-se conscientes de seu papel como agentes transformadores da realidade social, e garantem o primeiro espaço para a construção de uma cultura de não litigiosidade (MUSZKAT, 2003).

controvérsias de modo a desenvolvê-los na esfera jurisdicional, tornando o Judiciário mais ágil e mais próximo da sociedade.

## 2. *Mediação e cidadania: justiça além do Judiciário e por meio do Judiciário*

Um padrão mínimo de participação na esfera social implica a presença de reconhecimento social e de precondições de participação social com dignidade, refletindo e demonstrando um acervo de disposições que devem ser adaptadas ao contexto de participação social na esfera pública, como cidadão atuante na persecução de direitos e, principalmente, emancipado como indivíduo, em termos práticos de participação política, que sugere determinante condição para a possibilidade de efetivo compartilhamento da ideia de igualdade. Essa igualdade, em que pese, sob o enfoque substancial, deve se constituir em elemento básico para a convivência social, com correspondente reconhecimento dos indivíduos por seus pares. Se a igualdade se evidencia como mero elemento de um discurso retórico, afasta-se o cidadão de sua própria condição, deixando, assim, de usufruir de conquistas, estas, materializadas em instrumentos constitucionais, aos quais deveria ter livre acesso.

A cidadania é constituída pelos direitos que permitem o exercício da liberdade individual, e resta evidente que a informação é um dos elementos essenciais para que o indivíduo possa exercer plenamente seus direitos e lutar por uma maior inclusão na esfera dos sistemas sociais, inclusive no contexto das relações com o Judiciário. Conforme entendimento de João Baptista Herkenhoff (2000, p. 33), a história da cidadania constitui “a própria história dos direitos humanos e a história das lutas para a afirmação de valores éticos como igualdade, liberdade, a dignidade de todos os seres, sem exceção, a proteção legal dos direitos (...) a democracia e a justiça”. A condição de cidadão transcende à partici-

pação e gozo dos direitos civis e políticos de um Estado, exigindo, ainda, o exercício de deveres e o acesso aos instrumentos constitucionais como dimensão própria da cidadania, caracterizada pela capacidade de condução da vida pelo próprio arbítrio e de maneira autônoma, igualdade perante a lei e independência (ANDRADE, 2006).

Considera-se cidadão aquele indivíduo a quem a Constituição confere direitos e garantias – individuais, políticos, sociais, econômicos e culturais –, e lhe dá o poder de seu efetivo exercício, além de meios processuais eficientes contra a violação de seu gozo ou fruição por parte do Poder Público. Responder pelo caráter de cidadão, portanto, é ter consciência dos direitos e deveres constitucionalmente estabelecidos e participar ativamente de todas as questões que envolvem o âmbito de sua comunidade, de seu bairro, de sua cidade, de seu Estado e de seu país, inclusive no que se refere ao aparato legal que tutela sua conduta e assegura seus direitos, o que diz respeito diretamente ao postulado da justiça. É uma referência à justiça social, que está além do ambiente forense e que implica em resultados produzidos pelo sistema jurídico de forma a se efetivar a promoção de uma ordem jurídica produtora de igualdade política e social entre os indivíduos.

O respeito aos direitos do indivíduo impõe uma adequação do sistema jurídico para assegurar a efetividade no gozo dos mesmos. Todos os cidadãos devem dispor dos meios judiciais simples e eficazes para a proteção de seus direitos, o que resulta de evolução histórica traçada pela história da humanidade, que tem testemunhado a luta de muitos pela definição desses direitos considerados fundamentais.

A consolidação da cidadania, em sua forma plena, deve ser o fator principal da criação de uma cultura pela defesa de direitos, restando evidente a importância dada pela Constituição de 1988, que também passa pelos aspectos da facilitação do acesso à justiça da população mais carente,

no pleno sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, o que pode se materializar pela mediação de conflitos.

O aparato estatal, sob essa perspectiva, deve oferecer mecanismos com a possibilidade de ampliação do acesso à Justiça, não somente por meio da busca ao Judiciário, mas com a efetiva divulgação e inserção dos direitos básicos do cidadão, colaborando com a transformação da realidade social, bem como despertar no cidadão consciente a responsabilidade como multiplicador ativo de conhecimentos que favoreçam a concretização da luta pelos direitos que sua comunidade possui, mas que muitas vezes não conhece, e, conseqüentemente, jamais poderá exercê-los, tampouco defendê-los.

Com a prática da mediação, que consiste em uma das mais democráticas formas para a administração e tentativa de resolução de conflitos, a vontade do indivíduo é considerada como elemento preponderante para o estabelecimento do diálogo, partindo dele a predisposição para a resolução da controvérsia. Na mediação ocorre a transformação do conflito por meio da construção do diálogo, antes dilacerado e que, provavelmente, sofreria desgaste ainda mais acentuado pela conseqüente demora na resolução do tema em sede judicial. O fato de conceder aos envolvidos a possibilidade de manifestar seus interesses e conversar sobre o problema já denota avanço para o litígio em si, que se abre à presença não mais de contentores, mas de pessoas que, mesmo em situação de divergência, racionalizam seus interesses e se dispõem a dialogar sobre o tema. Diante do exposto, cumpre destacar:

“[...] ademais de produzir efeitos positivos imediatos, a favorável resolução de um processo de mediação constitui atividade educativa para todos os envolvidos, com reflexos de longo prazo na construção de uma sociedade menos litigiosa, onde os indivíduos busquem de forma negociada a resolução de suas querelas” (NORTHFLEET, 1994, p. 136).

Tal procedimento, portanto, demonstra que o acesso à justiça pode se dar mesmo sem a ingerência direta do Poder Judiciário, e quando, por meio do Poder Judiciário, pode ser um caminho esclarecedor e participativo da solução de conflitos.

Mediação e o exercício da cidadania seguem, portanto, de mãos dadas, pois impulsionam o indivíduo à busca da resolução de controvérsias e conduzem à ponderação e cautela, ao mesmo tempo que inserem nele o senso de poder e responsabilidade sobre suas próprias decisões.

### 3. *Mediação e acesso à Justiça*

A observância dos princípios básicos que informam o processo, tais como os princípios da independência do juiz, da iniciativa das partes, imparcialidade e contraditório, são insuficientes se as partes não estiverem sob o mesmo patamar de igualdade jurídica, técnica e econômica. Os obstáculos econômicos, sociais e culturais ao efetivo acesso à Justiça nas camadas menos favorecidas economicamente da população brasileira evocam, necessariamente, meios ou condições urgentes para fazer valer os direitos. Portanto, o acesso à justiça representa, em primeiro lugar, o resgate da cidadania e, em segundo e não menos importante, uma garantia do cidadão que comprovar a insuficiência de recursos do direito de ser a ele prestada, pelo Estado, uma assistência jurídica integral e gratuita.

É de essencial relevância reconhecer o acesso à justiça como elemento de importância capital para o desenvolvimento social, visto que o cidadão, conhecedor de suas prerrogativas e responsável por seu poder de decisão<sup>2</sup>, tende a buscar a

<sup>2</sup> A liberdade do indivíduo depende de sua ação, de sua noção quanto ao papel que desempenha no contexto social, quanto à importância que recai sobre a materialização de direitos. O homem pode ser politicamente ativo quando detém inteligência sobre os fatos para discernir entre a concordância e a aquiescência sem reflexão, o que, invariavelmente, necessita da liberdade de escolha, oriunda da consciência sobre a

efetivação de seus direitos. Corroborando com o mesmo entendimento, afirma Mauro Cappelletti (1988, p. 12): “O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

O nível de desenvolvimento social de uma nação depende, diretamente, de um sistema judiciário creditício, de um aparato judiciário democrático, com acesso disponível ao povo que a constitui. O acesso à justiça deve ser, portanto, universal e suficientemente eficiente para que seja capaz de produzir resultados individual e socialmente justos, primando pela igualdade substancial. Cinthia Robert e Elida Séguin (2000, p. 180) entendem sobre o acesso à Justiça como forma de proteção jurídica que:

“É de grande relevância, não só jurídica, mas também moral, política e social, que o Estado cumpra suas responsabilidades para com a sociedade, seja ela carente ou não, facilitando o acesso da mesma à justiça. O auxílio aos profissionais do Direito, dando-lhes dispositivos legais e justos, para que possam exercer seus mandatos de maneira ilibada, cumprindo o princípio da igualdade de oportunidades perante a lei, como verdadeira forma do exercício pleno da cidadania.”

O acesso à Justiça deve ser percebido como pressuposto essencial de um sistema jurídico moderno que visa garantir a eficácia do princípio constitucional da isonomia, diverso do acesso ao Judiciário, que evoca,

condição de cidadão e que advém da concretização de um patamar mínimo de igualdade de acesso entre indivíduos, eminentemente, no que se refere ao exercício consciente de direitos. “Responsabilidade requer liberdade. Assim, o argumento do apoio social para expandir a liberdade das pessoas pode ser considerado um argumento em favor da responsabilidade individual, e não contra ela” (SEN, 2000, p. 322).

necessariamente, a jurisdição estatal, a sobreposição de vontades.

Diante de uma realidade em que o Judiciário, da forma como se apresenta, parece ineficiente no pleno cumprimento de sua função social, é possível perceber que, apesar de ser dever constitucional do Estado prestar a correlata assistência jurídica às demandas que se lhe apresentam, a garantia dos direitos se expressa de maneira tímida e pouco adequada. A falta de garantias, por sua vez, verifica-se, sobretudo, no que concerne ao acesso à justiça.

Em busca de um sistema ideal de acesso à justiça, apresenta-se o instituto da mediação como prática capaz de fornecer ao cidadão a possibilidade de, por si, a partir do diálogo pacífico, encontrar respostas às demandas por ele levantadas, construindo, assim, a cultura da pacificação social e da busca por direitos de maneira independente do Poder Judiciário. A mediação pretende contribuir para a diminuição das distâncias que separam a retórica democrática da realidade efetiva das coisas, o que constitui mais um importante passo para a batalha pelo reconhecimento de direitos e deveres dos cidadãos e pelo enfrentamento ao histórico problema da negação da cidadania.

#### *4. A mediação como proposta de uma nova realidade para o Judiciário*

A mediação é um mecanismo de solução de conflitos, no qual um terceiro imparcial e com capacitação adequada facilita a comunicação entre as partes, sem propor ou sugerir, possibilitando o diálogo participativo, efetivo e pacífico, permitindo-se a construção de uma solução satisfatória pelas próprias partes. A mediação possibilita, por meio de técnicas próprias, utilizadas pelo mediador, a identificação do conflito real vivenciado e a sua solução. A mediação requer a discussão sobre as posições, interesses e valores envolvidos e, a partir da resignificação desses valores, permite a construção participativa do consenso.

A mediação auxilia indivíduos a chamar para si a responsabilidade sobre a administração dos próprios conflitos, dotando-os de autonomia e independência no que tange ao melhor modo para resolvê-los. A mediação inclui o cidadão na medida em que o impulsiona a se reconhecer como pessoa capaz de participar ativamente do deslinde de suas questões, incentivando o florescer do sentimento de conscientização, fortalecendo-o como indivíduo. Assim, o desenvolvimento de suas capacidades torna-o apto a decidir sobre questões que em outro momento, provavelmente, parecer-lhe-iam ainda mais difíceis de solucionar, motivo pelo qual, muitas vezes, justifica o recurso ao Poder Judiciário, mesmo em sede de demandas menos complexas.

Trata-se de um elemento colaborativo, consensual e autônomo sobre a resolução de controvérsias, capaz de promover o acesso à justiça e o exercício da cidadania, visto que possibilita às pessoas envolvidas a manifestação de vontade baseada na consciência plena sobre os problemas levantados. Seu condão não adversarial conduz à construção do acordo, o que promove, ainda, a inclusão e pacificação social pela edificação de diálogos antes inexistentes.

Por ocasião da criação e escolha de opções para a solução do problema, os envolvidos tomam para si a iniciativa de refletir sobre as origens do conflito e as melhores condições para administrá-lo, colocando-se, assim, como partícipes das decisões, o que desperta nos mediados a independência e a confiança de que necessitam para resolver futuras questões que porventura se instaurem (BRAGA NETO, 2008). O surgimento de possibilidades criadas pelas próprias pessoas permite novas circunstâncias que propiciam o diálogo, visto que nenhum dos interessados é compelido a fazer algo contra a própria vontade. A atuação do mediador e do conciliador considera a celebração de um acordo livre, no qual são avençados, espontaneamente, os termos do que deve vir a ser seguido.

Assim, esses profissionais devem reger suas ações no sentido de zelar para que o procedimento seja justo e imparcial durante todo o trâmite, conferindo lisura ao acordo e respeito ao diálogo.

Cumpra assinalar que tal mecanismo promove o encontro de opiniões e decisões oriundas das próprias pessoas envolvidas; portanto, no processo de mediação, as partes envolvidas possuem a gestão de seus conflitos, e consequentemente o poder de decidir, tendo o mediador como auxiliar, diferentemente da jurisdição estatal, na qual o poder de decidir cabe ao Estado. Nessas circunstâncias, o indivíduo passa a ter noção da própria liberdade quando se depara com o poder de escolher, de manifestar de maneira responsável a liberdade pela decisão tomada sob o contexto de um elemento civil da cidadania<sup>3</sup>, de gerir as demandas nas quais se encontra envolvido.

Nesse diapasão, trabalha-se assim com a cultura da não litigiosidade, pela divulgação dos benefícios quanto à resolução de questões por intermédio do diálogo pacífico, conduzido por terceiros preparados ou tecnicamente habilitados para tal. Muitos dos conflitos surgidos no seio das comunidades podem ser dissolvidos pelo diálogo e pela comunicação positiva, na qual os envolvidos são os protagonistas das decisões tomadas, tornando-se, portanto, responsáveis pelo próprio destino. Essa autonomia confere aos indivíduos, além da retomada das relações continuadas, o resgate da liberdade quanto às escolhas por

---

<sup>3</sup> Sobre a condição de cidadão, cumpre destacar três elementos essenciais que compõem a cidadania, quais sejam; os elementos civil, político e social. O elemento civil é composto por direitos necessários à materialização da liberdade individual. O elemento político constitui o direito de participar no exercício do poder político, como eleitor ou na qualidade de membro investido da autoridade política. O elemento social, por sua vez, mais abrangente, refere-se à busca por um patamar mínimo de igualdade entre indivíduos, garantidos bem-estar, direito de participação e acesso à educação. Tais elementos devem seguir juntos, pois, além de semelhantes, são complementares (MARSHALL, 1967).

eles tomadas. Com escuta, entendimento, compreensão e respeito mútuo, relações humanas antes desgastadas podem ser recuperadas em sua essência, influenciando, diretamente, na boa administração dos problemas.

A busca pela mediação, como elemento capaz de contribuir para a atuação do Poder Judiciário, proporciona ao indivíduo o sentimento de construção pela participação. O direito passa a não lhe parecer mais objeto de cessão, mas sim de conquista, o que, inequivocamente, expressa o valor da conscientização sobre sua condição de cidadão, capaz de gerir suas escolhas e se responsabilizar pela melhor resolução dos conflitos que se lhe apresentam.

#### 5. O Poder Judiciário, a mediação e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ

O excesso de morosidade no curso da marcha processual, que fere frontalmente a “duração razoável do processo”, erigida ao *status* de garantia constitucional pelo art. 5º, LXXVIII, da Constituição de 1988, a exagerada dilação de prazos para a resposta judicial, a dificuldade de acesso à justiça formal por parte considerável da população, pouca expressão de prioridade na tratativa de certos casos, mesmo que albergados por determinação legal que o estabeleça, entre aspectos outros, constituem forte elemento para justificar a crescente desconfiança de parte do jurisdicionado e podem macular, de maneira visceral, a credibilidade do sistema.

É possível perceber que tais mazelas podem comprometer, ainda, as relações humanas que o Judiciário intenta proteger, visto que, efeito inverso, acabam por desgastar, ainda mais, o diálogo entre pessoas que buscam auxílio junto aos fóruns e juizados para a resolução de suas lides, que se reflete em falta de participação, de posicionamento ativo das pessoas que enxergam o recurso à batalha judicial como primeira alternativa.

De acordo com os índices demonstrados pelo último Relatório de Confiança na Justiça do Brasil, a partir de estudo promovido pela Fundação Getúlio Vargas, realizado em 2010, e com área de abrangência em seis Estados do território nacional e Distrito Federal, a confiança do brasileiro no Poder Judiciário tem sofrido decréscimos sensíveis, não alcançando níveis alarmantes. Quanto ao quesito comportamento, foi constatado que a população mais jovem tende a procurar mais a resolução de questões por vias judiciais, e que a população com índices mais altos de percepção de renda evidencia pior avaliação do Judiciário, apesar de também solicitar auxílio judicial para suas demandas, em número considerável. Pelo que restou evidenciado na pesquisa, a população de menor escolaridade possui menor disposição para buscar o Judiciário quando da necessidade pela solução de conflitos (CUNHA, 2010). Ademais, os entrevistados que já necessitaram da prestação jurisdicional denotaram um índice de confiança menor que os que nunca tentaram a solução de suas questões pelas vias legais. Sobre a referida pesquisa, cumpre destacar:

“Os dados no quarto trimestre de 2010 seguem a tendência, já identificada nos trimestres anteriores, de má avaliação do Judiciário como prestador de serviços públicos. Para 89% dos entrevistados, o Judiciário resolve os conflitos de forma lenta ou muito lentamente. 78,5% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos e 70,8% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar. Outros três problemas apontados pelos entrevistados são a falta de honestidade (64% dos entrevistados consideram o Judiciário nada ou pouco honesto), a parcialidade (59% dos entrevistados acreditam que o judiciário é nada ou pouco independente) e a falta de competência para solucionar os casos (53% da

população entrevistada classificam o Judiciário como nada ou pouco competente). Nas perguntas sobre comportamento, a maioria dos entrevistados declarou que ‘certamente’ procuraria o Judiciário para resolver eventuais conflitos” (CUNHA, 2010, p. 17).

Tais dados, por sua vez, podem ser determinantes pontos de reflexão para a atuação do Conselho Nacional de Justiça, que, criado em 2005 por previsão legal da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, exerce a função de operar a fiscalização e administração da justiça brasileira, observando aspectos que dão causa à morosidade processual e, principalmente, dirimindo possíveis razões que atentem contra bom funcionamento da justiça. Cabe a esse órgão institucional o contínuo aperfeiçoamento da conduta dos tribunais, fortalecendo a moralidade administrativa e uniformizando procedimentos de gestão forense em diversas instâncias; esforços esses visíveis aos olhos de magistrados, advogados, defensores e membros do Ministério Público, cuja repercussão atinge toda a sociedade, reafirmando a lembrança do Judiciário como serviço público.

Nesse sentido e acompanhando as necessidades sociais, o Conselho Nacional de Justiça reconheceu a necessidade de aperfeiçoar o tratamento dado aos conflitos de interesses conduzidos à esfera judiciária, considerando a importância de meios mais adequados à administração de certos problemas e prevenção de novos litígios. Assim, por força da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, foi estabelecida uma outra política para o desenvolvimento da gestão e administração do Judiciário na tratativa de determinadas demandas, sob a observância do acesso à justiça, ordem jurídica justa, eficiência operacional e responsabilidade social.

A partir da inovadora perspectiva de se considerarem outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação, é possível verificar a flexibilidade do Poder Judiciário brasileiro, que se molda às necessidades sociais e implementa, de maneira coerente, políticas que buscam a efetividade da norma posta e a participação popular na resolução de litígios, o que pressupõe o envolvimento responsável das pessoas interessadas até que se tornem capazes de, por si, dissolver o conflito.

Tal busca pela tratativa consensual de conflitos possui reflexos práticos de grande relevância, visto que a mediação e a conciliação, como mecanismos extrajudiciais de administração de conflitos, podem contribuir para a redução da excessiva judicialização dos conflitos de interesses, bem como no que diz respeito à quantidade de recursos interpostos.

A inserção de mecanismos extrajudiciais para a resolução de disputas, sob a ótica da tradicional busca pela prestação jurisdicional por parte do Estado-juiz, posiciona-se de maneira cada vez mais incisiva no contexto jurídico brasileiro, em especial quando da possibilidade concedida ao cidadão de exercer o condão de escolha sobre a problemática em que se vê envolvido. Assim, a crescente demanda pelo império judicial, encarada como único meio para a decisão sobre litígios instaurados, começa a vislumbrar outras perspectivas.

Tal dispositivo evidencia o avanço das relações jurídicas, pois pressupõe que a tutela jurisdicional substitutiva, aplicada de maneira muitas vezes alheia ao real interesse das partes e, por isso, nem sempre se mostra satisfatória, pode ser suprida pela participação das mesmas, a partir da construção do diálogo, possibilitando inclusive o resgate de relações continuadas. Dessa perspectiva de participação consciente das pessoas envolvidas nasce a reflexão sobre as transformações pelas quais deve passar o Poder Judiciário, que pode vir a admitir

com maior vigor a presença da mediação como mecanismo hábil à resolução de controvérsias, efetivando o disposto no artigo 331 do Código de Processo Civil brasileiro, que reconhece a mediação e a conciliação, mas apenas após a fase postulatória.

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça estabelece a criação de núcleos de mediação e de conciliação como iniciativa para estimular o diálogo e o possível acordo entre as partes, com funcionamento durante o expediente forense, realização de audiências preliminares de mediação e de conciliação, em ambos os ritos procedimentais e por determinação do juiz. Tal política tenta enxergar não apenas o problema, mas as partes envolvidas, devolvendo-lhes o poder de decisão sobre suas questões, de acordo com suas peculiaridades. Consoante denota o artigo primeiro dessa resolução, sobre a política pública de tratamento adequado aos conflitos de interesses:

“Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciais incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.”

A adequação dos tribunais brasileiros para a implantação de Centros de solução de conflitos e cidadania, assim como disposto na resolução, requer o exercício de habilidades propícias ao desenvolvimento do diálogo, conduzido por profissionais capacitados e imparciais, que podem auxiliar no resgate de negociações já consideradas de pouco êxito. Prevê, ainda, a promoção de ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da

conciliação e da mediação, possibilitando ao cidadão o acesso à ordem jurídica justa.

Pelo que se depreende da leitura da Resolução nº 125/2010, os mediadores e conciliadores, pessoas aptas à condução do diálogo e que devem ser habilitadas para a melhor administração dos litígios, exercem suas atividades sob a análise e observância do magistrado competente para o caso em discussão, o que demonstra, mais uma vez, que os meios extrajudiciais de resolução de conflitos e a jurisdição formal podem ser auxiliares, desde que as tratativas sejam adequadas às peculiaridades de cada demanda. Por intermédio da facilitação do diálogo, muitas discussões podem ser dirimidas, evitando-se, inclusive, a instauração de novos conflitos.

Nesse sentido, atua o mediador como um meio capaz de promover o resgate da comunicação entre as pessoas envolvidas, cujo desgaste pode haver comprometido a relação de cordialidade e o próprio diálogo. Sem indicar sugestões, o mediador, neutro e imparcial, possui a tarefa de identificar a possibilidade de consenso em um contexto conflituoso, em caráter não impositivo. Por essa razão, propiciando o diálogo, é possível que o mediador consiga alcançar o cerne do problema, transmitindo às pessoas envolvidas o senso de responsabilidade sobre a resolução de suas questões, o que, por si, lhes confere autonomia e resgate do poder de decisão. O conciliador, de outra parte, auxilia os envolvidos na tentativa de aproximá-los e fornecer orientação, tentando a melhor administração do acordo, com o escopo principal de harmonizar as relações.

Pelo entendimento do Conselho Nacional de Justiça, tais institutos devem passar por constantes aperfeiçoamentos, como cursos de capacitação e treinamento, para que, como métodos consensuais de administração de conflitos, correspondam ao desenvolvimento de uma política judiciária cada vez mais adequada à realidade dos fatos. Denota-se, portanto, que tais métodos

demonstram evolução jurídica de grande valia, reconhecidos pelo Poder Judiciário dada a relevância dos resultados observados. Ainda sob esse diapasão, o Ministério da Justiça ventila a possibilidade de tais métodos constarem na nova redação do Código de Processo Civil, como mecanismo de disseminação da cultura de paz. Na proposta de nova redação do Código de Processo Civil, enunciada pelo ato do Senado nº 379 de 2009 (BRASIL, 2010), o artigo 135 do anteprojeto enuncia a presença da mediação e conciliação, conforme segue:

“Art. 135. A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

§ 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio.

§ 2º O mediador auxiliará as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.”

Depreende-se, pelo teor da proposta, que a mediação e a conciliação fazem parte de uma nova realidade para o Judiciário brasileiro, cujo reconhecimento emana não apenas da necessidade de um tratamento diferenciado para cada demanda, mas também da emergência pela celeridade de justiça, visto que a perspectiva adversarial tende a ser conduzida de maneira mais lenta, sob a égide de procedimentos nem sempre adequados aos conflitos levados ao Judiciário. A responsabilidade sobre a administração das lides é reconhecida pelas pessoas envolvidas, a partir da facilitação e reconstrução do diálogo, e o indivíduo torna-se capaz de dirimir, por si mesmo, com o auxílio de um terceiro, os problemas que o afligem, disseminando a cultura de pacificação social.

A mediação traz consigo a liberdade de escolha, a informalidade de procedimento, a não litigiosidade ou trato adversarial, o aprofundamento das discussões

sobre os conflitos e sua transformação, o fortalecimento do cidadão e do diálogo colaborativo. Esses traços são marcantes no processo democrático e inclusivo. Importante ressaltar então a preocupação de que essa aproximação entre a mediação e o Poder Judiciário, que com a Resolução nº 125/2010 do CNJ se evidencia, resulte na democratização da Justiça e no acesso ao Judiciário, e não na formalização e descaracterização da mediação.

### *Conclusão*

O Brasil experimenta novo momento em sua história, que remete a novas possibilidades democráticas proclamadas pela Lei Constitucional de 1988, que reforçou esses padrões e conferiu maior legitimidade às instituições. No contexto do Estado Democrático de Direito, prerrogativas sociais foram ampliadas visando, justamente, à consolidação da cidadania, por meio da conscientização do indivíduo sobre seus direitos e deveres. Entretanto, ante uma Justiça lenta e burocrática, que ainda se sustenta sob tensas bases éticas, é necessária a reflexão sobre o conceito de Justiça social como premissa básica, principalmente no que se refere à proteção de institutos que gozam de crédito perante a sociedade em geral.

A partir do estudo realizado, a mediação, sendo um procedimento por meio do qual um terceiro age no sentido de encorajar e facilitar o diálogo, surge como um novo caminho pelo qual as partes podem, juntas, por meio do diálogo e da comunicação, encontrar uma solução para seus litígios, prevenindo a instauração de novos conflitos. Desse modo, é possível vislumbrar a mediação como elemento transformador, inclusivo, capaz de conscientizar o cidadão sobre sua responsabilidade como partícipe das decisões que deverão reger sua vida. Ademais, previne a litigiosidade, justamente por se apresentar como um meio não adversarial, que busca a promo-

ção do diálogo pacífico, sem a polarização acentuada tão típica da esfera de atuação jurisdicional do Estado.

É possível ainda concluir que a mediação, em um contexto de busca pela resolução pacífica de conflitos, atua como mecanismo de inclusão social que fortalece o Poder Judiciário, promovendo o diálogo entre indivíduos. Tal posição já é reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça, que vem adotando práticas para o fortalecimento e disseminação da conciliação e mediação como formas consensuais para a administração de conflitos que conferem aos envolvidos a autonomia para a resolução de demandas. A mediação, portanto, além do condão inclusivo e participativo do exercício jurídico do Poder Judiciário, atua como um corolário de libertação do cidadão para que o mesmo possa, de maneira independente e autônoma, conduzir de maneira adequada a resolução dos conflitos, aproximando-se, assim, do acesso à justiça.

### *Referências*

- ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- ANDRADE, Régis de Castro. Kant: a liberdade, o indivíduo e a república. In: WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006. v. 2.
- ANTEPROJETO do novo Código de Processo Civil. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. 381 p. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2011.
- ARENDE, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE,

- Kazuo; LAGASTRA NETO, Caetano. *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Tradução de René Loncan. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL). *Política nacional de conciliação*. Brasília: CNJ, [200-?]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao>>. Acesso em: 10 fev. 2011.
- CUNHA, Luciana Gross (Coord.). Relatório ICJ Brasil: 4º trimestre/2010: 3ª onda, ano 2. São Paulo: Direito GV, 2010. 22 p. (Relatório ICJ Brasil; 7). Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/RelICJBrasil4TRI2010.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2011.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como funciona a cidadania*. Manaus: Valer, 2000.
- ISSLER, Daniel. O projeto de mediação da vara da infância e da juventude de Guarulhos (SP). In: LAGASTRA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2007.
- LAGASTRA NETO, Caetano. *Mediação, conciliação e suas aplicações pelo Tribunal de Justiça de São Paulo*. In: LAGASTRA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Orgs.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2007.
- MARSHALL, Thomas H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MUSZKAT, Malvina Ester. *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Summus, 2003.
- NORTHFLEET, Ellen Gracie. Novas fórmulas para a solução de conflitos. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. *O Judiciário e a constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. *Direitos humanos e acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a universidade: possibilidade de transformação social. In: SALES, Lília Maia de Moraes et al. *Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Mediare: um guia prático para mediadores*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000.
- SILVA, Luis Praxedes Vieira da. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. Campinas: Millennium, 2002.

# Soberania

## A legitimidade do poder estatal e os novos rumos democráticos

Daniella S. Dias

### Sumário

1. Introdução. 2. A soberania e a legitimidade do poder do Estado. 3. A soberania estatal e os novos rumos democráticos. 4. Considerações finais.

### 1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo refletir sobre o poder político e a legitimidade do poder do Estado e está dividido em dois momentos.

Ao tratar da soberania e da análise sobre a legitimidade do exercício do poder político pelo poder estatal, na atualidade, objetivou-se considerar que o cumprimento das normas e dos valores expostos no sistema jurídico não são suficientes para satisfazer as necessidades e interesses sociais. A legitimidade do exercício do poder político depende da análise de um componente da realidade política muito mais complexo: o exercício da soberania tendo em vista o cumprimento das funções estatais deve ser visualizado perante outros atores políticos não estatais.

A questão democrática é eixo temático do segundo item do artigo e tem direta relação com os desafios para o exercício da soberania estatal, em âmbitos interno e externo, justamente porque o regime democrático demanda novas formas de atuação estatal, novos parâmetros para que as instituições democráticas consolidem o

Daniella S. Dias é Doutora em Direito Público - UFPE. Professora da Graduação e Pós-graduação UFPA. Professora da Pós-graduação UNAMA. Promotora de Justiça

processo democrático nas fronteiras e além das fronteiras nacionais.

## 2. A soberania e a legitimidade do poder do Estado

Águila (2005, p. 23), ao tratar do poder, afirma que este não é um objeto, que se possui ou que não se possui. O poder é produto de uma relação em que alguns obedecem e outros mandam. Está relacionado com a força, com a violência, mas não se restringe a esta. O poder também está relacionado com a existência de valores que propiciam à autoridade a legitimidade para mandar e o assentimento para ser obedecida.

Segundo Águila, apesar do medo ao castigo ser componente fundamental do poder, a existência de um poder estável deve contar não somente com a violência, mas com a existência de conjunto de crenças e valores que possam justificar a existência do poder e também o seu funcionamento. O poder político, para ser estável, necessita de que as autoridades estejam legitimadas para exigir a obediência. Por isso, afirma Águila (2005, p. 26), “el poder está intimamente ligado a los valores y las creencias. Este vínculo es el que permite establecer relaciones de poder duraderas y estables en las que el recurso constante a la fuerza se hace innecesario”.

Para Águila (2005, p. 26), quando o poder é exercido de maneira rotineira, tendo em vista que a obediência está relacionada com crenças e valores que apoiam o sistema político, o poder passa a ser um poder institucionalizado, um poder permanente entre governantes e governados. Aí se caracteriza a existência da autoridade. A autoridade nada mais é do que a expressão do poder político legitimado no momento em que as relações sociais entre governantes e governados se estabilizam, e a obediência se obtém sem necessariamente recorrer-se à força, à violência.

Argumenta Águila (2005, p. 32) que nenhum homem pode manter a sua autori-

dade, seu poder político, se este não estiver relacionado com a existência de leis, com a existência de instituições que reflitam as convicções, as crenças, as deliberações e os consensos produzidos entre a sociedade e a autoridade.

Dallari (2006, p. 110-111), com base nos estudos da teoria de Burdeau, afirma que o Estado é um poder, e o poder é a expressão do próprio Estado. E salienta: “Para a maior parte dos autores o *poder* é um elemento essencial ou uma nota característica do Estado. Sendo o Estado uma sociedade, não pode existir sem um poder, tendo este na sociedade estatal certas peculiaridades que o qualificam, das quais a mais importante é a soberania”. Para Miranda (2005, p. 218), “o poder é a qualidade ou atributo do Estado. Condição de existência do Estado, ele aparece simultaneamente como a mais marcante das suas manifestações e encontra-se-lhe ligado por um nexo de pertença”.

É no Estado Moderno, caracterizado como o Estado que governa por meio de leis, em seu território, que a justificação e a legitimação do poder surge como tema preponderante para a Teoria do Estado. O poder do Estado é um poder jurídico, um poder originário, embasado na expressão do contrato social em que os governados cedem aos governantes o poder para conduzir os interesses comuns da nação. Trata-se de poder originário que o Estado possui.

Miranda (2005, p. 214) considera que o poder político é “um poder *constituente*” na medida em que molda o Estado consoante uma ideia, um projeto, uma finalidade. Esse poder, segundo o autor, não se extingue com a criação da constituição. Trata-se de um poder que perdura, que se renova, que se transforma durante a vigência da constituição, podendo inclusive substituí-la em razão da realidade política, econômica e social.

O poder do Estado nada mais expressa do que a necessidade da consecução de interesses como segurança, justiça, paz,

bem-estar. Trata-se de poder de decisão, de autoridade. O poder do Estado deve seguir estritamente o princípio da legalidade, atuar embasado nas determinações jurídicas. Logo, suas competências, suas funções são repartidas entre diversos órgãos e poderes, previamente estabelecidos pela Constituição, com competências definidas.

O poder do Estado, do qual derivam todos os outros poderes e funções estatais, é um poder, como bem salienta Dallari (2006, p. 111), dominante e irresistível. O poder é, consoante Águila (2005, p. 21), exercido pelo Estado, e o Estado é a expressão do monopólio da violência legítima, em determinado território.

Não podemos olvidar que o poder do Estado é um poder dotado de coação, é um poder coativo. A possibilidade de coercibilidade existente no Direito, nas regras jurídicas, no desenvolvimento das funções e competências estatais é reflexo desse poder político, que só se justifica em razão da base jurídica. Logo, a compreensão do poder do Estado só pode ser realizada tendo em vista a ordem jurídica. O poder não pode ser tratado de forma autônoma. O poder político só se justifica em base jurídicas, pois está diretamente relacionado com a soberania. Sob essa perspectiva, afirma Dallari (2006, p. 114): “O minucioso exame das características do poder do Estado, de sua origem, de seu modo de funcionamento e de suas fontes leva à conclusão de que, assim como não se pode admiti-lo como estritamente político, não há também como sustentar que seja exclusivamente um poder jurídico”.

Dentro do território, tem o poder da dominação, dominação que só se justifica em base jurídica. Se o poder não pudesse ser limitado pelo Direito, não subsistiria jamais a organização estatal. O Direito é produto da organização jurídica estatal e instrumento para a manutenção do poder político e da segurança social.

Consoante os ensinamentos de Miranda (2005, p. 217), o poder político precisa ser

limitado não somente no aspecto formal. O poder político deve ser limitado sob o aspecto material, pois a limitação material, segundo Miranda, disciplina o poder, inclusive o poder constituinte.

Claro está que a justificação da existência do poder político se dá na medida em que esse se autolimita, considerando os valores permanentes superiores, contidos no texto constitucional, e também por meio da observância diária das regras que compõem o sistema jurídico. A disciplina do poder, portanto, está relacionada com a limitação da atuação dos governantes em função da defesa dos direitos da população. O poder político não pode, sob o argumento de realização dos interesses sociais, afetar a autonomia e a liberdade dos indivíduos.

Vale salientar inclusive que o poder político, apesar de atuar na sociedade tendo em vista a realização dos interesses sociais, realiza suas funções e atribuições consoante o interesse da comunidade. Todo poder político, desde o poder constituinte até o poder dos titulares de órgãos e agentes, provém da comunidade. Significa dizer que o verdadeiro titular do poder político é a comunidade.

Nessa perspectiva, afirma Miranda (2005, p. 217):

“Sejam quais forem os fins, a limitação do poder depende, em última instância, da concepção de governantes e governados sobre suas relações recíprocas, do equilíbrio entre liberdade e autoridade sem sacrifício, em caso algum, da primeira à segunda (salvo em estado de necessidade), da efetiva observância pelos governantes dos direitos dos governados e da consciência que estes possuam tanto dos seus direitos como dos seus deveres cívicos.”

Reale (2000, p. 102) considera que o Direito “deve ser sempre o preço de uma conquista legítima do poder”. Significa dizer que a “conquista legítima do poder” está relacionada com a eficácia do Direito

positivo, que deve ser garantido no espaço nacional. Por outro lado, a eficácia do Direito positivo só se torna possível mediante a existência de um poder, que deve ser legítimo. Por isso, afirma categoricamente Reale (2000, p. 107) que “estão destinadas a insucesso todas as doutrinas que procuram eliminar do Direito o conceito de *poder*, ou, então, tentam reduzir o poder a uma categoria jurídica pura”.

Para Reale (2000, p. 110), não pode existir Direito Positivo sem a existência do poder. O Direito estatal, para ter o que o autor denomina “grau de plena positividade jurídica”, depende da existência do poder. É o poder que propicia a organização da coação por meio da aplicação das normas jurídicas. O Direito positivo é a expressão de uma decisão, logo, o Direito estatal reflete, segundo Reale, uma decisão de última instância.

“Como o Direito representa uma composição de forças segundo um imperativo ético, e como não é possível pensar-se em acordo espontâneo entre os homens, compreende-se a necessidade do poder não só para a declaração da positividade do Direito, mas também para a eficácia real do Direito declarado positivo.

Direito Positivo e Poder, por conseguinte, são termos inseparáveis, sendo vão procurar reduzir o primeiro ao segundo, ou então, contrapor um ao outro. Isto tanto para o Direito Positivo estatal, como para o não-estatal” (REALE, 2000, p. 112).

É a decisão que caracteriza o poder, assim como é o direito o produto de uma decisão daqueles que exercem o poder. Por isso, o poder é elemento essencial à ordem jurídica positiva e a soberania é a expressão desse poder.

Para Reale (2000, p. 115),

“O processo de positivacão do Direito não seria possível automaticamente, isto é, sem a interferência criadora do poder. A soberania, por conseguinte,

acompanha todo o processo de positividade, de formação e de eficácia do Direito Objetivo e tem em sua origem e em seu exercício um fundamento só: o bem comum como ordem social que a virtude de Justiça visa realizar.”

Reale considera a soberania como a expressão do poder jurídico, do poder legítimo. Nenhuma organização jurídica, nem o Estado, nem o Direito podem existir sem o embasamento em um poder jurídico. O Direito depende da existência de um poder que possa, em última instância, decidir sobre o que deve ser jurídico.

A soberania é a expressão do poder de direito, não do poder de fato. O poder não define a existência do Direito. É o Direito que cria e justifica o poder. Como bem afirma Reale (2000, p. 118), “... assim como o poder não existe sem o Direito, o Direito não se positiva sem o poder, um implicando o outro, segundo o *princípio da complementariedade*”. E aduz: “De maneira geral não há *poder* que se exerça sem a presença do Direito, mas daí não se deve concluir que o poder deva ser *puramente* jurídico, tal como é entendido no ‘Estado de Direito’”<sup>1</sup>. E aduz: “O *poder* é uma condição de atualização plena do Direito porque é uma condição essencial à integralização jurídica da sociedade, sendo, por conseguinte, uma exigência do Direito que não pode se erguer contra o Direito” (REALE, 2000, p. 120).

O Direito depende da existência de um poder que possa, em última instância, decidir sobre o que deve ser jurídico.

<sup>1</sup> Ainda nessa perspectiva, leciona Reale (2000, p. 119): “Ora, é pelo poder que se aperfeiçoa como Direito Positivo o que, antes de sua intervenção, era apenas Direito abstrato ou elemento social, idéia de direito ou simples relações mais ou menos vagas de interdependência, desprovidas de garantia prática e efetiva. É pelo poder que se concretiza o direito particular dos grupos, e é pela soberania que se realiza o Direito do povo ou da nação”. O Estado, de maneira geral, é a sociedade juridicamente organizada, isto é, organizada para satisfação das aspirações individuais e coletivas, o que se exprime também dizendo-se: “é a institucionalização do poder para a realização do bem comum”.

Se o Estado tem o poder legítimo para produzir e dizer do Direito Positivo, a capacidade de decidir está intrinsecamente relacionada com poder jurídico, o que revela que o poder jurídico é a expressão da soberania estatal. O Estado possui, portanto, a capacidade de dizer, em última instância, o Direito, e esse poder de decisão é o reflexo de sua soberania. A soberania e o poder estatal são, para Reale (2000, p. 356), sinônimos.

Entretanto, a legitimação do poder está relacionada não só com o cumprimento das normas constitucionais, das normas componentes do sistema jurídico. É necessário que o exercício do poder político por meio dos órgãos estatais expresse verdadeiramente os interesses sociais, os valores mais profundos da comunidade. A autoridade, para ser legítima e ser reconhecida como legítima, deve expressar não só o cumprimento da legalidade, mas a ratificação da legitimidade por meio da concretização dos valores constitucionais e sociais.

Águila (2005, p. 33) considera que, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a legitimidade de uma autoridade não se realiza somente sob o aspecto formal, somente sob o aspecto da legalidade. É necessário um componente maior à justificação da legitimidade. Segundo o autor, a legitimidade de uma ordem jurídica deve ser vista sob a perspectiva material. E apresenta a fundamentação da legitimidade sob a idéia da ação comunicativa.

O poder político, sob essa perspectiva, não se restringe a uma relação social de mandato e obediência, de coerção, de domínio. O poder deve ser fruto do consenso, do processo deliberativo que englobe o povo, a comunidade. O poder passa então a ser entendido como autoridade que depende de ser legitimada a partir de processos deliberativos.

O procedimento deliberativo legítimo, por consequência, dependeria de algumas regras. As partes devem ser livres para expressar seu ponto de vista e produzir as

argumentações. As partes devem ser iguais no sentido de dizer que a produção de argumentos, discussão e deliberação seja algo equivalente, igual, com igual peso, para todos os participantes. As partes devem atuar no processo de discussão e de deliberação em igualdade de condições, já que, no processo deliberativo, o que deve ser de maior importância é a força do argumento, não o poder individual de cada participante. Ademais, devemos considerar que no processo deliberativo no Estado Democrático de Direito não pode existir violência ou coação.

Em conclusão, sob a perspectiva procedimental do poder e da legitimidade, uma ação, uma política, uma norma, uma instituição seriam consideradas legítimas se fossem justificadas dentro de um processo deliberativo, cujas regras da liberdade, da igualdade entre as partes, da exclusão da coação fossem devidamente cumpridas (ÁGUILA, 2005, p. 34).

### *3. A soberania estatal e os novos rumos democráticos*

As reflexões desenvolvidas no item anterior levam a crer que o poder político só seria legítimo a partir do respeito a um conjunto de valores e a princípios ético-políticos que justificassem a atuação estatal. A legitimação do poder político dependeria do estabelecimento de relações políticas institucionalizadas a partir de procedimentos democráticos. O poder do Estado, o poder soberano, seria a legitimação do poder em razão do cumprimento do pacto político, do conjunto de valores expressos no texto constitucional.

No entanto, diversos estudiosos têm alertado para o fato de que o arcabouço jurídico-institucional forjado na Modernidade e toda teoria política de justificação da atuação do Estado – que serviu de referencial teórico e político para o exercício do poder – já não são suficientes para justificar as funções e atribuições estatais tendo em vista a realização dos interesses sociais.

Os argumentos em torno da limitação da atuação do Estado e de seu poder político no sentido de tornar efetivos os comandos normativos expressos por seu sistema jurídico se devem ao fato de que o exercício do poder político estatal está cada vez mais ofuscado pela existência de outros atores não estatais, que, apesar de não serem dotados de soberania política, possuem poder político assemelhado ao poder estatal e suas decisões interferem significativamente na qualidade de vida dos cidadãos e sobre os projetos políticos forjados nas bases territoriais do Estado-Nação. Por consequência, as premissas para o exercício do poder soberano e para o desenvolvimento das funções do Estado tendo em vista manutenção do jogo democrático vêm sendo questionadas.

Teóricos como David Held (1991; 1997; 2005), Julios-Campuzano (2004), Ferrajoli (2002), Beck (1998) consideram que é preciso que o exercício da soberania seja a fiel representação de uma democracia como expressão da interação entre os governantes e os governados. No entanto, a interação entre comunidades e poder político deve ser ampliada e fortificada qualitativamente como base para o exercício democrático além do espaço territorial.

A democracia não pode mais ser vista como uma questão formal ou restrita ao exercício do direito do voto. A democracia precisa ser vivenciada como processo, o caminho para a resolução dos conflitos que possibilite, de forma mais ampla possível, a participação igual e paritária dos cidadãos. Significa dizer que pensar em democracia, na atualidade, requer a busca de novos parâmetros democráticos, uma melhoria substancial do processo democrático nos espaços territoriais como forma de garantir ou viabilizar o processo democrático nos espaços políticos além do Estado.

É necessário que o regime democrático consiga estabelecer uma relação mútua de confiança entre governantes e governados, um pacto de respeito ao princípio da lega-

lidade, em que governantes e governados possam, dentro do processo conflitivo democrático, estabelecer metas e solucionar conflitos.

Blanco Fernández (2000, p. 85-86), ao analisar o pensamento de Habermas, informa que, para este autor, a soberania do povo se corporifica no processo deliberativo e nas decisões tomadas de forma racional. Para Habermas, a soberania popular nada mais é do que o exercício de uma democracia radical. Nesse sentido, necessário se faz o estabelecimento de procedimentos e condições de comunicação que permitam ao povo exercer a soberania.

Blanco Fernández (2000, p. 86), ao explicar o pensamento de Habermas, afirma:

“Las discusiones públicas informales, y la opinión así generada, sólo contribuirán a la formación de un poder político, y afirmarán la soberanía del pueblo, si su influencia repercute en las deliberaciones de instituciones de estructura democrática y por esa vía conducen a resoluciones formales y autorizadas.”

Para Habermas, a proteção e a existência de garantias aos direitos não se realiza por meio das operações de mercado, nem por meio das medidas tomadas por um Estado providência. Para Habermas, é por meio do processo de comunicação que se instaura a soberania popular, “una concepción de la democracia que dá a la soberanía popular una forma procedimental ‘ya no puede operar con el concepto de un todo social centrado en el Estado, al que quepa concebir como un sujeto en gran formato, que actúe en función de un fin preciso’” (BLANCO FERNÁNDEZ, 2000, p. 87).

Nem o Estado, nem o mercado podem dar respostas eficazes para construção da democracia na atualidade. A democracia não é um conceito, não é uma forma. É, segundo a perspectiva de Habermas, um processo inclusivo, processo de comunicação a viabilizar que os direitos fundamentais sejam iguais para todos, o que significa a

possibilidade de acesso simétrico de todos à liberdade comunicativa, à formação de opinião, à existência de uma autonomia política que possibilite a preservação do direito do cidadão.

A perspectiva teórica de Habermas serve de reflexão e se ajusta ao nosso debate, quando consideramos que o Estado é pequeno para a resolução de coisas grandes, e é muito grande para a resolução de pequenas coisas, como salienta Ferrajoli (2002). Nessa perspectiva, devemos considerar que a democracia, como condição de legitimidade e de existência do próprio Estado na realização de suas atribuições políticas e institucionais, deve ampliar-se para além de suas fronteiras territoriais. A democracia é instrumento para a proteção e garantia dos direitos fundamentais, é instrumento para a consolidação da autonomia política que todos cidadãos devem possuir e que na atualidade não pode estar restrita aos limites territoriais do espaço Nação.

Podemos inclusive sustentar que a democracia, sob a perspectiva procedimentalista, é instrumento para a consolidação da soberania popular<sup>2</sup>. Porém, Blanco Fernández (2000, p. 88) chama a atenção para o fato de que as condições necessárias para a formação da opinião e da vontade políticas devem ser forjadas no espaço público.

“Los ciudadanos, cuando sus intereses dirigen su atención a un bien público, deberían tener la ocasión de acceder, por debates públicos, y a la luz de informaciones suficientes y de buenas razones, a una comprensión de esos asuntos comunes que están pidiendo reglamentación. Ahora bien, para que la soberanía popular haga valer en los procedimientos de-

<sup>2</sup> “Si se introduce el sistema de los derechos de este modo, se vuelve comprensible la copertenencia de soberanía popular y derechos del hombre, es decir, la cooriginariedad de la autonomía política y autonomía privada’ (193). Los derechos humanos y el principio de la soberanía popular son, añade Habermas, las únicas ideas a cuya luz puede aún ser justificado el derecho moderno” (BLANCO FERNÁNDEZ, 2000, p. 88).

mocráticos su estatuto de poder generado por la comunicación, hace falta una cultura política ilustrada (378 s.), y muy en especial iniciativas de asociaciones formadoras de opinión. En otras palabras, el poder generado por la comunicación proviene de las interacciones entre la formación de la voluntad institucionalizada en el Estado de derecho, y los espacios públicos movilizados por la cultura de la sociedad civil” (BLANCO FERNÁNDEZ, 2000, p. 88).

Com base nessas assertivas, podemos afirmar que, na atualidade, a existência da democracia depende da formação e consolidação do espaço público para além do espaço político do Estado-Nação. O Estado de Direito só poderá justificar-se e legitimar-se como instituição jurídica se abrir espaços institucionais para o exercício da democracia, assim como para a resolução de problemas cuja solução deve ser buscada no espaço internacional, pois a abertura de espaços de comunicação e a consolidação do espaço público vão depender da atuação dos atores políticos não estatais<sup>3</sup>.

Para se pensar a soberania, deve-se considerar que a soberania só pode existir paralelamente ao respeito e consideração de diversas outras soberanias. Logo, podemos afirmar que, na atualidade, a existência de Estado soberano depende do reconhecimento do pluralismo de ordenamentos soberanos, de diversos outros poderes

<sup>3</sup> E Blanco Fernández (2000, p. 98), ao analisar a perspectiva de Habermas sobre a formação de uma cidadania supranacional no âmbito europeu, afirma: “Lo que hace falta para impulsar la integración social supranacional es la ciudadanía capaz de interactuar en la red comunicativa de una esfera pública de amplitud europea (135). Y así como las formas y los procedimientos del Estado constitucional junto con la legitimación democrática generan cohesión social, confía Habermas en que las instituciones políticas que se diseñen mediante una Constitución europea, tras los decenios transcurridos de integración económica, social y administrativa, más la monetaria en curso, puedan crear el contexto comunicativo necesario para la formación de una conciencia de ciudadanía europea (141 y 142)”.

políticos não estatais paralelamente ao poder do Estado. Na atualidade, é preciso considerar a interdependência que existe entre os poderes estatais e transnacionais e a existência de uma sociedade mundial. A partir daí é que podemos refletir sobre o poder político.

Straus (2002, p. XV) afirma que a integração internacional com o fortalecimento de instituições supranacionais é “*verdadeira condição de sobrevivência da Soberania, frente a um poder econômico cada vez mais forte, ilimitado e internacionalizado, que caracteriza a face nefasta do atual processo de globalização, principalmente para os povos de países em desenvolvimento, ou ‘emergentes’, como os latino-americanos*”.

Sustenta o autor que a integração econômica internacional e a consequente integração política de blocos de nações levaria a uma verdadeira “restauração” da soberania, o que interessaria também para agentes econômicos internacionais. E vaticina:

“... os Estados Nacionais, e suas Organizações Internacionais tradicionais, não mais são capazes de submeter o poder econômico, através de regras políticas, ou seja, são impotentes para garantir a Soberania dos respectivos Povos. A alternativa que se coloca para a Humanidade, portanto, é incrementar a Integração Internacional e, no âmbito de cada comunidade de nações, implementar a reconstrução do Poder Político Mundial” (STRAUS, 2002, p. XVIII).

A integração, para Straus (2002, p. 56), refletiria a união de Estados soberanos para a consecução dos fins comuns, não havendo predominância do Direito comunitário sobre o direito das nações, mas sim uma interação entre ambos sistemas. Justifica que é possível a integração latino-americana paralelamente à existência da soberania estatal.

Lewandowski (2004, p. 276-278), ao falar da soberania e do Mercosul, indaga se esta

instituição de caráter supranacional recebe poderes dos Estados com a consequente perda de soberania e afirma, com base na leitura de outros teóricos, que não há perda ou transferência de soberania, mas a delegação de poderes. O que haveria seria uma simples delegação de alguns poderes existentes no âmbito da soberania estatal. E acrescenta que não haveria como se falar em uma soberania comunitária, pois o que há no âmbito dessa comunidade supranacional é a delegação, a cessão de poderes decorrentes do exercício da soberania por parte dos Estados-membros.

Lewandowski (2004, p. 292) fala de uma soberania compartilhada entre os Estados, justamente porque, em razão da globalização, os Estados precisam resolver os problemas críticos decorrentes dos fenômenos globais, que ocorrem além de suas fronteiras. “Compartilhar a soberania significa conferir-lhe operacionalidade, ou seja, possibilidade de intervir de forma objetiva e consequente na realidade enfática” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 294-295).

<sup>4</sup> Lewandowski (2004, p. 294-295,300), ao tratar da soberania, afirma categoricamente que a existência de organizações supranacionais não ensejou a perda ou a limitação da soberania. Segundo o autor: “Em suma, o âmago da soberania consiste em deliberar o ente, no qual a soberania radica, se exercerá ou não as competências que lhe são próprias ou se as delegará no todo ou em parte a terceiros. No plano internacional, ainda que abra mão do exercício de parte importante de suas competências, em especial na área econômica ou militar, ou mesmo que permita que suas ações sejam apreciadas por uma jurisdição externa, a soberania não será afetada se tal renúncia não lhe for imposta e se mantiver a capacidade jurídica de atuar individualmente, conservando o direito de secessão, de retirada ou de denúncia do acordo. As recentes mudanças nas ações internacionais, pois, não tiveram o condão de abalar os atributos fundamentais da soberania. No plano interno, o soberano continua dispondo da decisão final sobre todas as competências, ao passo que, na esfera externa, segue mantendo a independência que lhe permite assumir ou não determinadas obrigações. Se a soberania fosse atingível em qualquer um desses aspectos, o Estado estaria subordinado a algum outro poder e, portanto, não seria verdadeiramente soberano”. (...) “Em que pesem, portanto, os múltiplos usos que se deu ao longo do tempo ao termo ‘soberania’, o seu núcleo conceitual permanece inalterado. Por

Se, para muitos doutrinadores, a existência de uma integração econômica produzida pelo Mercosul viria a abalar o princípio da soberania – principal obstáculo jurídico e político para a integração econômica – Straus (2002, p. 2) considera que, no plano constitucional, possui o país a autorização constitucional para realizar uma integração da comunidade latino-americana (CF, artigo 4º, parágrafo único) e que o sentido de soberania, partindo da leitura do texto constitucional, possui conteúdo bastante diverso do que o produzido durante o século XVI. Considera o autor que é inegável o caráter popular da soberania, expresso no texto constitucional. E argumenta Straus (2002, p. 103): “... a Soberania deve ser, científica e praticamente, considerada, dentro do contexto de um ordenamento constitucional e jurídico que define o Povo como titular da Soberania, e a democracia como forma de exercê-la”.

Se a soberania reside no povo, a incoerência apontada com a perda da soberania em razão de uma integração econômica e política supranacional só se justifica se

mais que alguns queiram atenuar sua importância ou diminuir-lhe a abrangência, continua a ser o poder incondicionado de decidir em última instância sobre tudo que diga respeito aos interesses fundamentais de uma comunidade. Nunca é demais recordar, contudo, que se trata de uma autonomia jurídica e não real, pois jamais algum Estado logrou subtrair-se integralmente aos condicionamentos do mundo fático”. (...) “Com efeito, cumpre reconhecer, ‘em nome de um mínimo de realismo’, que este modelo, fundado na soberania do Estado, na supremacia da ordem jurídica interna, na aplicação do direito internacional em conformidade com ditames da legislação local e na consideração de um povo territorialmente localizado como fonte de legitimidade, ainda continua a representar o ‘paradigma básico da agenda das relações internacionais’, mesmo que em outras áreas, sobretudo na econômica, se avance decididamente em direção à globalização e à transnacionalização”. (...) “As mudanças trazidas pela globalização, portanto, não tiveram o condão de abalar os fundamentos da soberania. No plano interno, o soberano continua dispondo da decisão final sobre todas as competências, ao passo que, na esfera externa, segue mantendo a independência que lhe possibilita assumir ou não determinadas obrigações. A delegação de alguns poderes a autoridades supranacionais, para emprestar maior eficácia à ação estatal, na verdade

considerarmos a soberania no sentido tradicional. Afirma Straus (2002, p. 124-125) a necessidade de atualização do conceito de soberania existente no texto constitucional para que se possa legitimar os múltiplos processos de integração, e a Constituição brasileira não apresenta nenhuma incompatibilidade entre os princípios da soberania e da integração latino-americana.

O conceito de soberania deve ser relativizado, pois o exercício democrático, na atualidade, implica a existência de uma interseção, de uma integração política entre Estados e também uma nova concepção de cidadania – que abarque o que é diferente, uma concepção muito mais aberta e renovadora e não circunscrita à ideia de que cidadania é aquela exercida no espaço da Nação.

permitiu que os Estados conservassem a essência da soberania, incrementando as possibilidades políticas de seu exercício. As teorias que sustentam o declínio da soberania, ademais, refletem uma compreensão inadequada desse conceito, em especial porque não levam em conta o *locus* de onde provém autoridade política, que corresponde ao Estado, o qual, por sua vez, aufere o seu poder do povo”. No mesmo sentido pensamento de Dallari (2006, p. 268), ao afirmar que a soberania, expressão do poder jurídico dos Estados, não diminuiu nem foi afetada pela globalização. Em perspectiva oposta, afirma Ventura: “A soberania é uma ficção jurídica, continua face jurídica de um Estado político, dotada de uma principiologia própria, que se justifica e sintetiza o exercício do monopólio do poder legítimo de um grupo em determinadas fronteiras, podendo ser este grupo mais ou menos maleável quanto a ser/sofrer ingerência sobre/de outros grupos estabilizados, a depender de seus interesses particulares ou da força e do poder econômico particular que detém” (VENTURA, 1996, p. 94-95). Para Albuquerque de Mello: “A tendência atual é a soberania existir como um conceito meramente formal, isto é, estado soberano é aquele que se encontra direta e imediatamente subordinado ao DIP. O seu conteúdo é cada vez menor, tendo em vista a internacionalização da vida econômica, social e cultural. As organizações internacionais têm proliferado nos mais diferentes domínios. As que visam a integração econômica são aquelas em que a noção de soberania sofre uma restrição mais profunda (...) A constituição não estabelece a admissão de qualquer restrição à soberania e ao mesmo tempo no parágrafo único do artigo 4º fala em integração econômica (...) Como se pode concluir a Constituição do Brasil não leva em consideração as novas tendências da ordem jurídica internacional” (MELLO, 1994, p. 121-122).

Essa perspectiva não contrasta com o pensamento de Habermas, ao afirmar que a concepção de cidadania deve se afastar da concepção de nacionalidade, de comunidade pré-política.

“Por contraste con la nación como comunidad de pertenencia, la nación de ciudadanos no encuentra su identidad en rasgos comunes de tipo biológico ni étnico-cultural, sino en el ejercicio de los derechos democráticos de participación y comunicación (622). La identidad de la comunidad ‘está amarrada a los principios constitucionales anclados en la cultura política’ y no en los mores de una forma de vida cultural, aunque sea predominante en el país (1996:628)”. (...) “Lo que la ciudadanía democrática necesita no es tanto la memoria de siglos pretéritos como la socialización de los ciudadanos en esa cultura política supranacional” (BLANCO FERNÁNDEZ, 2000, p. 99).

A necessidade de desconectar o conceito de cidadania ao de nacionalidade tem substrato filosófico, político e acima de tudo jurídico. Não podemos pensar em cidadania no espaço do Estado-Nação se ela desiguala no tratamento jurídico e político os que não fazem parte da Nação. A cidadania deve ser pensada como liberdade, como coexistência pacífica, como necessidade de implementação da igualdade. Logo, é no espaço Nação e no espaço internacional que se deve forjar uma cidadania cosmopolita, num espaço público que permita a inclusão, a participação política de todos com igualdade<sup>5</sup>.

A necessária busca de novos modelos de instituições jurídicas, a reformulação das funções estatais e do Direito diante do

<sup>5</sup> É o que afirma Habermas: “Sólo una ciudadanía democrática que no se cierre en términos particularistas puede, por lo demás, preparar el camino para un *status de ciudadano del mundo* o una *cosmociudadanía*, que hoy empieza a cobrar ya forma en comunicaciones políticas que tienen un alcance mundial (HABERMAS, 1992, 643)” (HABERMAS apud BLANCO FERNÁNDEZ, 2002, p. 101).

capitalismo transnacional apresenta como possibilidade a criação de mecanismos jurídicos e políticos de cunho mais global, que possam fazer frente aos ditames do capitalismo transnacional. Em outras palavras, a política e o Direito precisam fazer frente à globalização por meio de modelos jurídicos e políticos que tenham, no âmbito organizacional e institucional, um caráter transnacional.

Ferrajoli (2002, p. 47) sustenta a necessidade de uma “integração mundial baseada no Direito”.

Afirma que “o Estado já é demasiado grande para as coisas pequenas e demasiado pequeno para as coisas grandes”<sup>6</sup> e que somente por meio do Direito internacional os problemas referentes ao futuro da humanidade podem ser resolvidos. Nesse sentido, o Direito – que moldou as relações estatais no plano interno – servirá de instrumento para fundamentar a reconstrução do Direito internacional, considerando não mais a soberania dos Estados, mas a autonomia dos povos (FERRAJOLI, 2002, p. 50-52).

E argumenta:

“A crise dos Estados pode ser, portanto, superada em sentido progressivo, mas somente se for aceita sua crescente despontualização e o deslocamento (também) para o plano internacional das sedes do constitucionalismo tradicionalmente ligadas aos Estados: não apenas as sedes da enunciação dos princípios, como já aconteceu com a Carta da ONU e com as Declarações e Convenções sobre os direitos, mas também as de suas

<sup>6</sup> “É grande demais para a maioria de suas atuais funções administrativas, as quais exigem, até mesmo onde os impulsos desagregadores e separatistas não atuam, formas de autonomia e de organização federal que contrastam com os velhos moldes centralizados. Mas, sobretudo, o Estado é pequeno demais com respeito às funções de governo e de tutela que se tornam necessárias devido aos processos de internacionalização da economia e às interdependências cada vez mais sólidas que, na nossa época, condicionam irreversivelmente a vida de todos os povos da Terra” (FERRAJOLI, 2002, p. 50-51).

garantias concretas” (FERRAJOLI, 2002, p. 53).

Ferrajoli considera imprescindível a existência de um constitucionalismo mundial que ofereça as garantias jurídicas necessárias para a proteção aos direitos humanos e para a existência da paz, o que depende de uma limitação da soberania dos Estados “por meio da introdução de garantias jurisdicionais contra as violações da paz, externamente, e dos direitos humanos, internamente” (FERRAJOLI, 2002, p. 54).

Para Beck (1998, p. 35), o Estado-Nação só sobreviverá se a política nacional conseguir perceber as dimensões da globalização – as complexidades e problemas dela decorrentes. Para o autor alemão, em razão da globalização, nenhum problema no âmbito nacional poderá ser solucionado se não for em uma perspectiva ampla, que considere que os efeitos decorrentes da globalização atingem o espaço nacional e também a sociedade mundial.

Para Beck, as soluções para os problemas globais não podem ser buscadas no âmbito do Estado-Nação. Os Estados só conseguirão resolver seus problemas locais, a partir da tomada de consciência de que a globalização influencia o cotidiano nacional em suas diversas dimensões. Logo, qualquer solução ou proposta de desenvolvimento de feição nacionalista estará fadada ao insucesso.

#### 4. Considerações finais

É urgente que se perceba que as relações sociais da sociedade mundial não mais se estabelecem e se consolidam dentro dos parâmetros do Estado-Nação. Com a globalização, houve um deslocamento do poder político do seio do Estado-Nação, desestruturando a arquitetura institucional estatal. Na atualidade, não somente o Estado possui poder político. Outros agentes sociais – associações, empresas transnacionais, grupos profissionais – possuem poder econômico e político para direcionar a economia global.

Beck (1998, p. 54-55) trata da hipótese teórica da transformação do Estado nacional para um Estado transnacional como forma de enfrentamento dos problemas produzidos pela globalização.

Para o autor, os Estados precisam pensar numa política “pós-internacional”, caracterizada pela divisão de poder político entre organizações internacionais, movimentos sociais e políticos transnacionais, já que os Estados não monopolizam mais, no cenário internacional, o exercício do poder político.

A nova dimensão política impulsionada pela globalização cria uma sociedade mundial, composta de Estados nacionais, outras instituições e poderes políticos, que passam a abraçar a dimensão política como forma de solucionar os problemas existentes na sociedade global.

Os Estados nacionais precisam assumir os vazios políticos produzidos pela globalização na conformação da sociedade mundial. Todavia, há uma grande diferença na utilização do poder na política do Estado nacional para a política que os Estados transnacionais devem conceber nas sociedades mundiais.

Os Estados nacionais só poderão sobreviver em sociedades mundiais se realizarem mudanças, o que significa dizer que os paradigmas institucionais do Estado nacional são antiquados e precisam ser reformulados não só para garantir a política interna e internacional, mas também para servir à busca de respostas positivas à globalização.

Beck (1998, p. 159) propõe a concepção de uma soberania inclusiva<sup>7</sup>. A concepção

<sup>7</sup> “Resumamos. *Soberanía incluyente* significa que la renuncia a derechos de soberanía va de consumo con la adquisición de poder político configurador en virtud de la cooperación transnacional. Pero esto sólo puede conseguirse si se concibe y configura la globalización como proyecto político. Sólo así es posible que aumenten el consenso, los empleos, los impuestos y las libertades políticas, en los aspectos local y transnacional. En este sentido, Europa se ha convertido en un intento de soberanía incluyente” (BECK, 1998, p. 159).

de Beck serve para ratificar o pensamento Julios-Campuzano (2004, p. 2002), que afirma não ser mais possível a concepção de sistemas monistas, a existência de estruturas unitárias de poder. A afirmação deste autor corrobora a perspectiva de que a soberania deve ser reformulada em seu conceito e só pode ser existente em uma ordem policêntrica, em que novos atores sociais assumem espaços de poder no cenário mundial, afetando também os espaços nacionais.

### Referências

- ÁGUILA, Rafael del. *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Trotta, 2005.
- BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización?: Falacia del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BLANCO FERNÁNDEZ, Domingo. *Principios de filosofía política*. Madrid: Síntesis, 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HELD, David. *A democracia, o Estado-Nação e o sistema global*. São Paulo: Lua Nova, 1991.
- \_\_\_\_\_. La democracia y el orden global. In: \_\_\_\_\_. *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona: Paidós, 1997.
- \_\_\_\_\_. Los principios del orden cosmopolita. *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Granada, n. 39, p. 133-152, 2005.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. Globalización desde abajo: ciudadanía democrática y revitalización política. In: BONETOO, Maria Susana; PIÑERO, Maria Teresa (Org.). *Ciudadanía y costos sociales: nuevos marcos de regulación*. Madrid: Dykinson, 2004.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- MELLO, Celso Duviver Albuquerque de. *Direito constitucional internacional: uma introdução: Constituição de 1988 revista em 1994*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- REALE, Miguel. Globalização e Estado Nacional. In: \_\_\_\_\_. *Filosofia e teoria política: ensaios*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.
- STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. *Soberania e integração latino-americana: uma perspectiva constitucional do MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. (Série Integração Latino-Americana).

# Experiências de ativismo judicial na Europa continental

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e  
Alexandre Walmott Borges

## Sumário

1. Introdução. 2. A comparação entre o sistema anglo-saxão, *common law* e o sistema europeu continental. 3. As experiências europeias continentais. 3.1. Alemanha. 3.2. Itália. 3.3. Espanha. Conclusão.

## 1. Introdução

O artigo estuda as experiências do ativismo judicial em alguns sistemas jurídicos europeus. Há a delimitação temática da abordagem nos países filiados ao sistema jurídico europeu continental, de filiação romanista. Optou-se por esta abordagem comparativa centrada na verificação de experiências constitucionais realizadas pelos tribunais constitucionais. Nesse aspecto, utiliza-se o relato da doutrina – nacional e estrangeira – sobre as posições de cortes ou tribunais europeus constitucionais de maneira a demonstrar exemplos do fenômeno constitucional do ativismo judicial. Pode-se complementar que o artigo faz demonstração de experiência estrangeira e não de um apanhado de legislação alienígena, já que, como sói acontecer em exposições sobre o fenômeno do ativismo judicial, não se trata de um comparativo de normas postas legisladas, mas, sobretudo, de produção normativa e interpretativa do judiciário. Há a exposição de experiências de três Estados, tomados como ilustração argumentativa, com ciclos políticos e ins-

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes é Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB); Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU); pós-graduado em Direito Público (ANAMAGES e FMBH); professor de Direito Constitucional do UniCEUB/DF; Procurador do Distrito Federal; advogado e consultor em Brasília.

Alexandre Walmott Borges é Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Professor do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU); Advogado filiado à 13ª Subseccional, OAB-MG; Professor voluntário do programa de mestrado da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita (UNESP).

titucionais diferenciados (diferenciação temporal e institucional): Alemanha, Itália e Espanha.

## 2. A comparação entre o sistema anglo-saxão, common law e o sistema europeu continental

Um dos pressupostos básicos em qualquer tomada do fenômeno do ativismo judicial é a digressão sobre uma mais pronunciada atuação do Poder Judiciário. Essa tomada supõe obviamente o desenho geométrico de círculos compreensivos da tarefa de cada órgão estatal, de maneira estável e delimitada pelo conjunto normativo do Estado. Assim, o ativismo supõe que um dos órgãos – o Judiciário – estabeleça um conjunto de ações ou métodos de trabalho que elasteça o seu círculo de atribuições.

O elastecer das atribuições do Judiciário é significativo justamente nos sistemas jurídicos romanistas, ou de dimensão geográfica da Europa continental, onde há o estabelecido, *prima facie*, de que a fonte de produção e de revelação do direito é o legislador. Justamente por apresentar esse princípio de ordenação, o sistema europeu continental diferencia-se do sistema anglo-saxão que estabelece a figura do juiz como descobridor e revelador do direito (salvo a experiência estadunidense de primazia de uma Constituição escrita e legislada, ainda que a interpretação de seus dispositivos caiba ao judiciário).

Essa abordagem das diferenças entre os sistemas jurídicos, europeu continental e anglo-saxão, é, por certo, esquemática e deve ser temperada com os influxos de reciprocidade de experiências compartilhadas. Mais recentemente, pode-se afirmar que há, em certos aspectos, alguns casos de mimetismo de institutos ou de experiências entre os dois sistemas. No mundo interligado como o atual, os sistemas jurídicos sofrem mútuas influências, embora deva ser feita a análise consciente das diferenças entre as peculiaridades de cada qual. Luiz Werneck

Vianna e outros (1999, p. 11) destacam que a literatura já sugere, de modo recorrente, para a existência no Brasil – e em outros países de tradição romanista – de uma convergência entre os sistemas do *common law* com o *civil law*<sup>1</sup>. Contudo, nesse aspecto, René David (1993, p. 117) aponta que “o lugar atribuído às decisões judiciais entre as fontes do direito opõe os direitos da família romano-germânica à *common law*”.

Na família romano-germânica, ressalvadas algumas exceções, como por exemplo no direito espanhol, as decisões judiciais não se enquadram como fonte formal do direito de caráter geral<sup>2</sup>. Nessa seara, o que importa é que nas decisões judiciais “sobressai o aspecto da observância de atos normativos previamente editados em dada situação específica e não a capacidade expansiva de regular comportamentos [futuros]” (RAMOS, 2010, p. 105). A decisão judicial deve se mover dentro de *quadros* estabelecidos pelo legislador, “enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros” (DAVID, 1993, p. 120). Como observa Gustavo Zagrebelsky (2005, p. 24-25):

“El principio de legalidad, em general, expresa La Idea de La ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del Rey y de su administración [...], ni La aplicación por parte de los jueces o La resistencia de los particulares [...]. En La soberanía legislativa estaba ínsita La fuerza normativa absoluta, pero también El deber de asumir por entero El peso de todas las exigencias de regulación. Máximo poder, pero máxima responsabilidad. [...] El hecho de que el rey fuese ahora

<sup>1</sup> No mesmo sentido, Vanice Valle (2009, p. 24-25).

<sup>2</sup> Nesse regime, as decisões judiciais são normas jurídicas individuais concretas, portanto fontes secundárias.

sustituído o apoyado por asambleas parlamentarias cambia las cosas en muchos aspectos, pero no en la consideración de La ley como elemento de sòsten o fuerza motriz exclusiva de La gran máquina del Estado.”

Lado oposto, encontra-se a família do *common law*, já que a jurisprudência costuma ocupar o posto de fonte formal do direito com aspecto geral. Conforme identificação de Edward D. Re (1994, p. 282), a decisão judicial ocupa dupla função: faz coisa julgada e tem valor de precedente (*stare decisis*). Os precedentes proferidos pelos tribunais obrigam o mesmo tribunal e os juízes que lhe são subordinados (os julgados proferidos pelos magistrados de primeiro grau não formam precedentes). Ocupam, pois, o *status* de fonte formal de direito, pois são eles que moldam os *quadros* nos quais as decisões judiciais devem se mover, semelhante ao que ocorre com a Constituição e as leis no *civil law*. Sobre o direito inglês, em síntese (ZAGREBELSKY, 2005, p. 25-26):

“*Rule of Law and not of men* no solo evocaba en general el *topos* aristotélico del gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres, sino también la lucha historico-concreta que el parlamento inglés habia sostenido y ganado contra el absolutismo régio [...]. En La tradición europea continental, la impugnación del absolutismo signífico la pretensión de sustituir al Rey por otro poder absoluto, la asamblea soberana; en Inglaterra, la lucha contra el absolutismo consistió en oponer a las pretensiones del Rey ‘los privilegios y libertades’ tradicionales de los ingleses [...]; en el segundo, la ley se concebía solamente como uno de los elementos constitutivos de un sistema jurídico complejo, el ‘*common Law*’, nacido de elaboración judicial de derecho de naturaleza y de derecho positivo, de razón y de legislación, de historia y de tradiciones.

[...]

La naturaleza de órgano de garantía de las libertades inglesas armonizadas perfectamente, por lo demás, con una concepción de la actividad parlamentaria más ‘jurisdiccional’ que ‘política’, en el sentido continental. Como es sabido, el parlamento inglés tiene su origen en los consejos que el Rey consultaba para mejorar el derecho existente, que tenían – desde el punto de vista actual – carácter incierto. La consulta, con frecuencia, venía determinada por los malos resultados del *common Law* en los casos concretos. Según las categorías actuales, podría hablarse de una función entre la normación y el juicio [...] El procedimiento parlamentario no se encontraba en las antípodas del modelo judicial; en ambos casos regía la exigencia del *due process*, que implicaba la garantía para todas las partes y para todas las posiciones de poder hacer valer las propias razones (*audiatur et altera pars*) en procedimientos imparciales. Por su parte, la función legislativa se concebía como perfeccionamiento, al margen de intereses de parte, del derecho existente.”

Carlos Dieder Reverbel (2009, p. 7) constata que na *common law* “o processo foi erigido em princípio fundamental para se chegar a soluções justas, devendo os juristas, nas soluções dos casos concretos, não estar adstritos aos *statutes*, como se faz na família romano-germânica, mas sim ao processo”.

Diante desse contexto, há substanciais diferenças em relação ao ativismo judicial em cada uma das famílias do direito. Elival da Silva Ramos (2010, p. 107) identifica que na *common law* “existe uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas”. Isso ocorre tanto na criação de precedentes, os quais passam a agregar o ordenamento jurídico como ato

normativo com força vinculante, quanto em sua revogação, o que se assemelha a revogação de uma lei no sistema romano-germânico. Não é por outra razão que nesses países se adota uma “conceituação ampla de ativismo judicial”, em face de se franquear ao Judiciário uma situação extremamente ativa no processo de criação do direito (RAMOS, p. 110). Não obstante, o Poder Judiciário não se transforma em legislador, vez que deve motivar suas decisões segundo critérios argumentativos e lógicos, o que não é exigido do legislador.

Situação diferenciada verifica-se nos países da *civil law*, em que a impossibilidade da criação de *direito geral* pelos magistrados foi sempre ressaltada pelo *dogma* constitucional da separação de poderes<sup>3</sup>. Por isso, em relação à *civil law*, é um pouco mais fácil a identificação de parâmetros teóricos que permitam verificar eventuais abusos da jurisdição em face do Poder Legislativo e do princípio democrático, mas nem por isso a tarefa se mostra isenta de dificuldades, conceituais, terminológicas e ideológicas. Podem ser captadas as seguintes diferenças (ZAGREBELSKY, 2005, p. 26):

“Para el *rule of Law*, el desarrollo del derecho es un proceso inacabado, históricamente siempre abierto. El *rechtsstaat*, por cuanto concebido desde un punto de vista iusnaturalista, tiene en mente un derecho universal y atemporal. Para el *rule of Law*, el derecho se origina a partir de experiencias sociales concretas. Según el *Rechtsstaat*, por el contrario, el derecho tiene la forma de un sistema que a partir de

<sup>3</sup> No sentido do princípio como *dogma constitucional*, Canotilho (1993, p. 260) e José Afonso da Silva (2010, p. 109). Todavia, conforme destacado substancialmente no primeiro capítulo, hoje há uma releitura do referido princípio. José Afonso da Silva (2010, p. 109) informa que, hoje, “o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. (...) tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*”. Mesmo assim, ainda permanece no sistema romano-germânico a aceção de que direito abstrato e geral não deve ser criado judicialmente.

premisas se extraen consecuencias, *ex principio derivationes*. Para el *rule of Law*, el estímulo para el desarrollo del derecho proviene de la constatación de la insuficiencia del derecho existente, es decir, de la prueba de su injusticia en el caso concreto. La concepción del derecho que subyace al *Rechtsstaat* tiene su punto de partida en el ideal de justicia abstracta. La preocupación por la injusticia de concreción y vida al *rule of Law*. La tendencia a la justicia aleja al Estado de derecho de los casos.”

Referindo-se ao ativismo judicial no direito comparado, sob o aspecto processual, o então Ministro do STJ, Evandro Gueiros Leite (2008, p. 3-5), ao analisar as conclusões do IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em 1991 em Portugal, ressaltava que o “ativismo judicial é perfeitamente conciliável com o ativismo das partes e dos advogados conscientes e cooperadores”; e continua: “se o juiz tornou-se autêntico diretor do processo, pode acontecer (1) que a duração da causa seja diminuída e tenha deslinde eficaz; (2) que o juiz possa vir a ser o executivo de que a justiça necessita”.

O representante *grego* do referido congresso destacou o anterior “incremento progressivo dos Poderes Legislativo e Executivo, justificando a necessidade de crescimento do Judiciário para balanceamento do sistema, ou ainda, conforme expressou Goldstein, devido à insatisfação do povo em relação à conduta dos outros ramos do Poder” (LEITE, 2008, p. 5).

Em relação a *Israel, Holanda, Bélgica e Dinamarca* destacou-se, ainda em 1991, o fenômeno da *judicialização* e, em certa medida, do *ativismo judicial* (LEITE, 2008, p. 5-6). O mesmo Ministro ainda ressaltou que Normand, entre outros, fala do “grande impulso mundial em direção a um ativismo judicial sem precedentes. Héctor Fix-Zamudio ensina que existe uma forte tendência, nos ordenamentos processuais do nosso tempo, no sentido da outorga de amplas

condições ao julgador, a fim que exerça uma função ativista” (LEITE, 2008, p. 7).

Assim, quase vinte anos atrás, a discussão mundial acerca do ativismo judicial e sua legitimidade já estava em voga em diversos países. Aliás, no referido congresso, a própria conclusão de seus trabalhos perpassou esse tema.

O fenômeno da judicialização não escapa à mesma conclusão: é um fenômeno mundial (BARROSO, 2010, p. 6). Mais especificamente em relação à *judicialização da política*, Luiz Roberto Barroso (2010, p. 6) destaca que, no mundo contemporâneo, “nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito”; encontrando precedentes desse fenômeno na França<sup>4</sup>, Canadá<sup>5</sup>, Estados Unidos<sup>6</sup>, Israel<sup>7</sup>, Turquia<sup>8</sup>, Hungria<sup>9</sup> e Coreia<sup>10</sup>, entre muitos outros.

No caso francês, deve-se comentar que o sistema constitucional gaulês embute, desde o movimento exegético pós-código Napoleão, em 1804, profunda desconfiança

<sup>4</sup> Na França, foi anulado o imposto do carbono, que incidiria sobre o consumo e a emissão de gases poluentes, com forte reação do governo (DEVEDJIAN, 2010; BARROSO, 2010, p. 7).

<sup>5</sup> Decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Esse exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (2008, p. 124-125, apud BARROSO, 2010, p. 6).

<sup>6</sup> Decisão da Suprema Corte que definiu a eleição de 2000, em *Bush v. Gore*. Esse exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (2008, p. 124-125).

<sup>7</sup> Decisão da Suprema Corte sobre a compatibilidade, com a Constituição e com os atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. Esse exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (2008).

<sup>8</sup> Decisões da Suprema Corte destinadas a preservar o Estado laico contra o avanço do fundamentalismo islâmico. Esse exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (2008).

<sup>9</sup> Decisão da Corte Constitucional sobre a validade de plano econômico de grande repercussão sobre a sociedade. Esse exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (2008).

<sup>10</sup> Decisão da Corte Constitucional restituindo o mandato de presidente destituído por *impeachment*. Esse exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (2008).

com o Judiciário. Isso explica a existência de um modelo de constitucionalidade amarrado em órgãos políticos subsumidos ao Executivo e ao Legislativo – o Conselho Constitucional. O sistema francês tem como premissa o afastamento do Judiciário da possibilidade de revisão dos atos do Executivo e do Legislativo, no controle de constitucionalidade de tais atos (FRANÇA, 2011):

“Le contrôle de constitutionnalité est abstrait, facultatif pour les lois ordinaires ou les engagements internationaux, obligatoire pour les lois organiques et les règlements des assemblées parlementaires. Il s’exerce par voie d’action après le vote par le Parlement mais avant la promulgation de la loi, la ratification ou l’approbation d’un engagement international et l’entrée en vigueur des règlements des assemblées. La saisine facultative peut être faite à l’initiative soit d’une autorité politique (Président de la République, Premier ministre, Président de l’Assemblée nationale ou du Sénat) soit de 60 députés ou 60 sénateurs. Depuis 1999, le Conseil constitutionnel peut également examiner la conformité à la Constitution des lois du pays adoptées par le congrès de la Nouvelle-Calédonie. [...]

Le Conseil constitutionnel est composé de neuf membres. Il se renouvelle par tiers tous les trois ans. Les membres sont désignés respectivement par le Président de la République et le président de chacune des assemblées Du Parlement (Sénat et Assemblée nationale). Les anciens Présidents de la République font, de droit, partie à vie Du Conseil constitutionnel quand ils n’occupent pas de fonction incompatible avec le mandat de membre du Conseil, cas dans lequel ils ne peuvent pas siéger.”

Mesmo no sistema francês, todavia, já se nota o delineamento de instrumentos de

maior participação do Judiciário, inclusive com as reformas constitucionais de 2008. Já se visualiza, por exemplo, a provocação do Conselho Constitucional por órgão do Judiciário e também a possibilidade de um controle posterior, ou repressivo, de constitucionalidade (FRANÇA, 2011):

“Enfin, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a accru les compétences du Conseil constitutionnel sur plusieurs points (articles 11, 16, 39 et 41 de la Constitution). Surtout, elle a mis en place la question prioritaire de constitutionnalité qui va permettre à tout citoyen de saisir par voie d’exception le Conseil constitutionnel (article 61-1).”

Passados esses delineamentos iniciais, cumpre estudar mais a fundo como ocorre a realização de direitos constitucionais e o ativismo judicial pelas Cortes Constitucionais alienígenas no contexto atual de judicialização.

### 3. As experiências europeias continentais

Vanice do Valle e outros (2009, p. 29) asseveram que na Europa há pontos de aproximação no que toca a um modelo comum de constitucionalismo e um panorama institucional similar que “determinam manifestações semelhantes de ativismo”. São três as experiências tomadas como ilustração: Alemanha, Itália e Espanha.

#### 3.1. Alemanha

A *Alemanha*, conforme já algumas vezes destacado, é o país central de um movimento constitucional iniciado no momento pós-guerra – Segunda Guerra Mundial – e o primeiro a criar um Tribunal Constitucional (1951) nesse período. Esse Tribunal foi o precursor da análise da Constituição como ordem objetiva de valores ou ordem vinculante de valores, instrumental à garantia dos direitos fundamentais (CRUZ, 2006, p. 5-6), tendo desenvolvido uma aprofundada

teoria de direitos fundamentais. A tradição germânica repousa na premissa de um sistema normativo racional, que foi temperado com essa concepção da Constituição como sistema de valores.

Temperamentos que fizeram com que a posição da Corte se transladasse para os órgãos de direção superior do Estado, que são os responsáveis pela unidade política e pela formação e condução da vontade política, alterando com isso a equação de poder (HESSE, 1998, p. 487). Situação que é corroborada com a defesa de uma interpretação criativa<sup>11</sup> da Constituição pelo próprio Tribunal, pois, como a Lei Fundamental não pretende ser “nenhuma ordem neutra de valores” (BVerfGE 7, 198 (205) in CRUZ, 2006, p. 7, tradução nossa), a identificação dos valores constitucionais insculpidos em seus princípios é tarefa sua.

Contudo, o Tribunal utilizou estratégias para suavizar o impacto político das decisões que pudessem gerar desconforto em relação ao legislador, as quais foram sintetizadas por Donald Kommers (apud VALLE, 2009, p. 28).

“São provimentos de cunho admonitório, em que o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais) de sua própria atuação para corrigi-las diretamente pelo exercício da função legislativa; ou aqueles em que a Corte sustenta a ainda constitucionalidade da norma, mas adverte o legislador de que esse mesmo texto normativo virá a ser revogado, salvo atuação legislativa retificadora. Ambas são, sem dúvida, estratégias destinadas à construção de um diálogo institucional que permite evoluir a teoria constitucional, sem ignorar o sempre tormentoso problema da harmonia entre poderes.”

<sup>11</sup> Criativa aqui no sentido de que o intérprete, ao aplicar a norma, cria direito novo, nos termos descritos no item 3.1, não no sentido de ativismo.

Essas estratégias criativas, que recentemente foram incorporadas ao sistema brasileiro, demonstram um “diálogo institucional” que permite a evolução constitucional, “sem ignorar o sempre tormentoso problema da harmonia entre poderes” (VALLE, 2009, p. 28). Cumpre ressaltar, contudo, que a primeira solução não conseguiu apresentar qualquer resultado prático, pois as advertências aos legisladores para que suprissem omissão legislativa proferidas em ações de inconstitucionalidade omissiva ou em mandados de injunção não eram cumpridas<sup>12</sup>. É também por esse motivo que o Supremo Tribunal Federal tem adotado novas soluções para a correção de omissões legislativas, conforme será analisado mais a frente.

Kommers (apud VALLE, 2009, p. 28) ainda observa que a Corte Constitucional alemã tem se valido de “estratégias meta-jurídicas, como a transformação do tempo em seu aliado, postergando decisões nas disputas entre os principais órgãos constitucionais ou ainda aquelas, fruto de reações das minorias, até que a pressão política se reduza, resultando em perda do objeto da demanda”. Com isso, é possível se verificar na Alemanha uma *sutil conciliação* entre o ativismo e a concretização dos direitos fun-

<sup>12</sup> A solução adotada em uma série de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas em 2007 foi de declarar a inconstitucionalidade das normas que criaram municípios mesmo diante da inexistência da lei complementar federal que regulamentaria tal criação nos moldes exigidos pelo art. 18, § 4º da Constituição Federal, sem a pronúncia de sua nulidade por prazo determinado. A ADI 3689, julgada em 10.05.2007, é exemplo dessas ações. Em pronunciamento anterior sobre esse julgado, houve destaque a essa nova técnica de controle de constitucionalidade, informando que o Supremo Tribunal “declarou a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade da Lei que criou Município e manteve sua vigência pelo prazo de 24 meses até que o legislador estadual estabeleça novo regramento” (FERNANDES; CAVALCANTI, 2009, p. 142). Essa solução resultou na promulgação logo em seguida de emenda constitucional referendando a criação dos municípios até então criados. Não houve exatamente o suprimento da omissão, mas foi o primeiro caso em que rapidamente os parlamentares se mobilizaram para corrigir uma inconstitucionalidade.

damentais. Mesmo assim, também nesse país o ponto comum está longe de ser um consenso doutrinário, consoante assevera Luis M. Cruz (2006, p. 10-18; 52-62).

No que se refere ao ativismo relativo aos direitos prestacionais, Andreas Krell (2002, p. 14) informa que os alemães “não aceitam (com algumas exceções) a criação de direitos sociais subjetivos a partir de direitos sociais constitucionais”; sem antes frisar que isso não significa que essa seja uma solução adequada para o Brasil. Logo, a postura da Corte Constitucional, em face da omissão estatal na realização de políticas públicas, é mais contida.

Outro ponto a observar é que a investida dos juízes do tribunal alemão já reflete um concerto de órgãos políticos e atribuiu o grau de legitimidade aos julgadores. Ainda sejam investidos em razão de órgãos políticos, são julgadores com prerrogativas típicas de juízes (embora não seja o tribunal um órgão do Judiciário) (ALEMANHA, 2011): “The Federal Constitutional Court consists of sixteen judges. They are elected by the two Federal legislative bodies (Bundestag and Bundesrat). Half of the judges are elected by the Bundestag and half by the Bundesrat, each by a two-thirds majority. Their term of office is twelve years. Re-election is not allowed. The Court decides through a Senate or a Chamber.”

Essa composição permite explicar parcialmente a razão das decisões avançarem por campos que despertam uma inicial contemplação como pertencentes a outros órgãos, não do judiciário, mas campos de assuntos que são por ele assumidos.

### 3.2. Itália

A Itália, juntamente com a Alemanha, foi precursora do novo constitucionalismo pós-guerra, tendo promulgado sua Constituição em 1947 e criado seu Tribunal Constitucional em 1956. O embate entre o Tribunal Constitucional recém-criado e a Corte de Cassação, em face da perda de

competência deste para aquele, noticiado por Guarnieri (apud Valle, 2009, p. 29), além da quantidade de leis incompatíveis com a Constituição que o Parlamento se omitia em consertar determinaram uma postura ativista por parte da Corte.

Todavia, como no sistema alemão, essa expansão ocorreu sempre evitando sua contraposição aos órgãos políticos, valendo-se de “estratégias institucionais” como a consagração de sentenças interpretativas e aditivas, além da modulação de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade e das sentenças de dupla pronúncia (*doppia pronunzia*) (VALLE, 2009).

A interpretação conforme das leis, destacada por Riccardo Guastini (2009, p. 63) como de grande importância no ordenamento italiano, é um bom exemplo dessas estratégias. A interpretação conforme resulta em duas espécies de decisão: *as interpretativas*, que visam à conservação da lei no ordenamento, nomeada pela Corte como “princípio da conservação de atos normativos” (Corte Constitucional 152/1982, 292/1984 in GUASTINI, 2009, p. 64, tradução nossa), e, também, as *manipuladoras* ou *normativas*, identificadas como aquelas em que o Tribunal não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas, mas “– comportando-se como um legislador – modifica diretamente o ordenamento com o objetivo de harmonizá-lo à Constituição” (GUASTINI, 2009, p. 65, tradução nossa). Estas, portanto, são puros exemplos de ativismo judicial. Mas, na concepção acima destacada de Guarnieri, elas também fariam parte das estratégias de não contraposição aos órgãos legitimados.

As sentenças normativas se manifestam como *sentenças aditivas* – que são as que estendem a um grupo de pessoas, sob o argumento de igualdade, um benefício deferido na lei somente a outro grupo<sup>13</sup> –

<sup>13</sup> Solução essa que não é admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual exige *lei específica* para a extensão de um benefício sob o argumento da igualdade. Nesse sentido, súmula 339

ou como *sentenças substitutivas* – em que a Corte declara a inconstitucionalidade de uma dada disposição e em seu lugar introduz um novo entendimento (norma nova) (GUASTINI, 2009, p. 65-66). Dessa forma, o Tribunal Constitucional adota um perfil que, excepcionalmente, permite o ativismo judicial. O que, na visão de Guarnieri, não choca, mas se compatibiliza com a atuação política dos Poderes Executivo e Legislativo.

Além disso, Riccardo Guastini ainda lembra que os juízes “comuns” também verificam a compatibilidade da norma à Constituição quando 1) funcionam como um “filtro” das controvérsias que devem subir à Corte<sup>14</sup> (2009, p. 58-59); 2) quando aplicam a interpretação conforme (2009, p. 67); e 3) demonstram o poder de aplicar diretamente a Constituição aos casos concretos, nesse sentido (Corte Constitucional 88/1979, 129/1963 in GUASTINI, 2009, p. 64-65).

Não obstante, Vanice do Valle e outros (2009, p. 30) observam que a experiência italiana desenvolveu “a doutrina do direito vigente”, que mitiga os riscos da excessiva concentração de poderes na Corte Constitucional com a *cooperação* de todo o Poder Judiciário para a definição da competência dessa Corte, pois são os juízes que determinam o que deve ser julgado por ela – conforme já explicado por Guastini. Assim, o direito vigente delimita o ativismo judicial na medida em que estabelece as fronteiras e o objeto da própria atuação do Tribunal Constitucional.

do STF (não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia), cuja compatibilidade com a Constituição vigente foi confirmada pelo RE 173252; o mesmo se aplica aos benefícios previdenciários, cuja necessidade de lei específica para sua extensão aos cidadãos não expressamente contidos na lei é frisada, conforme RE 204.193; AI 538673 AgR; RE 406710 ED; RE 354368; RE 247080; RE 204735; RE 205896; RE 205787 AgR, entre outros.

<sup>14</sup> Semelhante ao juízo prévio de admissibilidade do recurso extraordinário exercido pelos Presidentes dos TJs no Brasil. Mas lá, são os juízes da causa que o fazem.

As sentenças aditivas, na concepção apresentada acima, indicam o enriquecimento do tecido dos direitos sociais, pois permite a aplicação extensiva do princípio da igualdade. Situação que decorre das próprias condições político-institucionais italianas, que favorecem as ideias de igualdade material (CHELI et al. apud VALLE, 2009, p. 30).

### 3.3. Espanha

Com relação à *Espanha*, há que se ressaltar que a Constituição de 1978 ora vigente é resultado de um consenso político que demorou a se perpetrar. No primeiro terço do século XX, viveu em instabilidade política, depois passou por guerra civil e pelo totalitarismo facista. Com a morte de Franco em 1975, ocorre a transição para a democracia e a promulgação da citada Carta. É, pois, uma jovem democracia, como o Brasil. Diante desse cenário, García de Enterría (2001, p. 207) explica que o Tribunal Constitucional, criado com a Constituição em 1978, absorve um elemento garantidor do *consenso político* inicial que culminou no novel instrumento constitucional<sup>15</sup>.

Da mesma forma que no caminho italiano, a inércia parlamentar dá lugar ao maior ativismo por parte da Corte Constitucional. Perfecto Andrés Ibanez (apud VALLE, 2009, p. 31) identifica como causa para essa postura “a emergência de condutas delitivas nos demais âmbitos institucionais [Legislativo e Executivo], das quais se pode concluir o estrondoso fracasso dos mecanismos preventivos dos desvios ou patologias de funcionamento das estruturas formais de poder”.

Na linha italiana e alemã, também há o desenvolvimento de técnicas de controle que se distanciam da simples declaração de inconstitucionalidade. Mas é no espaço da baixa densidade normativa que a interpre-

tação do Tribunal dá espaço às sentenças interpretativas e aditivas (VALLE, 2009, p. 31). O Tribunal Constitucional, portanto, apresenta um “protagonismo da jurisdição constitucional na vida política” (VALLE, 2009).

Vanice do Valle e outros (2009, p. 32) ainda apresentam duas situações sobre o caso espanhol; a primeira é o estado de tensão gerado pelo ativismo do Tribunal; a segunda é a consequência limitadora desse estado de tensão, pois os órgãos políticos, a opinião pública e o povo, diante da tensão provocada, terminam por limitar sua atuação ativista<sup>16</sup>.

### Conclusão

Mauro Cappelletti (1999, p. 110-130) conclui que a inevitável criatividade dos juízes – para ele, não só inevitável mas necessária – aplica-se tanto à família da *common law* quanto à família da *civil law*. O presente estudo se deteve aos aspectos da *civil law* especificamente adstrita à Europa continental, por isso suas conclusões se restringirão à essa localidade.

Por meio da visualização da realização de direitos e do ativismo judicial, foi possível concluir também que não é possível dizer antecipadamente qual das posturas (ativista ou não ativista) mostrou-se melhor ou pior para as sociedades estudadas<sup>17</sup>.

Merecem destaque as estratégias de conciliação dos órgãos políticos tradicionais com o Tribunal Constitucional estabelecidas na Alemanha, Itália e Espanha, uma vez que demonstraram ser formas em que o Judiciário não se omite na realização de direitos fundamentais nem tampouco profere sentenças aditivas sem que, antes, tenha sido permitido aos órgãos políticos a solução da problemática.

<sup>15</sup> No mesmo sentido, Perfecto Andrés Ibanez (apud VALLE, 2009, p. 31) consigna sua importância como vetor de equilíbrio na equação das forças políticas.

<sup>16</sup> Esse argumento busca esteio em Eduardo García de Enterría (2001, p. 184).

<sup>17</sup> Cass Sunstein (2005, p. 43) também chega à mesma conclusão em um de seus estudos.

A crise parlamentar espanhola e algumas omissões legislativas italianas, diante da proximidade desse ponto com o Brasil, ambas identificadas como fator impulsor para o ativismo judicial, também deve ser levada em conta para a análise da situação brasileira. Posturas ecléticas entre o ativismo e o não ativismo, como essas, em que o Judiciário passa a utilizar o tempo a favor de uma conciliação (Europa), mostram-se compatíveis com os princípios democráticos sem coadunar com omissões relevantes dos demais Poderes, com a realização efetiva de direitos constitucionais.

A análise dos precedentes do direito alienígena serve como exemplo para o Supremo Tribunal Federal e demais órgãos judiciais utilizarem com parcimônia a atuação proativa, sem, contudo, esquivar-se de seu mister constitucional de proteção dos direitos constitucionais sempre que a situação de crise assim exigir. É, pois, um bom exemplo para o Brasil. Em suma: a melhor atuação parece estar na realização dos direitos constitucionais, notadamente os fundamentais, mesmo que seja necessária uma postura ativista, que de início não é recomendável, mas que, por exceção, torna-se absolutamente indispensável.

Assim, tem-se que a atuação judicial é funcional, acomodada ao sistema normativo das Constituições modernas, mesmo nas hipóteses de elastecimento do círculo original funcional. Mais ainda, essa funcionalidade pode ser explicada por necessidades de eficacização das disposições constitucionais, em momentos de inércia de outros órgãos ou de quebra funcional por parte desses outros órgãos.

### Referências

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. *The Federal Constitutional Court* : organization. Berlim: BverfG, c2011. Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization/organization.html>>. Acesso em: 30 jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial*: direito e política no Brasil contemporâneo. Brasília; Rio de Janeiro: Luís Roberto Barroso & Associados, 2010. Disponível em: <[http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial\\_11032010.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf)>. Acesso em: 30 maio 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CAPPELETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 2. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DEVEDJIAN, Patrick. Je souhaite que le Conseil constitutionnel soit à l'abri des soupçons. *Le Monde*, Paris, 12 jan. 2010. Disponível em: <[http://www.lemonde.fr/politique/article/2010/01/12/m-devedjian-je-souhaite-que-le-conseil-constitutionnel-soit-a-l-abri-des-soupcons\\_1290457\\_823448.html](http://www.lemonde.fr/politique/article/2010/01/12/m-devedjian-je-souhaite-que-le-conseil-constitutionnel-soit-a-l-abri-des-soupcons_1290457_823448.html)>.

FERNANES, RicardoVieira de Carvalho; CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. *Jurisprudência do STF*: anotada e comentada. São Paulo: Método, 2009.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. *Présentation générale*. Paris : Conseil Constitutionnel, 2011. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2001.

GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 49-74.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 119-141.

- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.
- LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo Judicial. *BDJur*, Brasília, 5 maio 2008. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/Ativismo\\_Judicial.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/Ativismo_Judicial.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 30 abr. 2010.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RE, Edward D. Stare Decisis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 281-287, abr./jun. 1994.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 4, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a5.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Court are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.
- VALLE, Vanice Regina Lirio (Org.). *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.
- \_\_\_\_\_. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- \_\_\_\_\_. *O perfil do magistrado brasileiro*. Rio de Janeiro: AMB: IUPERJ, 1995.
- ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2005.



# Apuração do texto original da Lei Geral de Orçamento (Lei nº 4.320/1964) a partir das Bases de Legislação Federal

Estudo de Caso

João Alberto de Oliveira Lima

## Sumário

1. Considerações iniciais. 2. A precisão como atributo de qualidade da informação. 3. Apuração do texto da Lei Geral de Orçamento. 4. Metodologia do estudo de caso. 5. Considerações finais e recomendações

### *1. Considerações iniciais*

Este estudo de caso foi concebido a partir de pedido de informação realizado pelo Ministério Público Federal (MPF) que questionou o Senado Federal “sobre quais mecanismos e providências podem ser adotadas para minimizar a incidência de erros na divulgação de textos legislativos, por meios eletrônicos”. Essa consulta foi motivada pela questão de ordem da decisão judicial proferida pelo Exmo. Juiz Federal Leandro Paulsen na qual constatou que as partes (Empresa Privada e União) trabalhavam com uma redação equivocada do § 4º do art. 1º do Decreto nº 64.833/1969 que estava disponível na internet, inclusive em sítios de órgãos oficiais. Segundo a decisão, exarada na Ação Ordinária nº 87.00.01353-6/RS em 18 de dezembro de 2009, o entendimento equivocado poderia ter “implicado prejuízos vultosos à União”. No intuito de detalhar as nuances do problema, realizamos um estudo de caso com o objetivo de apurar o texto original da Lei Geral de Orçamento (Lei nº 4.320/1964) a partir dos textos disponíveis nas bases de legislação federal.

João Alberto de Oliveira Lima é Analista de Informática Legislativa do Senado Federal, mestre em Ciência da Computação e doutor em Ciência da Informação.

O “Diário Oficial da União” (DOU), periódico editado pela Imprensa Nacional, é a publicação oficial de atos resultantes do processo legislativo previsto na Constituição Federal. Imprecisões na publicação de atos no DOU são corrigidas por retificações ou republicações. Os textos publicados nas bases de dados de legislação na internet no Brasil, mesmo que armazenadas em sítios oficiais das instituições do Estado, não possuem nenhum caráter oficial. Essa ressalva é apresentada pelas bases de dados como alertas. Por exemplo, na base de legislação da Presidência da República, consta o seguinte alerta, em letras vermelhas: “Este texto não substitui o publicado no DOU de dd.mm.aaaa”.

Mesmo não tendo valor oficial, é importante ressaltar que as bases de textos legislativos desempenham um importante papel de auxílio na compreensão do nosso ordenamento jurídico. Edilenice Passos (2009), no trabalho intitulado “Requisitos recomendáveis para as bases de dados de legislação estadual e distrital”, descreve o cenário de acesso à legislação como sendo suportado pelo tripé: (a) obrigação de publicação das normas jurídicas; (b) obrigação de se conhecer a legislação brasileira, que, embora não possa significar um dever de conhecimento efetivo do conjunto da legislação brasileira, certamente resulta no dever estatal em disponibilizá-la para acesso amplo e facilitado; (c) volume de normas jurídicas editadas diariamente.

“A obrigação de publicação das normas jurídicas está determinada no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil que postula: ‘Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada’. (...)

A obrigação de conhecer a legislação brasileira está descrita em duas normas: no art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, que claramente dispõe que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando não a conhecer; e no art.

21 do Código Penal, que contém disposição similar: ‘O desconhecimento da lei é inescusável’.

Entretanto, o volume de informações jurídicas normativas pode dificultar a sustentação do segundo lado do tripé, pois, tanto o excesso quanto a falta de informações, pode causar a desinformação e, no caso de acesso à informação jurídica, impedir o exercício da cidadania. (...)

Se de um lado, o Estado sempre cumpriu bem seu papel publicando religiosamente toda a legislação, por outro, nem sempre o Estado consegue completar o processo de comunicação. Isto ocorre porque a mensagem geralmente não é reconhecida pelo receptor, o cidadão brasileiro, que, em teoria, deveria ler diariamente o Diário Oficial da União, Diário Oficial do seu Estado (DOE) e o Diário Oficial do município onde reside. Além disso, precisa decifrar a mensagem, entendendo seu conteúdo e significado.

Até pouco tempo, a única forma de acesso ao texto das normas jurídicas se restringia ao texto impresso de diários oficiais. Mais recentemente, com a popularização dos computadores e o advento da Internet, o Estado passou a ter uma atitude pró-ativa, proporcionando alternativas ao acesso à informação jurídica com a criação de bases de dados que reúnem e tornam disponível a legislação brasileira. Trata-se de um serviço prestado pelo Estado para o exercício da cidadania” (PASSOS, 2009, grifo nosso).

Com essas considerações, podemos afirmar que a Subsecretaria de Informações do Senado Federal, o Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados e a Subchefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República, gestores de bases de informações de legislação federal disponíveis na internet, contribuem de forma

decisiva com o cumprimento do preceito constitucional que define o cidadão como titular do direito de acesso à informação (CF, art. 5º, XIV).

O resto do artigo está organizado em mais quatro seções: inicialmente, apresentaremos o processo histórico de formação das principais bases de legislação federal e identificaremos a principal causa dos problemas de precisão; na sequência, como forma de detalhar as nuances do problema, mostraremos os resultados do estudo de caso da apuração do texto original da Lei de Orçamentos, bem como a metodologia utilizada; por fim, serão apresentadas as considerações finais e sugeridas recomendações para minimizar a incidência de erros em bases de dados de legislação.

## 2. A precisão como atributo de qualidade da informação

Segundo Knight e Burn (2005), a “precisão” é o principal atributo de qualidade da informação. No estudo *“Developing a Framework for Assessing Information Quality on the World Wide Web”*, as autoras definem “precisão” como uma medida na qual se verifica se os dados estão corretos, confiáveis e asseguradamente livres de erros. O indicador de “precisão” qualifica a informação como “precisa” ou “imprecisa”, não existindo um meio termo.

A situação da precisão das bases de legislação informatizadas é derivada de um processo histórico que se iniciou na década de 1970 com a instalação do Centro de Informática e Processamento de Dados do Senado Federal – PRODASEN. Já nessa época, o sistema de informação NJUR (Normas Jurídicas) realizava o registro das normas jurídicas, dos assuntos e relacionamentos (vides), no intuito de representar a intrincada rede de conexões derivada da constante mutação do ordenamento jurídico.

No início da década de 1990, com o advento da microinformática, o PRODASEN realizou um trabalho de transcrição do

texto de normas jurídicas do Diário Oficial da União para o formato digital e lançou quatro edições do CD-ROM com a íntegra da Legislação Brasileira desde o império.

Em meados da década de 1990, diversas instituições criaram suas próprias bases de textos de legislação e as disponibilizaram na internet. Nesse processo, textos que haviam sido digitalizados pelo PRODASEN foram replicados em outras bases. Daí a explicação da ocorrência de um mesmo erro em diversas bases de legislação.

Apesar dos esforços envidados pelas instituições para uma revisão contínua nas bases de informação, a ocorrência de erros em textos de bases de legislação é mais comum do que se imagina, principalmente quando consideramos os textos anteriores ao ano de 2000 que foram transcritos por processo de digitação ou reconhecimento ótico de caracteres (OCR – *Optical Character Recognition*).

Faz-se necessário destacar que os erros se multiplicam pelo processo da cópia, mas, infelizmente, a sua identificação e correção, não. As eventuais correções, normalmente, são realizadas apenas na base de legislação da instituição que identificou o erro. Inexiste uma cooperação sistemática para a melhoria conjunta dos textos das bases de legislação federal.

A transcrição por digitação está no núcleo do problema da precisão dos textos legislativos. Todos estamos sujeitos aos erros de transcrição. Por exemplo, o texto da decisão do Exmo. Juiz Federal Leandro Paulsen apresenta o nome do sítio de legislação da Presidência da República transcrito – *data venia* – com quatro erros. Digitou-se:

[www.presidencia.gob.br/legislacao](http://www.presidencia.gob.br/legislacao)  
quando o correto seria:

[www.presidencia.gov.br/legislacao](http://www.presidencia.gov.br/legislacao)

Nos dias atuais, a incidência de erros em textos de novas normas é menor pois não ocorre o processo de transcrição por digitação ou por reconhecimento ótico de caracteres. Na transcrição por digitação, o

operador realiza a leitura em um suporte, interpreta os símbolos e os recodifica por meio da digitação. No caso do uso da técnica de OCR, a imagem digitalizada de um texto é interpretada por um *software* que gera uma sequência de caracteres. Ambos os métodos podem gerar erros ocasionados por diversos motivos.

### 3. Apuração do texto da Lei Geral de Orçamento

Com o auxílio de técnicas da Filologia e de ferramentas desenvolvidas no âmbito do Projeto LexML ([www.lexml.gov.br](http://www.lexml.gov.br)), comparamos os textos da Lei nº 4.320/1964 disponíveis nas três principais bases de legislação federal (em ordem alfabética: Câmara dos Deputados, Presidência da República e Senado Federal) com o texto da publicação do Diário Oficial da União. Os textos foram obtidos por consulta na Internet realizada em 1º de abril de 2011. Para a nossa surpresa, identificamos 52 dispositivos com imprecisões dos mais diversos tipos. Constatamos que nenhuma das base de legislação federal possuía o texto idêntico ao da publicação oficial da Lei nº 4.320/1964. Ao ler este artigo, provavelmente, os erros aqui relatados já estarão corrigidos nas bases de legislação federal<sup>1</sup>.

A Lei nº 4.320/1964 está vigente e “Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal”. A publicação oficial dessa norma foi veiculada pelo Diário Oficial da União na edição de 23 de março de 1964 e seu texto foi objeto de retificação no dia 9 de abril de 1964. O texto da promulgação de veto, publicado no dia 5 de maio de 1964, foi também objeto de retificação, que foi publicada no dia 3

<sup>1</sup> Para obter versões anteriores de uma página na *World Wide Web*, pode-se utilizar, no sítio <http://www.archive.org>, a funcionalidade “*WayBack Machine*”, sendo necessário apenas informar o endereço da página desejada.

de junho de 1964. A primeira retificação da norma foi pontual e modificou palavras da ementa, do preâmbulo e do *caput* do art. 14. A retificação do veto promulgado substituiu uma palavra do § 3º do art. 43.

A Tabela 1 apresenta um resumo dos erros encontrados no estudo de caso por base de dados de origem. Não identificaremos as bases enumeradas na tabela pois o objetivo do estudo não é mostrar qual base contém mais ou menos erros e, sim, mostrar que o problema ocorre em todas as bases e quais ações podem ser realizadas para atenuar ou, até mesmo, resolver o problema.

Os erros foram classificados nas seguintes categorias: Acentuação – ausência ou presença de acentos; Pontuação – ausência ou presença de sinais de pontuação; Capitulação – troca de maiúscula por minúscula ou vice-versa; Troca de Palavras – quando uma palavra é trocada por outra com diferente lema; Outros Erros – agrupa os demais casos, tais como mudança de gênero (masculino/feminino) ou número (singular/plural) das palavras.

Tabela 1 – Resumo dos Erros por Tipo e Base de Legislação (Lei 4.320/1964)

Tipo de Erro	Base 1	Base 2	Base 3
Acentuação	6	6	8
Pontuação	7	16	17
Capitulação	3	4	4
Troca de Palavra	8	14	12
Outros Erros	11	16	15
Total	35	56	56

A Tabela 2 apresenta alguns casos de imprecisão no texto da lei do estudo de caso, em que se observou a substituição de uma palavra por outra com sentido diverso da palavra do texto original.

Não é exagero afirmar que, em plena época de transição do suporte papel para o digital, vivemos uma situação parecida com a da Idade Média, quando os textos de manuscritos produzidos por copistas possuíam erros gerados pelo processo de

Tabela 2. Quadro resumo de troca de palavras na Lei nº 4.320/1964 (grifo nosso)

Dispositivo	Imagem DOU	Substituição de	Por	B1	B2	B3
art. 12, § 2º	manutenção	manutenção	manifestação	✓	!	!
art. 12, § 6º	lei especial anterior.	especial	especialmente	!	!	!
art. 36, § único	correm a conta de	correm	sorvem	✓	!	!
art. 49, caput	para efeito do	efeito	feito	!	!	!
art. 54, caput	da obrigação de	obrigação	observação	!	!	!
art. 61, caput	a especificação, e a	especificação	representação	✓	!	!
art. 72, caput	vinculadas a fundos	fundos	turnos	✓	!	!
art. 105, § 5º	nos paragrafos, anteriores e que, mediata ou indiretamente, possam vir a afetar o patrimônio.	mediata	imediate	✓	!	!
art. 107, caput	parafiscais da União	parafiscais	para fiscais	✓	✓	!

Legenda: ✓ Correto    ! Errado

transcrição, gerando múltiplas versões incompatíveis entre si. Dom Paulo Evaristo Arns (2007, p. 59), na obra “A Técnica do Livro segundo São Jerônimo”, nos relata que:

“Os erros dos copistas eram tão frequentes que se receava sua presença em toda parte. (...) Uma cultura superficial está na origem de muitas correções. Quando o copista não entende, acrescenta, muda, para que a narrativa fique clara, isto é, errada.”

Para nosso espanto, essa “correção” por parte do “copista” também foi constatada na transcrição do § 3º do art. 105 da Lei nº

4.320/1964 para o meio digital. Pela análise de imagem do exemplar do Diário Oficial da União (Fig. 1) é possível perceber que o texto do § 3º está truncado na transição entre a segunda e a terceira linha.

O truncamento no texto deve ter motivado o copista a intervir. A Tabela 3 apresenta o resultado da comparação automática do texto do DOU com os textos das bases de legislação federal. As diferenças entre a versão oficial e as demais são destacadas utilizando-se itálico no texto acrescentado e tachado no texto removido. A análise é feita palavra a palavra. Numa eventual troca de

Figura 1. §§ 3º e 4º do art. 105 da Lei nº 4.320/1964 no DOU de 23/03/1964

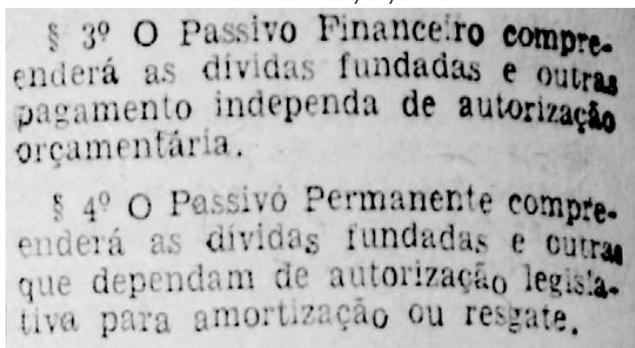


Tabela 3. Comparativo das versões do § 3º do art. 105 da Lei nº 4.320/1964

Art. 105, § 3º		DOU	O Passivo Financeiro compreenderá as dívidas fundadas e outras pagamento independa de autorização orçamentária.
		B1	O Passivo Financeiro compreenderá as dívidas fundadas e outras cujo pagamento independa de autorização orçamentária.
		B2	O Passivo Financeiro compreenderá as dívidas fundadas e outras, cujo pagamento independa de autorização orçamentária.
		B3	O Passivo Financeiro compreenderá as dívidas fundadas e outrosoutras pagamento independa de autorização orçamentária.

palavra, a palavra inserida é apresentada em itálico seguida da palavra removida apresentada em tachado.

Pela análise da Tabela 3, percebemos que o texto do § 3º do art. 105 possui três versões e que, por motivos diferentes, nenhuma delas coincide com a oficial. No texto da Base 1, notamos a ocorrência da palavra “cujo” incluída pelo copista; na versão do Base 2, a palavra “cujo” também ocorre, sendo precedida de uma vírgula. E, na versão da Base 3, não ocorre a palavra “cujo”, mas a palavra “outras” que consta do original foi substituída pela palavra “outros”.

Na busca de uma explicação para o texto truncado, seguimos a sugestão de Jerônimo a Rufino, relatada por Arns (2007, p. 178) da seguinte forma:

“Jerônimo indica a Rufino o meio de verificar sua afirmação sobre a autenticidade de uma carta: por que não recorrer aos arquivos e pedir o original, por que não ir à casa do remetente?”.

Recorremos à Secretaria de Arquivo do Senado Federal e obtivemos o texto do au-

tógrafo do Senado Federal do Projeto de Lei da Câmara nº 38 de 1952, matéria origem da Lei nº 4.320/1964. A intenção do legislador tornou-se clara, como podemos observar na Fig. 2. Em algum momento do processo legislativo, ocorreu a troca da expressão “os compromissos exigíveis cujo” pela expressão “as dívidas fundadas e outras”.

Para ter segurança de que o texto do § 3º do art. 105 do autógrafo retornado à Câmara dos Deputados não foi modificado, recorremos ao Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados e verificamos que o Substitutivo do Senado Federal foi aprovado com exceção do art. 22 (Emenda nº 22). A proposição que possuía 116 artigos no texto do substitutivo do SF passou a ser articulada em 115 artigos na versão final enviada à sanção presidencial. O art. 105 não foi objeto de alteração na última etapa do processo legislativo. No entanto, ao verificarmos o autógrafo enviado à sanção presidencial, percebemos que a adulteração do § 3º do art. 105 já estava presente (Fig. 3). Comparando as Figuras 1 e 3, percebemos que a publicação do Diário Oficial da União

Figura 2. Trecho do Autógrafo do PLC 38/1952

§ 3º - O Passivo Financeiro compreenderá os compromissos exigíveis cujo pagamento independa de autorização orçamentária.

§ 4º - O Passivo Permanente compreenderá as dívidas fundadas e outras, que dependam de autorização legislativa para amortização ou resgate.

Figura 3. Trecho do autógrafo da Câmara dos Deputados com a adulteração (grifo nosso)

**§ 3º O Passivo Financeiro compreenderá as dívidas fundadas e outras pagamento independa de autorização orçamentária.**

**§ 4º O Passivo Permanente compreenderá as dívidas fundadas e outras que dependam de autorização legislativa para amortização ou resgate.**

foi fiel ao texto do autógrafo. Podemos notar ainda que a segunda linha dos §§ 3º e 4º possui a mesma sequência de caracteres.

Então, a adulteração do texto publicado no DOU foi gerada de forma acidental por falha humana no momento do autógrafo. Arns (2007, p.172) relata a preocupação de Jerônimo no problema da adulteração dos escritos e divide a responsabilidade pela adulteração entre autores e copistas:

“Jerônimo, o tradutor da Bíblia, se vê forçado a cuidar da questão, e tenta descobrir suas causas.

*Adulteração acidental*

O longo encadeamento de cópias com os erros sucessivos devido aos escribas está na base da adulteração. Como o *exemplar* nem sempre é corrigido, os copistas só podem agravar ainda mais os erros”.

Enquanto na Idade Média os erros se propagavam de forma lenta, devido aos custos da realização das cópias, com a invenção da imprensa, um erro passou a ser multiplicado pela quantidade de exemplares de uma tiragem de uma edição. Na era da internet, como os custos de cópia e publicação foram reduzidos de forma drástica, os erros fluem na velocidade de um clique de *mouse*.

A Tabela 4 apresenta a quantidade de ocorrências das versões do § 3º do art. 105 da Lei nº 4.320/1964 que foram verificadas no dia 11 de abril de 2011 nos sítios da internet e também em sítios do governo na internet. Para realizar a contagem da disseminação das versões, utilizamos o principal buscador genérico disponível: o Google ([www.google.com](http://www.google.com)). Como o Google não considera a pontuação na indexação

Tabela 4. Disseminação das versões do § 3º do art. 105 da Lei nº 4.320/1964

Versões do § 3º do art. 105 da Lei nº 4 320/1964	Quantidade de ocorrências	
	Todos os sítios	Sítios gov.br
O Passivo Financeiro compreenderá as dívidas fundadas e outras pagamento independa de autorização orçamentária. (DOU)	73	56
O Passivo Financeiro compreenderá as dívidas fundadas e outras cujo pagamento independa de autorização orçamentária. (Base 1 e Base 2)	274	54
O Passivo Financeiro compreenderá as dívidas fundadas e outros pagamento independa de autorização orçamentária. (Base 3)	374	36
O Passivo Financeiro compreenderá os compromissos exigíveis cujo pagamento independa de autorização orçamentária. (versão do autógrafo)	95	5

dos documentos, as versões das Bases 1 e 2 foram quantificadas conjuntamente.

Interessante notar que a “versão do autógrafo” possui disseminação na internet maior que a “versão do DOU”. No entanto, em sítios governamentais, a versão do autógrafo é pouco difundida. Uma pesquisa adicional revelou que a “versão do autógrafo” foi disseminada pela doutrina, conforme explicação de nota no texto da Lei nº 4320/1964 disponível no Portal da Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão no endereço [https://www.portalsof.planejamento.gov.br/bib/legislacao/Lei\\_4320.pdf](https://www.portalsof.planejamento.gov.br/bib/legislacao/Lei_4320.pdf), nos termos a seguir:

“O trexo [sic] original ‘... as dívidas fundadas e outras, ...’ tem sido substituído por ‘...os compromissos exigíveis, cujo...’ em diversas publicações de grande credibilidade como a ‘Revista das Finanças Públicas, Edição Suplementar, de Outubro de 1967’, a constante da terceira edição do texto atualizado até janeiro/1995 da Lei nº 4.320/64, supervisionado pela ABOP/RS e ‘A Lei 4.320 Comentada’, de J. Teixeira Mqchado [sic] Jr. E Heraldo da Costa Reis” (BRASIL, [2011]).

O caso citado não foi o único de intervenção do copista quando em dificuldades na transcrição do texto truncado ou faltando letras no DOU. Identificamos ainda dois outros casos de erro no texto publicado no DOU nessa mesma lei. O texto de norma jurídica publicado com erros no DOU, de acordo com conceitos da Filologia, é considerado um texto autêntico, mas não genuíno, pois não respeitou o desejo do autor. A retificação corrige a deficiência e torna o texto genuíno à medida que aproxima o texto oficial do texto pretendido pelo autor.

#### *Razões ou causas para tantos erros*

O filólogo Segismundo Spina, na obra “Introdução à Edótica” editada originalmente em 1977, considera que as alterações do texto original, no processo

de transcrição, são geradas por razões independentes da ferramenta utilizada no trabalho de transcrição, isto é, aplicam-se tanto aos copistas da Idade Média quanto aos linotipistas e, seguramente, podemos acrescentar, aos digitadores da atualidade. Ele nos ensina:

“É a atenção o suporte psicológico da boa ou má transcrição de um manuscrito ou texto impresso. O cansaço do ato de copiar, as interrupções do trabalho pelas causas mais diversas, a memória de quem lê os segmentos de texto para transcrevê-los, os deslizos de leitura ocasionados pelo movimento dos olhos que se deslocam do original para cópia e desta para o original, etc., etc., são geralmente os fatores mais comuns a intervirem na atenção do copista ou do linotipista, e conseqüentemente no processo de reprodução de um texto. (...) Ambos, linotipista e copista, não lêem palavra por palavra, mas segmentos frásicos com sentido, e na reprodução sucede transcreverem com fidelidade a parte inicial do segmento, mas com erros a porção final porque a memória enfraqueceu. (...) Os chamados ‘erros homotelêuticos’, por exemplo, são também explicáveis por descuidos da atenção: ao retornar os olhos para o modelo, freqüentemente sucede que o copista salte uma linha ou mais, porque a palavra deixada se repete logo adiante e a transcrição recomeça a partir daí. Esse erro ocorre comumente quando palavras iguais ou semelhantes aparecem nos finais das linhas” (SPINA, 1977, p. 112).

Em dois outros trechos, o mesmo autor (SPINA, 1977, p. 115,117) relata as espécies dos erros acidentais e oferece uma classificação para os erros:

“Os erros acidentais são, entretanto, mais numerosos: grafias e sons equívocos, confusão de palavras semelhantes, transposição de letras e

de palavras, omissão de palavras ou frases, salto de linhas ou de versos, confusão ocasionada por parônimos, supressão de sílabas nas palavras (*haplografia*), ou sua repetição (*ditografia*), são as incorreções mais freqüentes nas cópias manuscritas ou nas composições tipográficas.

Os erros podem ser estudados a) quanto à sua *responsabilidade* (erros do autor, do copista, gráfico ou revisor, erros do editor); b) quanto à sua *natureza* (erros voluntários ou fraudes, involuntários, inevitáveis, correções intencionais); c) quanto ao *tipo* (omissão, confusão de letras, saltos, transposições, etc.) e d) quanto ao seu *condicionamento psicológico* (que compreende todos os aspectos da patologia da atenção)."

A seguir, apresentaremos a metodologia utilizada no estudo de caso. Trata-se de uma combinação da aplicação de técnicas da Edótica auxiliadas pela informática.

#### 4. Metodologia do estudo de caso

A Edótica é uma disciplina da Filologia que cuida da busca da genuinidade do texto. Segismundo Spina (1977) nos apresenta o objetivo da Edótica e as principais fases do processo de apuração do texto:

"O objetivo da Edótica é um só: estabelecer um texto que se avizinha o mais possível do original. A esse processo de retorno, em que se tenta restaurar a forma original da obra com o auxílio das normas da crítica textual, se dá o nome de *constitutio textus*.

A constituição de um texto, observada a doutrina de Karl Lachmann – o fundador da moderna crítica textual –, passa por uma série de operações que se repartem por três fases mais ou menos distintas: a da RECENSIO (*Recensare*), a da ESTEMÁTICA (*Originem detegere*) e a da EMENDATIO

(*Emendare*). É através desta seqüência de operações que se chega à primeira etapa da edição crítica: a apuração do texto. (...)

A *recensio* consiste na pesquisa e coleta de todo o material existente de uma obra, manuscrito ou impresso (p. 88). Classificados todos os testemunhos da tradição direta (apógrafos, arquétipos, subarquétipos, antígrafos, etc.), parte o editor para a segunda fase da crítica textual, a que Lachmann denomina '*originem detegere*', isto é, '*revelar a ascendência*'. O editor procede, então, à apresentação genealógica dos testemunhos: como os mss. se filiam entre si e como se operou a sua transmissão (p. 94).

Ao conjunto de operações que visam à correção do texto se dá o nome de *Emendatio*" (p. 109).

Na apuração do texto que serviu de base para a comparação entre as versões dos textos das bases de dados de legislação, passamos pelas três etapas, que serão apresentadas nas três subseções seguintes.

##### 4.1. Recensio

Nessa etapa, coletamos, inicialmente, os seguintes textos:

a) Texto da Lei nº 4.320/1964 (Publicação Original), disponibilizado pela base de legislação da Câmara dos Deputados em formato HTML no dia 1º de abril de 2011;

b) Texto da Lei nº 4.320/1964 (Publicação Original), disponibilizado pela base de legislação do Senado Federal em formato HTML no dia 1º de abril de 2011;

c) Texto da Lei nº 4.320/1964 (Texto Multivigente), disponibilizado pela base de legislação da Presidência da República em formato HTML no dia 1º de abril de 2011;

d) Cópia (imagem digital) do Diário Oficial da União do dia 23 de março de 1964 que publicou a Lei nº 4.320/1964;

e) Cópia (imagem digital) do Autógrafo do PLC 38/1952 enviado pelo Senado Federal à Câmara dos Deputados; e

f) Cópia (imagem digital) do Autógrafo do PL 201/1950 enviado pela Câmara dos Deputados à sanção presidencial.

Antes de partimos para a análise dos “erros comuns” às versões textuais, realizamos um procedimento de normalização com o objetivo de preparar os textos para o processamento pelo computador. Essa normalização consistiu basicamente de: a) padronização nos rótulos dos dispositivos; b) retirada dos caracteres repetidos, de espaço em branco, tabulação ou quebras de parágrafos; c) retirada das interpolações no texto da base da Presidência da República devido às alterações da norma e à promulgação do veto que foi parcialmente derrubado; d) conversão do formato HTML para o formato LexML realizada por um programa *Parser* desenvolvido pelo PRODASEN.

O formato LexML é uma linguagem de marcação derivada do XML (eXtensible Markup Language) que foi criada pelo Projeto LexML (<http://projeto.lexml.gov.br>) a partir de experiências bem sucedidas do exterior, com o objetivo de estruturar o texto de normas jurídicas brasileiras. Trata-se de um formato aberto, não proprietário, em que os caracteres que formam os dispositivos de uma lei são delimitados por marcadores. Dessa forma, o computador consegue “entender” quais símbolos formam um inciso, uma alínea, um parágrafo ou um *caput*. Uma vez convertido para o formato LexML, a cadeia de símbolos pode ser facilmente convertida para todos os outros formatos de consumo humano, tais como: HTML, PDF, EPUB, DOC, ODT, MP3 (síntese de voz), etc. Essa estruturação do texto é importante, pois a comparação é realizada dispositivo a dispositivo. A comparação entre os textos foi realizada por um programa desenvolvido pelo PRODASEN que utiliza o algoritmo JNDiff desenvolvido na Universidade de Bolonha e utilizado pelo Senado italiano.

Ao realizarmos a primeira comparação dos três textos coletados das bases de legislação, constatamos a existência dos “erros

comuns”, indicador forte de parentesco entre as versões, decorrente do processo histórico de formação das bases de legislação federal, como já mencionado na introdução deste estudo de caso. No processo de comparação dos textos, denominado colação das edições, normalmente se escolhe um texto para ser o “texto base” de comparação com os demais. A comparação automática realizada apenas entre cópias de texto de uma mesma família pode ser falha, pois os textos derivados carregam consigo os erros do texto que originou a família. Por esse motivo, decidimos acrescentar à nossa análise um novo texto, o da Lei nº 4.320/1964, que foi composto de forma independente por outro copista.

Para atender a essa necessidade de um novo texto, poderíamos solicitar a redigitação do texto do DOU. No entanto, para simplificar o processo, decidimos obter o texto desejado a partir do serviço de assinatura de bases de dados de informação jurídica que a Biblioteca do Senado Federal oferece aos servidores do Senado Federal na sua rede interna (*intranet*). Verificamos que, apesar de esse novo texto não possuir os “erros comuns” à família de textos, não estava livre de outros erros. Constatamos, assim, que o problema de precisão de textos legislativos em bases informatizadas ocorre também em base de legislação oferecida por empresas privadas às instituições governamentais.

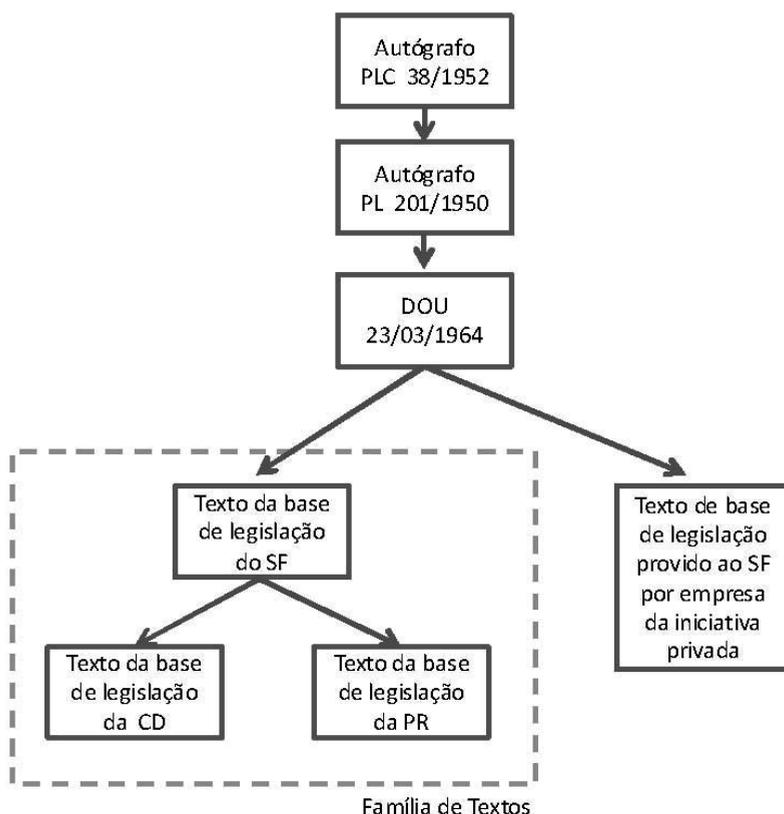
O texto de origem externa foi replicado para ser o “texto base” da comparação automática. Na fase de *Emendatio*, o “texto base” será corrigido inúmeras vezes com o objetivo de compor o texto desejado, denominado arquétipo. No nosso estudo, o arquétipo deve ser idêntico ao texto do DOU.

Nesse ponto, foi possível definir a árvore genealógica dos textos, apresentada na próxima seção.

#### 4.2. Estemática

Nessa etapa, revelamos a ascendência dos textos coletados na etapa anterior. A Figura 4 apresenta a árvore genealógica dos

Figura 4. Árvore genealógica (estema)



textos, também conhecida como estema. Não foram considerados no estudo de caso nem representados no diagrama os textos das duas retificações publicadas no DOU e o texto da promulgação de veto, pois, ao considerarmos como arquétipo apenas o texto original do DOU, os textos posteriores passam a ser desnecessários para a análise. Um estudo mais completo deve considerar todos os textos oficiais.

#### 4.3. Emendatio

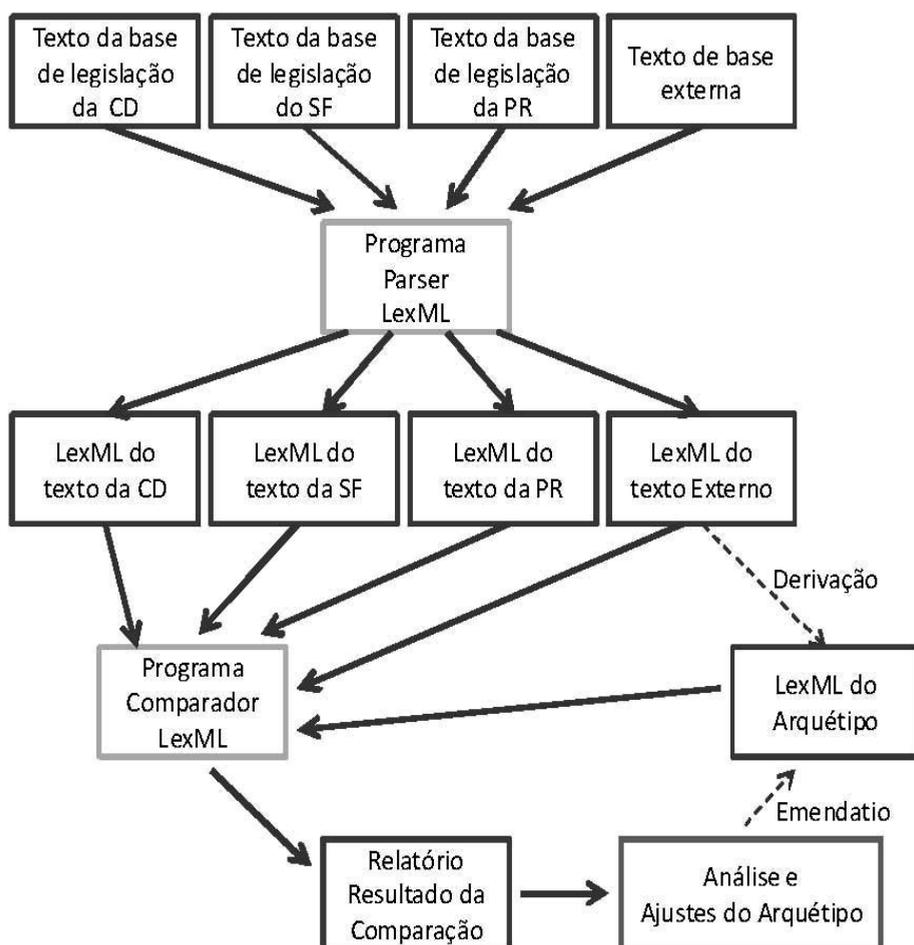
Nessa etapa, baseado nos resultados da comparação entre as diversas versões, identificamos os erros e, com a análise das imagens do DOU, e dos autógrafos, efetuamos as alterações no arquétipo para que ele se aproxime do texto do DOU.

A Figura 5 representa a preparação dos textos com a conversão pelo *Parser*; o pro-

cesso de derivação do arquétipo, o processo de comparação e, finalmente, o processo iterativo de análise e ajustes do arquétipo (*emendatio*). O processo de comparação e análise é realizado quantas vezes forem necessárias até que o analista considere que o arquétipo é suficientemente próximo do original do DOU. É interessante observar que, na primeira iteração, nenhum erro foi encontrado no texto que serviu de base para o arquétipo, pois esse foi derivado diretamente daquele por cópia integral. Nas iterações seguintes, com a identificação e modificações do arquétipo, os erros do texto da base externa começam a aparecer.

Esse processo pode ser realizado com qualquer quantidade de textos. Quanto mais textos de copistas diferentes alimentarem o sistema, maiores serão as chances de identificação dos erros.

Figura 5. Processo de Preparação, Comparação e Emendatio



### 5. Considerações finais e recomendações

*Inexiste uma solução única para o problema enunciado neste estudo de caso.* O problema da falta de precisão nos textos da legislação federal, muito provavelmente, também deve ocorrer nos acervos de legislação estadual, distrital e municipal. Edilene Passos (2009) constata a inexistência de um esforço coordenado na disponibilização da informação jurídica para o cidadão:

“No âmbito federal, três órgãos públicos oferecem o controle da informação jurídica normativa: o Senado Federal, a Presidência da República e

a Câmara dos Deputados. Os estados e o Distrito Federal seguiram o exemplo e passaram a disponibilizar na Internet bases de dados com a compilação da legislação estadual e distrital. Entretanto, devido à inexistência de recomendações internacionais ou nacionais sobre as funções e os pontos de acesso, cada unidade da Federação desenvolveu isoladamente sua base de dados, cada uma com suas qualidades e vantagens, mas basicamente diferentes umas das outras.”

Outro aspecto a considerar, com reflexo direto nas bases de legislação, é que *alguns vícios devem ser corrigidos antes da criação da*

*norma.* Melhorias no processo legislativo serão refletidas de forma positiva no ordenamento jurídico do Brasil.

Atualmente, em toda a cadeia do processo legislativo, o computador é utilizado de uma forma muito parecida com “máquina de datilografar”. Na iniciativa, a proposição é submetida como um arquivo codificado em um formato de um programa editor de textos comercial. A partir daí, o texto passa a ser migrado de um documento para outro, utilizando a conhecida operação “copia e cola” ou a cópia de arquivos, até que, finalmente, seja impresso em papel para o autógrafo. Para minimizar erros de transcrição do autógrafo na Presidência da República, envia-se também, junto com o autógrafo em papel, um arquivo digital do Congresso Nacional para a Presidência da República. Toda a manipulação dos textos é realizada de forma artesanal. *Essa cadeia pode se tornar melhor e mais segura na medida em que o computador passe a ser utilizado de forma mais inteligente.*

Por exemplo, várias regras da técnica legislativa, conforme definido pela Lei Complementar nº 95/1998, podem ser verificadas de forma automática por um programa que entenda as regras de articulação. Infelizmente, é fácil encontrar textos de leis que não seguem as regras de articulação de dispositivos da referida lei complementar. O recente Código Civil de 2002 utiliza “SUBTÍTULO” como dispositivo para agrupar artigos, elemento este não previsto no rol de agrupadores que considera apenas: Parte, Livro, Título, Capítulo, Seção e Subseção. *Este e outros tipos de erros formais podem ser facilmente evitados com a validação automática da estrutura de documentos textuais utilizando a tecnologia desenvolvida pelo LexML.*

Nesse contexto, apresentamos as seguintes recomendações:

*Recomendação 1:* Criação de uma base de informação legislativa derivada das bases existentes utilizando a metodologia apresentada neste estudo de caso.

*Justificativa:* A integração de esforços entre os gestores de informação de base de dados legislativa poderá minimizar a incidência de erros nos textos ao mesmo tempo em que compartilha os resultados sem retrabalho. O trabalho de “análise e ajustes do arquétipo” pode ser realizado de forma distribuída. Por exemplo, os gestores das bases de legislação das casas legislativas federais poderiam analisar as leis, as leis complementares e as emendas constitucionais, enquanto a Presidência da República poderia analisar os decretos. Todos receberiam os relatórios com a listagem dos erros identificados. O objetivo da base compartilhada é representar o texto tal como foi publicado no DOU com as retificações. A princípio, os textos derivados por compilação, anotação ou outro processo não devem fazer parte do escopo dessa base unificada. Dessa forma, todos os erros identificados serão corrigidos em todas as “bases fontes” de forma consistente.

*Recomendação 2:* Disponibilização da base unificada em formato aberto para toda a sociedade.

*Justificativa:* O texto preciso, correto e confiável é de interesse de todos. Não só os cidadãos, mas todos os segmentos da sociedade poderão se beneficiar do resultado desse esforço conjunto.

A ideia da disponibilização das informações jurídicas do país em formato XML não é inédita. A Inglaterra disponibilizou em 2010, no endereço <http://legislation.gov.uk>, todas as normas jurídicas no formato XML. Além de permitir a consulta do texto vigente de uma norma para qualquer data no portal, qualquer cidadão ou empresa pode realizar o *download* de todo o conjunto de arquivos.

*Recomendação 3:* Criação de um sistema que integre os sistemas existentes na Câmara dos Deputados, no Senado Federal, na Presidência da República e na Imprensa Nacional com o objetivo de permitir o intercâmbio de documentos eletrônicos com assinatura digital.

*Justificativa:* Instituições do Poder Judiciário já se adaptaram ao processo eletrônico motivadas principalmente pela grande quantidade de processos que tramita na justiça. Atualmente, já ocorre o intercâmbio de documentos eletrônicos com assinatura digital com certificação entre Tribunais Superiores, Tribunais Regionais e Tribunais de Justiça. A Lei nº 11.419/2006 permitiu a desmaterialização dos autos judiciais, a prática de atos processuais eletrônicos e a publicação oficial do Diário da Justiça Eletrônico. Trata-se de um grande avanço que contribui para a velocidade e segurança da prestação jurisdicional. O processo legislativo federal pode se beneficiar da experiência do processo judicial eletrônico.

O uso de um sistema informatizado para integrar toda a cadeia de valor adicionado do processo legislativo não é inédita no mundo. O projeto e-Law, da Áustria, em pleno funcionamento desde 2004, abrange todo o ciclo do processo legislativo: desde a iniciativa até a publicação da lei promulgada em um repositório digital autêntico. Essa iniciativa, a exemplo do LexML Brasil, também utiliza a tecnologia XML para estruturar o texto das normas.

*Recomendação 4:* Criação de uma base oficial de legislação disponível na internet apresentando a informação em múltiplos formatos.

*Justificativa:* A publicação do Diário Oficial da União no formato PDF com assinatura eletrônica pela Imprensa Nacional já representou um grande avanço no acesso à informação oficial, além de representar também uma grande economia de papel. No entanto, diferentemente do formato XML, o formato PDF dificulta o reaproveitamento da informação, pois foi projetado primordialmente para a apresentação da informação. A adoção de formatos textuais abertos baseados na tecnologia XML, como é o caso do LexML, pode facilitar a disseminação da informação jurídica oficial por múltiplos canais e formatos de expressão.

A exemplo do que ocorreu com o processo judicial eletrônico, faz-se necessária a criação de um marco normativo para permitir a modernização do processo legislativo federal e a instituição de uma base de dados de legislação com o caráter “oficial” que compreenda toda a produção normativa brasileira.

No caso da Áustria, foi necessária a promulgação de uma emenda constitucional para que a base de legislação do projeto austríaco e-Law se tornasse oficial. A publicação “*The e-Law Project in Austria*”, disponível em [http://www.parlament.gv.at/ZUSD/PDF/2006-04-18\\_Publikation-Englisch.pdf](http://www.parlament.gv.at/ZUSD/PDF/2006-04-18_Publikation-Englisch.pdf), informa que a economia anual advinda da implantação do projeto no Parlamento superou a quantia de um milhão de Euros. Como a versão do periódico oficial parou de ser impressa, foram economizadas cerca de 60 toneladas de papel ao ano.

*Recomendação 5:* Criação de um modelo de requisitos para a gestão da informação jurídica.

*Justificativa:* As bases de dados de informação jurídica das instituições são construídas de forma independente. Inexiste um modelo que sirva de parâmetro para o desenvolvimento de sistemas informatizados que permita representar os textos das normas com todas as suas variantes e complementos. Além do texto original e do texto multivigente (texto compilado com todas as versões de um dispositivo), faz-se necessária a oferta também do texto vigente de uma norma para uma determinada data, pois o fato se regula pela norma vigente na data em que ele ocorreu. Apenas um sistema informatizado que aplique as modernas técnicas de manipulação textual conseguirá controlar a grande quantidade de textos derivados.

A criação de um modelo de requisitos para a gestão da informação jurídica permitirá uniformizar os esforços e a terminologia. O cidadão passará a ler notas de compilação mais uniformes de acordo com os requisitos de compilação.

Essa recomendação já começou a ser implementada pelo Comitê Gestor do Projeto LexML (<http://www.lexml.gov>), que constituiu um grupo de trabalho para conceber esse modelo de requisitos. O grupo de trabalho possui representantes dos seguintes órgãos: Senado Federal, Câmara dos Deputados, Advocacia-Geral da União, Câmara Legislativa do Distrito Federal, Receita Federal do Brasil e Superior Tribunal de Justiça. Os integrantes formam uma equipe multidisciplinar com larga experiência na gestão de informações jurídicas nas suas instituições.

*Recomendação 6:* Criação de uma etapa no processo legislativo de verificação da genuinidade do texto oficial da norma jurídica.

*Justificativa:* Como apresentamos anteriormente neste estudo de caso, um texto publicado no periódico oficial com erros é um texto autêntico, mas não genuíno. Faz-se necessária a definição de uma etapa no regimento interno das casas legislativas federais, estaduais e municipais para, ao final do processo legislativo, verificar se o texto publicado no periódico oficial está livre de erros.

## Referências

ARNS, Paulo Evaristo. *A técnica do livro segundo São Jerônimo*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Cosac Naify, 2007.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. In: PUBLICAÇÃO consolidada da Lei 4.320, de 17 de março de 1964, determinada pelo art. 12 da Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997. Brasília: Secretaria de Orçamento Federal, [2011]. Disponível em: <[https://www.portalsof.planejamento.gov.br/bib/legislacao/Lei\\_4320.pdf](https://www.portalsof.planejamento.gov.br/bib/legislacao/Lei_4320.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2011.

KNIGHT, Shirlee-ann; BURN, Janice. Developing a Framework for Assessing Information Quality on the World Wide Web. *Informing Science: the International Journal of an Emerging Transdiscipline*, Santa Rosa, California, v. 8, p. 159-172, 2005. Disponível em: <<http://www.inform.nu/Articles/Vol8/v8p159-172Knig.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

PASSOS, Edilenice. Requisitos recomendáveis para as bases de legislação estadual e distrital. *Senatus*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 16-23, dez. 2009.

SPINA, Segismundo. *Introdução à Edótica: crítica textual*. São Paulo: Ars Poetica: Edusp, 1977.



# O raciocínio jurídico entre princípios e regras

Felipe Oliveira de Sousa

## Sumário

Introdução. 1. Entre princípios e regras: teses e argumentos acerca de uma distinção. 1.1. A distinção “forte” entre princípios e regras; 1.1.1. Ronald Dworkin e a distinção entre regras e princípios. 1.1.2. Robert Alexy e a distinção entre regras como mandamentos definitivos e princípios como mandamentos de otimização. 2. Respostas a duas críticas à distinção “forte”.

## Introdução

O conceito de norma jurídica e a distinção entre duas de suas espécies (regras e princípios), ainda que não seja um assunto recente, ganhou muita força na discussão contemporânea em teoria do direito, sobretudo com as obras de Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (1985). Os critérios que são usados para elaborar a distinção entre princípios e regras mostram-se muito diversos, e, às vezes, até inconciliáveis entre si. Não há um consenso, por exemplo, se entre princípios e regras (i) há uma relação de cogeneralidade, caso em que princípios e regras seriam dois gêneros autônomos de categorias normativas, ou (ii) há uma relação de especialidade, caso em que princípios e regras seriam duas espécies de uma mesma categoria conceitual designada, genericamente, com o termo “norma jurídica”, ou (iii) há uma relação não entre dois tipos conceituais claramente definidos, mas, sim, uma relação entre dois modos

Felipe Oliveira de Sousa é Bacharel em Direito pela UFC. Mestre em Direito pela UFRGS. Bolsista da CAPES. Doutorando em Direito pela Universidade de Edimburgo (Reino Unido).

distintos de aplicar enunciados normativos a casos concretos. Além disso, há divergências consideráveis dentro de cada uma dessas hipóteses. Se se toma, por exemplo, a distinção como sendo de especialidade, resta uma importante questão: que critério(s) adotar para definir tal distinção? A doutrina aponta para critérios bastante diversos, como a fundamentalidade, a generalidade e a estrutura lógica<sup>1</sup>. Apesar disso, vem-se tornando bastante pacífico na doutrina que a distinção entre princípios e regras é uma distinção entre dois tipos normativos, o que não reduz as controvérsias entre os juristas. E isso se deve ao fato de que os referidos critérios podem ou não ser compatíveis entre si, a depender da maneira como sejam interpretados.

Cabe advertir que podem ser articuladas diferentes formas coerentes da distinção em quaisquer das hipóteses acima, motivo pelo qual não se deve ir de encontro a isso. O que se deve destacar, para fins deste estudo, é que o(s) critério(s) aqui usado(s) para compor a distinção entre princípios e regras deve(m) ser justificado(s) pela sua utilidade prática, ou seja, pela utilidade que teria(m) para a reconstrução de certos fenômenos observados na prática.

Partindo desse ponto de vista funcional, é possível identificar na doutrina pelo menos duas ou três posições acerca da distinção princípio/regra, uma que traça uma distinção “forte”, outra que traça uma distinção “fraca”, e, ainda, outra que rejeita por completo a possibilidade de distinção.

<sup>1</sup> Como exemplo da variedade de critérios que se adotam na doutrina para definir a distinção princípio/regra, vale a pena conferir as catalogações elaboradas por Carrió e por Guastini sobre os diversos usos do termo “princípio”. É importante inclusive ressaltar que as primeiras distinções apontavam para uma distinção entre *princípios* e *normas* (como a de Josef Esser, 1956), e não para uma distinção entre duas espécies de normas. Não me ocupo aqui dessa análise, porque vai além dos limites propostos a este texto. É suficiente notar a ampla aceitação doutrinária da distinção entre princípios e regras como uma distinção entre duas espécies de normas. Para aprofundamento, veja: CARRIÓ, (1990); GUASTINI, (2005).

A primeira tem como representantes centrais Dworkin e Alexy<sup>2</sup>. As duas últimas, geralmente, surgem na forma de críticas às posições sustentadas por esses dois autores. Essa é a razão pela qual faço, em primeiro lugar, uma breve análise da distinção “forte”, tal como proposta por Dworkin e Alexy, e, em segundo lugar, exponho algumas das críticas que foram colocadas contra essa distinção “forte” e em favor de uma distinção “fraca”, ou até mesmo em favor da impossibilidade de delinear qualquer distinção entre princípios e regras.

## 1. Entre princípios e regras: argumentos e teses acerca de uma distinção

### 1.1. A distinção “forte” entre princípios e regras

A tese “forte” da distinção entre princípios e regras é defendida, sobretudo, por Dworkin e Alexy. É a tese que defende que há uma diferença de *caráter lógico* entre princípios e regras. Essa não é a tese mais difundida na doutrina brasileira, que, em geral, tem-se ocupado em defender uma tese que se pode denominar “fraca” da distinção entre princípios e regras, pois advoga uma distinção de grau, seja de grau de fundamentalidade, de abstração ou de generalidade<sup>3</sup>. O objetivo desta seção do texto é expor os argumentos propostos por Dworkin em favor da tese “forte” da distin-

<sup>2</sup> É importante mencionar a contribuição que, na doutrina espanhola, Manuel Atienza e Juan R. Manero deram para a distinção “forte” entre princípios e regras. Adoto, neste estudo, uma das críticas que esses autores formularam à tese de Alexy dos princípios como *mandamentos de otimização*. Para conferir na íntegra, veja: ATIENZA; MANERO (2004, p. 23-68).

<sup>3</sup> O maior representante dessa corrente no Brasil é Humberto Bergmann Ávila. Seus argumentos apontam para uma distinção entre princípios e regras feita a partir de vários critérios conjugados. É uma distinção, portanto, complexa. Confira: ÁVILA (2007, p. 30-). Para uma crítica das visões de Ávila, confira: SILVA (2003). Há um texto meu, ainda não publicado, em que busco avançar noutros pontos de crítica à proposta de Ávila: *A proporcionalidade na argumentação jurídica...* (texto inédito).

ção, e dar conta dos avanços e das correções que foram conferidos a tais argumentos na teoria de Alexy. Como se verá, tanto na obra de Dworkin, como na de Alexy, a distinção entre princípios e regras surge como uma tentativa de explicar a estrutura das normas de direito fundamental.

### 1.1.1. Ronald Dworkin e a distinção entre regras e princípios

Dworkin elaborou sua distinção como uma das bases teóricas para fazer um “ataque geral ao positivismo” (*general attack on positivism*), sobretudo à versão proposta por seu antecessor em Oxford, Herbert Hart. De acordo com Dworkin, o positivismo fornece um modelo de sistema jurídico constituído *exclusivamente* por regras, o que o torna insuficiente para dar conta da solução dos casos difíceis (*hard cases*), quando se usam *standards* que *operam e funcionam* de maneira distinta das regras. Dworkin parte de um problema concreto para refutar a teoria positivista propugnada por Hart, que é o de que o conceito positivista de aplicação do Direito seria criticável a partir da seguinte situação: um juiz, quando não há uma regra aplicável ao caso concreto, ou quando a regra aplicável é indeterminada, *deve tomar uma decisão discricionária*, ou seja, *deve criar uma solução nova para o caso concreto*<sup>4</sup>.

A tese que Dworkin propõe para refutar essa situação é que um sistema jurídico é constituído não somente por *regras*, como defende o positivismo de Hart<sup>5</sup>, mas também por *princípios*. Dessa forma, um juiz, quando se depara com a situação de não haver regra aplicável ao caso concreto ou de a regra aplicável estar indeterminada (casos difíceis), *não deve tomar uma deci-*

*são completamente discricionária*, pois tem o *dever de tomar tal decisão a partir da aplicação rigorosa dos princípios jurídicos*.

Dworkin identifica dois critérios para distinguir os princípios das regras<sup>6</sup>. O primeiro deles é o de que as regras se diferenciam dos princípios a partir de um ponto de vista lógico, em razão do tipo de solução que oferecem. As regras operam de maneira *tudo-ou-nada* (“*all-or-nothing-fashion*”), ou, o que é dizer o mesmo, as regras operam na dimensão da validade. Se ocorre o suposto de fato<sup>7</sup> comandado, proibido ou permitido por uma regra, então ou (i) a regra é válida, e então as suas consequências jurídicas são *obrigatórias*, ou (ii) a regra não é válida, e então ela *não deve ser aplicada*, isto é, e então as suas consequências jurídicas não contam em nada para a decisão. Em outras palavras, ou a regra é *aplicada em sua inteireza (por completo)*, ou ela *deve ser por completo não aplicada (deve ser não aplicada em absoluto)*. Os princípios, por sua vez, não possuem a estrutura disjuntiva das regras, pois não estabelecem claramente os supostos de fato cuja ocorrência torna obrigatória a sua aplicação, nem que consequências jurídicas devem surgir a partir de sua aplicação, ou seja, os princípios não determinam por completo uma decisão, pois apenas servem de razões que contribuem a favor de uma decisão ou outra.

<sup>6</sup> Dworkin também identifica outros *standards* além dos princípios e das regras e faz uma distinção entre *princípios* e políticas (*policies*), por exemplo. Não é relevante traçar essa distinção aqui. Apenas cabe notar que uso o termo *princípio em sentido amplo* para designar tanto os princípios em sentido estrito, como as políticas (*policies*). Veja: DWORKIN (2002, p. 22-).

<sup>7</sup> Emprego a expressão “suposto de fato” como um termo genérico para indicar *aquilo que uma regra comanda, proíbe ou permite*. Numa visão mais rigorosa, esse suposto de fato pode referir-se tanto a um “estado de coisas”, como à “performance de uma ação”, ou seja, uma regra pode comandar, proibir ou permitir a *criação*, a *modificação* e a *extinção* de um certo estado de coisas, ou pode comandar, proibir ou permitir a performance de uma certa ação (ou omissão). Essa distinção ainda poderia ser mais aprofundada, o que não é necessário aqui. Para uma visão detalhada do assunto, confira: WRIGHT (1963, p. 129-).

<sup>4</sup> Dworkin (2002, p. 14-80) desenvolveu essas ideias sobretudo em dois textos publicados em seu *Taking Rights Seriously*. Em sequência, são eles o *The Model of Rules I* e o *The Model of Rules II*, ambos de leitura obrigatória para quem se interesse em aprofundar no tema.

<sup>5</sup> Confira, para um contraponto com as teses defendidas por Dworkin, a resposta elaborada por Hart no posfácio de seu *The Concept of Law* (1986, p. 299-).

O segundo critério, que segue até mesmo da distinção de caráter lógico acima disposta, é o de que os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem: a *dimensão do peso* (*dimension of weight*) (DWORKIN, 2002, P. 25-26). Esse critério é definido pela importância ou pelo peso relativo que um princípio tem em relação a outro princípio quando os dois colidem em um caso concreto. Com efeito, quando dois princípios colidem em um caso concreto, a decisão é tomada em virtude de um princípio (P1) ter, diante das circunstâncias concretas, uma importância ou um peso relativo maior do que o do outro princípio colidente (P2), fato esse que não impede que em uma decisão posterior, mudadas as circunstâncias concretas, essa situação de prevalência se inverta, e o princípio P1 que, na primeira situação, tinha um peso relativo maior, agora tenha um peso relativo menor do que P2.

Essa situação fica ainda mais evidente, de acordo com Dworkin (2002, p. 27-), quando comparada com o conflito de regras. É que, quando, por exemplo, uma regra comanda algo que uma outra regra proíbe sem que se tenha previsto nenhuma exceção em nenhuma delas, o conflito só pode ser resolvido mediante declaração de invalidade de uma das regras, ou seja, por meio da declaração de que uma das regras não mais pertence ao ordenamento jurídico. No caso da colisão de princípios, essa declaração de invalidade não ocorre, pois ambos os princípios colidentes permanecem válidos, e, portanto, continuam ambos pertencendo ao ordenamento jurídico. O que acontece é que, no *caso concreto*, um princípio *cede em detrimento do outro*.

É preciso atentar que, quanto à maneira tudo-ou-nada de aplicar as regras, há uma objeção de que não se pode prever todas as exceções possíveis a determinada regra, ou seja, é possível que seja formulada uma nova exceção a uma regra que até então era desconhecida. Dworkin rebate afirmando que, se pelo menos teoricamente é possível

listar todas as exceções que possam existir a uma regra<sup>8</sup>, essa objeção não procede. Ademais, o que importa notar é que a tese de que o conflito de regras possui uma estrutura completamente distinta da colisão de princípios fornece um critério justificante para manter a distinção.

### 1.1.2. Robert Alexy e a distinção entre regras como mandamentos definitivos e princípios como mandamentos de otimização

Alexy elabora com mais rigor a distinção proposta por Dworkin, e, com isso, confere-lhe uma maior precisão conceitual. Parte de dois pressupostos básicos muito semelhantes aos de Dworkin: (i) o de que a distinção entre princípios e regras é uma distinção entre duas espécies do gênero “norma”<sup>9,10</sup> e (ii) o de que a distinção tem um caráter *qualitativo*, e não de *grau*. A contribuição decisiva de Alexy foi ter desenvolvido a tese dos princípios como *mandamentos*<sup>11</sup> de otimização.

<sup>8</sup> Se não é possível listar *todas as exceções possíveis* a uma regra, é pelo menos possível saber que supostos de fato não valem como exceção (por exclusão). Isso, por si só, já seria suficiente para comprovar o argumento de que não é necessário listar todas as exceções possíveis a uma regra para provar que uma regra é aplicada de maneira tudo-ou-nada. Conforme o próprio Dworkin (2002, p. 25): “The rule might have exceptions, but if it does then it is inaccurate and incomplete to state the rule so simply, without enumerating the exceptions. In theory, at least, the exceptions could all be listed, and the more of them that are, the more complete is the statement of the rule”.

<sup>9</sup> Alexy desenvolve sua teoria dos princípios a partir de um modelo conceitual *semântico* de norma. Ele parte de uma distinção básica entre *enunciado normativo* e *norma propriamente dita*. Uma *norma*, para Alexy, é o significado de um *enunciado normativo*. Toda *norma* pode ser expressa por um *enunciado normativo*, através do uso de *expressões deonticas* como “proibido”, “permitido”, “comandado”. Para uma crítica ao conceito semântico de norma de Alexy, veja: LA TORRE, (2007, p. 53-67).

<sup>10</sup> Alexy (2002, p. 48) é taxativo ao afirmar que uma norma ou é uma *regra* ou é um *princípio*.

<sup>11</sup> O termo “mandamento” é adotado aqui de forma genérica para incluir os operadores deonticos “comandar” (ou “é obrigatório que”, ‘O’), “proibir” (ou “é proibido que”, ‘F’) e “permitir” (ou “é permitido que”, ‘P’). É interessante notar a indefinibilidade desses três operadores, ou seja, cada um deles pode ser

É importante notar que Alexy, apesar de reconhecer a diversidade de critérios que se pode usar para traçar a distinção, concentra seus esforços em aprofundar os critérios utilizados por Dworkin. No que concerne ao primeiro critério, o de que as regras são aplicadas de maneira tudo-ou-nada (“*all-or-nothing fashion*”), Alexy (1988) critica a postura de Dworkin em defender que é teoricamente possível listar todas as exceções a uma regra, pelo simples fato de que elaborar tal lista é *epistemologicamente impossível*, já que é impossível a qualquer ser humano prever todas as situações fáticas que seriam qualificadas, caso ocorressem, como exceções a certa regra. Em outras palavras, Alexy defende que a tese de Dworkin de que as regras são aplicadas de maneira tudo-ou-nada pressupõe a possibilidade de conhecimento de todas as exceções a todas as regras. Essa constatação implica uma outra: se não é possível conhecer todas as exceções possíveis a uma certa regra, então também não seria possível nem formular completamente a regra enquanto tal, nem muito menos deduzir com algum grau aceitável de certeza as consequências jurídicas que decorreriam da aplicação dessa regra a um caso concreto<sup>12</sup>. Alexy ainda argumenta que, se fosse possível conhecer todas as exceções possíveis às regras, então também seria possível conhecer todas as exceções possíveis aos princípios, fato que conduziria a distinção entre princípios e regras a uma mera distinção *de grau*, e não *de estrutura lógica*, como o próprio Dworkin sugere.

No que concerne ao segundo critério, o de que os princípios possuem uma dimen-

---

definido a partir da realização de algumas operações lógicas simples com os demais. Por exemplo, o operador deontico de “permitir” pode ser definido como a conjunção das negações dos operadores “comandar” e “proibir”, ou seja, quando algo “é permitido” significa que esse algo é “não comandado” ou “não proibido” ( $P(a) \rightarrow \sim O(a) \vee \sim F(a)$ ). Não é preciso aprofundar o tema aqui.

<sup>12</sup> Para uma crítica da posição de Dworkin pelo próprio Alexy, confira: ALEXY (1995, p. 177-212).

ção que as regras não possuem (a dimensão de peso), Alexy concorda integralmente com Dworkin, porém avança e desenvolve a ideia dos princípios como *mandamentos de otimização*. Os princípios, de acordo com Alexy, são “normas que demandam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas”<sup>13</sup>. Isso conduz à tese de que os princípios podem ser satisfeitos (concretizados) em vários graus, e que esse grau de satisfação depende não só do que é possível faticamente, mas também do que é possível juridicamente<sup>14</sup>. As regras, por sua vez, são normas que ou são satisfeitas ou não são satisfeitas. Se uma regra é válida, então o mandamento é fazer exatamente o que ela prescreve, nem mais, nem menos<sup>15</sup>. Enquanto os princípios possuem um grau de satisfação *variável*, as regras possuem um grau de satisfação *fixo* na dimensão do que é fático e juridicamente possível.

É importante notar que a ideia de princípios terem grau de satisfação variável e de regras terem grau de satisfação fixo, do ponto de vista teórico, não implica afirmar nem que princípios *nunca podem ser realizados completamente*, nem que regras *nunca podem ser realizadas apenas parcialmente*<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> “... principles are norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities” (ALEXY (2002, p. 47).

<sup>14</sup> “Principles are optimization requirements, characterized by the fact that they can be satisfied to varying degrees, and that the appropriate degree of satisfaction depends not only on what is factually possible but also on what is legally possible. The scope of the legally possible is determined by opposing principles and rules” (ALEXY, 2002, p. 47-48).

<sup>15</sup> “By contrast, rules are norms which are always either fulfilled or not. If a rule validly applies, then the requirement is to do exactly what it says, neither more nor less”. Veja: ALEXY (2002, p. 48).

<sup>16</sup> Esse ponto é de especial destaque, porque boa parte das objeções que a teoria dos princípios de Alexy recebeu gira em torno de saber se uma regra sempre é satisfeita completamente, e de saber se um princípio sempre é satisfeito apenas parcialmente. As críticas ficarão mais claras no decorrer do texto. O próprio Alexy (2004, p. 48, nota de rodapé 24) parece reconhecer, em uma nota de rodapé na versão inglesa da TDF, que isso não ocorre.

Isso quer dizer que, de um lado, princípios podem, sim, ser *realizados completamente* e que, de outro, regras podem, sim, ser *realizadas apenas parcialmente*. Tal posição é explicada, ao menos em parte, pelo caráter de mandamentos de otimização dos princípios da seguinte maneira: (a) primeiro, se cada princípio for tomado em consideração isoladamente, ou seja, se for tomado sem estar em relação com outros princípios<sup>17</sup>, ou se a realização de um princípio, no caso concreto, não estiver sendo restringida por nenhum outro princípio<sup>18</sup>, não é um absurdo, do ponto de vista teórico, aceitar a conversão do conceito de princípio como mandamento *de otimização* dentro do que é *fática e juridicamente possível* para um conceito de princípio como mandamento *de maximização* dentro daquilo que é apenas *faticamente possível*. Um princípio, nessa situação, poderia ser *realizado completamente*, caso as circunstâncias fáticas fossem ideais, ou seja, caso fosse possível concretizar um *estado de coisas ideal*; e (b) segundo, nada impede, na teoria de Alexy, como se verá adiante, que um princípio *P* restrinja a satisfação de uma regra *R*, ou que uma regra *R* restrinja a realização de um princípio *P*,

<sup>17</sup> Essa ideia é criticável porque, pelo menos do ponto de vista prático, um princípio está quase sempre em relação com outros princípios, ou seja, o grau de satisfação de certo princípio quase sempre depende do grau de não importância em satisfazer outros princípios. Assim, a realização de certo princípio parece quase sempre ser limitada pela realização de outros princípios, no caso concreto. Isso torna a possibilidade dos princípios como mandamentos de maximização pouco relevante do ponto de vista prático, mas não impossível no plano teórico.

<sup>18</sup> Essa última situação pode ser lida, na teoria de Alexy, como uma situação *ideal* dentro das possibilidades jurídicas. Caso a realização de um princípio *P1* não seja restringida por nenhum outro princípio *P2*, *P1* não encontra *limites jurídicos* para a sua realização, fato que faz com que a realização de *P1* só seja restringida na dimensão *fática*. A situação *mais ideal* é quando *P1* não encontra nem limites jurídicos (*i.e.* nenhum princípio restringe a sua realização), nem limites fáticos para a sua realização. Nessa situação *mais ideal*, o conceito de princípio enquanto *mandamento de otimização* se converte em um conceito completo de princípio enquanto *mandamento de maximização*.

a depender do tipo de relação de preferência que se estabeleça. Partindo disso, uma regra *R*, em determinadas circunstâncias, poderia ter a sua satisfação restringida por um princípio *P*, e vice-versa. É suficiente, por enquanto, anotar essas observações. No próximo item, mostro como a teoria de Alexy é compatível com essas ideias.

A distinção qualitativa entre normas que são princípios e normas que são regras, além de ter como critério a maneira como devem ser aplicadas essas normas aos casos concretos, também tem como critério uma perspectiva conexa, a saber: o modo como se solucionam as colisões e os conflitos que são implicados a partir das noções dos princípios como mandamentos de otimização e das regras como mandamentos definitivos.

A colisão de princípios e o conflito de regras convergem no sentido de que ambos apontam para duas normas que demandam condutas ou estados de coisas incompatíveis entre si, ou seja, apontam para duas normas que demandam, na ocorrência das hipóteses previstas em sua estrutura, consequências jurídicas mutuamente incompatíveis. Um conflito entre duas regras somente pode ser resolvido ou declarando pelo menos uma das regras como inválida (expurgando-a, assim, do ordenamento jurídico), ou inserindo uma cláusula de exceção em uma delas. Caso não seja possível inserir uma cláusula de exceção em uma das regras, e haja um problema em decidir qual das regras deve ser declarada inválida, pode-se fazer uso de critérios como *lex posterior derogat legi priori*, ou *lex specialis derogat legi generali*, ou *lex superior derogat legi inferiori* para resolver o conflito. Esse modo típico de solucionar os conflitos de regras guarda uma relação direta com a estrutura das regras como mandamentos definitivos. Isso porque as regras são aplicadas mediante *subsunção*, ou seja, se a regra é válida e os supostos de fato que nela se subsumem ocorrem, então a consequência jurídica que tal regra demanda é válida, ou seja, *deve ser aplicada*. Se a regra não é válida,

então a sua consequência jurídica também não o é, ou seja, *não deve ser aplicada*.

Por sua vez, uma colisão de princípios é solucionada de modo inteiramente distinto do conflito de regras. De acordo com Alexy, uma colisão de princípios é solucionada mediante *ponderação*. Quando dois princípios colidem em um caso concreto, não é possível solucionar essa colisão declarando um dos princípios como inválido (e, portanto, eliminando-o do ordenamento jurídico), ou inserindo uma cláusula de exceção em um deles. O que acontece é que, em face de determinadas circunstâncias concretas, um princípio tem um grau de importância maior em ser satisfeito do que o outro, fato esse que não impede, como já notou Dworkin, que, mudadas as circunstâncias concretas, a situação se inverta. O que há, precisamente, é uma *relação de precedência condicionada* entre um princípio  $P_i$  e um princípio  $P_j$  que pode ser assim representada:  $(P_i P_j)C$  ou  $(P_j P_i)C$  (ALEXY, 2002, p. 50-54). Essa simbologia deve sempre ser lida da seguinte forma:  $P_i$  prevalece sobre  $P_j$  diante das condições  $C$ <sup>19</sup>. É ainda possível conceber uma *relação de precedência incondicionada* entre um princípio  $P_i$  e um princípio  $P_j$  que se representa assim:  $(P_i P_j)$  ou  $(P_j P_i)$ . Aqui, não há uma colisão concreta entre os dois princípios, mas apenas uma relação de precedência *prima facie*, razão pela qual, na teoria de Alexy, é possível se referir a princípios como sendo deveres *prima facie*. Quando um princípio  $P_i$  prevalece *prima facie* sobre um outro princípio  $P_j$ , isso se traduz na ideia de que, em face das circunstâncias concretas, o ônus argumentativo para justificar a realização de  $P_j$  em detrimento de  $P_i$  é maior do que o ônus argumentativo para justificar a relação inversa, ou seja, para justificar a realização de  $P_i$  em detrimento de  $P_j$ . Cabe ainda notar que a colisão de princípios, conforme Alexy, é solucionada, em concreto, por uma

<sup>19</sup> Ou, obviamente, no caso de  $(P_j P_i)C$ , lê-se:  $P_j$  prevalece sobre  $P_i$  diante das condições  $C$ .

regra de precedência condicionada que se pode formular mediante a seguinte lei:

(LC) As circunstâncias sob as quais um princípio tem precedência sobre outro constituem as condições de uma regra que tem as mesmas consequências jurídicas do princípio precedente<sup>20</sup>.

Como se vê, Alexy evoluiu a distinção já proposta por Dworkin e a elaborou em termos mais precisos. A distinção entre princípios e regras, seja na obra de Dworkin, seja na de Alexy, é uma distinção de caráter “forte”, pois pressupõe uma diferença de estrutura entre princípios e regras, seja em nível de estrutura conceitual, seja em nível de estrutura nos procedimentos que se deve performar para aplicá-los aos casos concretos. No próximo item, não procuro desenvolver exaustivamente todas as versões dos argumentos que defendem uma distinção “fraca” ou que rejeitam qualquer possibilidade de distinção entre princípios e regras, mas, sim, fazer uma exposição de duas das principais críticas que sustentam tais posições, e que, no geral, surgem como tentativas de refutar a distinção “forte” tal como proposta por Dworkin e, principalmente, por Alexy.

## 2. Respostas a duas críticas à distinção “forte”

Ocupo-me, aqui, em elucidar apenas duas das inúmeras críticas que são feitas à distinção “forte” entre princípios e regras. São elas: (i) a primeira, que é mais incisiva, é que, ao contrário do que Dworkin e Alexy defendem, algumas regras são aplicadas aos casos concretos mediante ponderação, e não de uma maneira tudo-ou-nada. Pode-

<sup>20</sup> No original: “The circumstances under which one principle takes precedence over another constitute the conditions of a rule which has the same legal consequences as the principle taking precedence” (ALEXY, 2002, p. 54). Essa lei será aqui denominada Lei da Colisão (LC). É apenas importante observar que a solução de uma colisão de *princípios* é feita por uma *regra* que pode ser compreendida assim:  $(P_i P_j)C$  ou  $(P_j P_i)C$ .

-se elaborar uma versão de (i) da seguinte forma: não é possível formular uma distinção entre princípios e regras como sendo duas *espécies* de normas, pois o que há são normas em sentido amplo, e a distinção que pode ser formulada apenas se baseia no fato de que essas normas em sentido amplo *podem ser usadas de diferentes maneiras no momento da aplicação*<sup>21</sup>. Por sua vez, a objeção (ii) diz respeito mais diretamente à tese de Alexy para os princípios e enuncia que, se princípios são mandamentos de otimização, ou os princípios otimizam, ou não otimizam, ou seja, a objeção enuncia que princípios, mesmo qualificados como normas de otimização, possuem uma estrutura semelhante à das regras no momento de aplicação (uma maneira tudo-ou-nada)<sup>22</sup>.

Essas duas críticas, se confirmadas, levam a sérias dificuldades para manter a distinção entre princípios e regras, pelo menos enquanto uma distinção possível entre duas espécies de normas (a distinção “forte”). Elas apontam para uma tendência ou de tomar critérios distintivos mais flexíveis e fluidos, como aqueles que advogam uma mera diferença de grau de abstração, ou de cunho interpretativo (uma distinção, portanto, “fraca”)<sup>23</sup>, ou de rejeitar por completo qualquer possibilidade de distinção, pois tanto princípios como regras pertenceriam indistintamente à categoria dos fenômenos deonticos (normativos), e não à categoria dos fenômenos axiológicos (AARNIO, 1990, p. 185). O caminho que percorro aqui é o inverso dessas tendências. Sustento que, apesar de ambos se qualificarem deonticamente, há, sim, diferenças relevantes entre os fenômenos deonticos consubstanciados em normas que são princípios e em normas que são regras. E essas

diferenças, sobretudo para os fins deste estudo, são essenciais para defender a posição de que os princípios como *mandamentos de otimização* oferecem uma saída teoricamente válida para dar conta da ponderação como um procedimento racional. Dessa forma, procuro agora refutá-las completamente, tomando por base uma (re)leitura da teoria de Alexy.

Quanto a (i), regras nunca são aplicadas *diretamente* via ponderação, mas o podem ser *indiretamente*. Existe um fato óbvio de que, em um conflito de regras no caso concreto, podem ser tomadas várias razões (inclusive princípios) para justificar a inserção de certa cláusula de exceção, ou para justificar a escolha de determinada regra em detrimento de outra (*i.e.* para justificar a invalidade de uma das regras). De outra parte, uma regra, *em certo sentido*, poderia ter a sua satisfação tolhida por um princípio, e, assim, uma regra poderia ser afastada em um caso concreto, mesmo quando ela *devesse ser aplicada*<sup>24</sup>. O contrário também pode acontecer, ou seja, um princípio, *em certo sentido*, pode ter seu grau de satisfação restringido pela importância da satisfação de certa regra. Essas constatações em nada alteram o modo como os conflitos de regras e as colisões entre princípios são solucionados. Com efeito, ambos os procedimentos permanecem sendo estruturalmente distintos. Assim, regras sempre ou são cumpridas, ou não são cumpridas, e não podem ser aplicadas *diretamente* via ponderação. O que pode ocorrer é que as regras, em certas circunstâncias, sejam aplicadas *indiretamente* mediante ponderação, porque podem ter a sua satisfação tolhida pelo grau de importância em satisfazer algum princípio. Na teoria de Alexy, essas

<sup>21</sup> Essa crítica é um dos elementos centrais usados por Humberto Ávila (2007, p. 40-64) como ponto de partida para elaborar a sua teoria dos princípios.

<sup>22</sup> Uma formulação da objeção (ii) pode ser encontrada, por exemplo, em Aarnio (1990).

<sup>23</sup> Para uma crítica da distinção “forte” entre princípios e regras confira, por exemplo: COMAN-DUCCI (1998).

<sup>24</sup> Uma outra possibilidade aqui seria a seguinte: o grau de satisfação da regra pode ser limitado por um princípio, e, assim, a regra poderia ser aplicada *apenas parcialmente* em um caso concreto. A questão é que admitir a possibilidade de aplicar uma regra apenas *em parte* seria incorrer em uma contradição com o próprio conceito de regra enquanto mandamento definitivo, já que uma regra ou é aplicada, ou não é aplicada.

possibilidades podem ser elaboradas com mais rigor, a saber<sup>25</sup>:

(a) Uma regra  $R$  pode promover ou limitar a satisfação de um certo princípio  $P_i$ . No caso em que  $R$  é uma regra limitadora do princípio  $P_i$ , há duas maneiras de aplicá-las nos casos concretos:

(a.1)  $R$  pode ser aplicada estritamente, e essa sua aplicação estrita pode ser justificada por uma *regra de validade* ( $R_v$ ) que enuncia que  $R$  precede *incondicionalmente* o princípio  $P_i$ , ou, mais claramente, que  $R$  tem precedência sobre  $P_i$  independentemente do grau de importância em satisfazer  $P_i$ , ou do grau de não importância de  $R$ <sup>26</sup>. Aqui, precisamente, deve-se ler  $R_v$  como uma regra que oferece uma *razão excludente* (RAZ, 1998, p. 40-) para que se tome como relevante a restrição de  $P_i$  em face do *dever* de aplicação estrita de  $R$ . Essa situação corresponde à situação-limite de que se trata de uma *regra válida*, então ela *deve ser sempre aplicada mediante subsunção*, independentemente do fato de a sua aplicação restringir ou não um certo princípio  $P_i$ . Isso pode ser representado mais sucintamente da seguinte forma:  $R_v(RPP_i)$ ;

(a.2)  $R$  não pode ser aplicada estritamente, pois  $R$ , que tem como *razão* (ou *justificativa*)<sup>27</sup> um princípio  $P_j$ , pode ter

<sup>25</sup> Essa leitura mais rigorosa Alexy (2002, p. 48) dispôs em uma nota de rodapé na versão inglesa da TDF. Nesse ponto, procuro reconstruir certos pontos que, a meu ver, tornar-se-iam mais claros se fossem articulados do modo como procuro articular aqui.

<sup>26</sup> Essa posição é sustentada por quem se posiciona em favor da tese de que um sistema jurídico é constituído *exclusivamente* por regras. Outro ponto aqui é que “grau de não importância de  $R$ ” deve ser lido, a rigor, para preservar a coerência interna na teoria de Alexy, como o “grau de não importância” da realização do princípio que serve de *razão* (ou *justificativa*) da regra  $R$ , e não como o grau de importância da regra propriamente dita. É que, no caso da aplicação estrita de  $R$ , é irrelevante a questão do grau de importância de  $R$  (ou do princípio que serve de justificativa para  $R$ ) na realização de outros princípios, pois  $R$ , em sendo uma regra válida, enfatize-se, *sempre deveria ser aplicada por subsunção em toda e qualquer situação concreta*.

<sup>27</sup> Para Alexy,  $P_j$ , necessariamente, tem de ser um princípio *substantivo* para que possa servir de *razão* (ou justificativa) para a regra  $R$ , pois, caso fosse um

a sua satisfação tolhida por  $P_i$ , já que é possível uma colisão entre  $P_i$  e  $P_jR$ . Por sua vez, é também possível, na teoria de Alexy, imaginar que, em vez de se recorrer a uma regra de validade, possa-se recorrer a um princípio de validade ( $P_v$ ), que, em vez de comandar, como  $R_v$ , que  $R$  precede incondicionalmente  $P_i$ , comande que, em certas circunstâncias,  $P_i$  preceda (tenha preferência sobre)  $P_j$  e tolha a satisfação de  $R$ . Essa relação, tal qual disposta, seria assim representada:  $P_v((P_iP_jR)C)$ . A função de  $P_v$  seria nula se  $P_v$  apenas suscitasse a relação entre  $P_i$  e  $P_jR$  (tal como expresso acima).  $P_v$ , no entanto, deve ser tomado como um princípio formal (RAZ, 1999, p. 40-) e, assim, serve de *razão (justificativa)* para a *validade de regras* em geral, o que criaria um ônus argumentativo para justificar a precedência de  $P_i$  em relação a  $P_jR$ , ou seja, a importância de satisfazer  $P_i$  teria de pesar mais do que o grau de não satisfação de  $P_jR$ , em conformidade com o que é comandado em  $P_v$ . Em outros termos,  $P_jR$ , em virtude de  $P_v$ , teria uma precedência *prima facie* com relação a  $P_i$ <sup>28</sup>. Nessa segunda opção, portanto, seria possível, dadas certas circunstâncias, que uma regra  $R$ , ainda que *válida* (com justificativa em  $P_j$ ), pudesse ser não aplicada em virtude da restrição que a realização de  $P_j$ , a partir da aplicação de  $R$ , realiza em um outro princípio  $P_i$  que, por sua vez, fosse considerado, no caso concreto, como tendo um grau de importância maior do que  $P_j$  em ser realizado. Ressalte-se que, para Alexy, tanto  $P_i$  quanto  $P_j$  são, necessariamente, princípios *substantivos*, enquanto  $P_v$  é sempre um princípio *formal*;

princípio *formal*, nada acrescentaria à relação de precedência, já que toda e qualquer regra deriva de um grupo mais ou menos definido de princípios ditos *formais*. Como exemplo de princípios *formais*, pode-se citar os princípios que se referem a procedimentos, como o princípio democrático. Como exemplo de princípios *substantivos*, pode-se citar os princípios que são “de conteúdo”, como o princípio da privacidade, da preservação da intimidade etc.

<sup>28</sup> Para a relação de precedência *prima facie* (e, portanto, *incondicionada*):  $P_v(P_jR)PP_i$ . Para a relação de precedência *condicionada*:  $[P_v(P_jR)PP_i]C$  ou  $[P_iPP_v(P_jR)]C$ .

Essa construção, partindo da noção relacional de precedência, permite ver que a teoria de Alexy oferece uma possibilidade de compatibilizar, não sem dificuldades teóricas, a ideia de que um princípio pode ser restringido por uma regra, e de que uma regra também pode ser restringida por um princípio, razão pela qual *regras podem ser aplicadas via ponderação, mas apenas indiretamente, por meio da inserção de um princípio formal de validade (P<sub>i</sub>) na relação de precedência*. Essa ponderação indireta para aplicar regras aos casos concretos se refere, na verdade, a uma *colisão de princípios*, em que um deles necessariamente é um princípio *substantivo* que serve de *justificativa* “de conteúdo” (P<sub>i</sub>) para a regra R e o outro é um princípio *substantivo* (P<sub>j</sub>) que tem a sua realização limitada ou limita a realização de P<sub>j</sub>.<sup>29</sup> Nessa estrutura, é possível ver que razões sempre vão ter um grande peso no momento da aplicação, seja de princípios, seja de regras aos casos concretos. Isso apenas traduz a tese genérica de que a aplicação do Direito nunca é realizada irrefletidamente, ou seja, sem levar em consideração razões contra e em favor da aplicação de uma regra ou de um princípio a um determinado caso concreto.

<sup>29</sup> Dizer que tanto P<sub>i</sub> quanto P<sub>j</sub> devam ser princípios *substantivos*, enquanto o princípio de validade que trata do *modo de solução* da colisão entre P<sub>i</sub> e P<sub>j</sub> deve ser, necessariamente, um princípio *formal*, é uma maneira de afastar a dificuldade teórica de admitir como possível a colisão entre um princípio *formal* e um princípio *substantivo*. Como resolver, por exemplo, a colisão entre o princípio democrático com o princípio de preservação do meio ambiente? Não parece que seja uma colisão possível, ainda que ambos possam ser qualificados, na teoria de Alexy, como princípios, *i.e.*, ainda que ambos possam ser qualificados, sem maiores dificuldades, como mandamentos de otimização. Uma discussão similar pode ser referida à proporcionalidade, na medida em que as (sub-)regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, ainda que sejam aplicadas mediante *subsunção*, não possuem pelo menos uma característica que, geralmente, as regras como mandamentos definitivos possuem, a saber: a possibilidade de entrar em conflito com outras regras do sistema jurídico, e a consequente necessidade de analisar os *modos de solução* possíveis para esse conflito.

Cabe notar ainda que, nesse ponto, foram inseridas noções que permanecem pouco claras na teoria dos princípios de Alexy. A primeira noção inserida é a que está consubstanciada nos conceitos de “regra de validade” e de “princípio de validade”<sup>30</sup>. A “regra de validade”, pelo que parece, seria, tal como qualquer regra, um mandamento definitivo, e, como tal, deveria sempre ser aplicada via subsunção, *i.e.* sem levar em conta a possibilidade de haver razões (princípios) a serem sopesadas. O ponto de destaque aqui é que a chamada “regra de validade” seria um mandamento definitivo de um tipo especial, a saber: um mandamento de que se deve aplicar estritamente uma certa regra R, sem que se leve em conta o *grau de restrição* que a aplicação de R teria na realização de *quaisquer* princípios, e até mesmo as possíveis *consequências* que a aplicação de R teria na inserção de um estado de coisas *altamente restritivo* daquilo que é comandado idealmente em um ou mais de um princípio.

A segunda noção é a que está consubstanciada no conceito de “princípio de validade”, e dessa noção ainda segue uma outra noção derivada que resta pouco explorada, a distinção entre princípios *formais* e *substantivos*. O “princípio de validade”, pelo que parece, seria, tal como qualquer princípio, um mandamento de otimização (*i.e.* um dever *prima facie*), e, como tal, deveria ser sempre aplicado via ponderação,

<sup>30</sup> Destaque-se, nesse ponto, o caráter normativo especial que Alexy parece atribuir à “regra de validade” e ao “princípio de validade” como *meta-normas*, *i.e.* como normas *formais* que, enquanto tais, não são objeto de aplicação, pois dizem respeito ao *modo de como aplicar* regras e/ou princípios *substantivos* aos casos concretos. Alexy, nesse ponto, apenas se refere à categoria de “princípio formal”, e não também à categoria de “regra formal”. Como quer que seja, a distinção entre norma “formal” e “substantiva” não parece ser uma distinção própria das normas que são princípios, pois, se assim fosse, seria difícil explicar o caráter especial, *p.ex.*, das (sub-)regras da proporcionalidade enquanto “regras de validade”. Assim sendo, aqui se admite como possível tanto a distinção entre princípios formais e substantivos, quanto a distinção entre regras formais e regras substantivas.

ou seja, levando em conta as outras razões (princípios) que pesam em sentido contrário à sua realização, e, assim, levando em conta razões que devem ser sopesadas em um caso concreto. Isso, porém, não é de todo coerente. O ponto aqui é que o “princípio de validade”, em sendo necessariamente um princípio *formal*, não é, ele próprio, *objeto de ponderação*, pois é um metaprincípio que comanda que os princípios *substantivos* em rota de colisão sejam *ponderados da melhor forma possível*, tendo em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas<sup>31</sup>. Da posição de que todo “princípio de validade” tem sempre de ser um “princípio formal” segue que essa seria a única possibilidade de atribuir alguma importância à aplicação das regras na argumentação jurídica. Apesar de não tê-lo feito expressamente, parece que nesse ponto Alexy está ciente de que, caso se admitisse que também os por ele chamados “princípios substantivos” pudessem ser qualificados como “princípios de validade”, pouca ou nenhuma função restaria às regras na argumentação jurídica, já que em toda e qualquer situação concreta poder-se-ia questionar a aplicação de certa regra não pelo fato de ela ser necessariamente inválida, mas pelo fato de a sua aplicação (e a aplicação do princípio que lhe serve de justificativa) eventualmente restringir um ou mais de um princípio substantivo. A saída que Alexy propõe, então, é que somente princípios formais, tomados como princípios de validade, poderiam sustentar adequadamente a exigência de que há um ônus argumentativo maior para afastar a

<sup>31</sup> Um princípio *formal*, portanto, embora não seja objeto de sopesamento, funciona como um *comando para sopesar da melhor forma possível*, e, assim, funciona como um mandamento de otimização. Na resposta à segunda crítica enunciada, acredito que esse ponto poderá ser mais bem colocado. Registro, ainda, que um sistema jurídico compreendido não mais apenas como um *sistema de regras*, mas, sim, como um *sistema de regras e princípios*, teria de conter princípios formais e princípios substantivos, já que não seria possível aplicar princípios substantivos aos casos concretos sem princípios formais que comandassem como essa aplicação deve proceder.

aplicação de uma *regra válida* em um caso concreto, mesmo quando se considere que a sua aplicação restrinja um ou mais de um princípio substantivo. Esse ponto, como se verá no parágrafo seguinte, não deixa de ser problemático. Pelo que parece, utilizando agora uma terminologia similar, pode-se afirmar que uma regra é válida sempre que ela é constitucional, e que uma regra é inválida (= inconstitucional) sempre quando (i) ela é *formalmente* inconstitucional, e/ou quando (ii) ela é *materialmente* inconstitucional<sup>32</sup>. Questionar a (in-)constitucionalidade formal de uma regra exige um ônus argumentativo menor do que questionar a (in-)constitucionalidade material dessa regra. E questionar a (in-)constitucionalidade material de uma regra quando essa regra é *formalmente válida* exige um ônus argumentativo ainda maior. Creio que essa seja a saída possível para a teoria de Alexy.

Como quer que seja, essas observações ainda precisam ser aprofundadas. É que, em linhas gerais, admitir que é possível resolver um choque entre uma regra e um princípio, à primeira vista, ou implicaria (a) sustentar que tal solução se daria no plano da validade, e então o princípio não poderia ser qualificado como um dever *prima facie*, já que poderia ser expurgado do ordenamento jurídico como inválido (tal como uma regra), solução essa incompatível com o conceito de princípio como mandamento de otimização; ou implicaria (b) sustentar que tal solução se daria no plano do sopesamento, e então a regra poderia não ser aplicada ao caso concreto mesmo que fosse válida, e, assim, mesmo que *devesse ser* aplicada, solução essa incompatível com o conceito de regra como mandamento definitivo. Nenhuma dessas soluções, pois, poderia ser lida como uma solução possível a partir da

<sup>32</sup> Aqui não considero a possibilidade do que se chama de “inconstitucionalidade reflexa”, *i.e.* a categoria de invalidade que define uma regra como inválida por ela não estar em conformidade com os requisitos formais e/ou materiais que uma certa lei válida (*i.e.* formal e materialmente constitucional) impõe para que ela seja uma regra válida.

teoria de Alexy. Para dar conta desse ponto, como se viu acima, Alexy procura articular uma solução alternativa, na medida em que defende que, quando há um choque entre uma regra e um princípio, o que há, na verdade, é uma colisão entre o princípio substantivo que serve de justificativa (razão) para a referida regra e um outro princípio substantivo posto em questão.

Essa solução, porém, não é menos controversa, pois abre espaço à objeção de que se confere uma ampla esfera de liberdade para que qualquer aplicador do Direito possa deixar de aplicar uma regra válida quando quer que ele identifique uma colisão do princípio que serve de justificativa a essa regra com algum outro princípio do ordenamento jurídico considerado como mais importante, *i.e.* em termos mais simples, o aplicador estaria *sempre livre*, em toda e qualquer situação concreta, para afastar a aplicação de uma regra *válida* em virtude de ela restringir um princípio que ele, aplicador, julgue como mais importante do que o princípio que serve de razão para a referida regra (ALEXY, 2002)<sup>33</sup>.

Uma possível saída para esse impasse – que, ressalte-se, implica uma total insegurança jurídica – seria recorrer ao argumento de que *toda regra sempre é um posterior resultado de um sopesamento entre princípios, o qual é realizado ou por algum juiz (é dizer, por meio do exercício da função jurisdicional), ou pelo legislador (é dizer, por meio do exercício da função legislativa)*<sup>34</sup>. A partir desse argumento,

<sup>33</sup> Outro ponto que poderia ser levantado é que a própria escolha de qual princípio, dentro do conjunto de princípios constitucionais, é aquele que serve de justificativa (razão) para determinada regra não é uma questão de simples resposta. É possível justificar uma mesma regra a partir de diferentes sopesamentos. Disso segue que mais de um princípio constitucional pode ser tomado como sendo a justificativa (razão) de certa regra, e a questão de *qual* foi o sopesamento permanece, em grande medida, no espaço de decisão de um órgão jurisdicional. Essa questão é central, mas aqui me reservo ao limite de enunciá-la para não fugir dos objetivos deste trabalho.

<sup>34</sup> Aqui não se entra no mérito da discussão de quanto clara é a diferença entre a função jurisdicional

seria possível desenvolver um argumento ulterior de que, se uma regra não constitucional é sempre resultado de um prévio sopesamento de princípios constitucionais realizado pelo legislador, então uma tal regra é resultado de uma *restrição imposta pelo próprio legislador* no exercício regular da sua função legislativa. Disso segue que, se uma regra não constitucional pode ser *sempre* entendida como uma restrição legislativa a direitos fundamentais (e, assim, como resultado de um sopesamento *prévio* feito pelo legislador), então há sempre uma *forte* razão para que um juiz a aplique em um caso concreto mediante *subsunção*, *i.e.* sem ter de recorrer sempre a um posterior sopesamento das razões que contam em sentido contrário à sua aplicação. O problema é que dizer que é uma forte razão não significa dizer que é uma razão *definitiva*, pois, como se há de convir, é sempre possível que seja em algum ponto duvidoso se a função legislativa foi exercida de modo regular, *i.e.* se a função legislativa foi exercida de modo constitucional ou inconstitucional<sup>35</sup>.

e a função legislativa, se é uma diferença qualitativa ou apenas uma diferença de grau. Veja, *p.ex.*, o modo como Kelsen (2003, p. 387-) sustenta uma diferença *de grau* entre as duas funções.

<sup>35</sup> Há uma distinção relevante entre o caso simples em que compete a um juiz verificar a (in-)constitucionalidade da regra enquanto tal e um caso mais problemático, em que compete a um juiz avaliar se *deve ou não* aplicar uma certa regra não por ser inconstitucional, mas por sua aplicação gerar, no caso concreto, um estado de coisas inconstitucional. O primeiro caso é simples apenas em um sentido restrito de que o juiz tem apenas duas opções: ou decide pela constitucionalidade da regra, e então a aplica por subsunção, ou decide por sua inconstitucionalidade, e então não a aplica no caso concreto. A questão de *como o juiz decide sobre a (in-)constitucionalidade* ainda permanece, sobretudo nos casos de (in-)constitucionalidade material, uma situação *complexa*. No segundo caso, trata-se de um caso tão difícil quanto o caso de um juiz que está na posição de verificar uma (in-)constitucionalidade material da regra, porque dele se exige, em ambas as situações, a realização de um *sopesamento*, que, *per definitionem*, é algo *complexo*. O juiz, nesse caso, avalia as consequências de formular uma argumentação *contra legem* para preservar a constitucionalidade de um estado de coisas, e tal avaliação, ressalte-se, é também uma avaliação que é feita mediante sopesamento de

Em outras palavras, disso segue que seria sempre possível questionar a *correção* do sopesamento realizado pelo legislador, e tal questionamento, ressalte-se, somente é possível mediante a demonstração de que há um outro sopesamento de princípios que é considerado, pelo próprio órgão julgador, como mais correto do que o sopesamento feito pelo legislador. Sendo assim, torna-se uma afirmação plausível a de que *nunca* se poderia negar que sempre há um amplo espaço, no exercício da função jurisdicional, para questionar as decisões legislativas restritivas de direitos fundamentais<sup>36</sup>. A saída aqui seria reafirmar a tese de que entre as duas funções não haveria uma distinção qualitativa (ou de natureza), mas apenas uma distinção *de grau*. É que ambas, em certo sentido, são funções *criadoras de Direito*, pois ambas são funções que, por um lado, *aplicam Direito*, e, por outro lado, *criam Direito*<sup>37</sup>.

Como quer que seja, o que importa notar é esse grande peso das razões enquanto justificativas da relação de precedência seja de um princípio sobre outro, seja de uma

---

princípios *potencialmente* restringíveis. Sobre o tema da argumentação *contra legem*, veja, por todos: BUS-TAMANTE (2005).

<sup>36</sup> Há apenas duas possibilidades de reduzir objetivamente esse espaço de discricionariedade da função jurisdicional comum: ou reduzir o espaço do controle de constitucionalidade ao da (in-)constitucionalidade formal, ou eliminar qualquer possibilidade de a função jurisdicional comum exercer controle de constitucionalidade. Caso não se opte por nenhuma das duas, deve-se necessariamente restar na exigência de fundamentação explícita e detalhada das decisões judiciais. Aqui não procuro avaliar se tais possibilidades são também *boas* possibilidades, ou se são melhores do que a possibilidade de garantir esse amplo espaço discricionário de decisão. Apenas registro que são elas as únicas hipóteses logicamente possíveis para afastar a discricionariedade da função jurisdicional comum no controle de constitucionalidade e para preservar a posição tradicional da delimitação rígida entre uma função que é puramente legislativa (= criadora de Direito) e outra que é puramente jurisdicional (= aplicadora do Direito criado), ambas exercidas por órgãos distintos dentro de uma mesma estrutura estatal.

<sup>37</sup> O *locus* clássico de defesa dessa tese é, obviamente, a Teoria Pura de Kelsen (2005, p. 193-).

regra sobre um princípio, seja de um princípio sobre uma regra. As observações acima colocadas não invalidam, nem alteram, a meu ver, os pontos centrais elaborados por Alexy em sua teoria dos princípios, pois apenas oferecem uma boa oportunidade de complementar a discussão e, assim, de fornecer um suporte teórico mais completo e sólido para a distinção princípio/regra. É que, de todas as formas, o problema de como solucionar o choque entre uma regra e um princípio é um problema para toda e qualquer teoria dos princípios, e tem de ser composto dentro de um quadro que seja, tanto quanto possível, coerente com o que se manifesta na prática. A crítica de foco à teoria dos princípios de Alexy não é capaz de colocar em xeque a ideia básica de que somente princípios são objetos de sopesamento e de que somente regras são aplicadas via subsunção, pois é possível encontrar saídas teoricamente válidas (ainda que difíceis) dentro do próprio contexto teórico fornecido por Alexy<sup>38</sup>. Com isso dito, creio que os pontos levantados refutam convenientemente a objeção apontada em (i).

Quanto à objeção (ii), ou seja, quanto à objeção de que princípios, como mandamentos de otimização, possuem uma estrutura similar à das regras, pois ou otimizam, ou não otimizam, é importante introduzir uma distinção entre *comandos para otimizar* e *comandos para serem otimizados*<sup>39</sup>. Isso

---

<sup>38</sup> Essas saídas teoricamente válidas, ainda que difíceis são saídas que não só conduzem ao ponto nevrálgico da teoria proposta por Alexy, mas também a um ponto não menos essencial que se revela constantemente na prática judicial de qualquer Estado: o ponto de que se não se admite como possível uma função jurisdicional que apenas aplique regras aos casos concretos (posição formalista), será sempre uma questão difícil a questão de saber qual é o limite que a função jurisdicional teria para argumentar mediante princípios, e, assim, a questão de se teria a função jurisdicional o poder de solapar restrições legislativas a direitos fundamentais mediante a formulação de regras *novas* (*i.e.* de restrições *novas*).

<sup>39</sup> Essa distinção foi admitida por Alexy para responder à crítica elaborada em (ii). Uma versão

porque constatar no conceito de princípios como mandamentos de otimização o conceito de *comandos para otimizar* não implica necessariamente a falha interna da tese de que princípios são normas que demandam que algo seja realizado na maior medida dentro do que é fática e juridicamente possível. Poder-se-ia argumentar que os princípios, em sendo comandos para otimizar, tornam *obrigatório* o resultado *ótimo*, e, então, tornam aceitável o argumento de que somente esse resultado *ótimo* seria *devido*. É precisamente por isso que se torna plausível, à primeira vista, o argumento de que princípios, no final das contas, acabam por ter uma estrutura idêntica à das regras.

Existe, no entanto, uma diferença sutil, mas muito relevante, entre *comandos para otimizar* e *comandos para serem otimizados*<sup>40</sup>. Com efeito, os comandos para serem otimizados são os princípios quando tomados como objetos de sopesamento. Só se otimiza um princípio quando esse princípio colide com outro princípio, ou seja, só faz sentido falar em *comandos para serem otimizados* em uma situação concreta de colisão em que um princípio limita a realização de outro. E é precisamente essa limitação que justifica a necessidade da otimização. Dessa forma, os comandos para serem otimizados representam princípios enquanto *deveres ideais*, isto é, enquanto comandos para atingir estados de coisas ideais, e que devem ser concretizados na maior medida possível (quando convertidos em *deveres reais*). De outra parte, os *comandos para otimizar* não se situam no nível dos princípios como objetos de sopesamento (enquanto princípios na iminência de serem otimizados), mas, sim, num metanível dos princípios que têm

---

completa do argumento de Alexy pode ser encontrada em: ALEXY (2000, p. 294-304).

<sup>40</sup> Essa é uma distinção correlata à distinção já comentada acima entre princípios formais e substantivos. Em geral, os princípios formais se aproximam dos agora chamados “comandos para otimizar”, enquanto os princípios substantivos se aproximam dos chamados “comandos para serem otimizados”.

como seu objeto de comando os próprios *comandos para serem otimizados*, ou seja, dos princípios que demandam que os *comandos para serem otimizados* sejam realizados na maior medida possível. Os comandos para otimizar, portanto, são satisfeitos não pela exigência de serem eles próprios otimizados, mas, sim, pela exigência de otimização dos comandos por eles comandados<sup>41</sup>.

Essa distinção permite ver claramente que é possível admitir, dependendo da necessidade, duas classes de princípios que não diferem em sua estrutura lógica, mas, sim, no *tipo de conteúdo que é comandado*. Enquanto, nos comandos para serem otimizados, o conteúdo é um estado de coisas ideal, que deve ser realizado concretamente em sua máxima medida possível, nos comandos para otimizar o conteúdo é o próprio comando cujo conteúdo é um estado ideal de coisas a ser perseguido. A objeção (ii), de que os princípios teriam uma estrutura idêntica à das regras, não procede, pois princípios *nunca ou são otimizados ou não são otimizados*, já que é admissível, no plano teórico, a *otimização de dever ser otimizado*, ou melhor, é admissível o dever de otimizar a *realização (no plano concreto) de um conteúdo ideal que deve ser otimizado (no plano ideal)*.

### Referências

AARNIO, Aulis. Taking Rules Seriously. In: LAW and the States in modern times: Proceedings of the 14th IVR World Congress in Edinburgh, August, 1989. Stuttgart: F. Steiner, 1990. p. 180-192. (Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy = Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, n. 42).

---

<sup>41</sup> Alexy (2000, p. 294) escreve que “...as optimization commands they are not to be optimized but to be fulfilled by optimization”. Essa distinção é, como já se pode notar, muito relevante para este trabalho, pois a proporcionalidade se situa nesse metanível, já que não inclui, como se verá, em sua estrutura normas “de conteúdo”, mas sim normas “de procedimento”. Nesse sentido, as regras que compõem a estratégia da proporcionalidade podem ter como razão (ou justificativa) algum princípio que tenha como característica central ser um *comando para otimizar comandos*.

ALEXY, Robert. Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung. In: NEUMANN, Ulfrid; WINFRIED, Hassemer; SCHROTH, Ulich. *Verantwortetes Recht: die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmann*. Stuttgart: F. Steiner, 2003a. p. 47-66 (Archiv für Recht- und Sozialphilosophie = Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy; n. 100).

\_\_\_\_\_. Constitutional Rights: balancing, and rationality. *Ratio Juris*, New York, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003b.

\_\_\_\_\_. On Balancing and Subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, New York, v. 16, n. 4, p. 433-449, Dec. 2003c.

\_\_\_\_\_. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, New York, v. 13, n. 3, p. 294-304, 2000.

\_\_\_\_\_. *A Theory of Constitutional Rights*. Julian Rivers (trad.). Oxford: Oxford University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *DOXA: cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 5, p. 139-151, 1988. Disponível em: <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_07.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf)>. Acesso em: 26 out 2011.

\_\_\_\_\_. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1985.

\_\_\_\_\_. Zum Begriff des Rechtsprinzips. In: \_\_\_\_\_. *Recht, Diskurs, Vernunft: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p.177-212. (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft; 1167).

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan R. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 2004.

\_\_\_\_\_. Sobre principios y reglas. *DOXA: cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 10, p. 101-120, 1991. Disponível em: <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10\\_04.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12482196462352624198846/cuaderno10/doxa10_04.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *DOXA: cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, v. 2, p. 89-104, 1998. Disponível em: <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II\\_07.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_07.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2011.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm: in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen: Mohr, 1956. (Untersuchungen zur vergleichenden allgemeinen Rechtslehre und zur Methodik der Rechtsvergleichung; 1)

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HART, Herbert L.A. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Conceito de Direito*. A. Ribeiro Mendes (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LA TORRE, Massimo. Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights. In: MENÉNDEZ, Agustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar (Ed.). *Arguing fundamental rights*. Dordrecht: Springer, c2006. p. 53-67.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SOUZA, Felipe Oliveira de. *A proporcionalidade na argumentação jurídica: estrutura lógico-normativa e significância prática* (manuscrito inédito).

\_\_\_\_\_. Entre el no-positivismo y el positivismo jurídico: notas sobre el concepto de derecho in Robert Alexy. *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, n. 88, p. 101-135, 2010. Disponível em:<<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/88/lecciones-y-ensayos-88-paginas-101-135.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2011.

WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and Action: a logical enquiry*. New York: Humanities, 1963. 214 p.



# Sinal de fumaça à frente

## A codependência de indivíduos e governos em relação ao cigarro

Raquel Tiveron

### Sumário

1. Em busca de novos territórios para o cigarro: uma estratégia necessária para a indústria tabagista. 2. Jovens: um alvo cativo. 3. As limitações legais publicitárias e as novas técnicas da indústria fumageira. 4. Cientificidade e juridicidade na prova da dependência nicotiana. 5. A postura contraditória dos governos: o impacto da indústria tabagista para a economia de um país. 6. Conclusão.

Um dos vídeos mais polêmicos difundidos pela rede mundial de computadores no ano passado mostrou um menino indonésio fumando, aos dois anos de idade, já viciado pelo consumo diário de quarenta cigarros. A criança se exibia para uma plateia de outros menores de idade, exalando a fumaça do cigarro para o alto, ao tempo em que o manipulava entre os dedos, com a destreza peculiar dos fumantes mais experientes (INDONESIAN..., 2010).

O caso é uma constatação de que, a despeito de toda a restrição publicitária e da pesada investida tributária que vem sofrendo, a indústria fumageira encontra-se em amplo crescimento. Sua estratégia de atuação é rumo aos países menos desenvolvidos, mais especificamente sua população jovem e feminina. Segundo dados da IBIS World's Industry Research (2011), enquanto a legislação nos países mais desenvolvidos se empenha em desestimular o tabagismo – com uma regulamentação rigorosa e campanhas antitabaco bem-

Raquel Tiveron é Doutoranda em Direito das Relações Internacionais no UniCEUB.

-sucedidas –, países como a China e a Índia são hoje o alvo dileto para sua atuação. A falta de regulamentação e a não ratificação do tratado da Organização Mundial de Saúde sobre o controle do tabaco<sup>1</sup> faz com que a Indonésia (país da criança-notícia na internet), por exemplo, ostente a assombrosa estatística de um fumante para cada quatro jovens, com idade entre treze e quinze anos (THE TOBACCO..., 2011). Outro fator que contribui para a expansão da indústria fumeira naquele país é que o cultivo e a venda dessa substância chegam a representar dez por cento das receitas do governo indonésio, além de proporcionar milhões de empregos para pessoas que não possuem bons níveis de escolaridade (THE TOBACCO, 2011). Assim, nas regiões onde a produção de tabaco contribui de alguma forma para a renda familiar ou local, os anúncios antitabagistas e as mensagens que alertam sobre as consequências do fumo sobre a saúde não surtem o efeito dissuasivo desejado. Até mesmo os governos passam a ter atitudes contraditórias em relação ao tabaco, que desempenha um curioso papel social e econômico, eis que ao mesmo tempo em que solapa seu orçamento com os gastos na saúde, contribui com a arrecadação tributária sobre os produtos derivados.

O presente estudo discute essa relação contraditória dos governos e população no que tange ao tabaco. Com referência ao governo, o argumento primeiro é o de que o aspecto econômico da arrecadação tem sido fundamental para tanto, já que os efeitos nocivos do fumo são conhecidos e comprovados cientificamente, mas o seu consumo é crescente. Para chegar a tal conclusão, analisaremos a influência da publicidade sobre o tabaco no comportamento da população (jovens, mulheres e

homens); as medidas governamentais de restrição a essa publicidade; o tratado da OMS – Organização Mundial da Saúde para o Controle do Tabaco; a mudança de estratégia da indústria fumageira em virtude dessas limitações; o impacto econômico do tabaco sobre o orçamento governamental e a espúria relação entre governo-indústria fumígena.

### *1. Em busca de novos territórios para o cigarro: uma estratégia necessária para a indústria tabagista*

A abertura dos países em desenvolvimento ao tabaco se explica em parte por razões econômicas, como o fato de o tabaco ser um grande arrecadador de receitas e gerar muitos empregos por aqueles envolvidos na produção e atividades conexas ao tabaco. A maior liberdade publicitária nesses países para a divulgação dos seus produtos é outro fator decisivo para a mudança. Como é sabido, principalmente após a adesão de 168 Estados-membros da OMS à Convenção-quadro para o Controle do Tabaco, muitos Estados têm adotado medidas severas, em especial de restrição à propaganda do cigarro. Nos que ainda não contam com regulamentação nesse sentido, abre-se espaço para o uso de táticas empresariais e de publicidade mais agressivas, além de se apresentar como uma excelente oportunidade das indústrias fungadeiras se acautelarem contra as crescentes ações indenizatórias milionárias ajuizadas nos países mais desenvolvidos.

Nesses novos mercados, as estratégias para conquistar o público variam desde o angariamento de parceiros influenciadores no “Facebook”, “Twitter” e outras mídias sociais até a comercialização de cigarros em pequenos pacotes de batom, que procuram imitar o “glamour” desses cosméticos para atrair a população feminina (THE TOBACCO..., 2011). Como observa Segatto (2010), essas táticas logram êxito porque, juntamente com os cigarros, a indústria

<sup>1</sup> A Convenção-quadro para o Controle do Tabaco (WHO FCTC - World Health Organization Framework Convention on Tobacco Control) foi adotada em 2003 e entrou em vigor em 2005. Desde então, 168 Estados-membros da OMS aderiram ao tratado, com exceção da Indonésia, Estados Unidos, Suíça, Argentina e Cuba.

fumeira vende uma aura, uma atitude, uma imagem. Há um grande investimento em publicidade a fim de equiparar a ação de fumar a um ato sensual, transformando o cigarro num produto “necessário” na cultura moderna. Essa associação do cigarro ao charme, estilo, “glamour” é um dos principais fatores apontados hodiernamente para o consumo do tabaco, mesmo com as evidências científicas de que ele representa um risco para a saúde. Nos anos quarenta, por exemplo, a maioria dos filmes mostrava os atores e atrizes fumando, e isso foi parte do “glamour” da época. Nos anos setenta, uma foto de mulheres famosas ostentando cigarros entre os dedos (entre elas Danuza Leão, Leila Diniz, Elke Maravilha e Clementina de Jesus) foi colocada em grandes painéis nas ruas das cidades brasileiras com a frase “No Brasil, toda mulher tem Charm”, a fim de divulgar o cigarro do mesmo nome. Com esse tipo de estratagema, a indústria tabagista convenceu gerações de mulheres de que, para serem lindas, sensuais, charmosas e, principalmente, livres, era preciso fumar (SEGATTO, 2010).

Além das mulheres, os jovens são alvos preferenciais destas companhias. Para conquistar esse público, por muito tempo a fórmula foi associar o cigarro a ideias de maior êxito na sexualidade, insinuando o aumento de virilidade das pessoas; ao espírito aventureiro dos esportes radicais; à cultura e à modernidade. O cigarro Hollywood, por exemplo, patrocinou por alguns anos o maior evento nacional regular de Rock, o “Hollywood Rock”, além de promover semanalmente um programa televisivo com o mesmo nome. Em seus comerciais, à beleza das imagens, produzidas na maioria das vezes no exterior, aliavam-se sempre os esportes radicais de vanguarda: asa-delta, parapentes, *jet-skis*, bugres no deserto, windsurfe, motos de neve etc. (MILAGRES, 2011).

No tocante à associação à cultura, o cigarro Free, por exemplo, vendia um discurso supostamente “mais inteligente”, de

identificação com o consumidor (“o cigarro que tem algo em comum com você”) e logrou vincular sua marca ao patrocínio do único festival de Jazz do Brasil, o FreeJazz Festival. Outro evento cultural patrocinado por empresa nicotiana foi um dos raros festivais de dança do país: o “Carlton Dance Festival”. Esse mesmo cigarro patrocinava, no horário nobre da televisão, o “Carlton Cine”, um programa semanal de exibição de filmes (MILAGRES, 2011).

Um artifício diferente da indústria fumageira é a utilização da imagem de celebridades e formadores de opinião associada ao tabaco, o que é particularmente influente. Por exemplo, Winston Churchill – além de grande estadista, foi um fumante inveterado de charutos que viveu até os 91 anos de idade – é uma das imagens cultivadas e usadas como lembretes das glórias e segurança do tabaco (BREED, 1995?). Nesse sentido, provoca Milagres (2011): “Quem acreditará que exista risco na prática do tabagismo, se, por exemplo, uma pessoa tão inteligente, e queridíssima, como o Jô Soares, não nos priva de associar a sua imagem ao uso do tabaco?”, ao comentar as constantes exposições de imagens de Jô Soares fumando seu charuto. Outro exemplo citado é o uso do prestígio do imortal da Academia Brasileira de Letras Carlos Heitor Cony e do jornalista Artur Xexéo, no programa “Liberdade de expressão”, da Rádio CBN. Durante o programa, esses formadores de opinião debatem uma notícia do dia. No início e ao final do debate, veiculava-se a vinheta da patrocinadora do programa, a maior indústria de tabaco brasileira e subsidiária da British American Tobacco: “a Souza Cruz, há 100 anos crescendo junto com o Brasil” (MILAGRES, 2011).

As alterações legislativas no sentido de desestimular o consumo do cigarro são paulatinas, já que não é possível saber de antemão quais medidas serão eficazes para a redução do consumo tabaqueiro. No Brasil, a primeira iniciativa neste sentido foi a Lei 9.294 de 1996. Em 2000, foi editada a

Lei 10.167 e em 2003 a Lei 10.702, impondo cada vez mais restrições. Isso se deve ao fato de que a publicidade do cigarro é diferenciada, já que a associação feita do fumo à beleza, virilidade, ao fôlego é precipuamente subliminar e não racional. A sinestesia das imagens, do som, do gosto, do cheiro propiciada pela propaganda fumígena preenche uma lacuna psicológica (NAS PROPAGANDAS..., c2002). Caso o anúncio tabagista fosse feito como os demais, de forma puramente racional, o consumidor simplesmente não se convenceria da mensagem e não se disporia a fumar, pois o consumo do cigarro é incompatível com tudo o que se apresenta na imagem, observa SEGATTO (2010). Por exemplo, a publicidade do cigarro “Plaza extra suave” utilizou a trilha sonora dos filmes “Indiana Jones”, “Batman”, “007”, com o slogan “uma classe a mais”, associando-o a esses ícones. Racionalmente, não se pode explicar, por exemplo, como um fumante, possível sofredor de efisema pulmonar, seria capaz de escalar uma montanha ou como uma tabagista manteria a beleza e juventude da sua pele com o fumo que lhe promete charme e sensualidade. O que fazem as campanhas publicitárias de cigarro é mostrar, por meio dos esportes radicais, atos de liberdade e de aventura que o fumante gostaria de fazer ou praticar, mas não pode justamente porque é fumante. Não é demais lembrar que a maior parte do público alvo dessas campanhas não tem dinheiro para realizar todas as fantasias mostradas nos comerciais. São analfabetos funcionais, jovens ou pessoas de pouca renda que não têm acesso à informação completa sobre os males do tabaco e fazem sua escolha influenciados simplesmente pela sedução difundida por esse tipo de apelo comercial. O maior inconveniente dessa tática está no fato de que, na medida em que associam o tabagismo a atividades atléticas, os anúncios de cigarro também desviam a atenção sobre as consequências do fumo à saúde.

Diante das paulatinas restrições impostas à publicidade de produtos fumígenos, as companhias efetuaram ajustes em seus anúncios. Se antes era comum assistir a comerciais com atores famosos, ídolos do esporte, casais a caminho do teatro; eles passaram a conter pessoas a sós, sem envolvimento no mundo social (ex: um casal em um barco longe da costa, um homem escalando uma montanha, o vaqueiro na planície), como que se retirando para locais privados para o consumo do cigarro, como sói acontecer nos atuais “fumódromos” (BREED, [1995?]). Em relação ao cigarro Hollywood, por exemplo, num primeiro momento a marca prometia ao seu consumidor “o sucesso”, mas depois, com a profusão de informações a respeito dos males do fumo, mudou seu *slogan* para “no limits”. Em seguida, com as constantes restrições publicitárias, os anúncios passaram a ter apenas impacto visual, sem nenhuma mensagem verbal, exceto em músicas, até que foram finalmente abolidos da programação televisiva (MILAGRES, 2011). Além da propaganda televisiva, a indústria nicotiana se valeu de outras formas de divulgação e de *marketing* do fumo, como a distribuição de amostras grátis, patrocínios de grandes eventos artísticos, esportivos e de música, além de doações em dinheiro para atividades e associações, com a finalidade de lhes conferir uma “aura de legitimidade e de salubridade” (BREED, 1995?).

Um exemplo atual de outra forma de promoção do cigarro e da migração da atividade tabagista para países do terceiro mundo é a Fórmula-1. Ainda é presente na memória de muitos brasileiros que viveram a década de oitenta a imagem de Emerson Fittipaldi pilotando a sua Lotus preta (patrocinado pela marca de cigarros John Player Special, cuja embalagem era da mesma cor); ou do tricampeão de Fórmula-1 Ayrton Senna, em seu carro branco e vermelho, nas cores e com o logotipo dos cigarros Marlboro; ou a do campeão mundial Nelson Piquet, na direção de uma

Lotus amarela (cor do cigarro patrocinador Camel). Na medida em que a publicidade fumígena vem sendo proibida nos circuitos europeus, seus organizadores, pressionados pelos principais patrocinadores<sup>2</sup>, buscam novos locais para a realização das provas de automobilismo, tais como Bahrein, Índia, Emirados Árabes e Hong Kong (MILAGRES, 2011).

Como visto, a migração da indústria tabaqueira para os países em desenvolvimento se deve em parte por razões econômicas e em outra por uma questão de liberdade publicitária para seus produtos. Essa mudança de rota dos fabricantes rumo ao terceiro mundo provocou uma alteração no cenário global de comércio de tabaco. Atualmente, o maior produtor de tabaco é a China. A Índia vem em segundo lugar, o Brasil em terceiro e os Estados Unidos em quarto. De 1980 a 2003, o Brasil aumentou em 70% a sua produção, ao passo que os Estados Unidos reduziram a sua em 50% (BOEIRA; JOHNS, 2007).

O Brasil, a despeito de ser um dos Estados-membros da OMS que ratificaram a Convenção-quadro sobre o Controle do Tabaco e de possuir uma das legislações mais avançadas em matéria de restrição ao tabaco, ainda é considerado um destino dileto pelas indústrias fumeiras, interessadas precipuamente nos seus incentivos econômicos e no seu mercado consumidor jovem, como se verá a seguir.

## 2. Jovens: um alvo cativo

Nos países do terceiro mundo, as companhias tabaqueiras concentram seus esforços sobre a população feminina e a jovem, para quem o apelo do cigarro, ligado a uma imagem de atitude, charme, independência e liberdade, tem especial repercussão. Como apenas os adultos são autorizados a fumar, o

<sup>2</sup> A Philip Morris, fabricante do cigarro Marlboro, já patrocinou Ayrton Senna, Emerson Fittipaldi, Raul Boesel, Rubens Barrichelo, André Ribeiro, Hélio Castro-Neves e Gil de Ferran.

consumo do cigarro transmite a mensagem de que o fumante não é mais criança. Os jovens, desejosos de alcançar a maioria, tragam a fim de “parecerem adultos”. A esse respeito destaca Spink (2010): “As primeiras experiências [com o tabaco] estão associadas à curiosidade na infância, à busca de autoafirmação durante os anos escolares de Ensino Médio e à pressão do grupo, no caso, de adolescentes”. Há de se acrescentar também que os recursos tecnológicos incorporados ao tabaco, como a aromatização com sabores, como menta e chocolate, são grandes atrativos para o público juvenil<sup>3</sup>.

Segundo a Sociedade Americana de Câncer, nove em cada dez fumantes iniciaram-se no vício antes dos 18 anos (CRACKING..., 2009). No Brasil, a oferta de cigarros a crianças e adolescentes é considerada crime, previsto no art. 243 do Estatuto da Criança e Adolescente<sup>4</sup>. Nos Estados Unidos, por exemplo, o Código de Propaganda de Cigarros proíbe o seu anúncio nas escolas, em publicações das faculdades ou nos campi, além de exigir que todos os modelos de propaganda aparentem possuir mais de 25 anos de idade e que o ato de fumar não seja apresentado como algo relacionado ao sucesso, de qualquer tipo (sexual, financeiro etc.) (Art. 4º, Seção I, “a” a “j”, do “Cigarette Advertising Code”). O objetivo é o de que, na medida em que se dificulta o acesso das companhias de tabaco aos jovens, possa-se reduzir o número de fumantes a longo prazo. Todavia, essa lógica nem sempre é verdadeira. Pesquisas atuais<sup>5</sup> sugerem que

<sup>3</sup> Em 2009, por exemplo, a Souza Cruz reformulou a embalagem da marca “Free” e lançou uma linha de produtos com base mentolada, a “Família Mix” (“Fresh Mix”, “Citric Mix” e “Spicy Mix”).

<sup>4</sup> Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, administrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida: Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

<sup>5</sup> THE IMPACT... (2004); INFLUENCE... (2011); GETTING... (2002); SOCIAL... (2004); SLY; TRAPIDO; RAY (2002); EFFECTIVENESS... (1994).

a propaganda antitabagista (que ressalta as práticas enganosas de *marketing* da indústria fungadeira, por exemplo) reduziria o tabagismo entre os adolescentes. No entanto, nas regiões onde a produção de tabaco desempenha um importante papel social e econômico, os jovens seriam menos receptivos a esses anúncios. Assim, campanhas antitabagistas bem como as mensagens que tratam das consequências do fumo sobre a saúde não surtem o mesmo efeito entre jovens a depender do local em que vivem, eis que eles associam a dependência econômica do seu estado ou da sua família como uma barreira para promover o controle do tabaco.

### 3. As limitações legais publicitárias e as novas técnicas da indústria fumageira

Tanto no Brasil como em outros países do mundo, as restrições à publicidade do cigarro têm sido constantes e paulatinas. Em 1988, a Constituição Federal determinou que a propaganda comercial de tabaco esteja sujeita a restrições legais e contenha, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (art. 220, § 4º). A lei regulamentadora desse dispositivo (Lei 9.294 de 1996) determinou que as embalagens e os maços de produtos fumígenos estampassem advertência sobre os malefícios do fumo. Entretanto, tais avisos, mesmo acompanhados de imagens chocantes ilustrando as consequências advindas do fumo, não foram suficientes para desestimular o tabagismo<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Nos Estados Unidos, apenas em agosto de 2011 as empresas fumígenas foram obrigadas a exibir imagens em suas embalagens contendo advertências contra os males do fumo para a saúde. A obrigatoriedade dessa medida causou revolta entre os grandes fabricantes de tabaco nos Estados Unidos. Segundo determinação da FDA - Food and Drug Administration, a agência americana encarregada da regulação de medicamentos e alimentos, os anúncios devem ocupar a metade das partes da frente e de trás da embalagem. As empresas RJ Reynolds Tobacco, Lorillard Tobacco, Commonwealth Brands, Liggett Group e Santa Fe Natural Tobacco irresignaram-se contra a ordem, alegando que as advertências com imagens deixarão seus consumidores

Também, desde o ano de 1996, é proibido no Brasil o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos etc. em recinto coletivo, privado ou público, tais como repartições públicas, hospitais, salas de aula, bibliotecas, teatros e cinemas<sup>7</sup>. O tabagismo ficou então restrito aos “fumódromos”, áreas destinadas exclusivamente ao fumo, devidamente isoladas e com arejamento conveniente. Nos Estados Unidos, essa foi uma conquista recente, eis que naquele país até este ano vigoravam apenas proibições de consenso internacional, como as relativas ao fumo nos ambientes de trabalho, aeronaves e demais veículos de transporte coletivo.

No Brasil, instituindo um maior rigor ainda nessas restrições, foi editada, no final do ano 2000, a Lei 10.167, que entre outras medidas proibiu o chamado *merchandising* do cigarro em filmes, bem como a sua publicidade em revistas, jornais, televisão, rádio e *outdoors*, em estádios, pistas, palcos, assim como o patrocínio de eventos esportivos nacionais e culturais, bem como a publicidade pela Internet. A medida preencheu uma lacuna legislativa, já que, como relata Breed (1995?), desde 1980 as indústrias de tabaco vinham se empenhando com firmeza para divulgar seus produtos no cinema. Por exemplo, no filme “Superman II”, houve 24 menções do cigarro Marlboro. Mesmo estando a empresa de cigarros proibida de contratar comerciais televisivos em horário comercial, bastava a exibição do filme Superman II que o produto continuava exposto em inúmeras cenas. Apesar da ampliação da gama de restrições legais, a brecha ainda persiste na transmissão de imagens televisivas em que apareçam personalidades conhecidas do público fumando, que não é proibida. Em nosso país, esse aspecto é bastante relevante, já que nove entre dez casas brasileiras possuem televisor<sup>8</sup>.

“deprimidos, desencorajados e com medo de comprar o produto” (NOVAS..., 2011).

<sup>7</sup> Lei 9.294/96, art. 2º, §1º.

<sup>8</sup> Segundo a PNAD, Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios realizada em 2008, 93% dos

Com a crescente tendência de restrições publicitárias nos Estados-membros da OMS, a indústria fumígena reviu suas estratégias. A divulgação do cigarro por meio de propaganda televisiva, cartazes e filmes ficou em segundo plano e deu lugar a táticas mais sutis, que variam desde a manipulação do uso da linguagem ao se debater sobre o fumo, passando pela atuação das companhias fungadeiras nos “bastidores” (contato direto com representantes da mídia, lóbi e relacionamento político) à construção de uma imagem da atividade tabagista como um negócio preocupado com seus consumidores.

Quanto à primeira estratégia, o uso da linguagem, essa foi trabalhada cuidadosamente pela indústria fumageira, ora com o fim de abrandar os efeitos nocivos do seu produto, ora de forma a ridicularizar seus opositores. A este respeito, Wittgenstein (1994, passim) já advertia sobre o perigo do uso da linguagem com o fim de manipular, por meio dos “jogos de linguagem”. Os cigarros menos tóxicos, por exemplo, foram denominados como de “baixo-teores” e divulgados como uma “opção inteligente”<sup>9</sup>. Por outro lado, para se referir aos engajados no movimento antitabaco, as expressões usadas variam de “militantes da saúde” a “fanáticos”, passando por “agitadores antitabagistas”, “intrusos”, “proibicionistas do tabaco”, entre outros. Não foi por outro motivo que a companhia R. J. Reynolds Tobacco Co. mudou o seu nome comercial para Reynolds American, suprimindo a palavra “tobacco” (BREED, 1995?).

---

domicílios têm televisores, número esse maior do que o de geladeiras em todo o País, exceto na região Sul. Sobre este tipo de transmissão televisiva, há uma Portaria Interministerial (nº 477, de 24 de março de 1995) que apenas recomenda às emissoras que a evitem.

<sup>9</sup> Baseado no conceito de filtro ou dos níveis de alcatrão ou nicotina, as empresas de tabaco vendem cigarros que são considerados “mais seguros”. Em vez de desestimular o consumo, essas alterações trouxeram benefícios inesperados para a indústria: a confecção de cigarros mais finos os fez mais atraentes, com o gosto mais suave e, portanto, mais fácil para a iniciação no vício de fumar.

Um exemplo da segunda prática (atuação nos “bastidores”) ocorre nos Estados Unidos de forma mais ostensiva, com a ajuda financeira das indústrias nicotianas para a campanha eleitoral de representantes políticos favoráveis às suas posições. O caso do falecido senador republicano Jesse Helms é emblemático. Foi patrocinado com doações declaradas das empresas RJ Reynolds e Philip Morris e eleito por cinco mandatos consecutivos, totalizando 52 anos de atuação na política americana. A força da indústria fumeira também pode ser medida pelas doações feitas (em dólares) para outros senadores americanos: Richard Burr, senador pela Carolina do Norte, recebeu de 1995 até 2009, 355 mil dólares americanos, quantia inferior apenas à recebida por Addison Mitchell McConnell Jr, o mais antigo senador dos EUA, do Kentucky (PAPER..., 2009)<sup>10</sup>.

No Brasil, relata Boeira e Johns (2007), a AFUBRA – Associação dos Fumicultores do Brasil, quando da ratificação do tratado sobre o tabaco da OMS, efetuou um trabalho de lóbi junto aos parlamentares, alegando que a confirmação do acordo provocaria uma tragédia social e econômica e que acarretaria o desemprego em dois milhões e duzentas mil famílias. Ademais, acendeu entre os fumicultores uma campanha de desinformação sobre os objetivos do documento, noticiando falsamente que ele proibiria de vez a cultura do tabaco no país. A referida associação patrocinava ainda anúncios de página inteira, com manchetes como “querem acabar com a fumicultura”, e incitava leitores a protestar, enviando cartas aos senadores e comparecendo em massa nas audiências públicas, valendo-se de ônibus fretados pelos tabaqueiros e pelas prefeituras locais das microrregiões

---

<sup>10</sup> Nesse aspecto, a influência da indústria tabagista no Congresso americano é tamanha que os Estados Unidos, além de serem um dos poucos países desenvolvidos que não ratificaram a Convenção-quadro para o Controle do Tabaco, são ausentes de forma contumaz nas conferências da OMS sobre o tabagismo.

fumageiras. O curioso, segundo o autor, é que as cinco audiências públicas foram realizadas fora da capital do país, todas em cidades da região sul do Brasil (Santa Cruz do Sul), tamanho o poder de pressão e influência da indústria fumígena.

Uma terceira tática é invocação de uma pretensa responsabilidade social corporativa das companhias fumigadoras com o seu consumidor. Propala o empresariado que, a despeito de todos os reveses, possuem uma suposta solicitude e compromisso com a saúde e bem-estar do fumante e, com essa alegação, reivindicam o direito de participar nos esforços globais para limitar as consequências da nicotina. Reclamam, por exemplo, o direito de fazerem-se representar e de participar ativamente das decisões da Organização Mundial de Saúde. Essa exigência foi terminantemente rejeitada por autoridades de saúde de 160 países, após deliberação ocorrida na África do Sul, em 22 de novembro de 2008, ao concluírem que há um evidente “conflito fundamental e irreconciliável” entre os interesses da indústria tabaqueira e a causa da saúde pública. Na ocasião, foram estipuladas diretrizes internacionais, de caráter não vinculativo, recomendando que a interação entre governos e empresas de tabaco seja transparente e limitada ao “estritamente necessário”, sempre divulgada por meio de audiências públicas e registros. As orientações adotadas na África do Sul visam dificultar o contato entre os fabricantes de produtos fumígenos e os governos dos Estados, além de restringir o alcance daquelas com o público, na medida em que aconselharam também a proibição da exibição em lojas de produtos do tabaco.

Essa iniciativa internacional foi motivada também pela constância com que as empresas se voluntariam para organizar “conferências” ou “campanhas” sobre o tabaco, nas quais, por exemplo, minimiza-se o valor das proibições de publicidade do cigarro. Há, portanto, o risco de que nessas conferências os ministros e funcionários

de Estado sejam convencidos de tais argumentos e induzidos a diminuir a proibição de fumar em locais públicos. Na Zâmbia, por exemplo, a British American Tobacco (BAT), segundo maior produtor global, envolveu-se em uma campanha para impedir a venda de cigarros a menores de 18 anos. Na verdade, o que houve foi uma forma sutil de autopromoção da empresa, que se engaja em campanhas contra o “fumo entre os jovens”, quando na verdade o que pretende é divulgar suas marcas (BREED, 1995?). Destarte, o que a Conferência da África quis evitar foi a redução da eficácia das medidas de combate ao fumo com a intromissão das companhias fumigadoras e suas medidas aparentemente inofensivas, autointituladas como protetivas do consumidor.

#### *4. Cientificidade e juridicidade na prova da dependência nicotiana*

A atual era antitabaco se desenvolveu à medida que a pesquisa médica e científica que relaciona o uso do tabaco a problemas de saúde também evoluiu. No tocante à interpretação dos dados relativos à saúde, as empresas de tabaco e a comunidade médica têm travado uma verdadeira batalha.

A Organização Mundial da Saúde, por exemplo, estimou que somente no ano de 2011, aproximadamente seis milhões de pessoas morrerão em decorrência do tabaco, entre elas 600 mil não fumantes expostos à fumaça (WHO..., 2011). O tabagismo é considerado pela OMS a principal causa de morte evitável no mundo e um dos principais causadores de epidemias de doenças não transmissíveis (câncer, ataques cardíacos, derrames e enfisemas), responsável por 63% de todas as mortes no mundo. Ainda segundo a OMS, se não forem tomadas medidas mais restritivas, em 2030 o tabaco causará a morte de oito milhões de pessoas ao ano (WHO..., 2011).

A reação inicial da indústria fumígena em relação a esses dados foi ignorá-los,

considerando-os como “meros números”. O argumento é o de que estatísticas nada provam, já que “fumar é uma das principais causas das estatísticas” (BREED, 1995?). Entretanto, alerta o autor, quando lhe convier, a atividade fumeira usará as estatísticas como argumento.

O desprestígio por esses números se deve também à ausência de pesquisas científicas que relacionem de forma categórica o cigarro a doenças. Quem mais poderia contribuir para o seu desenvolvimento – os próprios fabricantes, que detêm a informação (sobre componentes químicos do cigarro, quantidade etc.), interromperam estudos em curso, ocultaram as pesquisas existentes ou destruíram documentos, além de alegarem sempre a cláusula de confidencialidade a fim de evitar que seu material venha a público. Essa foi uma das conclusões da juíza Gladys Kessler, da Vara Federal do Distrito de Colúmbia, em uma primorosa sentença de 1.700 páginas, que condenou a Philips Morris e outras dez companhias tabaqueiras por fraude, em uma ação movida pelo Estado americano<sup>11</sup>.

Diante da falta de informação, a demonstração do nexos causal entre o fumo e as doenças do corpo humano como causa única e conclusiva torna-se um desafio. Argumenta a indústria fungadeiras que as relações causais apontadas entre o cigarro e demais doenças como câncer, isquemias, hemorragias cerebrais, infarto do miocárdio, bronquite crônica ou efisema não são mais do que uma das várias teorias possíveis. Segundo eles, a hipótese sobre a causa da doença permanece apenas como uma hipótese, até que a prova clínica possa ser encontrada por meio de exames laboratoriais conclusivos. Alegam que os cientistas não provaram de forma científica e irrefutável que a fumaça do cigarro ou qualquer um dos seus milhares de componentes, tal como encontrados no cigarro, causem a doença humana.

<sup>11</sup> Texto completo da sentença disponível em: [www.tobaccolawcenter.org/dojlitigation.html](http://www.tobaccolawcenter.org/dojlitigation.html).

No Brasil, os fabricantes de tabaco poderiam ser inculcados com base na responsabilidade pelo fato do produto, constante no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, combinado com os arts. 8º e 9º (que tratam de produtos que trazem riscos à saúde e dos potencialmente nocivos, que obrigam a informação ostensiva e adequada a respeito de sua nocividade ou periculosidade). Entretanto, observa Teresa Ancona Lopez (2007, p. 158-159), a teoria adotada pelo direito brasileiro sobre a causa de danos advindos do produto é a da causa direta e imediata, e esta não se aplicaria ao tabaco, visto que “há pessoas que fumaram a vida inteira e nunca ficaram doentes e outras que nunca tiveram esse vício ou qualquer outro e adoeceram. Portanto, não podemos, fundamentados em estatísticas, que são interpretadas para Políticas Públicas e como base de cálculo em contratos de seguro, atribuir individualmente a causa do câncer, do infarto ou do derrame ao cigarro”.

Para desacreditar ainda mais a relação causa-efeito entre o fumo e as doenças, os fabricantes de tabaco investem em pesquisas sobre as diferenças genéticas entre fumantes e não fumantes, os traços de personalidade dos fumistas, o fator imunológico do indivíduo para o câncer, as doenças cardíacas, os mecanismos de defesa pulmonar e outros fatores comportamentais em doenças do coração. Mais especificamente em relação ao câncer (seja de pulmão, laringe, boca, garganta, esôfago ou qualquer outro órgão que se possa associar ao tabagismo), a hipótese mais testada cientificamente por eles é a de que o câncer seria mais uma questão genética. Demais disso, a indústria também sugere que o problema seria a “cancerofobia”, ou seja, alegam essencialmente que o problema não existe, exceto na mente de algumas pessoas. O fato é que a maior parte dos estudos patrocinados pela atividade fumeira, adverte Breed (1995?), pretende na realidade culpar a vítima pela sua própria doença.

A esse respeito, é interessante observar a forma como se transfere o problema do taba-

gismo e a responsabilidade pela sua solução para o consumidor. Em primeiro lugar, infunde-se a ideia de que “as pessoas deveriam fumar menos”. E, para os usuários de tabaco que eventualmente recorrem às vias judiciais contra essas companhias por venderem um produto sabidamente prejudicial, o segundo argumento defensivo é o de que o fabricante notifica sobre o possível perigo advindo do consumo do produto, na medida em que lhe aplica os rótulos de advertência legalmente exigidos. Assim, ou negam haver riscos em seu produto, ou alegam que esses perigos são conhecidos e que é culpa exclusiva da vítima, se ela ainda assim opta pelo tabagismo. Ou seja, a opção pelo fumo seria fruto de uma livre vontade, já que o próprio fabricante tentou avisá-lo. A respeito comenta Andrighi et al. (RESPONSABILIDADE..., 2011, p. 370): “A licitude presente na fabricação, na colocação do mercado e na publicidade do tabaco, bem como a suposta voluntariedade do dependente, alegadas pela indústria tabaqueira nos processos de responsabilidade civil, são, portanto, irrelevantes. Não se trata de perquirir a licitude ou não da prática de produzir e comercializar cigarros, e, sim, do risco criado e da omissão de não impedir os danos causados aos consumidores e, por consequência, refletidos em toda a sociedade.”

O problema a ser enfrentado então é o de que muitas pessoas começaram a fumar antes da exigência de aplicação dos rótulos de advertência. Por outro lado, há de se ponderar que a vontade do fumante não é totalmente livre, mas fruto de um vício introduzido pelo tabaco. O ato de fumar é, na verdade, uma busca pela nicotina, cuja dependência o organismo humano desenvolveu (BREED, 1995?). Por outro lado, ainda que a opção pelo fumo fosse livre, ela não seria totalmente consciente, vez que o consumidor não tem conhecimento nem acesso ao registro completo das informações sobre o tabaco, que lhe é sonegado pela indústria fungadeira.

Além de ser considerado culpado pelo próprio vício e de sofrer os reveses do tabagismo – com prejuízos imensuráveis para sua saúde – o fumante é limitado em muitos dos seus direitos e, por vezes, alvo de discriminação. As restrições vão desde limitações em sua liberdade – em especial no direito de ir e vir, já que não pode permanecer em locais fechados enquanto fuma – até patrimoniais, pois é duramente tributado ao adquirir maços de cigarro. Além de viverem em uma situação de constante conflito interior – premidos entre o prazer advindo do fumo e a consciência dos males do tabagismo –, pode-se dizer que os fumantes vivem também sob condições restritivas, dada a extorsiva tributação sobre o seu vício, a segregação social, a discriminação laboral e as proibições a que são submetidos, o que é impensável para qualquer outra classe de cidadãos. A esse respeito, ressalta Spink (2010): “O sentimento de ser discriminado se manifestou de várias maneiras: pela reação dos outros (ser considerado viciado, imbecil), por sua exclusão de certos espaços (ou separação em outros, como os fumódromos), pela falta de apoio para parar de fumar. Muitos se ressentem da atual discriminação contra fumantes, especialmente os mais velhos que se tornaram viciados quando fumar era socialmente aceito e incentivado pela indústria”.

De outra aresta, mesmo quando as companhias promovem mudanças e melhorias em seu produto – como por exemplo, a introdução de filtros nos cigarros para a redução dos níveis de alcatrão ingeridos pelo fumante ou a criação de novas marcas e espécies de cigarros filtrados –, é de se contestar a eficácia de tais medidas, já que não é possível afirmar se foram ou não compensadas pela introdução de outros ingredientes viciantes e que causam dependência, pois os componentes dos cigarros são segredos comerciais<sup>12</sup>. O fato

<sup>12</sup> O cigarro resulta da combinação de cerca de 4 mil substâncias tóxicas, 250 das quais são prejudiciais ao organismo e 50 são especificamente cancerígenas.

é que o público consumidor não conhece a extensão total do perigo para a saúde advindo do fumo.

Enfim, as interrelações do tabagismo e saúde, sem dúvida, são complexas. Aproveitando-se disso, a indústria do tabaco tenta convencer que não há com o que se preocupar, que as pesquisas são incompletas e que não há prova de que os produtos de tabaco causem dano. Investigações mais acuradas necessitam ser feitas, entretanto, não se pode contar com a colaboração dos detentores da informação, os maiores interessados em refutá-las e impedi-las a qualquer custo.

### *5. A postura contraditória dos governos: o impacto da indústria tabagista para a economia de um país*

Ao que parece, a dependência do cigarro não se manifesta apenas sobre o indivíduo, mas também sobre os governos. O tabaco é um artigo de consumo e também um grande arrecadador de receitas. A carga tributária chega a 81,68% do seu preço, perdendo apenas para a cachaça (83,07%)<sup>13</sup>. Ainda assim, o tabaco brasileiro é considerado barato (o sexto mais barato do mundo) (CARVALHO, 2008). A elevação de impostos sobre esse tipo de produto, além de aumentar significativa e rapidamente a arrecadação – já que são de grande consumo –, não produz reação por parte da opinião pública, pois é tida como uma ação em benefício da saúde pública.

O aumento de imposto sobre o cigarro, à primeira vista, parece ser uma política eficaz para o controle do tabagismo, já que incentivaria os fumantes a pararem com

o vício, ao tempo em que demoveria os demais de iniciar com o hábito, de acordo com estudo do economista Roberto Iglesias para o Banco Mundial, para quem um aumento de 10% no preço do cigarro levaria a uma queda de 2,8% no consumo *per capita* em um trimestre (CARVALHO, 2008). Entretanto, como solução, o aumento puro e simples do imposto sobre o cigarro não parece ser eficiente. Isso porque impostos elevados nem sempre significam cigarros caros. Em alguns países, os fabricantes de tabaco diminuíram seus lucros para garantir seu mercado consumidor. Na Estônia e Eslováquia, por exemplo, onde mais de 90% do preço do cigarro corresponde a impostos, um maço de Marlboro custa apenas o equivalente a 2,22 dólares americanos e 2,72, respectivamente. Essa estratégia de baixa de preços parece funcionar, já que na Estônia metade da população é fumante e na Eslováquia, 42% dos seus cidadãos (TOBACCO..., 2009).

Seja a baixa de preços, seja o aumento de impostos ou as restrições publicitárias, nenhuma dessas medidas parecem ter desestimulado a atuação da indústria fumígena. No Brasil, por exemplo, em abril de 2003, a Souza Cruz comemorou um século de atuação no país inaugurando uma nova fábrica, tendo como principal investidor o governo do Estado do Rio Grande do Sul. O lucro líquido da empresa atingiu R\$ 634,4 milhões em 2001, com alta de 28% em comparação com o ano anterior. Em 2005, seu faturamento chegou aos R\$ 8 bilhões e o lucro líquido aproximou-se dos R\$ 700 milhões (BOEIRA; JOHNS, 2007).

As duas medidas mais extremas discutidas neste texto – a elevação dos tributos sobre o cigarro e maiores restrições à sua publicidade, como a proibição de sua exibição em lojas – apresentam uma outra desvantagem: fomentam o contrabando, na medida em que o cigarro se torna um produto não ostensivo e de grande valor monetário, tornando-o atrativo para esse tipo de crime. No Brasil, o mercado ilegal

Um coquetel químico que causa dependência nicotínica física e psicológica (SPINK, 2010).

<sup>13</sup> Outros exemplos de carga tributária em produtos: cerveja em lata, 56,00%; xampu, 52,33%; refrigerante, 47,00%; conta de luz, 45,00%; ferro de passar, 44,35%; creme dental, 42,00%; brinquedo, 41,98%; detergente, 40,50%; televisão, 38,00%; café, 36,52%; leite, 33,63%; carne e frango, 18,00% (Jornal do Senado, Brasília, nº 170, 21 a 27 maio 2010, p. 10).

é o principal “concorrente” da atividade tabaqueira e vem crescendo no país, contando com 35% de participação nas vendas (BOEIRA; JOHNS, 2007). A repressão ao contrabando é de interesse tanto das companhias como estatal, não só por razões econômicas, mas também porque esse tipo de crime pode desestimular os esforços da “indústria do tabaco legítimo” de bloquear a venda ilegal a crianças e de investir em produtos “mais seguros” (apesar de que, para os defensores da saúde, a própria ideia de uma forma segura de tabaco é enganosa).

Além da elevada arrecadação que promovem, as indústrias tabaquistas apresentam outros argumentos econômicos em favor da sua atuação: o número de empregos gerados pelos envolvidos na produção e nas atividades conexas ao tabaco (distribuição etc); e o efeito devastador que as medidas restritivas podem ter sobre esses empregos e os impostos.

São argumentos relevantes a se considerar. Todavia, o cigarro apresenta custos que também devem ser ponderados, sejam os derivados da sua produção, sejam os advindos do seu consumo. Deve-se sopesar, por exemplo, as expensas causadas pelo cigarro ao meio ambiente, à saúde e à previdência social. Em relação ao primeiro, temos que o cultivo do fumo degrada o ecossistema com o desmatamento para o seu plantio; demanda um uso intensivo do solo; não há uma política ambiental que se preocupe com o destino dos restos de cigarro – vulga “bituca”, consumida por peixes, aves etc.; além de ser o cigarro o causador de vários incêndios. Em relação à saúde, há de se abalizar os custos do cigarro relacionados às hospitalizações, às quimioterapias e outros tratamentos arcados tanto pelo SUS – Sistema Único de Saúde, quanto por entidades privadas e pelos próprios familiares dos tabagistas. Nos Estados Unidos, por exemplo, o impacto do fumo sobre a saúde pública foi tamanho que vários estados da federação ajuizaram ações contra as companhias tabageiras com o objetivo de recuperar

o custo do tratamento de fumantes doentes. Em 1998, esses estados firmaram um acordo com as empresas, das quais receberiam uma indenização total de 246 milhões de dólares, ao longo de 25 anos, e, em troca, concordaram em pedir o arquivamento de todas as ações judiciais. Pouco depois do acordo, o preço do pacote de cigarro sofreu um aumento médio de 45 centavos (BADER, 2011). Por fim, o cigarro causa impacto nas contas da previdência, já que é responsável por pedidos de pensões e aposentadorias precoces. No Brasil, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, todos esses danos ainda não foram quantificados. O país carece de um estudo sistemático e preciso, que permita coletar dados confiáveis e avaliá-los. Entretanto, em que pese não conhecido em sua inteireza, o impacto é considerável e estima-se que, quando descoberto, o sobressalto será grande.

## 6. Conclusão

Mesmo com o avanço da campanha antitabaco, os números ainda mostram a atividade fumageira em crescimento. Seu alvo preferencial são as mulheres – mais seduzíveis por estratégias propagandistas que associam o cigarro ao “glamour”, independência e à liberdade – e jovens – em busca de autoafirmação, ou por conta da curiosidade própria da infância, como mostrou o vídeo na Internet. A predileção por esse público é explicada pelo fato de que, uma vez iniciado no tabagismo, torna-se cativo, possibilitando um mercado de consumo para o tabaco por muitos anos.

A fim de conter a epidemia do fumo, a OMS e seus Estados-membros envidam esforços para impor maior rigor na legislação contra o tabaco. Medidas proibindo o fumo ou a sua publicidade em determinados locais são lançadas de forma paulatina. A atuação da indústria fumageira se concentra também em outras frentes: no financiamento de campanhas eleitorais, lóbi político, na construção de uma ima-

gem de preocupação com o bem-estar de seus consumidores e no financiamento de pesquisas que tentem desvincular doenças como o câncer do consumo de tabaco. Esse tipo de militância é a que a OMS agora se esforça em combater, como deixou claro na conferência realizada na África do Sul em 2008.

Além do forte apelo publicitário, o impacto econômico da atividade fungadeira é outro motivo preponderante para o seu avanço. Este é notado sobretudo nos países em desenvolvimento, que ainda lutam contra a pobreza generalizada e o desemprego. Tais Estados têm dificuldades em reprimir uma atividade provedora de grande receita e de muitos postos de trabalho. No entanto, é necessário também que se atentem para os custos associados ao tabagismo, que oneram o meio ambiente, a saúde e a previdência social.

O desafio, portanto, não é só impedir a promoção do hábito de fumar por meio da publicidade, mas também proteger as políticas de saúde da interferência da indústria do tabaco. Tal proteção é difícil de assegurar, especialmente em países onde a governança é fraca e as pessoas são pobres, como visto no início deste artigo. Até se alcançar esse resultado, o mais conveniente é implementar as medidas sugeridas em nível internacional para desestimular o tabagismo precoce, informando sobre os malefícios do cigarro, ao tempo que se oferece suporte aos fumantes desejosos de abandonar o vício.

### Referências

BADER, Hans. \$240 billion tobacco deal challenged in Supreme Court. Multistate tobacco settlement. *The Examiner*, Washington, 22 Feb. 2011. Disponível em: <<http://washingtonexaminer.com/topics/multistate-tobacco-settlement>>. Acesso em: 20 set. 2011.

BOEIRA; Sérgio Luís; JOHNS, Paula. Indústria de Tabaco vs. Organização Mundial de Saúde: um confronto histórico entre redes sociais de stakeholders. *Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis*, Florianópolis,

v. 4, n. 1, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/895/10851>>. Acesso em: 19 set. 2011.

BREED, Larry. *Strategies of the tobacco industry*. New York: Tobacco.org: tobacco news and information, [1995?]. Disponível em: <<http://www.tobacco.org/resources/history/strategieslb.html>>. Acesso em: 14 set. 2011.

CARVALHO, Mario Cesar. Receita barra imposto maior para cigarro. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 17 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/atualidades/ver.asp?id=830>>. Acesso em: 22 set. 2011.

CRACKING down on smoking: Marlboro Country no mor: a new era for tobacco regulation is born. *The Economist*, London, 14-20 June 2009. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/13871180>>. Acesso em: 19 set. 2011.

EFFECTIVENESS of the California 1990-1991 tobacco education media campaign. *American Journal of Preventive Medicine*, Philadelphia, v. 10, n. 6, p. 319-326, Nov./Dec. 1994.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Cigarette Advertising Code (1964). Cigarette Advertising Code. In: LORILLARD senior executive manual: legal and legislative guide: reference materials attached. New York?: Lorillard, [1989?], p. 41-50. Disponível em: <<http://legacy.library.ucsf.edu/documentStore/t/b/m/tbm09c00/Stbm09c00.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2011.

FREIBERG, Mike. *O veredicto final*: trechos do processo Estados Unidos x Philip Morris. Tradução Renata Galhanone. São Paulo: ACTbr, 2008. 60 p. : il. Disponível em: <[actbr.org.br/pdfs/capitulos-sentenca.pdf](http://actbr.org.br/pdfs/capitulos-sentenca.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2011.

GETTING to the truth: evaluating national tobacco countermarketing campaigns. *American Journal of Public Health*, Washington, v. 92, n. 6, p. 901-907, June 2002. Disponível em: <<http://ajph.aphapublications.org/cgi/reprint/92/6/901.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2011.

IBISWORLD. *Cigarette & Tobacco Manufacturing in the US*: U.S. Industry Report. Santa Monica, IBISWorld, 2011. Disponível em: <<http://www.ibisworld.com/industry/default.aspx?indid=293>>. Acesso em: 5 set. 2011.

THE IMPACT of anti-tobacco industry prevention messages in tobacco producing regions: evidence from the US truth campaign. *Tobacco control*, London, v. 13, n. 3, p. 283-288, Sept. 2004. Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1747883/pdf/v013p00283.pdf>. Acesso em: 19 set. 2011.

INDONESIAN baby on 40 cigarettes a day [vídeo YouTube]. *ITN News*, Londres, 28 maio 2010. Disponível

em: <[http://www.youtube.com/watch?v=x4c\\_wI-6kQyE](http://www.youtube.com/watch?v=x4c_wI-6kQyE)>. Acesso em: 5 set. 2011.

INFLUENCE of a counteradvertising media campaign on initiation of smoking: the Florida “truth” campaign. *American Journal of Public Health*, Washington, v. 91, n. 2, p. 233-238, Feb. 2011. Disponível em: <<http://ajph.aphapublications.org/cgi/reprint/91/2/233.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2011.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 136-163.

MILAGRES, Jorge Alexandre Sandes. As campanhas publicitárias, as famigeradas propagandas de tabaco. In: \_\_\_\_\_. *Fumar pra quê, meninos e meninas?* [e-book]. Rio de Janeiro: J.A.S. Milagres, 1996-. Capítulo 21. Disponível em: <<http://www.cigarro.med.br/cap21.htm>>. Acesso em: 9 set. 2011.

NAS PROPAGANDAS de cigarro. [S.l.]: Subliminares, c2002. Disponível em: <[http://subliminar.br.tripod.com/nas\\_prop\\_de\\_cigarros.htm](http://subliminar.br.tripod.com/nas_prop_de_cigarros.htm)>. Acesso em: 14 set. 2011.

NOVAS advertências para embalagens de cigarro causam polêmica nos EUA. BBC Brasil, São Paulo, 17 ago. 2011. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/08/110817\\_galeria\\_cigarro\\_eua\\_cc.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/08/110817_galeria_cigarro_eua_cc.shtml)>. Acesso em: 17 ago. 2011.

PAPER: Burr given \$355,000 by tobacco interests since '95. *Winston-Salem Journal*, Winston-Salem, NC, 23 Mar. 2009. Disponível em: <<http://www2.journalnow.com/news/2009/mar/23/paper-burr-given-355000-by-tobacco-interests-since-ar-142583/>>. Acesso em: 14 set. 2011.

RESPONSABILIDADE civil objetiva da indústria fumageira pelos danos causados a direito fundamental do consumidor de tabaco. In: RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 362-371.

SEGATTO, Cristiane. Cadê o charme da mulher brasileira? *Época*, Rio de Janeiro, 4 jun 2010, Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI145409-15230,00-CADE+O+CHARME+DA+MULHER+BRASILEIRA.html>>. Acesso em: 5 set. 2011.

SLY, David F.; TRAPIDO, E.; RAY, Sarah. Evidence of the dose effects of an antitobacco counteradvertising campaign. *Preventive Medicine*, Amsterdam, v. 35 n. 5, p. 511-518, Nov. 2002.

SOCIAL imagery tobacco independence, and the truth<sup>SM</sup> campaign. *Journal of Health Communication*, Washington, v. 9, n. 5, p. 425-441, 2004.

SPINK, Mary Jane P. Ser fumante em um mundo antitabaco: reflexões sobre riscos e exclusão social. *Saúde e sociedade*, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 481-496, jul./set. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-12902010000300002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-12902010000300002&script=sci_arttext)>. Acesso em: 19 set. 2011.

THE TOBACCO industry : the last gasp: for Big Tobacco, South-East Asia is the final frontier. *The Economist*, London, 2-9 Apr. 2011. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/18486173>>. Acesso em: 5 set. 2011.

TOBACCO taxes: up in smoke: where governments tax cigarettes the most. *The Economist*, London, 7 Apr. 2009. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/13432302>>. Acesso em: 19 set. 2011.

WHO report on the global tobacco epidemic, 2011: warning about the dangers of tobacco. (Mpower). Geneva: WHO, 2011. 152 p. Disponível em: <[http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9789240687813\\_eng.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9789240687813_eng.pdf)>. Acesso em: 19 set. 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

# Os Artigos Federalistas

A contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do Federalismo no Brasil

Rogério de Araújo Lima

## Sumário

1. Introdução. 2. Federalismo: origem histórica. 2.1. Federalismo norte-americano. 2.2. A contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do federalismo moderno. 3. Características do federalismo. 4. Federalismo no Brasil. 4.1. Estrutura político-constitucional do Brasil: do período colonial ao período republicano. 5. Considerações finais.

### 1. Introdução

A leitura das obras dos clássicos da filosofia política tem sido sistematicamente relegada a segundo plano em boa parte das universidades brasileiras, que substituem a imprescindível leitura dessas obras por “manuais”, que, não raro, resultam numa espécie de *vulgata* do pensamento político clássico.

O acesso ao texto original fica restrito aos estudantes dos programas de pós-graduação que contemplam o estudo da filosofia política clássica na sua estrutura curricular, tornando o conhecimento acerca da contribuição teórica dos clássicos um privilégio de poucos.

Dentro desse contexto, e partindo do entendimento de que o estudo dos clássicos da filosofia política a partir de suas obras – e não somente das dos seus comentadores – é de fundamental importância para a real compreensão de destacados institutos políticos e jurídicos do mundo contem-

Rogério de Araújo Lima é Professor Assistente III e Chefe do Departamento do Curso de Direito do Centro de Ensino Superior do Seridó (CERES), da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Advogado.

porâneo, passaremos a desenvolver uma discussão em torno do princípio político-constitucional do federalismo adotado pelo Brasil desde a sua independência, tomando como base a obra “The Federalist Papers”, de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay (1993).

Nessa obra, considerada por Thomas Jefferson o melhor comentário jamais escrito sobre princípios de governo, estão traçadas as bases teóricas da estrutura política eleita pelo Brasil, tais como republicanism, presidencialismo, democracia representativa e federalismo.

O objeto do estudo que ora se inicia será o federalismo, considerado a realização mais alta dos princípios do constitucionalismo e que tem nos “ensaios do *Federalist*, que Hamilton publicou entre 1787 e 1788, em colaboração com Jay e Madison, para sustentar a ratificação da Constituição federal americana [...], a primeira e uma das mais completas formulações da teoria do Estado federal” (LEVI, 1998, p. 480).

Para compreender o federalismo existente hoje no Brasil, procurar-se-á, num primeiro momento, rememorar as suas origens históricas, com ênfase no sistema federativo norte-americano e na respectiva teorização em “Os Artigos Federalistas”. Em seguida, serão descritas e analisadas as características da forma federada de Estado, passando-se imediatamente a vislumbrá-las no contexto brasileiro, cujas peculiaridades em relação ao modelo herdado do sistema norte-americano serão assinaladas.

## 2. *Federalismo: origem histórica*

Sobre a gênese da forma de Estado denominada federalista, a maioria dos estudiosos converge ao afirmar que se trata de um fenômeno moderno, de um debate recente, que teria surgido, de fato, no século XVIII, a partir da Constituição dos Estados Unidos da América, datada de 1787. Seria o federalismo, dessa forma, fruto da experi-

ência norte-americana no período compreendido entre 1776 e 1787, cuja teorização é atribuída a James Madison<sup>1</sup>, Alexander Hamilton<sup>2</sup> e John Jay<sup>3</sup>, autores da obra “Os Artigos Federalistas”.

No que diz respeito às possíveis experiências de federalismo antes do século XVIII, é valiosa a lição de Sahid Maluf (1995, p. 166):

“A forma federativa moderna não se estruturou sobre bases teóricas. Ela é produto de uma experiência

---

<sup>1</sup> James Madison (1751-1836), considerado o “pai” da Constituição dos Estados Unidos, nasceu na Virgínia, em uma antiga e influente família. Completou seus estudos no College of New Jersey, atual Universidade de Princeton, sendo eleito para o Congresso em 1780. Escritor infatigável, metucioso planejador e estrategista, teve participação decisiva na Convenção Constitucional e em negociações internacionais do novo país, incluindo-se a compra da Louisiana aos franceses e o acordo com a Espanha sobre a livre navegação do Mississipi. Foi secretário de Estado durante o governo de Thomas Jefferson, junto com quem criou o Partido Republicano. Exerceu a Presidência dos EUA por dois mandatos (MADISON; HAMILTON, JAY, 1993).

<sup>2</sup> Alexander Hamilton (1757-1804) nasceu nas Antilhas e foi para a América com dezesseis anos de idade. Durante a Guerra da Independência, emergiu do anonimato como capitão de artilharia, depois tenente-coronel e, finalmente, ajudante-de-campo de George Washington, comandante-em-chefe do Exército rebelde. Depois da guerra, estudou Direito e exerceu a profissão em Nova York. Em 1782, entrou para o Congresso. Na Convenção Constitucional, liderou a facção favorável a um governo central forte, em detrimento do poder dos Estados. Depois da aprovação da Constituição, foi nomeado para o primeiro gabinete de Washington como secretário do Tesouro, criando então a infraestrutura financeira do Estado americano. Morreu com 47 anos, em consequência de ferimentos recebidos em duelo contra Aaron Burr, seu adversário político (Idem).

<sup>3</sup> John Jay (1745-1829), filho de um abastado comerciante de Nova York, estudou na Universidade de Columbia. Jurista e diplomata, estabeleceu sólida reputação intelectual ainda durante a dominação inglesa. Foi autor da Constituição de seu Estado natal, promulgada em 1777 e importante fonte de ideias para a Constituição Federal. Presidiu o Congresso Continental em 1778. Em 1783, como ministro das Relações Exteriores, foi o principal arquiteto do tratado de paz com a Grã-Bretanha, tornando-se em seguida o primeiro presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos. Depois de dois mandatos como governador de Nova York, retirou-se da vida pública (Idem).

bem-sucedida – a experiência norte-americana. As federações ensaiadas na Antigüidade, todas elas, foram instáveis e efêmeras. Extinguiram-se antes que pudessem comprovar resultados positivos em função dos problemas que as inspiraram. Apenas a Suíça manteve-se até agora, conservando, em linhas gerais, os princípios básicos da antiga Confederação Helvética, de natureza federativa, o que se explica pela sua geografia e pela presença constante de um inimigo temível à sua ilharga. Os exemplos históricos foram experiências de descentralização política, que é característica primacial do sistema federativo. A simples descentralização administrativa consistente na autonomia de circunscrições locais (províncias, comunas, conselhos, municípios, cantões, departamentos ou distritos), como ocorria na Grécia antiga e ocorre na Espanha atual, é sistema municipalista, e não federativo.”

No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari (1998, p. 255), referindo-se à impossibilidade da existência de federação na Antigüidade e na Idade Média, enuncia:

“Na realidade, conforme se verá, o Estado Federal é um fenômeno moderno, que só aparece no século XVIII, não tendo sido conhecido na Antigüidade e na Idade Média. Sem dúvida, houve muitas alianças entre Estados antes do século XVIII, mas quase sempre temporárias e limitadas a determinados objetivos, não implicando a totalidade dos interesses de todos os integrantes. O Estado Federal nasceu, realmente, com a Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787”.

Fica evidente, a partir de tais observações, que o contexto norte-americano do século XVIII pode ser apontado como o ambiente no qual se desenvolveu a teoriza-

ção da concepção moderna de federalismo, bem como que as experiências pretéritas não passaram de alianças com objetivos pontuais e por tempo determinado. Diante disso, necessário se faz iniciar um estudo mais detalhado acerca das bases do sistema federativo dos Estados Unidos da América, sob a óptica nacionalista dos autores de “Os Artigos Federalistas”, responsáveis pelo arcabouço político-jurídico da Constituição Americana de 1787.

### 2.1. *Federalismo norte-americano*

Como ficou assentado anteriormente, a forma federativa que conhecemos na atualidade é produto da experiência vivida pelos Estados Unidos da América, sobretudo no período compreendido entre a declaração da sua independência (1776) e a aprovação da sua Constituição (1787), esta considerada como marco do federalismo moderno.

Vivendo sob o jugo da dominação britânica por longo período, as treze colônias norte-americanas declararam-se independentes em 1776. Segundo lição do Professor Fredys Orlando Sorto (1996, p. 134):

“As colônias tinham desfrutado de ampla liberdade durante a administração colonial [...]. Após a Guerra dos Sete Anos (1763), que culminou com o Tratado de Paris, a Inglaterra impôs restrições ao comércio colonial e taxou vários produtos. Foram tributados o açúcar (Sugar Act, 1764) e todo o material impresso nas colônias (Stamp Act, 1765). Este último imposto, instituído pela denominada Lei do Selo, provocou violenta reação dos colonos, que constituíram uma associação chamada Filhos da Liberdade, para combater a referida lei.”

Embora tais impostos tenham sido revogados, muitos outros os sucederam, e em virtude deles aumentaram ainda mais as tensões que conduziram os colonos insatisfeitos à realização de dois congressos continentais, ambos em Filadélfia, tendo o primeiro ocorrido em 1774 e o segundo,

em 1775. Neste foi declarada guerra à Inglaterra. Um ano depois, declarar-se-ia a independência das treze colônias. Inicia-se, aí, a formação do Estado americano<sup>4</sup>.

Para consolidar a independência, as treze colônias, constituídas agora em Estados livres, necessitavam se unir para fazer face à reação da Inglaterra. Dessarte, visando primordialmente à defesa comum, uniram-se, em 1781, sob a forma contratual de Confederação de Estados.

Essa forma de união de Estados foi instituída por um tratado, denominado “Artigos da Confederação”, que criou o Congresso Continental, única instituição central com funções integradoras, e estabeleceu, em seu segundo artigo, que “cada Estado conserva sua soberania, liberdade e independência”, criando um mecanismo que não passaria de “uma frouxa aliança de Estados soberanos e independentes” (KRAMNICK, 1993, p. 9).

A maior fragilidade dos Artigos da Confederação consistiu em não ter estabelecido nenhum braço executivo para o governo central, muito menos um poder judiciário central. E o congresso continental, que era um legislativo unicameral, não possuía praticamente nenhum poder.

Enquanto isso, à revelia dos Artigos da Confederação, os treze Estados, que possuíam Constituições próprias, viviam sob a égide da denominada “política da liberdade”, isto é, uma política na qual havia o predomínio absoluto do legislativo.

Sobre a excessiva liberdade exercida pelos Estados, Isaac Kramnick dá-nos a seguinte lição (1993, p. 9):

“A política de liberdade nos Estados significava a dominância absoluta do legislativo. Não somente o governador, que representava o princípio do

mando do magistrado, era destituído de maior parte do seu poder, mas em muitos Estados o Judiciário também foi tornado subserviente aos legislativos. Decisões judiciais e prazos de mandato eram controlados pelos legisladores, bem como salários e emolumentos [...]. Praticamente todas as noções tradicionais de separação dos poderes foram abandonadas nos Estados. O pressuposto dominante era que um governo livre é aquele em que o legislativo era o próprio povo.”

Havia no regime da “política da liberdade” uma verdadeira desordem nas relações entre as colônias:

“Sete dos treze Estados imprimiam seu próprio dinheiro. Muitos passavam leis tarifárias contrárias aos interesses dos seus vizinhos. Nove dos treze tinham sua própria marinha, e freqüentemente apreendiam navios de outros Estados. Havia contínua disputa sobre limites, além de reivindicações conflitantes sobre os territórios do oeste” (KRAMNICK, 1993, p. 9).

Para pôr fim ao caos instalado na América sob os Artigos da Confederação, realizou-se um esforço, tendo à frente James Madison, Alexander Hamilton e George Washington, que culminaria na Convenção de Filadélfia, a qual transformaria a frágil Confederação em uma união mais íntima e definitiva: a forma federativa de Estado.

A América, a partir daquele momento, passaria a ser estruturada sob os auspícios de uma Constituição e não mais de um Tratado. Deixaria de lado uma frágil aliança de Estados para consolidar uma estreita ligação entre o povo. Estava formada a federação norte-americana.

No entanto, para consolidar em definitivo essa nova forma de Estado, necessitava-se, segundo o artigo de número sete da Constituição de 1787, da ratificação desta por parte dos Estados. Estabeleceu-se o evento que geraria um dos mais importan-

<sup>4</sup> Já em 1643, quatro das treze colônias britânicas haviam constituído a “Confederação da Nova Inglaterra”, sob inspiração de uma necessária união americana. Entretanto, para as demais colônias, pouco ligadas entre si, foi a luta pela independência que determinou a necessidade e a utilidade da União.

tes debates políticos que a humanidade já vivenciou.

## 2.2. *A contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do federalismo moderno*

Entre os clássicos da filosofia política, merecem destaque James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, pela valiosa contribuição que deram à teoria política, com a obra magistral que resultou dos seus esforços em busca da ratificação da Constituição dos Estados Unidos após a Convenção de Filadélfia. Trata-se da obra “Os Artigos Federalistas”.

Ela surgiu, repita-se, no contexto da ratificação da Constituição dos Estados Unidos de 1787. Corresponde a um conjunto de 85 artigos assinados por “Publius” (pseudônimo coletivo utilizado por Madison, Hamilton e Jay) e publicados na imprensa de Nova York entre os anos de 1787 e 1788.

A obra estruturou-se da seguinte forma:

“A primeira seção, números 1-37, delinea em grande detalhe os problemas e inadequações dos artigos da Confederação e de confederações em geral. Ela é seguida por uma seção, números 38-51, dedicada a apresentar os princípios gerais da Constituição e investigar se esses princípios atendem ou não da melhor forma às necessidades da União. Em seguida descrevem-se os braços separados do novo governo federal: números 52-61 dedicados à Câmara dos Representantes, números 61-65 ao Senado, números 66-77 à Presidência, números 78-83 ao judiciário federal. Dois artigos conclusivos completam o todo coerente esboçado por Hamilton no nº 1, em 27 de outubro” (KRAMNICK, 1993, p. 77).

O conteúdo sobre o qual os federalistas se debruçariam foi exposto por Hamilton no Art. 1 do “The Federalist Papers”:

“Proponho-me discutir, numa série de artigos, os interessantes tópicos

que se seguem: a utilidade da União para a vossa prosperidade política – a insuficiência da atual Confederação para preservar essa União – a necessidade, para a consecução dessa meta, de um governo pelo menos tão vigoroso quanto o proposto – a conformidade da Constituição proposta com os verdadeiros princípios do governo republicano – sua analogia com vossa própria constituição estadual – e finalmente, a segurança adicional que sua adoção proporcionará à preservação dessa espécie de governo, à liberdade e à propriedade” (KRAMNICK, 1993, p. 96).

Em que pese o relevante legado que herdamos dos autores de “Os Artigos Federalistas”, como o presidencialismo, o republicanismo e a democracia representativa, o nosso estudo se dará em torno da contribuição deles para o surgimento da forma federada de Estado que conhecemos hoje<sup>5</sup>.

Como já ficou consolidado:

“A experiência demonstrou, em pouco tempo, que os laços estabelecidos pela confederação eram demasiado frágeis e que a união dela resultante era pouco eficaz. Embora houvesse um sentimento de solidariedade generalizado, havia também conflitos de interesses, que prejudicavam a ação conjunta e ameaçavam a própria subsistência da Confederação. Para proceder à revisão dos Artigos da Confederação, corrigindo as falhas e lacunas já reveladas pela prática, os Estados, através de representantes, reuniram-se em Convenção na Cidade de Filadélfia, em maio de 1787, ausente apenas o pequeno Estado de Rhode Island. Desde logo, porém, revelaram-se duas posições

<sup>5</sup> Aliás, pode-se até argumentar que fora do Estado federado seria, senão impossível, extremamente difícil a existência do presidencialismo, do republicanismo e da democracia representativa.

substancialmente diversas, entre os membros da Convenção. De um lado estavam os que pretendiam, tão-só, a revisão das cláusulas do Tratado e, de outro, uma corrente que pretendia ir muito além, propondo a aprovação de uma Constituição comum a todos os Estados, com a conseqüente formação de um governo ao qual todos se submetessem. Em outras palavras, propunham que a confederação se convertesse em federação, constituindo-se um Estado Federal” (DALLARI, 1998, p. 256).

Assim, a necessidade de um poder central corretor das falhas do modelo existente sob os “Artigos da Confederação”, bem como de um governo forte que propicias-se a segurança da incipiente nação, levou “Publius” a propugnar uma forma federativa de Estado, único modelo no qual seria possível alcançar tais objetivos.

A respeito, no artigo 15, assim se pronunciou Alexander Hamilton:

“O vício enorme e radical na construção da Confederação atual está no princípio da legislação para Estados ou governo em seu caráter de corporações ou coletividades, em contraposição à legislação para os indivíduos que os compõem. Embora não se estenda a todos os poderes conferidos à União, esse princípio invade e governa aqueles de que depende a eficácia dos demais. Exceto no tocante à norma de rateio, os Estados Unidos têm direito ilimitado a requisitar homens e dinheiro; mas não têm autoridade para mobilizá-los por meio de normas que se estendam aos cidadãos individuais da América. A conseqüência é que, embora em teoria as resoluções da União referentes a essas questões sejam leis que se aplicam constitucionalmente aos seus membros, na prática elas são meras recomendações que os Estados podem escolher observar ou descon-

siderar (p. 160-161). [...] Em nosso caso, sob a Confederação, exige-se a concorrência de treze vontades soberanas para a completa execução de toda medida importante que precede a União. Aconteceu o que era de esperar. As medidas da União não foram executadas; as infrações dos Estados foram crescendo passo a passo até um extremo em que, por fim, travaram todas as rodas do governo nacional, levando-o a uma terrível paralisia. Neste momento o Congresso mal tem meios para manter as formas de administração até que os Estados tenham tempo de chegar a um acordo quanto a um substituto mais sólido para a atual sombra de governo federal” (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 164).

Noutra passagem de “Os Artigos Federalistas” (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993), o mesmo Hamilton, que possuía uma visão grandiloquente para os Estados Unidos, enuncia:

“Sob um governo nacional vigoroso, a força e os recursos naturais do país, dirigidos para um interesse comum, frustrariam todas as combinações do ciúme europeu para limitar nosso crescimento. Essa situação eliminaria até a razão dessas combinações, convencendo da inviabilidade de seu sucesso. Um comércio ativo, uma navegação extensa, uma marinha florescente seriam então o resultado inevitável, por necessidade moral e física. Poderíamos desafiar as artes mesquinhas de políticos mesquinhos e tentar controlar ou alterar o curso irresistível e imutável da natureza (p. 142). [...] A União nos permitirá isso. A desunião acrescentará mais uma vítima aos seus triunfos. Que os americanos desdenhem ser os instrumentos da grandeza européia! Que os treze Estados, congregando numa união firme e indissolúvel,

concorram para a construção de um grande sistema americano, acima do controle de toda força ou influência transatlântica e capaz de ditar os termos da relação entre o Velho e o Novo Mundo!" (p. 145).

Em várias outras passagens do texto do "The Federalist Papers", os seus autores condenam a confederação e defendem a forma federativa de Estado, do que surge a teorização da concepção moderna de federalismo.

"Publius" acabara de construir a "mais preciosa fonte para o conhecimento das idéias e dos objetivos que inspiraram a formação dos Estados Unidos da América" (DALLARI, 1998, p. 257).

### 3. Características do federalismo

A concepção moderna de federalismo nasceu num contexto no qual os seus teóricos tinham por objetivo pôr fim à frágil aliança proporcionada por uma forma de união de Estados: a confederação.

Considerada uma fórmula política instável, a confederação corresponde a uma união contratual entre Estados que, de forma permanente, busca assegurar a defesa externa e a paz interna.

Apesar de na confederação existir um órgão central, este sempre se subordina ao poder dos Estados, o que representa maior indício da fragilidade própria a esse tipo de união.

Importante consideração a esse respeito é feita por Lucio Levi (1998, p. 219):

"Já que o vínculo confederativo não modifica a estrutura das relações entre os Estados, uma vontade política unitária só se forma quando o equilíbrio político impele nessa direção; mas não impede graves conflitos e profundas divisões em caso contrário. Podem apresentar três situações típicas. Em primeiro lugar, se existe uma perfeita convergência de interesse entre os Estados, é possível chegar

facilmente a decisões comuns. Em segundo lugar, como acontece mais freqüentemente, se existem divergências, as decisões não podem ficar senão em compromissos entre interesses contrastantes [...]. Em terceiro lugar, se as posições dos Estados são inconciliáveis, isto é, tão distantes que não permitam um compromisso, então nenhuma decisão será possível."

Para combater essa instável fórmula política, surgiu, no contexto norte-americano, a forma federativa de Estado, cujas características fundamentais passamos a analisar. Para tanto, recorreremos à doutrina de Sahid Maluf e Dalmo de Abreu Dallari.

Partindo do modelo norte-americano, que sobre nós exerceu e exerce forte influência, Sahid Maluf (1995, p. 166-167) descreve como características essenciais do sistema federativo: a) distribuição do poder de governo em dois planos harmônicos, federal e provincial (ou central e local); b) sistema judiciarista, consistente na maior amplitude do Poder Judiciário; c) composição bicameral do Poder Legislativo (Câmara dos Deputados e Senado Federal); e d) constância dos princípios fundamentais da federação e da República.

Dalmo de Abreu Dallari, por sua vez, aborda o tema das características do Estado federal relacionando-o, na medida do possível, à sua "antagônica forma", o modelo confederativo, destacando as diferenças existentes entre ambos. Assim, para Dallari (1998, p. 275-259):

"A união faz nascer um novo Estado, e, concomitantemente, aqueles que aderiram à federação perdem a condição de Estados [...]. A base jurídica do Estado Federal é uma Constituição, não um tratado [...]. Na federação não existe o direito de secessão. Uma vez efetivada a adesão de um Estado, este não pode mais se retirar por meios legais [...]. Só o Estado Federal tem soberania. Os Estados que ingressarem na federação perdem

sua soberania no momento mesmo do ingresso, preservando, contudo, uma autonomia política limitada [...]. No Estado Federal, as atribuições da União e das unidades federadas são fixadas na Constituição, por meio de uma distribuição de competências [...]. A cada esfera de competência se atribui renda própria [...]. O poder político é compartilhado pela União e pelas unidades federadas [...]. Os cidadãos do Estado que adere à federação adquirem a cidadania do Estado Federal e perdem a anterior.”

Realizadas tais observações em torno dos atributos inerentes ao modelo federalista de formação dos estados, passa-se a analisar especialmente o federalismo brasileiro.

#### 4. *Federalismo no Brasil*

Adotado por vários países do mundo – entre eles o Brasil –, o federalismo não foi o único legado deixado por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para a posteridade. Somam-se à forma federativa de Estado a instituição do republicanismo, do presidencialismo e da democracia representativa, que, por razões metodológicas, não serão objeto deste trabalho.

Já no primeiro artigo da Constituição do Brasil de 1988, está insculpida a forma federativa de Estado, cujo texto enuncia: “Art. 1º A República *Federativa* do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (...)” (destaque nosso).

Esse artigo encontra-se inserto no Título I da nossa Constituição, que consagra os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, princípios esses que, na doutrina de Gomes Canotilho e Vital Moreira, citados por José Afonso da Silva (1998, p. 98), “visam essencialmente definir e caracterizar a colectividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais”.

A adoção do princípio federativo pelo Brasil tem como base teórica a Constituição Americana de 1787. Isso não significa, no entanto, que o federalismo no Brasil seja idêntico ao dos Estados Unidos, como oportunamente lembra Paulo José Leite Farias, ao afirmar que “o exemplo americano desempenhou um certo papel, embora os constituintes da Venezuela, Grã-Colômbia, México, Argentina – e mais tarde do Brasil – não tenham de modo algum simplesmente copiado a Constituição americana” (FARIAS, 1998, p. 156).

De observar que, mesmo se reconhecendo que o “tipo” de federalismo adotado por diversos países de várias partes do mundo tenha sido “adaptado” ou até se configurado “em oposição ao modelo federalista clássico americano” (FARIAS, 1998, p. 156), não se deve perder de vista que foi a partir dele, do sistema americano, que a forma federativa de Estado se difundiu e passou a ser aplicada em vários países do globo.

Nesse contexto, estrutura político-constitucional do Brasil compreende três grandes fases: a colonial, a monárquica e a republicana.

Embora o Brasil só tenha assumido a forma federativa de Estado com a proclamação da República em 1889, é possível, segundo ensinamento de Sahid Maluf, encontrar, em período anterior a este, evidências de que estávamos caminhando naturalmente para tal modelo. Como assevera o autor (1995, p. 169):

“Os primeiros sistemas administrativos adotados por Portugal, as governadorias gerais, as feitorias, as capitanias, traçaram os rumos pelos quais a nação brasileira caminharia fatalmente para a forma federativa. A enormidade do território, as variações climáticas, a diferenciação dos grupos étnicos, toda uma série imensa de fatores naturais ou sociológicos tornaram a descentralização política um imperativo indeclinável da realidade social, geográfica e histórica.”

#### 4.1. *Estrutura político-constitucional do Brasil: do período colonial ao período republicano*

Até a elevação do Brasil à categoria de Reino Unido a Portugal, fato que ocorreu em 1815, o nosso país viveu, durante a fase denominada colonial, sob uma estrutura político-constitucional que teve como modelos, primeiro, as capitanias hereditárias; segundo, as governadorias-gerais.

No sistema das capitanias hereditárias, o território da Colônia foi dividido em doze partes, que foram doadas a particulares chamados donatários; na verdade, portugueses considerados ilustres por terem se destacado em guerras na África e na Ásia.

Segundo José Afonso da Silva (1998, p. 71):

“Das doze capitanias, poucas prosperaram, mas serviram para criar núcleos de povoamento dispersos e quase sem contato uns com os outros, contribuindo para a formação de centros de interesses econômicos e sociais diferenciados nas várias regiões do território da colônia, o que veio a repercutir na estruturação do futuro Estado brasileiro.”

Sendo sua única fonte comum a Metrópole, esse conjunto de regiões autônomas, sem nenhum vínculo entre si, teve como principal característica a pulverização do poder político e administrativo.

Quinze anos após a concessão da primeira capitania hereditária, doada em 1534 a Duarte Coelho (Capitania de Pernambuco), é instituído o sistema de governadorias-gerais.

Buscava-se com esse novo modelo introduzir um elemento unitário que pudesse frear a dispersão política e administrativa estabelecida com o sistema das capitanias. Tal objetivo estava fadado ao insucesso:

“O sistema unitário, inaugurado com Tomé de Sousa, rompe-se em 1572, instituindo-se o duplo governo da colônia, que retoma a unidade cinco anos depois. Em 1621 é a colônia

dividida em dois ‘Estados’: o Estado do Brasil, compreendendo todas as capitanias, que se estendem desde o Rio Grande do Norte até São Vicente, ao sul; e o Estado do Maranhão, abarcando as capitanias do Ceará até o extremo norte. Sob o impulso de fatores e interesses econômicos, sociais e geográficos, esses dois ‘Estados’ fragmentam-se e surgem novos centros autônomos subordinados a poderes político-administrativos regionais e locais efetivos. As próprias capitanias se subdividem tangidas por novos interesses econômicos, que se vão formando na evolução colonial” (SILVA, 1998, p.73).

A fratura do governo geral provocou a sua divisão em governos regionais, que, por sua vez, dividiram-se em capitanias gerais; destas destacaram-se capitanias que, inicialmente subordinadas a elas, tornaram-se depois autônomas, formando um intrincado sistema de divisão do poder, que Oliveira Viana, citado por José Afonso da Silva (1998, p. 73), vai chamar de “governículos locais”:

“Em cada um desses centros administrativos o capitão-general distribui os representantes de sua autoridade aos órgãos locais do governo geral: os ‘ouvidores’, os ‘juizes de fora’, os ‘capitães-mores’ das vilas e aldeias, os ‘comandantes de destacamentos’ dos povoados, os ‘chefes de presídios’ fronteirinhos, os ‘capitães-mores’ regentes das regiões recém descobertas, os regimentos da ‘tropa de linha’ das fronteiras, os batalhões de ‘milicianos’, os ‘terços de ordenanças’, as ‘patrulhas volantes’ dos confins das regiões do ouro. Estes centros de autoridade local, subordinados, em tese, ao governo-geral da capitania, acabam, porém, tornando-se praticamente independentes do poder central, encarnado na alta autoridade do capitão-general. Formam-se

governículos locais, representados pela autoridade todo-poderosa dos capitães-mores das aldeias; os próprios caudilhos locais, insulados nos seus latifúndios, nas solidões dos altos sertões, eximem-se, pela sua mesma inacessibilidade, à pressão disciplinar da autoridade pública; e se fazem centros de autoridade efetiva, monopolizando a autoridade política, a autoridade judiciária e a autoridade militar dos poderes constituídos.”

Restavam, assim, esboçados os traços gerais estruturantes do sistema político-constitucional, que culminaria com a Independência, trazendo a lume o problema da unidade nacional e da instituição do federalismo como modelo adequado para solucioná-lo.

A fase monárquica vivenciada pelo Brasil ocorreu em função da vinda de D. João VI e sua comitiva, instalada no Rio de Janeiro em 1808.

A fixação da família real no Brasil exerceria forte influência em relação ao modelo político-constitucional a ser adotado. Na observação de Sahid Maluf (1995, p. 359):

“Com a transmigração da Corte de D. João VI e a abertura dos portos ao comércio exterior, em 1808, tendo o Brasil adquirido a condição de reino-unido a Portugal e Algarves, um irresistível anseio de libertação dominou o país. Dali por diante [...] a evolução das idéias, na colônia, se caracterizou por uma tendência pronunciada e constante para a independência, para a forma republicana de governo e para o regime federativo.”

Isso não se deu por acaso. Mesmo com a organização do poder que a Coroa imprimiu, criando, por exemplo, o Conselho de Estado, a Intendência Geral da Polícia e o Conselho Militar, não foi possível obter êxito além dos limites do Rio de Janeiro, sendo que “pouca influência exerceu no interior do país, onde a fragmentação e diferenciação do poder real e efetivo per-

duravam, sedimentadas nos três séculos de vida colonial” (SILVA, 1998, p. 75).

Esse foi um cenário bastante propício para o debate das ideias que fervilhavam na Europa, tais como Democracia, Liberalismo e Constitucionalismo.

Em torno dessas e de outras discussões, agigantou-se o ideal da independência entre os brasileiros. Assim,

“O Príncipe-Regente [...], percebendo que a independência estava inapelavelmente decretada pela opinião pública, teve a habilidade de colocar-se à frente da revolução, transformado-a num golpe de Estado. Foi esse fato que encaminhou o problema político para a solução monárquica. Doutro modo, a revolução seria triunfante, e o Estado brasileiro nasceria republicano” (MALUF, 1995, p. 359).

Com a independência vem o problema da unidade nacional, cujo ponto nevrálgico foi o excessivo poder regional e também local. O remédio: o constitucionalismo, que traria consigo o liberalismo, a divisão de poderes e, mais tarde, o federalismo.

O grande desafio que doravante se colocava era estabelecer um mecanismo que pudesse equacionar as bases sobre as quais estava fundamentado o novo formato político-constitucional com um regime monárquico-absolutista, não tolerado pelos defensores dos princípios em voga.<sup>6</sup>

Da Constituição Política do Império do Brasil de 1824 resultou um sistema político-constitucional centralizador com o poder concentrado no monarca, e que só sucumbiria em 1889, depois de várias tentativas frustradas de implantação de uma monarquia federalista no Brasil.

<sup>6</sup> Os estadistas do Império e construtores da nacionalidade tinham pela frente uma tarefa ingente e difícil: conseguir construir a unidade do poder segundo esses princípios que não toleravam o absolutismo. E conseguiram-no dentro dos limites permitidos pela realidade vigente, montando, mediante a Constituição de 1824, um mecanismo centralizador capaz de propiciar a obtenção dos objetivos pretendidos, como provou a história do Império (SILVA, 1998, p. 76).

Na taxativa afirmação de José Afonso da Silva (1998, p. 79):

“Tombo o Império sob o impacto das novas condições materiais, que possibilitaram o domínio dessas velhas idéias com roupagens novas, e ‘um dia, por uma bela manhã, uma simples passeata militar’ proclama a República Federativa por um decreto (o de n. 1, de 15.11.1889, art. 1º).”

Com o fim do Império e consagrado o regime republicano, reuniram-se as províncias do Brasil por meio da federação, forma de Estado estabelecida oficialmente em todas as suas Constituições a partir da de 1891.

Em que pese a inquestionável influência da Constituição norte-americana sobre a nossa opção por tal ou qual modelo político-constitucional, ensina-nos Sahid Maluf (1995, p. 169) que, “contrariamente ao exemplo norte-americano, o federalismo brasileiro surgiu como resultado fatal de um movimento de dentro para fora e não de fora para dentro; de força centrífuga e não centrípeta; de origem natural-histórica e não artificial”. Porém – reconhece o eminente constitucionalista –, “a Constituição de 1891 estruturou o federalismo brasileiro segundo o modelo norte-americano. Ajustou a um sistema jurídico-constitucional estrangeiro uma realidade completamente diversa” (MALUF, 1995, p. 170). Talvez a isso possa ser atribuído o fracasso, a ineficácia social dessa Constituição, mas não se pode negar-lhe a gênese institucional do federalismo no Brasil.

### 5. Considerações finais

Levando em consideração as peculiaridades da instituição do federalismo no Brasil e fazendo um contraponto com a experiência norte-americana, necessário se faz reconhecer a forte influência dos “Artigos Federalistas” e da Constituição norte-americana de 1787 no surgimento do federalismo “típico” brasileiro.

Nesse contexto, seria desarrazoado supor que o processo de implantação da forma federativa de estado no Brasil fosse “idêntico” ao norte-americano. Trata-se de realidades distintas, mas que buscam se fundamentar na mesma fonte, que foi a oportunidade de teorização do que vinha a ser o federalismo realizada com grandiloquência por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay em “Os Artigos Federalistas”.

O que se defendeu no início deste ensaio foi exatamente a necessidade da visita aos clássicos da filosofia política para a real compreensão do contexto em que se insere a forma federativa de estado adotada pelo Brasil. E tal se realizou ao se analisar o texto original redigido por “Publius” (James Madison, Alexander Hamilton e John Jay), que evidencia as vantagens da adoção de tal sistema para a unidade nacional.

A federação desenvolvida no Brasil, de cunho predominantemente orgânico e pautada na hierarquia do poder central (União), pode ser objeto de críticas das mais variadas, mas há algo que não pode ser olvidado: não há no mundo atual nenhum modelo de forma de Estado melhor do que o apregoado pelos “federalistas”. Pode – e até deve – ser rediscutida e aperfeiçoada, porém nunca suprimida.

### Referências

- ALMEIDA FILHO, Agassiz de. Glória política de um império tropical. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 38, n. 149, p. 91-109, jan./mar. 2001.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Ed. UnB, 1998. 2 v.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FARIAS, Paulo José Leite. A função clássica do liberalismo de proteção das liberdades individuais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 155-184, abr./jun. 1998.
- KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos*

*federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 9-11.

LEVI, Lucio. Federalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Ed. UnB, 1998, v. 1, p. 475-486.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REGIS, André. *O novo federalismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RUBY, Christian. *Introdução à filosofia política*. Trad. Maria Leonor F. R. Loureiro. São Paulo: UNESP, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SORTO, Fredys Orlando. O federalista e a constituição dos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 82, p. 134-158, jan. 1996.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. A mecânica do federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 165, p. 169-176, jan./mar. 2005.

# Mutação constitucional do art. 109, I, da CF/88

## Competência da Justiça Federal nas demandas de benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho

Fabio Luiz de Oliveira Bezerra

### Sumário

1. Introdução. 2. Os fundamentos da interpretação preponderante do art. 109, I, da CF/88 (exame descritivo). 3. Desconformidades da interpretação preponderante em relação a atuais aspectos econômicos, sociais e jurídicos (exame analítico). 4. Mutação constitucional do art. 109, I, da CF/88 (exame prospectivo). 5. Conclusão.

### 1. Introdução

Está bem sedimentada a jurisprudência do STF e do STJ em torno da interpretação do art. 109, I, da Constituição Federal de 1988, especificamente quanto às causas previdenciárias decorrentes de acidentes de trabalho, ajuizadas contra autarquia pública federal (INSS), segundo a qual a competência para apreciação dessas demandas não é da Justiça Federal, mas sim da Justiça Estadual (Súmula nº 501 do STF, Súmula nº 15 do STJ).

Como instrumento de reforma formal da constituição, com intuito de transferir para a Justiça Federal a competência para julgamento de ações de benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho, tramita no Congresso Nacional Proposta de Emenda à Constituição - PEC nº 278, de 2008 - que tem por fulcro alterar o art. 109, I, da CF/88, retirando a exceção relativa às causas de acidente de trabalho.

Fabio Luiz de Oliveira Bezerra é Juiz Federal Substituto da 7ª Vara Federal/RN. Mestre pela UFPE. Ex-Procurador da República. Ex-Promotor de Justiça/RN. Ex-Procurador Judicial do Município de Recife/PE.

Defende-se neste trabalho a tese\* de que a alteração da CF/88 por emenda constitucional, para incluir expressamente na competência da Justiça Federal as demandas previdenciárias de acidentes de trabalho, é prescindível, haja vista que o entendimento sumulado do STJ e STF relativo ao art. 109, I, da CF/88 já não está mais compatível com a atual realidade social e institucional, o que justifica uma nova leitura do art. 109, I, da CF/88, nos moldes do que se convencionou chamar de “mutação constitucional”.

Para o desenvolvimento da tese, o ponto de partida será um exame descritivo dos fundamentos que amparam a interpretação preponderante (entendimento sumulado) do art. 109, I, da CF/88, procedendo-se em seguida a um exame analítico de cada elemento desses fundamentos, avaliando a persistência de cada um deles perante atuais aspectos econômicos, sociais e jurídicos, para verificar, ao final, a adequação do instituto da mutação constitucional ao caso.

## *2. Os fundamentos da interpretação preponderante do art. 109, I, da CF/88 (exame descritivo)*

O entendimento atual do STF sobre a matéria continua refletindo o conteúdo de sua Súmula nº 501, segundo a qual “compete à justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista”.

A Súmula nº 501, de 03/12/1969, foi firmada sob a égide da Constituição Federal de 1967, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional de 1969, cujo art.

---

\* Adota-se, neste ensaio, entendimento de William Ellet (2007, p. 108), pelo qual a apresentação da conclusão (tese) no início do trabalho traz a vantagem de possibilitar que o leitor crítico avalie argumento na medida em que está sendo elaborado, haja vista que o leitor não poderá avaliar um raciocínio sem saber o que o investigador social está querendo provar.

125, I, dispunha que “aos juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Militar”.

Embora no art. 125 não tenha constado exceção de causas de acidente de trabalho, o art. 142, § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional de 1969, estabelecia expressamente que “os litígios relativos a acidentes do trabalho são da competência da justiça ordinária dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios”. Com a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, o § 2º do art. 142 passou a ter a seguinte redação: “os litígios relativos a acidentes do trabalho são da competência da justiça ordinária dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, salvo exceções estabelecidas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional”.

A Constituição Federal de 1988 seguiu o modelo da constituição anterior, consolidando, contudo, em um mesmo artigo, as exceções à competência da Justiça Federal: “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

Como não houve inovação no texto da CF/88 sobre competência da Justiça Federal, o STF continuou aplicando, sem maiores divagações, o entendimento de sua Súmula nº 501. Na mesma linha de entendimento, o STJ editou em 1990 a Súmula nº 15, segundo a qual “compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho”.

E quais seriam as causas decorrentes de acidente do trabalho?

Para responder a essa indagação, importante observar que a Constituição Federal

de 1988 instituiu um novo panorama da responsabilidade do empregador nas ações de acidente de trabalho, dispondo, no art. 7º, XXVIII, que são direitos dos trabalhadores “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador” e “indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Assim, ao contrário da constituição preterita, a CF/88 expressamente estabeleceu que a contribuição do seguro de acidente de trabalho a cargo do empregador não exime a responsabilidade civil do empregador em casos de acidente de trabalho quando o empregador agir com dolo ou culpa.

Nesse contexto, tanto o STF quanto o STJ entende que as causas de acidente do trabalho referidas em suas súmulas abrangem: a) ação de indenização por danos materiais e morais em razão de acidente de trabalho movida pelo empregado contra o empregador (art. 7º, XXVIII, CF/88); b) ação de benefícios previdenciários por incapacidade decorrente de acidente de trabalho intentada pelo segurado-acidentado contra a autarquia previdenciária federal (INSS), tais como, “concessão de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente ou pensão por morte”, conforme exemplificação de Castro e Lazzari (2005, p. 630); c) ações de revisão dos benefícios de origem acidentária.

Quanto à primeira ação (“a”), nunca houve dúvida de que não seria aforada na Justiça Federal, em virtude da ausência de entidade federal.

Quanto às duas últimas ações (“b” e “c”), a princípio, a competência seria da Justiça Federal, pois intentada contra o INSS. Contudo, interpretando o art. 109, I, da CF/88, entendem atualmente nossas cortes superiores que esses casos estão na exceção “causas de acidente de trabalho”, devendo ser ajuizados na Justiça Estadual. No que se refere às ações de revisão de benefício previdenciário, Tavares (2006, p. 105) ressalta, com pertinência, que “a jurisprudência majoritária do STJ no passado se inclinava

no sentido inverso, sob argumento de que neste tipo de ação discutem-se apenas critérios de reajuste do valor do benefício, sem exame de questões de natureza acidentária (CC n. 16.874/RJ e 17.190/SC). Nos últimos tempos, contudo, o STJ tem-se alinhado aos precedentes do STF”.

Alguns fatores apoiaram a formação do entendimento sumulado em análise, que fixa a competência da Justiça Estadual para o processamento e julgamento de ações de concessão (e revisão) de benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho.

O primeiro diz respeito à legislação ordinária vigente à época sobre seguro de acidente de trabalho e previdência social. Nos primórdios, as prestações de seguro de acidente de trabalho destacavam-se integralmente da legislação da previdência social. Em outras palavras, o ordenamento jurídico pátrio albergava a distinção entre benefício previdenciário e benefício acidentário.

O Decreto Legislativo nº 3.724/1919 foi o primeiro a tratar de acidente do trabalho, adotando a teoria do risco profissional, em que ficava a cargo do empregador o seguro para fins de assistência médica e indenização do empregado. Apenas em 1967, o seguro de acidente do trabalho (SAT) foi integrado à Previdência Social pela Lei nº 5.316/1967, mas, mesmo assim, permaneceram distinções marcantes quanto à carência e valor do salário de benefício.

A legislação previdenciária em vigor na época da criação das súmulas era a Lei nº 3.807/1960, conhecida como LOPS (Lei Orgânica da Previdência Social), com suas alterações posteriores (Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973). Não havia sido promulgada a Lei nº 8.213/1991.

O segundo aspecto corresponde à conveniência de se consolidar em uma única jurisdição (a Estadual) as ações de acidente de trabalho (ação de indenização, ação de concessão e ação de revisão), o que, num primeiro momento, simplificaria a vida dos

segurados, que poderiam solucionar suas lides num único órgão jurisdicional.

O terceiro aspecto consiste na proximidade maior da Justiça Estadual com a população, dada sua grande ramificação, com comarcas em dezenas de municípios do interior dos estados. Esse pressuposto não apenas contribuiu para o entendimento sumulado sobre o art. 109, I, da CF/88, como também para o próprio texto do § 3º do art. 109 da CF/88: “Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual”. Nesse ponto, a CF/88 recepcionou o art. 15 da Lei nº 5.010/1966, que estabelece outros casos em que a ação é intentada na Justiça Estadual: “I – os executivos fiscais da União e de suas autarquias, ajuizados contra devedores domiciliados nas respectivas Comarcas; II – as vistorias e justificações destinadas a fazer prova perante a administração federal, centralizada ou autárquica, quando o requerente for domiciliado na Comarca; III – os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários residentes na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária”.

Assentados os principais fundamentos do entendimento sumulado, resta saber se eles ainda persistem, dada a mudança de cenários ocorrida nos últimos anos, não apenas em matéria jurídica, como se verá no item seguinte.

### *3. Desconformidades da interpretação preponderante em relação a atuais aspectos econômicos, sociais e jurídicos (exame analítico)*

Antes mesmo da superveniência de fatos econômicos, sociais e jurídicos (que serão ressaltados em seguida), a interpreta-

ção preponderante do art. 109, I, da CF/88 começou a apresentar algumas consequências indesejáveis ao sistema jurídico.

A pretensão de eficiência do sistema jurídico com a unificação da competência jurisdicional das ações de acidente de trabalho na Justiça Estadual foi colocada à prova com inúmeros conflitos de competência entre juízos estadual e federal, o que tem contribuído sobremaneira para a demora processual, além de representar um custo incalculável para as partes (segurado e INSS) e para o setor econômico, pois o retorno do empregado ao trabalho fica na dependência da definição de sua incapacidade.

Também inúmeros são os casos em que a Justiça Estadual reconhece a inexistência de nexos causal entre o acidente e o trabalho, e, por consequência, julga improcedente o pedido ou determina a remessa dos autos para a Justiça Federal. Na primeira situação, o segurado tem que intentar nova ação na Justiça Federal, ao passo que, na segunda, faz-se necessário novo trâmite na Justiça Federal, para que seja julgada a demanda subsidiária. Em ambas situações, há considerável demora na prestação jurisdicional.

O que seria para beneficiar o segurado, a unificação da competência passou a ser prejudicial ao segurado da demanda de acidente de trabalho, em algumas circunstâncias. Ao contrário do segurado que sofreu acidente de trabalho, o segurado incapacitado por razões diversas de acidente de trabalho pode ajuizar a demanda na Justiça Federal, obtendo com maior celeridade a prestação jurisdicional.

Em razão do número menor de tribunal de apelação (5 Tribunais Regionais Federais), a jurisdição federal passou a apresentar maior grau de uniformidade de suas decisões que a jurisdição estadual, a qual tem um Tribunal de Justiça em cada estado da Federação.

Comparando a situação jurídica do segurado incapacitado em razão de acidente de trabalho e de outro segurado incapaci-

tado por razão diversa, percebe-se que o só fato da origem da incapacidade não justifica a diferença de tratamento, ofendendo-se, em última instância, o princípio da isonomia. Ademais, não há empecilho jurídico, a nosso sentir, para que a jurisdição federal possa avaliar o nexo de causalidade para o fim de concessão do benefício previdenciário, e a jurisdição estadual aprecie o mesmo nexo para fins de indenização a cargo do empregador.

Na realidade, a relevância maior para a definição da ocorrência de acidente de trabalho nas causas previdenciárias é a dispensa da carência nessa situação.

Os requisitos para a concessão de benefício previdenciário por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, por exemplo) são qualidade de segurado, carência e incapacidade para o trabalho. Se o segurado já tiver cumprido a carência, pouco importa para a concessão do benefício previdenciário se a incapacidade para o trabalho é ou não decorrente de acidente de trabalho. Então, por que exigir que o segurado que já cumpriu a carência ajuíze ação na Justiça Estadual? Nessa situação, há flagrante desrespeito ao princípio constitucional da igualdade, haja vista que a causa de pedir em ambos os casos (segurado incapacitado por acidente de trabalho com carência cumprida; segurado incapacitado por outra razão com carência cumprida) reside apenas na incapacidade permanente ou temporária do segurado, o que não justifica a diversidade de jurisdição para apreciar as demandas. O mesmo raciocínio se aplica aos benefícios que independem de carência (auxílio-acidente e pensão por morte, art. 26, I, da Lei 8.213/1991).

Aliadas a essas inconsistências provocadas pela interpretação preponderante, fatos supervenientes estão demandando uma nova compreensão do art. 109, I, da CF/88: alteração da legislação ordinária unificando os benefícios previdenciários *strito sensu* com os acidentários; alteração significativa do bloco de constitucionalidade

de após EC nº 45/08, com a transferência para Justiça do Trabalho das causas de responsabilidade civil decorrente de acidente de trabalho; ampliação e interiorização da Justiça Federal e criação dos Juizados Especiais Federais.

### 3.1. Alteração da legislação ordinária unificando os benefícios previdenciários *strito sensu* com os acidentários

Mesmo com a incorporação do seguro de acidente do trabalho à Previdência Social pela Lei nº 5.316/1967 (revogada pela Lei nº 6.367/1976, que manteve a incorporação), os benefícios continuaram sendo disciplinados em diploma legal distinto do referente aos benefícios previdenciários em geral.

O primeiro passo para unificação ocorreu com a promulgação da Lei nº 8.213/1991, que passou a disciplinar exaustivamente os benefícios previdenciários, incluindo os decorrentes de acidente de trabalho.

Embora disciplinados no mesmo diploma legal, permaneceram algumas diferenças entre o benefício previdenciário *strito sensu* e o decorrente de acidente de trabalho. De fato, a redação original do art. 28, §§ 1º a 4º, da Lei nº 8.213/1991 diferenciava a base de cálculo do salário-de-contribuição para os benefícios decorrentes de acidente de trabalho. Nesses casos, considerava-se o salário-de-contribuição vigente no dia do acidente, se mais vantajoso. Assim, além da necessidade de se apurar a incapacidade para o trabalho, havia a necessidade de se apurar o nexo de causalidade entre acidente e trabalho, bem como a data do acidente de trabalho.

Posteriormente, a Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, concluiu a consolidação da disciplina dos benefícios previdenciários, extinguindo, quase por completo, as distinções existentes entre os “benefícios acidentários” e os “previdenciários”. Assim, os benefícios por incapacidade decorrentes de acidente de trabalho passaram a ter o exato valor do benefício previdenciário

por incapacidade decorrente de outras causas: auxílio-doença, 91% do salário-de-benefício (art. 61 da Lei 8.213/1991, com redação dada pela Lei nº 9.032/1995); auxílio-acidente, 50% salário-de-benefício (art. 86, § 1º, da Lei 8.213/1991); aposentadoria por invalidez, 100% do salário-de-benefício que o segurado recebia (art. 44 da Lei 8.213/1991, com redação dada pela Lei nº 9.032, de 28-4-95) ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento (art. 75 da Lei 8.213/1991, com redação dada pela Lei nº 9.528/1997).

Essa consolidação teve reflexo inclusive na Emenda Constitucional nº 20/1998, que, ao modificar o art. 201 da CF/88, excluiu a expressão “resultantes de acidentes de trabalho”, vez que não havia mais substrato para diferenciação entre incapacidade decorrente de acidente de trabalho ou não:

“Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, *incluídos os resultantes de acidentes do trabalho*, velhice e reclusão” (redação original).

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada” (redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

A diferença existente atualmente entre o benefício por incapacidade acidentário e o não-acidentário, além da carência já comentada (que para os benefícios decorrentes de acidente de trabalho é dispensada), corresponde à estabilidade, a qual é conferida pelo art. 118 da Lei 8.213/1991 ao trabalhador que tenha sofrido acidente de trabalho, durante doze meses após cessação

do auxílio-doença decorrente de acidente de trabalho. Porém, tal matéria (estabilidade) sempre foi da alçada da Justiça do Trabalho.

### *3.2. Alteração significativa do bloco de constitucionalidade após EC nº 45/08, com a transferência para Justiça do Trabalho das causas de responsabilidade civil decorrente de acidente de trabalho*

A Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou o art. 114 da CF/88, para incluir na competência da Justiça do Trabalho “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho” (inciso VI).

As dúvidas iniciais sobre se tal inciso abrangeria ou não as ações de indenização em razão de acidente de trabalho foram de logo sanadas pelo STF, que decidiu que a competência para julgar ações de indenização por danos morais e materiais entre empregador e empregado, incluindo as de acidente de trabalho, após a edição da EC 45/04, é da Justiça do Trabalho (Precedentes: CC n. 7.204, Min. Carlos Britto, DJ de 9.12.05; AgR-RE n. 509.352, Min. Menezes Direito, DJe de 1º.8.08; ED em RE 511219, Min. Ellen Gracie, julg. 23.06.09).

De certa forma, essa alteração constitucional racionaliza as atividades jurisdicionais, com ganhos para administrados e Administração Pública, haja vista que a demanda indenizatória por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho tinha como causa de pedir matéria típica de relação de emprego.

Em razão de a Emenda Constitucional nº 45/2004 ter deslocado a competência para processar e julgar as ações que envolvam responsabilidade contratual pela relação de trabalho, a Súmula nº 15 do STJ, que estabelece a competência da Justiça Estadual para processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho, bem como a Súmula nº 501 do STF, já não podem ser aplicadas em toda a sua plenitude, haja vista que parcela considerável da competência daquela

Justiça Comum Estadual foi açambarcada pela Justiça Trabalhista.

Após a referida Emenda, a interpretação que menos satisfaz o princípio da eficiência é a de que a Justiça Estadual permaneceria com a competência para as demandas de benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho. Isso porque o que justificava as súmulas (unificação da jurisdição para apreciar a indenização civil e o benefício previdenciário) não mais ocorrerá, pois o segurado acidentado, por meio dessa interpretação, terá que ajuizar a ação de indenização na Justiça do Trabalho e a ação previdenciária na Justiça Estadual.

Entender que caberá à Justiça do Trabalho a apreciação das ações previdenciárias decorrentes de acidente de trabalho manterá os mesmos inconvenientes já comentados, quanto ao entendimento sumulado sobre o art. 109, I, da CF/88.

A solução mais consentânea com os princípios da eficiência, economicidade e segurança jurídica, sem sombra de dúvida, é a de que a competência é da Justiça Federal.

### *3.3. Ampliação e interiorização da Justiça Federal e criação dos Juizados Especiais Federais*

Outro ponto relevante que abala um dos pressupostos do entendimento preponderante do STF e STJ (maior proximidade da Justiça Estadual com os jurisdicionados) diz respeito à ampliação da Justiça Federal ocorrida nos últimos oito anos.

Com a criação de Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001) e instalação de varas no interior dos estados, a Justiça Federal aproximou-se efetivamente dos jurisdicionados, estando presente em todos os lugares do país.

Com a Lei nº 10.259/2001, o segurado poderá ajuizar causas previdenciárias até 60 salários mínimos, sem assistência de advogado, no Juizado Especial Federal, sob o rito sumaríssimo, o que não tem paralelo na Justiça Estadual, vez que o § 2º do art.

3º da Lei nº 9.099/1995 expressamente exclui as causas de acidentes de trabalho da Justiça Especial Estadual. Dessa forma, prevalecendo o entendimento sumulado após esse novo cenário institucional, o segurado que sofrer acidente de trabalho mais uma vez estará em situação de desvantagem em relação ao segurado que está incapacitado por outras causas.

### *4. Mutação constitucional do art. 109, I, da CF/88 (exame prospectivo)*

As desconformidades da interpretação preponderante em rela o a atuais aspectos econ micos, sociais e jurídicos ressaltados no item precedente demonstram a necessidade de que o conteúdo do art. 109, I, da CF/88 se adapte   realidade atual da sociedade brasileira.

Tal desiderato poderá ser alcançado com reforma formal da Constitui o. Nessa toada, constata-se a tramita o de Proposta de Emenda   Constitui o – PEC, de n  278, de 2008, que tem por fulcro alterar o art. 109, I, da Constitui o Federal, retirando a exce o às causas de acidente de trabalho.

E, como bem aponta Bezerra (2002, p.11),

“ao lado da reforma formal da Constitui o, em suas modalidades de revisão e emenda, há, também, a mudança informal, aquela que se opera, sem que mudança do texto ocorra.   mudança também conhecida como transi o constitucional ou revisão informal (CANOTILHO), processos oblíquos (FERRAZ); processos não formais (BISCARETTI DI RUFFIA); mudança material (PINTO FERREIRA); vicissitude constitucional tácita (MIRANDA)”.

E qual o fundamento da muta o constitucional, outra denomina o utilizada para o mesmo fenômeno de reforma informal da Constitui o? Ainda nas palavras de Bezerra (2002, p.12), “materialmente constitucional que  , a muta o tem fundamento

na adequação sociológica da Constituição, em sua dimensão material”.

As mutações constitucionais, como bem sintetizam Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 152),

“nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação. (...) as mutações constitucionais são decorrentes – nisso residiria a sua especificidade – da conjugação da *peculiaridade* da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os *fatores externos*, de ordem econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia –, intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte”.

A mutação constitucional tem início quando a necessidade para adaptação sociológica da Constituição é reconhecida nas decisões judiciais, as quais começam a excepcionar o entendimento anterior e as exceções vão se tornando, cada vez mais, numerosas e relevantes. Nesse sentido, bem expõe Silva Neto (2006, p. 23):

“Quando as indigitadas necessidades alcançam legitimidade de tal monta a ponto de causar ressonância na atuação judicial, na modificação dos usos e costumes e na interferência de grupos de pressão, este será o momento propício para o desenvolvimento da mutação constitucional, sem que se investigue se houve mudança informal anterior que a ampare”.

E nesse ponto, não há dúvida que o STF e o STJ já dão sinais claros de relativização do entendimento preponderante de suas súmulas.

O STF, por exemplo, asseverou que a ressalva do art. 109, I, da CF/88 quanto às causas de acidente de trabalho somente se

aplica quando se tratar exclusivamente de acidente de trabalho, o que não ocorre nas lides em que se discute outro elemento, tal como a possibilidade de acumulação de benefícios:

“EMENTA: ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA COM AUXÍLIO SUPLEMENTAR. RECURSO JULGADO POR TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA QUE NÃO SE INSERE NA RESSALVA CONTEMPLADA PELO ART. 109, I, DA CF. QUESTÃO QUE ENVOLVE APENAS ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RE IMPROVIDO. I – Tratando-se de matéria de interesse do INSS, qual seja, a possibilidade ou não de acumulação de proventos da aposentadoria com o auxílio suplementar, a matéria refoge à competência da Justiça comum. II – *Questão que não se enquadra na ressalva do art. 109, I, da CF, visto que não cuida exclusivamente de acidente de trabalho.* III – Reconhecida a competência da Justiça Federal para julgar o feito. IV – Recurso extraordinário improvido” (STF – RE 461005/SP, Min. Lewandowski, 1ª Turma, julgado em 08/04/2008, DJe 08-05-2008).

O STJ, por seu turno, assentou que a competência é da Justiça Federal quando, embora se tratando de benefício decorrente de acidente de trabalho, haja necessidade de se apurar a condição de segurado especial do trabalhador:

“PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL, NA CONDIÇÃO DE TRABALHADOR RURAL, PARA FINS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. PARECER DO MPF PELA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é assente quanto à competência residual da Justiça Estadual para processar demanda relativa a acidente de trabalho. *Entretanto, a comprovação da qualidade de segurado especial, para fins de concessão de benefício perante a Autarquia Previdenciária, como no caso, é matéria estranha à competência da Justiça Estadual, devendo ser a demanda processada pela Justiça Federal, nos termos do art. 109, I da CF.*

2. Somente seria possível o processamento da presente ação no Juízo Estadual, se a Comarca do domicílio do segurado não fosse sede de Vara Federal, o que, entretanto, não configura a hipótese dos autos.

3. Conflito de Competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 17ª Vara da Subseção Judiciária de Petrolina da Seção Judiciária de Pernambuco, o suscitante, para processar e julgar a presente demanda, inobstante o parecer do MPF" (STJ - CC 86797/PE Conflito de Competência - Rel. Min. Napoleão Maia - TERCEIRA SEÇÃO - Julgamento 22/08/2007 - DJ 03/09/2007 p. 119).

O STJ também não está aplicando o entendimento sumulado nas ações revisionais de pensão por morte decorrente de acidentes de trabalho, tendo fixado a competência da Justiça Federal para tais demandas (Conflitos de Competência 89.282/RS, 62.531/RJ, 89.633/SP e 89.382/SP).

Como se constata por tudo que foi exposto, estamos diante de mutação constitucional do art. 109, I, da CF/88, mediante interpretação constitucional, que é uma das espécies, conforme sistematização proposta por Bulos (1997, p. 70-71):

"a) as mutações constitucionais operadas em virtude da interpretação constitucional, nas suas diversas modalidades e métodos; b) as mutações decorrentes das práticas consti-

tucionais; c) as mutações através da construção constitucional; e d) as mutações constitucionais que contrariam a Constituição, é dizer, as mutações inconstitucionais."

A mutação constitucional do art. 109, I, da CF/88, defendida neste trabalho, no sentido de que a Justiça Federal é competente para apreciar os benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho, melhorará inevitavelmente a relação entre segurado e instituto de previdência, trazendo maior segurança jurídica para as decisões judiciais.

Com a unificação dos julgamentos de todas as demandas de natureza previdenciária na Justiça Federal guereada na mutação constitucional do art. 109, I, da CF/88, serão eliminados o retardo no desfecho do processo em razão dos conflitos de competência e o prolongamento desnecessário do trâmite processual para o segurado aguardar todo julgamento de sua demanda na Justiça Estadual para só depois ingressar com um novo pedido na Justiça Federal. Haverá também ganhos para Administração Pública Federal, pois a unificação referida possibilitará que o INSS uniformize procedimentos e otimize a estrutura de servidores para o cumprimento das decisões judiciais oriundas de apenas uma jurisdição estatal.

A possibilidade de o segurado acidentalizado ajuizar a demanda no Juizado Especial Federal, a desnecessidade de assistência de advogados e a maior uniformização das decisões em razão do menor número de cortes de apelação na jurisdição federal, aliado às vantagens destacadas no parágrafo anterior, em última análise, representam uma ampliação de acesso à justiça, que é um efeito esperado da mutação constitucional, como sublinhado por Bezerra (2002, p. 17):

"Nesse diapasão, as mutações constitucionais ao servirem de meio de adaptação dos textos constitucionais à realidade social, servem de mecanismo a um maior acesso à justiça.

De fato, não pode haver maior óbice de acesso à justiça do que uma Constituição interpretada restritiva e obtusamente pelos seus operadores. O problema do acesso à justiça é um problema ético-social no plano da realização do direito. Muito mais do que os chamados obstáculos econômicos de acesso à justiça, como custas e honorários advocatícios, avultam os obstáculos provocados por posturas equivocadas por interpretações obscuras, por construções mal feitas, pelas grades da lei.”

### 5. Conclusão

O entendimento sumulado do STJ e STF relativo ao art. 109, I, da CF/88, no sentido de que a competência para benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho é da Justiça Estadual, não está mais compatível com a atual realidade social e institucional, demandando novo conteúdo, para que seja possível levar em consideração fatos supervenientes e relevantes: a) alteração da legislação ordinária unificando os benefícios previdenciários *strito sensu* com os acidentários; b) alteração significativa do bloco de constitucionalidade após EC nº 45/08, com a transferência para Justiça do Trabalho das causas de responsabilidade civil decorrente de acidente de trabalho; c) ampliação e interiorização da Justiça Federal e criação dos Juizados Especiais Federais, aproximando-se a Justiça Federal do domicílio do jurisdicionado.

Além do processo de reforma formal que está em curso no Congresso Nacional (Proposta de Emenda à Constituição – PEC, de nº 278, de 2008), constatou-se que

estamos diante de um verdadeiro caso de mutação constitucional do art. 109, I, da CF/88, por meio de interpretação sem alteração do texto constitucional, pela qual as demandas de benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho devem ser apreciadas pela Justiça Federal.

A unificação dos julgamentos de todas as ações previdenciárias na Justiça Federal, guerreada na mutação constitucional do art. 109, I, da CF/88, vem ao encontro dos princípios da celeridade processual, da segurança jurídica, da eficiência da administração pública, enfim de um maior acesso à justiça.

### Referências

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Mutação Constitucional: os processos mutacionais como mecanismos de acesso à Justiça. *Tributação & Desenvolvimento*, Recife, v. 4, n. 1, p. 7-22, 2002. Disponível em: <<http://www.sefaz.pe.gov.br/flexpub/versao1/filesdirectory/sessions579.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 6. ed. rev. São Paulo: LTr, 2005.

ELLET, William. *The case study handbook: how to read, discuss and write persuasively about cases*. Boston, Massachusetts: Harvard Business School Press, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regimes próprios de previdência social*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

# Quilombola

## A legislação e o processo de construção de identidade de um grupo social negro

Tarcísio Henriques Filho

### Sumário

Considerações iniciais. A necessidade de preservação dos interesses dos grupamentos negros. Quilombolas em Minas Gerais. O problema quilombola ao longo da história. O quilombola e a sociedade brasileira. Legislação federal, conceito e proteção dos quilombolas. Quilombolas e outros grupamentos negros na sociedade brasileira. O caso da comunidade negra de Rio das Rãs. Regras de proteção aos grupamentos formadores de nossa estrutura social. O art. 68 do ADCT e sua regulamentação. Ações afirmativas e proteção dos quilombos – uma distinção necessária. O Decreto nº 4.887/2003.

### *Considerações iniciais*

As questões envolvendo os quilombolas no Brasil nunca foram enfrentadas com a necessária profundidade e, exatamente por isso, são sempre recorrentes.

Mesmo os dados sobre tais grupamentos, informações sobre seu número, suas tradições, saberes e fazeres nunca foram suficientemente levantados; podemos afirmar, sem medo de errar, que pouco sabemos sobre tais comunidades. Até mesmo uma adequada classificação das mesmas é algo ainda que não foi realizado. Tais falhas comprometem não só as ações públicas destinadas a esses grupos sociais, mas também a compreensão da própria identidade nacional, já que o país nada seria sem a contribuição essencial que os escravos deram à nossa sociedade e à sua construção.

Tarcísio Henriques Filho é Procurador da República em Minas Gerais.

Interessante relembrar, nesse sentido, as palavras de Joaquim Nabuco, no clássico “O Abolicionismo”. Depois de mencionar com propriedade que “os negros nos deram um povo”, afirmou o seguinte:

“Tudo o que significa luta do homem com a natureza, conquista do solo para a habitação e cultura, estradas e edifícios, canaviais e cafezais, a casa do senhor e a senzala dos escravos, igrejas e escolas, alfândegas e correios, telégrafos e caminhos de ferro, academias e hospitais, tudo, absolutamente tudo que existe no país, como resultado do trabalho manual, como emprego de capital, como acumulação de riqueza, não passa de uma doação gratuita da raça que trabalha à que faz trabalhar” (NABUCO, 1891).

Os escravos, assim, foram diretamente responsáveis pela construção do país. Eles nos deram um povo, foram eles que “construíram o nosso país”.

De fato, ainda com Nabuco (1891), os “africanos e seus descendentes (...) são responsáveis pela adequação, nos trópicos, da tecnologia pré-capitalista brasileira, como, por exemplo: a mineração, a medicina, a nutrição, a agricultura, a arquitetura e a construção”.

Tudo isso já tornaria importante e necessária uma adequada proteção aos interesses jurídicos dessa comunidade que é hoje representada na estrutura social do país pelos remanescentes das comunidades dos quilombos e pelos demais grupos sociais descendentes dos antigos escravos. No caso dos quilombos, como definido no texto constitucional, essa mesma proteção passa pelo reconhecimento de que as áreas por eles ocupadas lhes pertencem de direito e, por isso mesmo, a eles devem ser tituladas, como foi o desejo do legislador constituinte. Tal titulação, contudo, a despeito da clareza da regra constitucional, ainda não existe. Não há comunidade quilombola que tenha recebido do Estado Nacional a titulação das áreas que ocupa.

Para os demais grupos sociais descendentes dos escravos foram estabelecidas regras constitucionais contendo outras diretrizes, mas que também existem para assegurar a preservação de suas manifestações culturais e suas tradições, que foram e são tão importantes para a compreensão da identidade cultural do país.

Antes de discutirmos as consequências dessas opções constitucionais, vale a pena apresentar algumas considerações sobre os pressupostos fáticos envolvidos na questão quilombola.

De fato, é evidente que uma adequada compreensão dessas questões é algo que ainda não foi alcançado e só o será se insistirmos sempre em tais temas.

O descaso com que a questão é enfrentada pode ser demonstrado com o uso que fazemos de algumas palavras. Com efeito, podemos ter uma clara percepção dos mecanismos de coerção social observando a utilização e os sentidos que são dados a algumas palavras e os seus significados prevalentes. Entre tantos exemplos possíveis, a utilização da palavra *negro* como sinônimo ou variação para sujo ou malvado, por exemplo<sup>1</sup>, demonstra e comprova esse uso distorcido e preconceituoso das palavras.

Todas as circunstâncias envolvidas na questão dos quilombos, toda a questão quilombola, enfim, é importante e fundamental para a formação sociocultural do Brasil, e isso significa que não se pode compreender nossa sociedade e até mesmo suas instituições se não se fizer um esforço para a compreensão de tal problemática. Contudo, infelizmente, tal matéria nunca foi tratada com o devido cuidado pelos poderes instituídos. Esses poderes, aliás, de um modo ou de outro, sempre foram formados por representantes das classes sociais dominantes e esses representantes tiraram proveito dessa situação e fizeram prevalecer seus próprios e específicos interesses.

<sup>1</sup> Verbete *sujo e malvado* (HOUAISS, 2010).

É essa a classe social que escreve a história e por muito pouco não é a versão dela a última palavra sobre o que de fato representou e representa o quilombo para a sociedade nacional. Essa visão externa do tema, sem qualquer menção ao que dele pensavam os seus membros formadores, constitui um grande obstáculo para a adequada compreensão de sua verdadeira contribuição para o processo cultural de construção da própria identidade nacional. Por isso é fundamental resgatar os quilombos e construir uma tela de proteção, sobretudo jurídica, para os interesses que neles se encontram envolvidos.

A identidade nacional, dessa forma, passa necessariamente pela tutela dos interesses das comunidades remanescentes de escravos – sejam elas os quilombos ou não – e isso torna essencial a apontada estruturação de uma adequada proteção jurídica aos interesses dessas comunidades.

#### *A necessidade de preservação dos interesses dos grupamentos negros*

O reconhecimento da contribuição desses grupamentos humanos para a sociedade nacional é extremamente importante, e isso justifica não só a necessidade de se preservarem os registros, mas também os sítios históricos e seus grupamentos humanos remanescentes; torna essencial a proteção dos seus usos e costumes, modos de fazer e de viver, e, ao final, justifica a própria instituição de regras constitucionais e legais de proteção aos interesses desses grupamentos humanos.

Muitos são os argumentos e provas que corroboram essas constatações. Queremos, neste texto, abordar alguns desses argumentos com o desejo de delinear e assegurar a estruturação de instrumentos jurídicos suficientes e adequados para viabilização e efetivação da vontade do legislador constituinte, autor do dispositivo constitucional inserido no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelecendo, com todas as letras, que

“Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

Não é preciso muito esforço para concluir que nem mesmo essa pequena proteção aos quilombolas foi suficientemente observada pelos poderes instituídos.

Longe estamos de assegurar-lhes condições para sua preservação como grupamento humano e como parte integrante e fundamental da sociedade nacional.

Os interesses desses grupamentos humanos não têm qualquer proteção e o mesmo pode ser dito dos demais grupos descendentes dos escravos.

A proteção prevista no § 5º do art. 216 da Constituição, nesse sentido, também não foi implementada na prática como pretendia o constituinte. Esse dispositivo constitucional determina que “ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombolas”. O mesmo pode ser dito das regras constitucionais contidas nos arts. 215 e seguintes, principalmente no § 1º desse dispositivo, que atribui ao Estado a obrigação de assegurar a proteção “[d] as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

Tudo o que se refere aos quilombolas e aos demais grupamentos negros participantes do processo de formação do Brasil encontra-se por construir ou estruturar.

#### *Quilombolas em Minas Gerais*

Os dispositivos constitucionais não tiveram qualquer influência sobre a realidade das diferentes comunidades quilombolas espalhadas pelo país.

Para dar concretude à crítica que tecemos à atuação dos entes estatais, comprovando a ausência de resultados concretos

para o que determinou o constituinte, basta considerar que em Minas Gerais, como aponta levantamento realizado pelo Centro de Documentação Eloy Ferreira da Silva – CEDEFES, não há nenhuma comunidade quilombola com titulação regular de seu território.

Transcrevo as afirmações dos pesquisadores da referida entidade não governamental:

“De todas as comunidades listadas pela Fundação Cultural Palmares, somente uma, a comunidade de Porto Corís, no município de Leme do Prado, tinha obtido o seu título de terra, de acordo com o disposto constitucional. A ausência desses títulos mostrou-nos que muito havia por se fazer na questão quilombola. Nesse aspecto, podemos dizer que a situação até mesmo piorou de lá até hoje, pois, com a construção da barragem de Irapé, essa comunidade perdeu o território que ocupava, de forma que no Estado, hoje, não há nenhuma comunidade titulada” (SANTOS; CAMARGO, 2008, p. 12).

O próprio levantamento, que teve seu resultado divulgado em 2008, menciona a existência de outras 438 (quatrocentos e trinta e oito) comunidades no Estado, e só isso já demonstra, de fato, que há “muito (...) por se fazer” até que se tenha alcançado o que pretendeu o legislador constituinte.

### *O problema quilombola ao longo da história*

Voltemos à questão do uso inadequado das palavras e seus sentidos.

Lambe-sujo é, segundo o Dicionário Aurélio, uma festa do Estado de Sergipe, um “folguedo popular, de caráter dramático, que lembra a luta contra os quilombos” (HOUAISS, 2001).

Não se conhece folguedo popular com preocupação inversa, ou seja, celebrar a resistência dos quilombolas à sociedade

escravagista colonial e ao modelo social que aquela sociedade representava.

Pode-se afirmar, com segurança, que a memória desses grupamentos humanos praticamente não existe, a despeito de suas enormes e infinitas contribuições para a cultura nacional.

Prevalecem, e as palavras demonstram isso, os interesses do lado socialmente dominante e se perde uma parte significativa do processo histórico decorrente da ação dos quilombolas e dos seus membros componentes. O mesmo pode ser dito dos demais grupos descendentes dos escravos.

Em outras palavras, os interesses das classes sociais subjugadas são desconsiderados e se perdem no processo social de formação da sociedade brasileira. Foi o que aconteceu com os quilombolas e com os demais grupamentos negros.

Não dá para esconder, contudo, que a questão quilombola sempre foi uma preocupação constante das autoridades coloniais. Muitos são os documentos históricos que deixam transparecer essa preocupação.

Citemos alguns desses documentos.

Vainfas (1996, p. 63) diz o seguinte:

“Fins do século XVI, inícios do século XVII: tempo em que a escravidão africana crescia expressivamente na agromanufatura do açúcar, substituindo o cativo indígena. As insurreições de escravos não tardariam a se alastrar pelo litoral da América portuguesa, sobretudo no Nordeste. O medo que colonos, jesuítas e autoridades régias havia muito sentiam dos índios seria, então, cada vez mais acrescido pelo pavor das rebeliões negras, pânico de longuíssima duração que, longe de se restringir ao período colonial, atingiria seu ápice no século XIX”<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> No mesmo trecho, o historiador aponta que “Palmares foi, com efeito, a maior rebelião e a manifestação mais emblemática, como é sabido, dos quilombos coloniais. Resistiu por cerca de cem anos às expedições repressivas, promoveu assaltos aos engenhos

A repetição de Palmares era uma preocupação constante das autoridades coloniais e norteou por muitos anos as suas iniciativas e políticas.

Magno Guimarães (1996, p. 158), abordando a questão de quilombolas em Minas Gerais durante o século XVIII, traça-nos o seguinte retrato:

“Em 21 de novembro de 1719, Assumar escreveu ao ouvidor geral da comarca do Rio das Mortes, uma das subdivisões administrativas da capitania. Após ordenar medidas para a destruição do quilombo do Caraça, fez uma série de observações que nos permitem perceber não só o que ele próprio pensava sobre a escravidão, mas também qual era o pensamento, de certa forma dominante, que acabava por determinar a atuação do Estado.

Inspirado em outra legislação, Assumar sugeriu que a punição para o escravo fugitivo recapturado fosse o corte de ‘uma artéria do pé’. (...) propôs (...)

‘porque já me andava remordendo este cuidado e tenho entendido que sem uma severidade mui reta contra os negros, poderá suceder que um dia seja este governo teatro lastimoso dos seus malefícios e que suceda o mesmo que nos Palmares de Pernambuco, ou muito pior, pela diferente liberdade que os negros têm neste governo (...) sendo certo que não é verdadeira escravidão a forma em que hoje vivem quando com mais propriedade se lhe pode chamar liberdade licenciosa’”.

Interessante é sua avaliação de Minas, que Magno Guimarães (1996) chega a

---

e povoações coloniais e estimulou fugas em massa de escravos na capitania. Palmares provocou tanta inquietação entre colonos, padres e funcionários del rei que a própria Monarquia portuguesa, submetida a inúmeras pressões, tentou em diversos momentos negociar com os rebeldes, a exemplo do que os governos coloniais fizeram ou fariam em outras partes da Afro-América (...)” (VAINFAS, 1996, p. 63).

definir como “uma das mais expressivas reflexões sobre o caráter de Minas e dos mineiros”,

“(...) os dias nunca amanhecem serenos: o ar é nublado perpétuo; tudo é frio naquele país, menos o vício, que está ardendo sempre (...) a terra parece que evapora tumultos; a água exalta motins; o ouro toca desaforos; destilam liberdades os ares; vomitam insolência as nuvens; influem desordens os astros; o clima é tumba da paz e berço da rebelião; a natureza anda inquieta consigo e, amotinada lá por dentro, é como no inferno” (GUIMARÃES, 1996, p. 158).

Outro autor, Ramos (1996, p. 176-177), aponta que

“Ao longo dos anos 1711 a 1720 (...) tornaram-se claros os problemas que atormentariam a região por mais de um século. O medo sempre presente da rebelião escrava seria relacionado tanto à presença de quilombos como ao armamento de escravos por senhores que assim acreditavam estar protegidos contra os salteadores, que abundavam na região. (...) A história de Vila Rica pode ser escrita a partir dos relatórios sobre as atividades dos quilombolas. Uma das mais remotas referências em Minas Gerais foi feita pelo governador Antonio de Albuquerque (...), em janeiro de 1711, quando escreveu sobre ‘muitos escravos fugidos, roubando, escalando roças e assaltando os passageiros nas estradas’. Em 1718, o conde de Assumar passaria a ver os quilombolas como matéria ‘de tanta importância (...) que dela pode depender a conservação ou ruína deste país...’. Ele descrevia a situação nos seguintes termos:

‘Não só a infestar as estradas e os que andam por elas, mas aos que habitam nos sítios e roças ainda vizinhas às vilas, levando-lhes de casa não só

ouro, mantimentos, mas cousas de menos importância e mais volume, porque tudo toma lugar, o seu atrevimento juntando-se em quadrilhas de 25 e quarenta armados e defendidos das armas [com] que fogem aos seus senhores e que apanham aos passageiros...”.

Santos Gomes (1996, p. 283-284), na mesma linha, menciona que, “para a maioria dos senhores de escravos, a existência dessas redes de solidariedade representava uma ameaça permanente”; e acrescenta, no que nos interessa, que

“As constantes fugas, o possível incitamento e comunicação com as revoltas de escravos e as razias que podiam ser realizadas pelos quilombolas causavam temor entre os fazendeiros. Aliás, para estes, a simples existência de grupos de quilombolas representava uma ameaça a sua autoridade e ao controle de suas fazendas, já que a ameaça de fugas para os mocambos era constante. De outro modo, os ataques, assaltos e roubos às fazendas e os assassinatos praticados pelos quilombolas deixavam os senhores sobressaltados. Exemplo disso é o fato de que em 1885 os fazendeiros da região de Capivari reclamavam que ‘Além do roubo escandaloso que sofremos em nossos cafezais, a ponto de ficarem reduzidas a menos de metade as nossas colheitas, e dos assaltos noturnos às propriedades, vivemos inteiramente sobressaltados pelo perigo iminente das relações dessa gente (...) com os nossos escravos’”<sup>3</sup>.

Como nessa reclamação, em muitos outros documentos históricos do período colonial encontramos reproduzido ou

materializado o temor da elite e das autoridades coloniais com a existência desses grupamentos humanos.

Tais grupamentos humanos, mesmo assim, eram parte integrante da estrutura social da época, representando, em alguns casos, a própria condição de sobrevivência dos grupamentos “legais”, já que para eles forneciam os mantimentos e produtos necessários à sua sobrevivência.

Neste sentido, Magno Guimarães (1996, p. 142-143) aponta o seguinte:

“(...) O exposto toca em um ponto fundamental: os diversos tipos de ligações existentes entre os quilombos e a própria sociedade escravista. Essas ligações manifestavam-se principalmente por:

- relações comerciais clandestinas com contrabandistas, taverneiros, negras de tabuleiro, fazendeiros;
- ataques a viajantes, tropeiros, fazendas, periferias de vilas e aldeias;
- uma rede de informações que começava dentro das senzalas e terminava dentro dos quilombos;
- relações afetivas estabelecidas entre escravos, forros e quilombolas, visto que estes comumente frequentavam as periferias dos centros urbanos ou as fazendas no meio rural.

Se os tipos de vínculos são vantajosos para os quilombos, pois se constituem em mecanismos de sua sobrevivência, outro tipo de vínculo, desta feita negativo, era constituído pelos constantes ataques executados pelas tropas repressoras da sociedade escravista”.

Tais questões, como enfatizamos, demonstram a necessidade de se compreender os quilombos para se compreender a própria sociedade nacional; e isso, como pretendemos, passa pela estruturação de uma rede de proteção adequada aos interesses das mencionadas comunidades, o que passa pelo pleno cumprimento da disposição constitucional contida no men-

<sup>3</sup> Trecho da reclamação dos fazendeiros é extraído de uma “representação dos fazendeiros (...) ao chefe de polícia da província do Rio de Janeiro”, datado de 10 de fevereiro de 1885, citado em Humberto Fernandes Machado (1983, p. 233).

cionado art. 68 do ADCT, pela efetivação da rede de proteção prevista nos arts. 215 e seguintes da mesma Constituição.

### *O quilombola e a sociedade brasileira*

Do que acima ficou consignado, o importante é reconhecer que, mesmo provocando medo e temor nos agentes coloniais e na elite da época, os quilombolas não conseguiram influenciar o processo histórico de uma forma direta. Eles não conseguiram, na verdade, nem mesmo sobreviver, ou foram poucos os que conseguiram.

Eles tiveram um importante papel na sociedade da época e estabeleceram uma influência permanente na sociedade que veio a existir depois disso, mas não tiveram nenhuma chance ou oportunidade de ver preservados seus interesses.

Por todos, Freitas (1996, p. 290), assevera que

“Os quilombos medravam à margem da sociedade escravista: marginalidade geográfica, econômica e social. Não ofereciam, à vista disso, qualquer risco realmente sério ao sistema. Causavam perturbações e prejuízos, é certo, porém deixavam-no intacto. Configurando uma forma elementar de luta e libertação, mostravam-se incapazes de subjugar e transformar a sociedade inteira. Trata-se de uma luta repetitiva e sem esperança.”

Teria sido interessante se pelo menos um só dos quilombolas brasileiros existentes no período colonial tivesse conseguido sobreviver ao processo permanente de combate a que todos eles foram submetidos pelas autoridades coloniais. Se isso tivesse sido possível, hoje teríamos maiores elementos para compreensão da própria identidade nacional.

Nenhum desses grupos sociais, contudo, sobreviveu.

Hoje, o que sabemos desses grupos sociais é resultado de pesquisa arqueológica ou fruto do que se conhece

desses grupamentos que sobreviveram em outras regiões das Américas. É o caso, por exemplo, do quilombola noticiado por Prince (1996, p. 52-):

“(…) sabemos realmente pouco sobre Palmares, (...).

Palmares, como todos sabemos, foi uma entre outras sociedades de negros quilombolas (em alguns casos, comunidades isoladas, em outros, confederações, repúblicas, ou nações) que se formaram e floresceram durante a época colonial em toda a América, onde quer que tenha existido a escravidão africana. Enquanto essas comunidades quilombolas eram, de certa forma, a antítese de tudo o que a escravidão representava, elas eram ao mesmo tempo, em todo lugar, uma parte embaraçosamente visível desses sistemas (...). Minha própria especialidade é uma sociedade quilombola localizada a cerca de 2.500 quilômetros ao norte de Palmares, onde é hoje a república do Suriname (...). À primeira vista, ela parece ter muitas semelhanças com Palmares, mas com uma grande diferença – os quilombolas saramakas continuam a existir hoje como um povo orgulhoso e semi-independente. (...)”.

Não se afirmou no texto, mas o outro lado da moeda é que Palmares não continuou “a existir” depois da guerra que lhe moveram “holandeses e portugueses”<sup>4</sup>.

Os interesses das elites brasileiras de então impediram que uma parte significativa

<sup>4</sup> Price (1996, p. 53), afirma o seguinte: “se dependêssemos apenas de documentos escritos –, e os documentos holandeses das guerras contra os saramakas são bastante semelhantes aos documentos holandeses e portugueses das guerras contra Palmares – poderíamos ter uma visão da sociedade saramaka, durante seu primeiro século de existência, muito parecida com a visão que temos de Palmares durante seu próprio século de esplendor. No entanto, com base em outros tipos de evidência – não disponíveis para Palmares – agora sabemos que esse retrato dos saramakas seria incompleto e falso em muitos e importantes aspectos”.

de nossa história pudesse ser preservada e conhecida pelas gerações posteriores.

Precisamos, então, buscar registros e informações em outras regiões ou países para tentar compreender melhor a sociedade colonial e seus grupamentos sociais e, com isso, viabilizar a própria compreensão da sociedade nacional e de seu processo de desenvolvimento histórico.

É necessário, para delimitar melhor as dificuldades para compreensão dos quilombolas brasileiros, a parcial e interessada descrição que deles faziam seus “inimigos”. Eis o que diz Price (1996, p. 53) sobre isso,

“(...) é um exercício possível tentar ‘penetrar’ nesses documentos para buscar entender, de dentro, aquilo que aqueles observadores olhavam fundamentalmente de fora. Mas esse esforço acaba por ter um alcance dramaticamente limitado, conforme vou sugerir, quando situado no contexto de informações produzidas pelos próprios saramakas. É importante enfatizar que a maior parte de nosso conhecimento sobre Palmares se origina de escritos semelhantes de militares ou de autoridades, todos empenhados em destruir o grande quilombo. Assim, esses escritos são bons em descrever fortificações militares, armas palmarinas e coisas afins. Nunca devemos esquecer que quase tudo que sabemos sobre Palmares deriva das palavras escritas por seus inimigos mortais”.

Não sabemos nada do que foi Palmares nem dos outros quilombolas nacionais.

Eles tiveram uma enorme influência na formação de nossa cultura mas não deixaram, a despeito disso, elementos que pudessem sinalizar para a possibilidade de um desenvolvimento alternativo da sociedade nacional, sempre vinculada, por isso mesmo, aos interesses de uma pequena classe dirigente que fazia do processo histórico e de seu desenvolvimento algo essencialmente vinculado a seus interesses.

Os interesses dessa classe dirigente, nesse sentido socialmente restritos e parciais, chegaram até mesmo a construir obstáculos legais para proteção dos interesses contrapostos ou dos demais grupamentos sociais. Um exemplo evidente disso pode ser extraído da própria legislação fundiária do país, que de modo direto sempre foi um obstáculo ao reconhecimento do direito de propriedade dos grupos minoritários.

Com propriedade, o Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, Almiro Sena, assevera que “mais de três séculos e meio de escravidão estão cravados no cerne das instituições nacionais”. Esse fato torna imprescindível analisar e compreender a escravidão e suas consequências – principalmente “o preconceito e a discriminação racial como dados reais da sociedade brasileira” – para a compreensão de nossas próprias instituições, inclusive as próprias instituições jurídicas. Só seremos capazes de compreender a importância e a essencialidade das “medidas concretas de promoção da igualdade” e proteção dos interesses dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, entre os quais, no que nos interessa, as comunidades remanescentes dos quilombos, e com isso assegurar a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, como desenhado pelo constituinte no inciso I do art. 3º da Constituição Federal, se buscarmos compreender todos os sentidos e consequências do processo escravagista.

Exemplo disso é o que aconteceu com a chamada “questão da terra” logo depois do momento da abolição da escravidão.

Sobre esse tema, permitam-me lançar mão aqui, pela sua enorme propriedade, das considerações feitas pelo mencionado e ilustre Promotor de Justiça baiano Almiro Sena (2010, p. 92-93):

“No que concerne, todavia, às barreiras institucionais, supra-referidas, essas não foram, no Brasil, uma novidade trazida pelo Século XX, pois ainda na segunda metade do Século

XIX, já nos albores da extinção formal da escravatura, as elites brasileiras da época deram um passo fundamentalmente importante para ceifar qualquer possibilidade de ascensão social futura da população negra que seria liberta. Assim, apenas 14 dias após a aprovação pelo Parlamento brasileiro da Lei Eusébio de Queiroz, a qual extinguiu, de uma vez por todas, o tráfico transatlântico de homens, mulheres e crianças negras como escravos para o Brasil, foi aprovada também a denominada ‘primeira Lei de Terras do Brasil’, Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, estabelecendo que, a partir daquela data, a aquisição de terra só poderia ser feita mediante compra e não, como até então era possível, por meio da posse daquelas áreas ainda não apropriadas ou por doação do Estado (...).

Ademais, a discussão sobre a elaboração da primeira lei de terras brasileira já era realizada pelos grandes latifundiários, escravocratas e autoridades públicas, há vários anos, sabendo todos, desde que em 1830 a Inglaterra, detentora do maior poderio naval da época, publicou uma lei proibindo o tráfico negreiro, que era apenas uma questão de tempo para que a exploração da mão-de-obra escrava ficasse totalmente inviabilizada nas Américas. Paralelamente, como questão correlata, discutia-se, há muito também, o que fazer com todos aqueles negros libertos no dia seguinte à abolição e, invariavelmente, surgia a preocupação de que aquelas pessoas, através da posse ou de doação de terras do Estado, adquirissem a condição de proprietário, sendo a Lei Eusébio de Queiroz apenas o momento culminante da ‘tragédia’, a abolição, que já se anunciava.

A Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850 (...) foi, portanto, a solução bra-

sileira para resolver esse ‘problema de negro-proprietário’, sepultando, de vez, qualquer chance de melhoria real das condições de vida dessa população, mesmo após liberta da escravidão.

Simultaneamente, o governo brasileiro, em relação aos imigrantes brancos, na mesma Lei de Terras, no seu art. 18, dispunha que mandava: ‘vir anualmente, à custa do Tesouro, certo número de colonos livres para serem empregados, pelo tempo que for marcado, em estabelecimentos agrícolas, ou nos trabalhos dirigidos pela Administração Pública, ou na formação de colônias nos lugares em que estas mais convierem; tomando antecipadamente as medidas necessárias para que tais colonos achem emprego logo que desembarcarem. Aos colonos assim importados são aplicáveis as disposições do artigo antecedente.’ (...).

Conforme visto, desde a primeira Lei de Terras, as elites brasileiras já se preocupavam em implementar barreiras legais, institucionais e políticas que impedissem a ascensão social da população negra no período posterior à abolição formal da escravidão no país, revelando, assim, ainda no período pré-abolicionista, o pensamento e a postura racista que, consoante indigitado acima, nortearam toda a política do Brasil pós-escravocrata”.

Os contornos institucionais dos institutos agrários são feitos, assim, para preservação de uma dada situação social, situação essa que interessa a uma parcela restrita e muito pequena dos grupos que fazem parte da sociedade brasileira.

Isso aconteceu também com outros institutos jurídicos.

Desse modo, como pretendemos demonstrar, só promovendo a reconstrução desses institutos poderemos assegurar um desenvolvimento social mais próximo do

desejado pelo constituinte, dando com isso pleno cumprimento aos comandos constitucionais, sobretudo aqueles inseridos nos artigos iniciais da Constituição.

É preciso, com isso, desmontar as inúmeras “barreiras legais, institucionais e políticas” que impedem não só a ascensão social dos negros, mas de todos aqueles que fazem parte ou compõem a parcela minoritária da sociedade nacional.

Nesse aspecto, interessante a ênfase que se deve dar ao papel contramajoritário das instituições<sup>5</sup> e o que isso importa na defesa dos interesses das minorias, já que só mediante isso tais parcelas desprotegidas passam a ter reconhecidos seus direitos e têm assegurada a proteção de seus interesses.

### *Legislação federal, conceito e proteção dos quilombolas*

A legislação federal, pelo menos até 1988, sempre foi conduzida com uma clara perspectiva de punir os quilombolas. Esse quadro só sofreu alteração com a discussão da Constituição de 1988.

Por todos, neste aspecto, Laranjeiras Sampaio (2008, p. 18) afirma que

“(…) a Constituição Federal de 1988 também reinstituíu, pela primeira vez no período republicano, a categoria jurídico-legal de quilombo. Fê-lo, porém, sob o viés da ‘remanescência’, o que poderia em princípio sugerir uma inusitada e imprópria remissão a categorias jurídicas do passado, ou, mais exatamente, à

<sup>5</sup> Lenio Luiz Streck (2008, p. 18), com propriedade, traçando os contornos conceituais do constitucionalismo, diz que “Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este ‘subtrai’ da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários”. O que interessa, isso considerado, é a consequência dessas ideias na atuação dos órgãos públicos, sobretudo os jurisdicionais, como ficou muito bem exposto na discussão do reconhecimento das relações homoafetivas no Supremo Tribunal Federal.

matriz única dessas categorias, um alvará do Conselho Ultramarino de 1740, que, evidentemente, definia quilombo na perspectiva única da imputabilidade penal e da efetiva vigência da escravidão (...).”

Essa remissão não pode ser compreendida assim, e a própria proteção jurídica adequada das comunidades quilombolas pressupõe, assim, uma reconstrução do próprio conceito de quilombo.

O ponto importante na questão é que nem todas as comunidades negras têm a característica de “remanescentes” dos quilombos, mas nem por isso restam ou ficam desprotegidas se não tiverem tais características.

Pensar o contrário, como veremos, é forçar a identidade de uma outra comunidade de negros ou deles descendentes como quilombola e cancelar uma fraude. O fato é que não só como quilombolas tais grupamentos humanos encontram proteção constitucional ou legal em nosso ordenamento.

Como grupo formador da sociedade brasileira, na forma do art. 216, *caput*, ou como grupo participante do processo civilizatório nacional, como estabelece também o § 1º do art. 215, ambos da Constituição Federal, tais grupos humanos têm a proteção da lei.

O interesse público, com efeito, exige a preservação e a própria tutela de todos os grupamentos humanos formadores da sociedade nacional, e é isso o que claramente se depreende do texto dos arts. 215 e seguintes da Constituição.

Para as autoridades coloniais, o sentido do termo era determinado por disposição normativa. O “Regimento de Capitão do Mato de 1722”, da Câmara de Ouro Preto, por exemplo, como menciona Ramos (1996), definia quilombo como “lugar ‘onde estejam acima de quatro (...) negros com ranchos, pilões, e modo de ali se conservarem (...)’”.

Acrescentando a essa definição a ideia de resistência ao modelo escravocrata tere-

mos uma delimitação mais precisa do que poderia ser considerado como quilombola.

Tais comunidades não podem ser consideradas “comunidades tradicionais”.

De fato os grupamentos humanos envolvidos no processo de formação de um quilombola não eram naturais do território nacional; eram, ao contrário, formados por africanos trazidos para o país de forma forçada e na condição de escravos.

Os negros foram inseridos violenta e involuntariamente no processo de formação da sociedade brasileira, assumindo a maior parcela de responsabilidade pelo trabalho que nela era realizado durante o período colonial, e, depois disso, integrados na comunidade nacional; para ela contribuíram de forma fundamental, dando-lhe traços sociais e culturais que são hoje marcantes em todos os brasileiros.

O conceito de quilombola, assim, desafia todos os que se debruçam sobre o tema das comunidades negras inseridas no processo de formação da sociedade brasileira.

É interessante destacar, nesse sentido, que a disposição do art. 68 do ADCT provocou uma mobilização interessante das lideranças sociais dos remanescentes de quilombolas para aplicação do apontado dispositivo constitucional, levando ao processo de demarcação de limites das áreas que ocupavam e à própria titulação delas, o que passou a significar a única via para a preservação do grupo social mobilizado.

A antropóloga Eliane Cantarino O’Dwyer (2002), no livro *Quilombos – identidade étnica e territorialidade*, por exemplo, destaca que essa mobilização tornou essencial a redefinição do próprio conceito de quilombo e que a construção desse conceito, “numa conjuntura de pressão do movimento negro”, levou à construção de vias para a aplicação do preceito constitucional, que sempre esteve condicionada à identificação das comunidades interessadas como quilombolas.

Toda essa questão, depois de inúmeras discussões, levou à reformulação do conceito, incorporando também o “ponto de vista

dos grupos sociais que aspiram à vigência do direito atribuído pela Constituição Federal”, ou seja, os próprios componentes desses grupamentos sociais passaram a ter participação necessária na definição do que deve ser considerado como quilombo.

Como noticia a apontada antropóloga (O’DWYER, 2002),

“(…) a perspectiva dos antropólogos reunidos no Grupo de Trabalho da ABA – Associação Brasileira de Antropologia – sobre Terra de Quilombo (...) é expressa em documento que estabelece alguns parâmetros (...) o termo quilombo tem assumido novos significados (...). Ainda que tenha um conteúdo histórico, o mesmo vem sendo ‘ressemantizado’ para designar a situação presente dos segmentos negros em diferentes regiões e contextos do Brasil. (...) Contemporaneamente, portanto, o termo quilombo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma, nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebelados mas, sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas cotidianas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos e na consolidação de um território próprio (...) No que diz respeito à territorialidade desses grupos, a ocupação da terra não é feita em termos de lotes individuais, predominando seu uso comum. A utilização dessas áreas obedece à sazonalização das atividades (...), caracterizando diferentes formas de uso e ocupação dos elementos essenciais ao ecossistema, que tomam por base laços de parentesco e vizinhança, assentados em relações de solidariedade e reciprocidade”.

Tais elementos são marcantes e servem para a precisa caracterização do quilombo, principalmente a menção à utilização coletiva da área, ou como consta do texto, “a ocupação da terra não é feita em termos de lotes individuais”. Essa a característica principal desses grupamentos.

Inexistindo tal uso coletivo da área, entendemos desconfigurado o quilombo e aberta a possibilidade para classificação do grupo social como outro tipo de comunidade.

Assim, só escapando das amarras arqueológicas e históricas poderemos alcançar uma definição que nos ajude na identificação dos quilombolas.

É importante destacar que todo o processo de proteção desses grupamentos sociais começa, passa e termina pela pressão dos sujeitos interessados, ou, como diz a legislação infraconstitucional, pela “autoidentificação” do próprio grupo.

O olhar classificador, assim, não pode ser externo, não pode ser o olhar do Estado ou de seus agentes, mas deve partir do próprio grupo, que tem uma origem comum e orienta suas ações coletivamente, nas palavras da citada antropóloga, “no sentido de destinos compartilhados”.

Destacando a presença necessária desta “autoidentificação”, vamos encontrar inúmeros conceitos de quilombos.

Entre tantos, merece destaque aquele fornecido por Mari de Nasaré Baiocchi (1999), no livro *Kalunga, o Povo da Terra*, apontando que a “construção do conceito de quilombo a partir de brasileiros foge à origem (acampamento em quimbundo) para assimilar as representações do dominador, do poder, do sistema colonial”. Ainda de acordo com a mencionada pesquisadora, “a historiografia brasileira registra que quilombo é um conceito próprio dos africanos bantos, que vem sendo modificado através dos séculos. O Conselho Ultramarino de 1740 define quilombo como ‘toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte desprovida, ainda

que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles’. Quilombo é termo banto e quer dizer acampamento guerreiro na floresta”.

Isso permite comprovar a afirmação de que o conceito histórico é insuficiente para caracterização ou definição dos quilombolas, já que contém elementos historicamente datados, imprestáveis para definir tais comunidades.

Assim sendo, é importante destacar que tais “acampamentos” constituem “formas organizacionais onde o africano, em um processo extremo de defesa e afirmação, parte da ‘passividade’ e ‘resignação’, tão decantadas, para posições de resistência”, o que já nos mostra a importância deles para uma mais verdadeira compreensão do processo de formação de nossa sociedade e dos grupos sociais que nela tomam parte.

Como chega a afirmar o Professor Dalmiro Dallari (2001), essas áreas “são (...) o meio de que necessitam [os quilombolas] para realização dos direitos fundamentais”, o que já indica a importância de cumprimento do preceito constitucional que analisamos.

Não podemos nos esquecer, na mesma linha de preocupação, de que os quilombolas “surgiram como último recurso para a sobrevivência física e cultural e a preservação da dignidade de homens e mulheres” que viviam antes na condição de escravos.

O Poder Público, desta forma, não pode “determinar a condição de quilombola da comunidade”, nas palavras de Leinad Ayer de Oliveira Santos (2001), mas sim promover garantias para que se torne uma realidade a propriedade deles sobre as áreas que tradicionalmente ocupam. Esse o sentido da norma inserida no art. 68 do ADCT.

Aliás, como entendemos, mesmo não assumindo tal condição, seja ou não quilombo, a comunidade negra interessada tem assegurada proteção constitucional nas disposições inseridas nos arts. 215 e seguintes da Constituição.

A proteção de todos esses grupos sociais, assim, é a ação que se espera dos órgãos do Estado.

### *Quilombolas e outros grupamentos negros na sociedade brasileira*

Essa mesma ação de proteção deve existir para todos os grupos sociais, e isso, como defendemos, por se considerar a importância cultural de todos eles para a formação da sociedade nacional.

É certo que o legislador constituinte se limitou, no dispositivo do art. 68 do ADCT, aos “remanescentes de quilombolas”, mas é preciso reconhecer que tal situação não importa na ausência de regras de proteção para as demais comunidades negras.

Se tais comunidades não configuram quilombos, em virtude do grande valor cultural que preservam, encontrarão proteção jurídica de outro modo ou em outras regras inseridas no próprio texto constitucional.

Como diz Laranjeiras Sampaio (2008, p. 18), nesse aspecto,

“Trata[...] -se, antes, de instituir uma modalidade específica e inédita de regularização fundiária de territórios sob tradicional ocupação de comunidades negras e, já então, de fazê-lo na perspectiva das ‘políticas de reparação’ e das ‘ações afirmativas’ que se têm consolidado nas décadas seguintes como foco das políticas públicas de orientação étnico-racial”.

Essa é a melhor solução para tais comunidades, sob pena de se inviabilizar o próprio desenvolvimento social delas, alterar ou impedir a manutenção de suas manifestações culturais, o que tornaria sem qualquer sentido a regra inserida no texto constitucional que preserva e tutela as manifestações culturais dos grupos sociais formadores da sociedade nacional.

Não tem sentido transvestir de quilombola uma comunidade que nunca teve as características daquele grupamento.

Nem toda comunidade negra se constituiu em “remanescente das comunidades dos quilombos”, e isso, por si, como sustentamos, não retira delas a necessária proteção jurídica que se deve estender a todos os grupamentos formadores da sociedade brasileira.

Com efeito, os artigos da Constituição que dispõem sobre a proteção das manifestações culturais autorizam a estruturação de uma eficiente rede de proteção e tutela dos interesses desses grupos ou grupamentos negros.

O art. 215, por exemplo, estabelece, nesse sentido, que

“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.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

(...) § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II – produção, promoção e difusão de bens culturais;

(...)

V – valorização da diversidade étnica e regional”.

O dispositivo contido no § 1º desse artigo é muito claro e, de forma ampla, submete à devida proteção jurídica todas as comunidades “afro-brasileiras”, sejam elas remanescentes dos quilombos ou não.

Também o artigo seguinte, o de número 216, contém elementos suficientes para a estruturação dessa rede de proteção constitucional a tais grupamentos e às suas

manifestações culturais, estabelecendo, no que interessa, que

“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

(...)

§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

§ 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (...).”

Assim, como visto, são estabelecidas regras constitucionais que permitem a necessária tutela dos interesses jurídicos de todos os “diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. É importante ressaltar que o destaque dado aos quilombos, seja com a regra inserida no art. 68 do ADCT (estabelecendo a obrigação de titulação das áreas

por eles ocupadas), seja com a regra do § 5º do art. 216 (prevendo o tombamento dos “documentos” e dos “sítios detentores de reminiscências históricas” destes grupos), só confere uma proteção mais específica a eles e não afasta, como sustentamos, a tutela dos interesses dos demais grupamentos descendentes dos escravos.

Imaginar que os interesses dessas outras comunidades negras só encontram proteção nas regras desses dois dispositivos constitucionais, *concessa venia*, é empurrar todas essas comunidades para a via única e exclusiva de seu reconhecimento como “remanescente de quilombola”, e não foi isso o que desejou o constituinte.

Aliás, não é isso o que deseja a própria sociedade nacional.

### *O caso da comunidade negra de Rio das Rãs*

Poderíamos alinhar uma série de exemplos concretos para sustentar a inviabilidade de uma interpretação que equipare todas as comunidades negras às comunidades quilombolas, mas, para não ultrapassar os objetivos e limites deste trabalho, ficaremos com o caso da comunidade do Rio das Rãs, na região de Caetitê e Guanambi, no sudoeste da Bahia, como bem relatado por Marc da C. Silva (2006, p. 143-):

“No caso específico do sertão de Rio das Rãs, a crise das grandes fazendas de criação de gado (...) foi de certa forma contida, pelo menos durante as primeiras décadas do século XIX, em seus efeitos mais devastadores, justamente pela valorização da exploração de novas culturas, como as de algodão, o desenvolvimento dos engenhos e o impulso do cultivo em torno da cana-de-açúcar. Além disso, o longo período de decadência do latifúndio pecuarista do sertão propiciou também o engrossamento e o crescimento, em importância econômica, de uma camada social de

posseiros, sitiantes, camponeses e arrendatários (em sua maioria negros) dedicados à lavoura produtora de gêneros alimentícios de subsistência e pequenos excedentes para o comércio com as regiões periféricas.

Os primeiros antepassados dos negros atualmente moradores de Rio das Rãs puderam ser identificados na região já para os fins do século XVIII e nas primeiras décadas do século XIX. Inseridos no cenário acima delineado, esses primeiros antepassados foram lentamente construindo a comunidade negra (...). A própria ocupação do território até hoje identificado por eles como sendo o seu território é, em parte, fruto de articulações entre casamentos no interior da comunidade e o desenvolvimento dos grupos domésticos, sobre terras definidas pela parentela.

O processo de constituição da comunidade foi detonado também por fatores e acontecimentos históricos bem determinados. Por conta da extensa crise econômica e da forte retração das principais atividades produtivas na região, os primeiros negros chegados à área puderam ali se estabelecer com relativa tranqüilidade, desenvolvendo sua lavoura (...) como posseiros e camponeses livres. (...)"

Essa comunidade, assim, desenvolveu-se como uma comunidade de "posseiros e camponeses livres".

Com o recrudescimento do conflito em torno da área ocupada pelos negros "posseiros e camponeses livres", a situação ganha outra dimensão, que o Professor mencionado define como "mudança de eixo e direcionamento" do movimento. Em suas palavras (SILVA, 2006, p. 148-149),

"Todas essas transformações, juntamente com as dificuldades encontradas no caminho da luta estritamente fundiária, acabaram por exigir também dos próprios negros intensos

esforços para a construção de uma identidade para o grupo; ou, melhor dizendo, para uma readaptação de sua identidade camponesa, que contivesse as características próprias de uma identidade de combate pela terra, mas que também, por outro lado, fosse de descendentes de quilombolas, para trazer maiores chances de sucesso nas ações jurídicas.

Foram enormes as dificuldades que (...) encontraram para encaminhar a luta como um conflito fundiário. Espremidos entre as dificuldades impostas pelo INCRA e a morosidade em definir as terras da fazenda Rio das Rãs como terras disponíveis para fins de reforma agrária, e, por outro lado, sem conseguir titular a terra pela via do usucapião, a alternativa quilombola só poderia aparecer como muito bem vinda, para substituir a até então pouco eficiente luta camponesa pela terra (...).

(...) maiores dificuldades se somavam em outra dimensão. As mudanças de eixo e direcionamento de uma luta definida originalmente como sendo de camponeses negros para uma outra que os reivindicava agora como remanescentes de quilombolas exigiram também amplas iniciativas (de cada um e de todos os membros da comunidade) concretas, práticas, de adaptação e reelaboração da história e da identidade do grupo. Esse desafio, centrado no trabalho sobre a memória coletiva, foi absolutamente fundamental para a reelaboração da identidade passada - de camponeses, sitiantes e roceiros, nos discursos dos negros sobre sua história, suas origens e sua longa permanência nas terras de Rio das Rãs - e sua transformação, no presente, para a de remanescentes de quilombolas"<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Depois da exposição desses fatos, vinculados ao que se classificou como "o conflito fundiário e a cons-

De fato, como bem define o mesmo Professor, o quilombo acabou representando, quando não devia, a única “modalidade histórica de organização da resistência étnica” (SILVA, 2006, p. 155) dos grupamentos negros inseridos na sociedade nacional. Não é necessário que seja desse modo ou que ele se torne a única forma de proteção dessas comunidades ou de seus interesses. Pensar assim seria tornar letra morta as determinações constitucionais constantes dos arts. 215 e 216 da Constituição Federal e que foram acima transcritos.

Conclui o referido professor, no que interessa,

“Popularizado como praticamente o único modelo histórico de territorialização negra, o quilombo (isto é, provar que se é remanescente de quilombo) tornou-se, no âmbito legal, praticamente a única forma de acesso

---

trução da identidade” da referida comunidade negra do Rio das Rãs, o professor em questão concluiu que a conhecida “dominação” das classes inferiores “difícultou sobretudo, no limite, a apropriação e fixação sobre a terra de uma população negra livre a partir de padrões étnicos, culturais e históricos. Entretanto, não foi capaz de inviabilizar por completo a territorialização negra. Vários outros modos encontrou a população negra livre ou escrava para enraizar-se ou se reenraizar (...). Grupos rurais de sitiantes e camponeses negros constituíram-se por todo o interior do país, compreendidos a partir das várias formas do que se convencionou chamar de terras de preto, comunidades que, na sua relação com a terra e sobre a terra, imprimiram uma singularidade e especificidade nas formas de organizar a vida a partir de uma tradição histórica e cultural partilhada por grupos de descendência comum, articuladas pelo parentesco, por hábitos, costumes e crenças. O quilombo, como uma modalidade específica de territorialização negra, partilhou, portanto, com essas outras formas de historicidade negra, um contexto de rica diversidade, que infelizmente nunca foi e ainda não é contemplado suficientemente pela legislação. Talvez disso advenha o fato (...) de se entender o quilombo como a modalidade histórica de organização da resistência étnica mais original ou pura. A política de esquecimento e esvaziamento da história do negro tornou o quilombo, aos olhos da lei, representante por excelência da resistência negra, peça de resistência às tentativas de desetnização, desistorização e desterritorialização do modelo colonial português (...)” (SILVA, 2006, p. 154-155).

da população negra, como coletividade, à terra.

Desse ponto de vista, discutir tal artigo [o artigo 68 do ADCT] seria, antes de mais nada, tentar ampliar, jamais negar ou menosprezar, as enormes conquistas que ele trouxe. Mas seria, por outro lado, reconhecer também a insuficiência conceitual do termo ‘quilombo’, tal como definido, para dar conta da diversidade das formas tradicionais de acesso à terra e das formas de existir das comunidades negras no campo. Como bem assinala Neusa Gusmão (...), ‘tal insuficiência constitui um dos limites na possibilidade de superar a invisibilidade das terras comunais ocupadas por negros. O conceito, ainda que viável no discurso político da resistência negra organizada e principalmente urbana, apresenta-se como unificador e generalizante daquilo que é historicamente diverso e particular’” (SILVA, 2006, p. 155).

### *Regras de proteção aos grupamentos formadores de nossa estrutura social*

Considerando os diferentes grupos formadores de nossa estrutura social, o constituinte estabeleceu regras específicas para cada um, criando um tratamento diferenciado, que busca assegurar a tutela dos interesses de seus membros, e – por que não reconhecer –, em última análise, assegurar a preservação e tutela de interesses da própria sociedade brasileira, rica precisamente pela múltipla contribuição cultural de seus diferentes grupos sociais formadores.

Para os índios, por exemplo, que são os únicos componentes das populações tradicionais de nosso território, a CF, em seu art. 231, é clara, institucionalizando todos os critérios para definição, demarcação e proteção de suas “terras”, chegando a determinar que “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que

tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (...), não gerando tal nulidade e a extinção do direito a indenização ou a ações contra a União (...)

Não há regra parecida para os quilombolas ou para outros grupos sociais.

O art. 68 do ADCT, com efeito, e como já vimos, limita-se a fixar o “reconhecimento” da “propriedade definitiva” das áreas territoriais ocupadas pelos “remanescentes das comunidades dos quilombos”, fixando uma obrigação para o Estado: a emissão dos “títulos respectivos” e decorrentes do mencionado reconhecimento.

A despeito dessa diferença de tratamentos, considerando outros dispositivos inseridos na Constituição, principalmente no capítulo que trata da cultura, arts. 215 e 216, não existe qualquer tipo de prejuízo à tutela dos interesses dos remanescentes de quilombolas ou dos demais grupamentos afrodescendentes com base nas regras constitucionais existentes. Todas as demais comunidades negras que não tenham as características de uma comunidade quilombola, principalmente o uso coletivo da terra, têm asseguradas a proteção constitucional de seus interesses.

É importante, nesse aspecto, enfatizar que a história do negro não se resumiu a “uma história exclusivamente quilombola” (SILVA, 2006, p. 155); sua resistência foi, na verdade, múltipla, o que exige a adoção do termo no plural: resistências e, ao lado dessa mudança, reconhecer que são necessariamente múltiplos os instrumentos de tutela dos interesses dos grupamentos componentes da estrutura social do país.

Desse modo, nosso Estado Nacional tem claras obrigações para com as culturas dos grupos nacionais, dos grupos, como determina o § 1º do art. 215 da CF, que participam ou participaram “do processo civilizatório nacional”, entre esses grupos “as manifestações das culturas populares, indígenas e

afrobrasileiras”. Todos eles recebem proteção das regras aqui mencionadas.

O art. 216 da CF, ao listar o patrimônio cultural brasileiro, menciona expressamente “as formas de expressão”, “os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas”, “as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais”, e “os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

Todas essas formas culturais devem ser objeto de proteção jurídica, o que importa na necessidade de existência e eficiência de políticas públicas que assegurem essa proteção, o que autoriza a afirmação de que a opção do constituinte não traz nenhum prejuízo aos interesses legítimos dos remanescentes de quilombolas ou dos demais grupamentos negros e de outros grupamentos populares.

Se considerarmos que cultura, na definição de Frans Boas, “abrange todas as manifestações de hábitos sociais de uma comunidade, as reações do indivíduo quando afetado pelos hábitos do grupo no qual vive e os produtos de atividades humanas quando determinadas por esses hábitos”, se tivermos clara compreensão de que só pode existir cultura quando um indivíduo ou grupo reage a hábitos sociais, podemos alcançar a importância da proteção dos diferentes grupos formadores da sociedade e compreender melhor o acerto do dispositivo contido no art. 216 da CF.

Isso também torna clara a necessidade de preservação dos remanescentes dos quilombos e, mais ainda, a importância do processo de proteção das áreas que servem de base para esses remanescentes, uma vez que só com tal proteção jurídica os “hábitos”, “os modos de criar, fazer e viver” de seus sujeitos poderão ser protegidos e preservados como quer o constituinte.

Tal proteção, de acordo com o que constou no art. 68 do ADCT, é realizada

com o reconhecimento da propriedade das áreas ocupadas pelos quilombolas: o Estado Nacional tem o dever jurídico de promover a titulação dessas áreas.

Tal preservação permite o resgate de uma identidade e a construção de uma memória da raça negra e, por consequência, da cultura nacional como um todo.

Com efeito, Rafael dos Anjos (1999), no livro *Territórios das Comunidades Remanescentes de Antigos Quilombos do Brasil*, por exemplo, aponta que no

“Brasil, os remanescentes de antigos quilombos, ‘mocambos’, ‘comunidades negras rurais’, ‘quilombos contemporâneos’, ‘comunidades quilombola’ ou ‘terras de preto’, referem-se a um mesmo patrimônio territorial e cultural inestimável e em grande parte desconhecido pelo Estado, pelas autoridades e pelos órgãos oficiais”.

E acrescenta ainda, o que nos interessa, que

“muitas dessas comunidades mantêm ainda tradições que seus antepassados trouxeram da África, como a agricultura, a medicina, a religião, a mineração, as técnicas de arquitetura e construção, o artesanato, os dialetos, a culinária, a relação comunitária de uso da terra, dentre outras formas de expressão cultural e tecnológica”.

O mesmo pode ser dito para as demais comunidades negras que participaram do processo de formação de nossa estrutura social.

Não é descabido, nesse sentido, destacar a importância dos povos africanos para a formação de nossa sociedade. Alguns autores chegam a afirmar que “essa bagagem cultural africana” é a “matriz mais importante da formação do povo brasileiro”. É esse o caso de Rafael dos Anjos.

Entre tantos outros autores, destaco a afirmação já antiga de Joaquim Nabuco (1891), no clássico “O Abolicionismo”, que, depois de mencionar com proprieda-

de que “os negros nos deram um povo”, como vimos no início deste texto, afirmou o seguinte:

“Tudo o que significa luta do homem com a natureza, conquista do solo para a habitação e cultura, estradas e edifícios, canaviais e cafezais, a casa do senhor e a senzala dos escravos, igrejas e escolas, alfândegas e correios, telégrafos e caminhos de ferro, academias e hospitais, tudo, absolutamente tudo que existe no país, como resultado do trabalho manual, como emprego de capital, como acumulação de riqueza, não passa de uma doação gratuita da raça que trabalha à que faz trabalhar”.

Eles, assim, nos deram um povo e ainda “construíram o nosso país”.

De fato, os “africanos e seus descendentes (...) são responsáveis pela adequação, nos trópicos, da tecnologia pré-capitalista brasileira, como, por exemplo: a mineração, a medicina, a nutrição, a agricultura, a arquitetura e a construção”.

Tal circunstância histórica já justificaria, suficientemente, a necessidade de tutela constitucional desses grupamentos humanos, imprescindíveis para a formação da sociedade nacional.

Destacando a necessidade da mencionada proteção, que passa pelo reconhecimento de que as áreas ocupadas pertencem aos quilombolas e a eles devem ser tituladas, e a tese de que todos os grupos formadores da sociedade brasileira têm a proteção de suas manifestações culturais, como quer o constituinte, passo a abordar a regulamentação do dispositivo contido no art. 68 da ADCT.

#### *O art. 68 do ADCT e sua regulamentação*

Analisando as regulamentações por que passou o art. 68 do ADCT, Laranjeiras Sampaio (2008, p. 19-20) deixa consignado a seguinte síntese:

“(...) o artigo 68 ainda hoje não tem plenamente rotinizada a sua aplica-

ção enquanto política pública e de Estado (...).

Atualmente, porém, essa regulamentação e sua conseqüente aplicação se encontram satisfatoriamente definidas, à luz da perspectiva conceitual e jurídica acima delineada, pelos Decretos 4883 e 4887, de 20 de novembro de 2003.

As principais características destes dispositivos legais são:

1. A transferência '(...) para o Ministério do Desenvolvimento Agrário' da 'competência relativa a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos (...)'. Ressalvando-se porém que (...) 'Compete ao Ministério da Cultura assistir e acompanhar (...) [...] as ações de regularização fundiária, para garantir a preservação da identidade cultural dos remanescentes das comunidades dos quilombos' (...);
2. A adoção de 'critérios de auto-atribuição' para definição das comunidades beneficiárias: (...)<sup>7</sup>
3. A regularização das terras mediante 'título coletivo às comunidades (...)'<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Eis o que determina o art. 2º do Decreto nº 4887, de 20 de novembro de 2003: "Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. § 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade. § 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural. § 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental".

<sup>8</sup> Diz o art. 17 do Decreto no 4887, de 20 de novembro de 2003: "A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que

Encontramos aí uma perfeita avaliação da regulamentação dada ao dispositivo do art. 68 do ADCT.

Torna-se essencial, a partir dessas disposições normativas, buscar tornar realidade a vontade do constituinte, assegurando a titulação das áreas que são utilizadas pelas comunidades quilombolas e, como acima indicamos, de forma a tornar eficiente a rede de proteção legal às manifestações culturais dessas e das outras comunidades afrodescendentes que fazem parte da sociedade nacional.

Essa ação, considerando-se as características da sociedade brasileira, é hoje a questão fundamental, ou seja, definidas as disposições normativas nos mencionados decretos, criar a rotina administrativa para tornar realidade a vontade do legislador constituinte.

Isso é dito porque as peculiaridades da questão quilombola, agora entregues ao INCRA, exigem mudança ou adaptações nas ações dessa autarquia federal, já que ela tinha suas ações voltadas para a questão da reforma agrária, em que os procedimentos envolvem a destinação de lotes rurais a "título individual", sendo eventuais aquelas destinações em que parte das áreas são destinadas ao uso coletivo, o que, como visto acima, é a marca essencial das comunidades descendentes dos remanescentes dos quilombos.

### *Ações afirmativas e proteção dos quilombos – uma distinção necessária*

Antes da apresentação das regras que regulamentam o dispositivo do art. 68 do ADCT, é importante distinguir a natureza dos instrumentos ou políticas utilizados para minorar diferenças entre grupos sociais, permitir a inclusão deles ou mesmo

se refere o art. 2º, *caput*, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade. Parágrafo único. As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas".

assegurar condições de sobrevivência aos seus membros.

É isso o que ocorre com as regras estabelecidas para tutela jurídica dos quilombolas e as chamadas ações afirmativas.

Traçar as diferenças entre tais questões é importante para evitar distorções nas situações reais das comunidades envolvidas.

As regras sobre quilombolas não podem ser classificadas como espécie ou tipo de ação afirmativa.

O escopo principal das chamadas ações afirmativas é a integração social de uma dada parcela da comunidade. Poderíamos exemplificá-las com a disposição contida no inciso VIII do art. 37 da CF, que reserva “percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência”; com a questão do estabelecimento de cotas nos estabelecimentos de ensino superior; com a previsão de pagamento de benefício mensal aos idosos “que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção” (como determina o inciso V do art. 203 da CF), entre muitos outros instrumentos.

Essas ações afirmativas previstas no texto da própria Constituição são limites à própria atividade econômica e à livre iniciativa. Não são os únicos limites, já que toda e qualquer atividade econômica, como estabelecido no próprio texto constitucional em seu art. 170, deve “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” e, além disso, deve observar, entre outros, a “função social da propriedade” (inciso III, art. 170) e o escopo de “redução das desigualdades (...) sociais” (inciso VII, art. 170).

Isso importa dizer que o princípio da livre iniciativa, valor abraçado pelo constituinte, também sofre reflexos de outros princípios, entre os quais os que foram mencionados.

Não fosse por tais considerações, até mesmo a própria definição de nosso Estado como sendo um “Estado democrático de direito”, na forma do *caput* do art. 1º

da CF, pressupõe a existência de políticas públicas, de ações políticas positivas ou de ações afirmativas que assegurem o alcance dos objetivos fundamentais de nossa República que estão alinhados no art. 3º da CF: construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Se antes ao Estado bastava respeitar direitos dos indivíduos, numa atuação negativa, hoje, como se pode perceber pela simples leitura dos objetivos acima alinhados, ele deve atuar positivamente.

A realidade de nossa sociedade nos dá a clara percepção de que ainda estamos muito longe de atingirmos os objetivos mencionados no texto da Constituição. No que se refere à situação dos brasileiros afrodescendentes, dados levantados pelo pesquisador do IPEA, Sergei Soares, indicam que no Brasil “o trabalhador negro ganha em média a metade do que ganha um branco, e quase dois terços dessa diferença é atribuível à educação”.

Cotas são, assim, necessárias para assegurar um desejável acesso dos negros à escolaridade e um caminho essencial para diminuir a apontada diferença social e de renda entre os grupos sociais acima indicados.

Nessa mesma linha, outras medidas ou ações afirmativas se fazem necessárias para diminuição dessa indesejável diferença social.

### *O Decreto nº 4.887/2003*

Especificamente no caso dos remanescentes de quilombos, como acima mencionamos, é essencial assegurar instrumentos jurídicos que, dando efetividade ao comando do art. 68 do ADCT, assegurem proteção aos interesses desses grupos.

De fato, o desejado reconhecimento dessas comunidades e a titulação das áreas que ocupam são essenciais para a própria preservação delas. Isso importa, como sustentamos, em fixar e definir os caminhos adequados, os procedimentos jurídicos que possam assegurar o resgate de sua identidade e sua preservação, o que também significa o resgate e a preservação da própria cultura nacional, como já tivemos ocasião de afirmar, tudo passando pela titulação das áreas que ocupam.

Averbe-se, por importante, que é o próprio texto constitucional que atribui aos remanescentes de quilombos a propriedade das terras que até a época da promulgação da Constituição eles ocupavam. Nessa linha, vale ressaltar que o art. 68 do ADCT não se limitou a ordenar ao Estado que adotasse as medidas necessárias à transferência da propriedade às comunidades étnicas em questão. Ele foi muito além, ao conferir diretamente aos remanescentes dos quilombos a titularidade do domínio sobre terras tradicionalmente ocupadas.

Nesse sentido, o ato do Poder Público que reconhece uma comunidade como remanescente de quilombo e lhe confere o título de propriedade sobre as terras ocupadas ostenta natureza declaratória, e não constitutiva. Isso significa que a propriedade da área por esses grupos sociais preexiste aos tais atos oficiais, que são praticados apenas no afã de assegurar a necessária segurança jurídica aos quilombolas, sobretudo porque a grande maioria das áreas habitadas por tais comunidades acha-se envolvida em graves conflitos fundiários.

Por outro lado, diante dos princípios da efetividade da Constituição e da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (com base no que determina o art. 5º, § 1º, da CF), tem prevalecido o entendimento de que o art. 68 do ADCT é autoaplicável, prescindindo de regulamentação no plano legislativo para surtir seus efeitos. Tal deve respaldar todas as iniciativas do Governo Federal e de seus órgãos para a

titulação das comunidades remanescentes de quilombos, o que deve ser feito considerando-se as ações atribuídas à Fundação Cultural Palmares e ao INCRA, com base nas competências outorgadas pelo Decreto nº 3.912/2001 e de acordo com as regras do Decreto nº 4.887/2003.

Para o mencionado reconhecimento, e subsequente cumprimento do que deseja o constituinte, é essencial a “forma coletiva de propriedade” da área ocupada, já que essa é o que caracteriza a utilização da terra pelos componentes dos quilombos.

O Poder Público Federal, considerando o dever contido no art. 68 do ADCT e para aplicação e cumprimento do mesmo, editou, em setembro de 2001, o Decreto nº 3.912, que veio a ser revogado pelo Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003.

Nesse decreto se fez constar expressamente o uso coletivo da área. O art. 17, nesse sentido, estabelece que “A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, *caput*, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade”.

Mais do que harmonizar os interesses em conflito, o primeiro decreto, como aponta o mencionado Professor Dalmo Dallari, “agravou o problema, por conter várias restrições dos direitos conferidos pelo dispositivo constitucional”.

Para uma rápida noção dos problemas criados por esse primeiro decreto, basta mencionar o que determinava o parágrafo único de seu art. 1º, com a seguinte redação: “somente pode ser reconhecida a propriedade sobre terras que: (...) I – eram ocupadas por quilombos em 1888; e (...) II – estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988”.

Tal decreto, como aponta a antropóloga Leinad de Oliveria, de fato “limita retarda e emperra o processo de aplicação do artigo 68” do ADCT. Diz mais a mencionada

antropóloga: ele “é uma mistura de ignorância, arrogância, mesquinhez e má-fé”.

Tais constatações, contudo, não podem inviabilizar o que pretendeu alcançar o nosso constituinte. Como efeito, precisamos ter sempre em mente que o que se espera de todos, inclusive do próprio Poder Público, é assegurar, como diz o douto Procurador da República Walter Rothenbug (2001), a “emancipação das comunidades de remanescentes de quilombos”, o que só pode se dar com a “regularização fundiária das terras ocupadas tradicionalmente” por esses grupos sociais.

Para alcançar tais objetivos, o segundo decreto (Decreto nº 4.887/2003), como determina seu art. 1º, estabelece regras para “os procedimentos administrativos para a identificação, o reconhecimento, a delimitação, a demarcação e a titulação da propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos”.

Considerando a correta noção de que a ocupação tradicional não se reduz nem é limitada à “ocupação antiga e ininterrupta”, o novo decreto, trazendo uma nova regra para cumprimento do preceito constitucional inserido no art. 68 do ADCT, estabelece, no que interessa, o seguinte:

“Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§ 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.

§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia

de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

§ 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.”

Essa nova regra já é levada em consideração por nossos tribunais. Em recente decisão, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça deixou consignado que, demonstrada a “identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos”, é assegurada “proteção possessória e garantia aos seus membros” contra turbação de terceiros, que no caso era o próprio Poder Executivo Federal. Eis notícia sobre a decisão em questão:

“POSSE. COMUNIDADE QUILOMBOLA REMANESCENTE.

Trata-se de REsp em que o cerne da questão é definir se a área da Ilha de Marambaia, no estado do Rio de Janeiro, caracteriza-se ou não como comunidade quilombola remanescente. Ao prosseguir o julgamento, a Turma, entre outras questões, entendeu que a referida localidade caracteriza-se como remanescente de comunidade de quilombo, ao menos para fins de proteção possessória e garantia aos seus membros de não mais serem molestados pela União. Ressaltou-se que o conceito antigo de quilombos foi elaborado no decorrer do período da escravidão, que o Dec. n. 4.887/2003 prevê o critério de autoatribuição para identificação dos remanescentes das comunidades de quilombos e que há, nos autos, laudo elaborado pelo ente competente à época para identificação desses grupos, Fundação Cultural Palmares, afirmando que a comunidade da Ilha de Marambaia é remanescente de quilombos. Por fim, a autarquia atualmente com atribui-

ção para realizar essa identificação expediu ato normativo em que consta a participação daquela fundação no processo. Ressaltou-se, ainda, que, conforme os autos, ficou comprovado ser o recorrente descendente de escravo fugido que eventualmente tenha ocupado aquelas terras. Logo, a referida área insere-se na regra do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Assim, a forma com que a União vem agindo, ao tentar retirar da mencionada ilha moradores ancestrais, além de ser uma violação do texto constitucional, nada mais é que um modo de extermínio da comunidade étnica protegida por lei. Diante disso, deu-se provimento ao recurso. REsp 931.060 RJ (...) Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 17/12/2009” (BRASIL, 2010).

No mesmo decreto encontramos outras regras para viabilizar a “identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras” que são utilizadas pelas comunidades quilombolas. Para os fins deste trabalho, vale transcrever o que diz o art. 3º, fixando as atribuições delegadas ao INCRA. Diz o dispositivo normativo que:

“Art. 3º Compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º O INCRA deverá regulamentar os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, dentro de sessenta dias da publicação deste Decreto.

§ 2º Para os fins deste Decreto, o INCRA poderá estabelecer convênios, contratos, acordos e instrumentos similares com órgãos da administração pública federal, estadual, municipal, do Distrito Federal, organizações não-governamentais e entidades privadas, observada a legislação pertinente.

§ 3º O procedimento administrativo será iniciado de ofício pelo INCRA ou por requerimento de qualquer interessado.

§ 4º A autodefinição de que trata o § 1º do art. 2º deste Decreto será inscrita no Cadastro Geral junto à Fundação Cultural Palmares, que expedirá certidão respectiva na forma do regulamento.”

Em linhas gerais, o decreto, preservando o papel das próprias comunidades envolvidas<sup>9</sup>, busca tornar realidade a regularização fundiária que desejou o constituinte.

Se os instrumentos começam a ser traçados nesse ato normativo, falta ainda torná-los efetivos, e isso depende muito da iniciativa das próprias comunidades e dos órgãos públicos vinculados à questão, principalmente o Ministério Público, a quem compete “zelar” pela efetividade “aos direitos assegurados” na Constituição, como consta do inciso II do art. 129.

Dessa forma, em sintonia com o que quer a Constituição, devemos trabalhar para viabilizar a titulação das áreas ocupadas por tais grupos sociais, pois só assim estaremos assegurando condições de sobrevivência para um grupo social importante de nosso país, estabelecendo condições para a preservação da importante contribuição cultural e social que seus membros deram para a nossa sociedade.

<sup>9</sup> O art. 6º do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, tem a seguinte redação: “Art. 6º Fica assegurada aos remanescentes das comunidades dos quilombos a participação em todas as fases do procedimento administrativo, diretamente ou por meio de representantes por eles indicados”.

## Referências

- ANJOS, Rafael Sanzio Araújo dos. *Território das Comunidades Remanescentes de Antigos Quilombos no Brasil: primeira configuração espacial*. Brasília: Mapas Ed., 1999.
- BAIOCCHI, Mari de Nasaré. *Kalunga: povo da terra*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 1999.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 931.060 - RJ (2007/0047429-5): ação de reintegração de posse, terreno de marinha: Ilha da Marambaia, comunidade remanescente de quilombos: Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, e art. 68 do ADCT. Relator ministro Benedito Gonçalves, recorrente Benedito Augusto Juvenal, recorrido União. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, n. 541, 19 mar. 2010. Disponível em: <<http://dj.stj.jus.br/20100319.pdf>>.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Negros em busca de justiça. In: SANTOS, Leinad Ayer de Oliveira. *Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão Pró-Índio, 2001.
- GOMES, Flávio dos Santos. Quilombos do Rio de Janeiro no século XIX. In: REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (Org.). *Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 263-290.
- GUIMARÃES, Carlos Magno. Mineração, Quilombos e Palmares: Minas Gerais no Século XVIII. In: REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (Org.). *Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 139-163.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- MACHADO, Humberto Fernandes de. *Escravos, senhores e café: um estudo sobre a crise da cafeicultura do Vale do Paraíba fluminense: 1860-1888*. Niterói: Cromos: Clube de Literatura, 1983. Dissertação (Mestrado) - Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Universidade Federal Fluminense, Niterói.
- NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Londres: Abraham Kingdon, 1891.
- O'DWYER, Eliane Cantarino, *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.
- PRICE, Richard. Palmares: como poderia ter sido. In: REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (Org.). *Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 52-59.
- RAMOS, Donald. O quilombo e o sistema escravista em Minas Gerais do século XVIII. REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (Org.). *Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 164-192.
- ROTHEMBURG, Walter Claudius. O processo administrativo relativo às terras de quilombos: análise do Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001. In: SANTOS, Leinad Ayer de Oliveira. *Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão Pró-Índio, 2001. p. 17-24.
- SAMPAIO, José Augusto Laranjeiras. Terras de quilombo: direito territorial etnicamente diferenciado, reparação histórica e reforma agrária. In: SANTOS, Maria Elisabete Gontijo dos; CAMARGO, Pablo Matos. *Comunidades quilombolas de Minas Gerais no séc. XXI: história e resistência*. Belo Horizonte: CEDEFES, 2008.
- SANTOS, Leinad Ayer de Oliveira. *Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão Pró-Índio, 2001.
- SANTOS, Maria Elisabete Gontijo dos; CAMARGO, Pablo Matos. *Comunidades quilombolas de Minas Gerais no século XXI: história e resistência*. Belo Horizonte: CEDEFES, 2008.
- SENA, Almiro. *A cor da pele: na sociedade racista brasileira o normal é ser branco*. Curitiba: Instituto Memória, 2010.
- SILVA, René MARC da C. Identidade, territorialidade e futuro das comunidades rurais negras no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 170, p. 143-157, abr/jun. 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- VAINFAS, Ronaldo. Deus contra Palmares. In: REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (Org.). *Liberdade por um fio: história dos quilombos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 60-80.

# A efetivação judicial dos direitos sociais prestacionais com assento constitucional

## Uma análise comparada

Luiz Henrique Diniz Araujo

### Sumário

1. Introdução. Direitos sociais prestacionais. Metodologia do trabalho. 2. A eficácia dos direitos sociais constitucionais. Elementos dos direitos brasileiro, francês, português, norte-americano e alemão. 3. Conclusão.

#### *1. Introdução. Direitos sociais prestacionais. Metodologia do trabalho*

O objetivo do presente trabalho é analisar se os direitos sociais prestacionais podem gerar pretensões judicialmente realizáveis por efeito direto das normas constitucionais que os albergam; ou, ao contrário, se é necessária a mediação legislativa para que gerem verdadeiros direitos subjetivos.

Os chamados direitos sociais, apesar de virem sendo interpretados como direitos a prestações, que demandam uma ação positiva (*facere*) por parte do Estado, podem ter um campo semântico mais largo. Dessa forma, em uma perspectiva mais ampla, pode-se entender que também são direitos sociais direitos de natureza negativo-defensiva, em que o destinatário não é unicamente o Estado, mas a generalidade dos cidadãos, como o direito à iniciativa privada, que não têm, necessariamente, um caráter prestacional (QUEIROZ, 2006, p. 27).

Para os objetivos deste trabalho, empregar-se-á a expressão direitos sociais como designativa de direitos que decorreram de

Luiz Henrique Diniz Araujo é Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura de Pernambuco (ESMA-PE). Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Procurador Federal.

uma amplitude do conceito material de constituição, implicando uma *prestação* por parte do Estado (DANTAS, 2007, p. 113) (em francês, *créances*, em alemão, *Leistungrechte*).

A análise se fará a partir da perspectiva da constitucionalização do Estado Social, fenômeno a partir do qual os direitos sociais, segundo certo entendimento, são alçados à categoria de direitos fundamentais.

Nos anos 70 do século XX é que se coloca de forma mais presente a questão de saber se os direitos sociais detêm *status* constitucional (QUEIROZ, 2006, p. 25). Assim, será estudado o seu caráter duplo, como direitos subjetivos do indivíduo, de um lado, e, de outro, como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade (SGARBOSA, 2010, p. 60-61).

O problema será estudado em uma perspectiva comparada, trazendo-se casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, Conselho de Estado Francês, Tribunal Constitucional Português, Suprema Corte dos Estados Unidos e Tribunal Constitucional Alemão.

Dessa forma, o estudo pretende ingressar nos domínios do Direito Constitucional Comparado, pois procura realizar não apenas a descrição de textos referentes ao direito estrangeiro. Tenta, diversamente, estabelecer as semelhanças e dessemelhanças existentes entre os modelos (DANTAS, 2001, p. 6), na tentativa de buscar se existe e em que consiste o caráter fundamental dos direitos sociais nos sistemas analisados.

## 2. A eficácia dos direitos sociais constitucionais. Elementos dos direitos brasileiro, francês, português, norte-americano e alemão

### *Direito brasileiro*

No Brasil, o entendimento é de que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, confere também às normas constitucionais que albergam direitos sociais, direitos fundamentais que são, aplicabilidade imediata.

Além disso, essa espécie de direito, no nosso sistema constitucional, é protegida pela *cláusula de intangibilidade de direitos sociais e coletivos* (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal) (DANTAS, 2007, p. 112).

A controvérsia é se essas normas geram direitos subjetivos e, nessa condição, se são realizáveis judicialmente; ou se, ao contrário, dependem de mediação legislativa para serem efetivados.

Além da cláusula mencionada, como expõe Barroso (tratando especificamente do direito à saúde), o argumento da dignidade da pessoa humana (albergado no art. 1º da Constituição Federal) costuma ser relevante nas decisões jurisprudenciais brasileiras em relação à efetivação dos direitos sociais. Cita como exemplo o decidido em STF, DJ 26 abr. 2010, STA 316 SC, Rel. Min. Gilmar Mendes (presidente).

O Supremo Tribunal Federal, com efeito, seja pelo argumento da dignidade da pessoa humana ou amparado em norma constitucional que especificamente dispõe sobre direitos sociais prestacionais, vem entendendo pela aplicabilidade desses direitos por efeito direto da Constituição.

Assim ocorreu no julgamento de Agravo em Recurso Extraordinário, em que o Município de Porto Alegre visava obter reforma, no Supremo Tribunal Federal, de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que condenara o Município, em obrigação solidária com o Estado do Rio Grande do Sul, ao fornecimento gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da AIDS para portadores do vírus HIV destituídos de recursos financeiros (BRASIL, 2001):

“O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política (...) não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um

gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”

Esse entendimento está relacionado à ideia de que é necessário extrair das normas constitucionais sua máxima efetividade. Há outra forma de ver a questão, no entanto, sem controverter sobre a constatação de que as normas constitucionais que exprimem direitos sociais são imediatamente aplicáveis. Contudo, segundo esse entendimento, essa realidade jurídica não implica necessariamente extrair justiciabilidade da prestação de tais direitos (CAÚLA, 2010, p. 88).

Segundo esse entendimento, a realização fática do direito social não decorre de seu caráter de direito fundamental, mas da condição de que todos os elementos necessários à produção de efeitos fáticos estejam presentes, o que normalmente não ocorre. Nesse caso, necessária a atuação do legislador para estabelecer as prioridades na destinação de recursos públicos (CAÚLA, 2010, p. 92).

Por essa vertente (CAÚLA, 2010, p. 98-99), a eficácia jurídica das normas que albergam direitos sociais gera os seguintes efeitos, mas não sua invocabilidade independentemente de mediação legislativa: a) imposição de legislar, podendo a inércia gerar omissão inconstitucional passível de controle; b) inconstitucionalidade de normas que contrariem as normas que protegem direitos sociais; c) a legislação deve observar os contornos dados pelas normas constitucionais.

#### *Direito francês*

No direito francês, existem diversos direitos sociais prestacionais previstos na Constituição de 1946, cujo preâmbulo se integra, quanto ao tema, ao texto da Constituição de 1958, tais como o direito ao emprego (alínea 5) e o direito à saúde (alínea 11).

Como em outros sistemas, há sérias controvérsias sobre a possibilidade de

efetivação judicial de tais direitos, sem a necessidade de mediação legislativa.

Roman (2012, p. 31) elenca diversos argumentos contrários a que os direitos sociais gerem pretensões diretamente obtidas da Constituição. Entre eles, menciona o argumento técnico, que se apresenta como uma consequência necessária do que seria uma característica dos direitos sociais: sua imprecisão e o caráter progressivo de sua realização lhes daria um caráter programático que exclui a judicialização. Assim, o juiz não disporia da capacidade técnica para avaliar o conteúdo e para sancionar os atentados aos direitos sociais.

Esse argumento, retirado do caráter vago do conteúdo dos direitos sociais, é regularmente manejado pelo juiz administrativo, com algumas variações na jurisprudência. Assim, por exemplo, o Conselho de Estado considerou que os direitos constitucionais, tais como a alínea 11 (direito à saúde) e a alínea 5 (direito ao emprego), “só se impõem à autoridade administrativa, em razão da ausência de precisão suficiente, nas condições e limites definidos nas disposições contidas nas leis ou nas convenções internacionais incorporadas ao direito francês” (ROMAN, 2010, p. 16, tradução do autor).

Sobre o tema, cabe trazer o decidido pelo Conselho de Estado Francês (Conseil d'État nº 275516), em um caso em que foi determinado à recorrente que deixasse o território francês, no qual tinha familiares em permanência regular e gozava de seguridade social, uma vez que sua autorização de permanência fora cassada com base em norma infraconstitucional:

“Considerando que o princípio posto pelas disposições da décima alínea do preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946, à qual se refere a Constituição de 4 de outubro de 1958, nos termos da qual: ‘A nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias a seu desenvolvimento’, só se impõe à autoridade administrativa, na

*falta de precisão suficiente, nas condições e limites definidos pelas disposições contidas nas leis ou convenções internacionais incorporadas ao direito francês; que, portanto, a Senhora AB não poderia utilmente, para criticar a legalidade do mandado de recondução à fronteira atacado, invocar esse princípio independentemente das tais disposições; (...)*" (FRANÇA, 2005, grifos e tradução nossos).

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência do Conselho de Estado parece adotar a trilha da não justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais fixados na Constituição, demandando, assim, a mediação legislativa.

#### *Direito português*

A crise do Estado Social e as dificuldades financeiras trouxeram novamente à tona o tema dos direitos sociais. Em Portugal, esses direitos, assim como os direitos de liberdade, são direitos fundamentais com assento constitucional (NOVAIS, 2006, p. 189).

No entanto, a sua relativa ineficácia, uma vez que dependentes da atuação financeira do Estado, dá corpo à ideia de que os direitos sociais apenas são proclamações políticas com assento constitucional.

Como exemplo, o acórdão nº 474/02, em que o Tribunal Constitucional Português declarou inconstitucional a omissão de medidas legislativas necessárias à exequibilidade da garantia constitucional da assistência material à generalidade dos trabalhadores da administração pública em situação de desemprego involuntário (art. 59º, nº 1, e, da Constituição Portuguesa). Após três anos da decisão, a omissão ainda não foi suprida (NOVAIS, 2006, p. 191; PORTUGAL, 2002).

A pergunta que se coloca é em que medida e com que margem o poder político pode dispor dos direitos sociais, os quais, por envolverem a questão das disponibilidades financeiras do Estado, são mais vul-

neráveis à pressão da conjuntura (NOVAIS, 2006, p. 189).

No acórdão 39/84, por sua vez, que considerou inconstitucional o diploma que revogava parte substancial da lei do Serviço Nacional de Saúde, o Tribunal Constitucional de certa forma resolve o polêmico tema da proibição do retrocesso social. Naquela decisão, o Tribunal distinguiu entre as normas constitucionais de natureza programática e normas constitucionais imediatamente exigíveis. No caso de o parâmetro de análise de constitucionalidade ser uma norma constitucional imediatamente exigível, o Tribunal entende que lei nova não pode retroceder em relação à lei anterior (NOVAIS, 2006, p. 192).

Apesar desse entendimento, o Tribunal Constitucional de Portugal acabou adotando o entendimento de condescendência com as opções políticas do legislador. Assim aconteceu no acórdão 330/89, bem como no acórdão 148/94 (NOVAIS, 2006, p. 193).

Da análise dessas decisões, podem-se tirar as seguintes conclusões:

a) o Tribunal reconhece uma margem de decisão quase total ao legislador ordinário, apenas limitada quando põe em causa os princípios estruturantes do Estado de Direito (igualdade, proteção da confiança), afeta o núcleo essencial já realizado dos direitos sociais ou destrói um nível realizado de concretização legislativa que já gozava do *status* de direito materialmente constitucional;

b) o Tribunal apenas colocará a questão da inconstitucionalidade se não houver quaisquer outras medidas no campo analisado, caso de total incumprimento da norma constitucional (inconstitucionalidade por omissão).

Para Novais (2006, p. 208), "falta apenas, para uma equiparação de fundo entre os direitos de liberdade e direitos sociais na jurisprudência constitucional, dar um último passo: o reconhecimento que as limitações aos direitos sociais são restrições a

direitos fundamentais pelo que, em Estado de Direito, só são admissíveis quando há razões suficientemente ponderosas que justifiquem a restrição”.

Para Queiroz (2006, p. 88), por outro lado, o problema da concretização dos direitos sociais – e não os conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais que lhes concernem muitas vezes – é que lhes confere peculiaridade em relação aos direitos de liberdade. Quanto a esse quesito, os primeiros, contrariamente aos últimos, não são diretamente garantidos. Necessitam, assim, da mediação legislativa.

A autora cita o decidido pelo Tribunal Constitucional de Portugal no acórdão 151/92, no qual se configurou o direito à habitação (direito fundamental social, nos termos do art. 65º da Constituição portuguesa) como “direito a uma prestação não vinculada”, reconduzível a uma mera “pretensão jurídica” (QUEIROZ, 2006, p. 89-90).

#### *Direito norte-americano*

Na jurisprudência dos anos 60 e 70, a Suprema Corte dos Estados Unidos se mostrou receptiva à ideia de que a Constituição protegia, ao menos em parte, o *Second Bill of Rights* (direitos econômicos e sociais), em alguns casos declarando que o Estado tinha o dever afirmativo (*affirmative duty*) de oferecer aos mais pobres recursos necessários ao exercício do direito de voto e de acesso aos tribunais (QUEIROZ, 2006, p. 30).

Traz-se a decisão da Suprema Corte no caso 489 U.S. 189 (ESTADOS UNIDOS, 1989) em que o recorrente é um menino vítima de maus-tratos pelo pai, com quem vivia, e reclamava contra assistentes sociais e oficiais locais que receberam queixas de que o recorrente estava sendo abusado pelo genitor, não havendo esses agido em sua proteção.

O recorrente alega que a inércia dos agentes do Estado de Wisconsin violou a cláusula do devido processo legal substancial insculpida na décima quarta emenda à

Constituição dos Estados Unidos. A Corte decidiu que não é o caso, manejando argumentação cujos trechos mais relacionados à presente análise se transcrevem:

“A cláusula do devido processo da décima quarta emenda prevê que ‘nenhum Estado deverá...privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal’ (...)

Nada no conteúdo da cláusula do devido processo exige que o Estado proteja a vida, a liberdade e a propriedade de seus cidadãos contra invasão por atores privados. A cláusula se constitui como uma limitação ao poder do Estado para agir, não como uma garantia de certos limites mínimos de segurança. Ela proíbe que o Estado prive indivíduos da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo, não podendo ser estendida para impor obrigação positiva ao Estado para assegurar que aqueles interesses não venham a ser lesados por outros meios (...). Os requerentes argumentam, no entanto, que mesmo que a cláusula do devido processo legal não imponha qualquer obrigação positiva do Estado em prover serviços públicos de proteção adequada, um tal dever pode surgir de certas ‘relações especiais’ criadas ou assumidas pelo Estado com respeito a alguns indivíduos (...). Os requerentes argumentam que tal ‘relação especial’ existiu aqui porque o Estado sabia que Joshua estava diante de um perigo especial de abuso nas mãos de seu pai, e proclamou oficialmente sua intenção de protegê-lo contra aquele perigo (...).

(...)

Porque, como explicado acima, o Estado não tinha qualquer dever legal de proteger Joshua contra a violência do seu pai, a falha em fazê-lo simplesmente não constitui uma violação da

cláusula do devido processo legal” (ESTADOS UNIDOS, 1989).

Verifica-se, pois, que, no Direito Norte-Americano, a jurisprudência se mostra reticente em permitir uma intervenção do Poder Judiciário em matéria de impor obrigações positivas ao Estado no que concerne a direitos sociais.

#### *Direito alemão*

A cláusula de aplicação imediata dos direitos fundamentais é semelhante nas Constituições da Alemanha (artigo 1, III), do Brasil (art. 5º, § 1º) e de Portugal (artigo 18/1) e deixa claro que os direitos fundamentais podem ser invocados sem a necessidade de mediação legislativa (KRELL, 2002).

Hesse (2009, p. 43-44) explica que o Tribunal Constitucional alemão não resolveu o problema da execução direta de direitos prestacionais pelo Poder Judiciário, independentemente da mediação legislativa.

Analisa especialmente o caso do acórdão BVerfGE 45, 376, em que o Tribunal não excluiu, a princípio, a possibilidade de reconhecimento de direito em relação a limitações para o acesso à Universidade. O pressuposto é de que o direito à livre eleição do centro de ensino (art. 12.1 GG) fica limitado sem as condições efetivas para se ter acesso a ele.

A discussão diz respeito à possibilidade, considerando-se divisão de funções albergada na Constituição alemã, de uma interpretação dos direitos a prestações como direitos originários, implementáveis diretamente pelo Poder Judiciário, ou não.

Hesse (2009, p. 46) conclui, então, que “os direitos sociais fundamentais não chegam a justificar pretensões dos cidadãos invocáveis judicialmente de forma direta, como na doutrina dos direitos fundamentais”, defendendo que “só a partir de normas do legislador podem nascer pretensões jurídicas bem determinadas e invocáveis perante os poderes públicos”.

### 3. Conclusão

Verifica-se, da exposição, que as crises sociais trouxeram novamente à tona a questão dos direitos sociais nos diversos ordenamentos jurídicos.

Em razão de particularidades de cada sistema, seja porque alguns lhes dão tratamento de direitos fundamentais e outros não, seja porque a jurisprudência entende que é necessária a mediação legislativa para que sejam invocáveis judicialmente, com todas as *nuances* argumentativas subjacentes, verifica-se que a perspectiva comparada proposta se mostra deveras elucidativa.

Dessa forma, o presente estudo pretende haver colaborado para oferecer uma pequena amostra dessas controvérsias nos sistemas jurídicos brasileiro, francês, português, norte-americano e alemão.

#### *Referências*

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. [S.l.]: [s.n.], 2010. Versão provisória para debate público. Mimeografado. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 273.834-4/RS, de 31 de outubro de 2000. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Cristiane Carneiro Bortolaz. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 2 fev. 2001. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=335790&tipo=AC&d\\_escricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20273834%20-%20AgR](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=335790&tipo=AC&d_escricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20273834%20-%20AgR)>. Acesso em: 15 jun. 2011.

CAÚLA, César. *Dignidade da pessoa humana, elementos do estado de direito e exercício da jurisdição: o caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil*. Bahia: Jus Podium, 2010.

DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da supralgalidade constitucional*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Constituição e Processo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. *Novo Direito Constitucional Comparado: introdução, teoria e metodologia*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2010.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Deshaney, a minor, by his guardian ad litem, et al. v. Winnebago County Department of Social Services et al.*: 489 U.S. 189 (1989): Nº 87-154. Mountain View, CA: Google scholar, 1989. Disponível em: <[http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=5543768239799414902&q=affirmative+duty+social+rights&hl=en&as\\_sdt=4,60](http://scholar.google.com/scholar_case?case=5543768239799414902&q=affirmative+duty+social+rights&hl=en&as_sdt=4,60)>. Acesso em: 16 jun. 2011.

FRANÇA. Conseil d'État. *Décision n° 275516*: Lecture du mercredi 28 décembre. Inédit au recueil Lebon, Section du Contentieux, M. Martin, président, Mme de Silva, commissaire du gouvernement. Paris: Le Conseil d'État et de la juridiction administrative, 2005. Disponível em: <<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&texte=Conseil+d%27%C9tat+275516&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPage=4&Pluriels=True>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n° 474/02*: Processo n° 489/94. 2ª Secção (Plenário). Relator: Conselheiro Bravo Serra. Lisboa: Tribunal Constitucional, 2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

ROMAN, Diane. La justiciabilité du droit au logement et du droit à la sécurité sociale: les droits sociaux au-delà des droits des créances. In: DROIT des pauvres, pauvres droits?: recherches sur la justiciabilité des droits sociaux. Nanterre: Université Paris Ouest Nanterre la Défense, CREDOF, 2010. p. 2670-281. Disponível em: <[http://www.droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport\\_final/Justiciabilit%C3%A9\\_droits\\_sociaux\\_rapport\\_final.pdf](http://www.droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport_final/Justiciabilit%C3%A9_droits_sociaux_rapport_final.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2011.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2010.



# Comparação jurídica entre as Defensorias do Brasil e da Colômbia

Paulo Maycon Costa da Silva

## Sumário

1. Iniciais considerações: injustiça social e jurisdicional. 2. Comparação jurídica. 3. *Defensoría del Pueblo de la República de Colombia*. 4. Direção Nacional da Defensoria Pública da Colômbia. 5. Defensoria Pública na República Federativa do Brasil. 6. Análise comparativa entre a Defensoria colombiana e a Defensoria Pública brasileira.

### *1. Iniciais considerações: injustiça social e jurisdicional*

Há desigualdades na maioria das sociedades que seguem o modelo de economia de mercado. Em alguns países, como as nações latino-americanas, essa disparidade social se mostra mais significativa<sup>1</sup>. É verdade, todavia, que o movimento constitucio-

<sup>1</sup> É o caso do Brasil. Para Marcio Pochmann e Ricardo Amorim (2004, p. 9), “século após outro, décadas e mais décadas e o problema da exclusão social no Brasil continua presente, a despeito de sua gravidade e das consequências para grande parcela da população brasileira. Para alguns pensadores, como Celso Furtado, Milton Santos e Fernando Fajnzylber, é impossível separar a profundidade das desigualdades sociais e regionais que afligem o povo brasileiro da forma dependente como o país se insere na divisão internacional do trabalho. O fato de a industrialização brasileira ter sido conduzida dentro de um padrão imitativo de consumo modificou, sem superar, os laços de dependência e terminou por reforçar o elitismo e a exclusão social. Hoje, início do século XXI, apenas a história já não é suficiente para entender a posição que o Brasil ocupa em relação a outras nações. O Brasil mudou muito ao longo do século XX, contudo, as desigualdades sociais mantiveram-se inalteradas”.

Paulo Maycon Costa da Silva é Defensor Público do Estado do Rio Grande do Norte. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

nalista vicentista emprestou aos programas constitucionais desses países um modelo que tenciona promover justiça social, no desiderato de reduzir tais problemáticas, como injustiças e opressões, normalmente perpetradas contra as camadas sociais mais carentes. Evitar, por exemplo, que pessoas continuem presas, sem qualquer razão, mas que permanecem custodiadas por não terem condições de contratar um advogado. Ou melhor, assegurar a qualquer pessoa, independentemente de sua condição econômica, o acesso à justiça, a fim de tutelar os direitos humanos, como a liberdade, a moradia, a saúde, a educação, o meio ambiente, a segurança, a qualidade de vida, entre outros que tocam ao indivíduo ou à comunidade, e sobretudo às minorias e grupos vulneráveis.

Para tanto, impõe-se a existência de instituições próprias a concretizar essa inclusão social, mormente impedir abusos cometidos pelo Estado ou particulares. Nessa direção, escreveu com propriedade Armador Rodríguez Lozano, ao enunciar que, num país com graves diferenças sociais, o Estado tem a obrigação de fornecer aos desassistidos instrumentos para se defenderem e evitar, dessa maneira, que a pobreza se converta em ausência de defesa. Nessas condições, comenta o mestre mexicano, revela-se imperioso fortalecer instituições que permitam atenuar a precariedade com que muitos enfrentam a Justiça<sup>2</sup>. Por conseguinte, os países latino-americanos, com o escopo de oferecerem proteção jurídica a todos, criaram, em suas estruturas orgânicas, instituições que pudessem resolver

---

<sup>2</sup>Nesse sentido, palestra Armador Lozano (2000, p. 239): *“en efecto, en un país con graves diferencias sociales, el Estado tiene la obligación de dar a éstos los instrumentos para defenderse y evitar de esta manera que la pobreza se convierta en los hechos en indefensión jurídica. En estas condiciones resulta necesario trabajar para fortalecer a las instituciones que permitan atenuar la precariedad con la cual muchos mexicanos enfrentan a la justicia. En este sentido, la ley que hoy comentamos es un esfuerzo para dotar a los pobres de un mejor instrumento en la defensa de sus legítimos derechos”*.

essa questão, assegurando que todos, em que pese a respectiva situação econômica, possam se defender de maneira equivalente, de modo a concretizar os seus direitos positivamente reconhecidos.

Essa desigualdade, evidente nas sociedades latino-americanas, deturba a democracia que ao longo das últimas duas décadas tenta se consolidar. Paulo Sérgio Pinheiro (2000, p. 15), com propriedade, destaca que “a democracia não pode apoiar-se num Estado de Direito que pune preferencialmente os pobres e os marginalizados”. E, na verdade, isso ocorre com frequência nas sociedades desiguais. “Nos países latino-americanos, os pobres veem a lei como um instrumento de opressão a serviço dos ricos e poderosos”, observa Paulo Sérgio (2000, p. 23).

É para transformar esse cenário desagradador que os sistemas constitucionais da América Latina passam a prever, em suas respectivas constituições, uma instituição direcionada exclusivamente a promover a defesa dos direitos humanos dos cidadãos nacionais e não nacionais. Permitir, sobretudo, que todos tenham acesso à justiça. Para Alejandro Garro, o debate sobre o acesso à justiça deve ser concentrado na questão de tornar a justiça mais acessível aos pobres e marginalizados. Precisa-se abraçar o ideal da “advocacia de interesse público”, de maneira a realizar o fim de aumentar “o acesso dos não-privilegiados à justiça” (apud PINHEIRO, 2000, p. 25). As defensorias institucionais, sem dúvida, concretizam a democratização do acesso à justiça, porquanto permitem a todos os cidadãos a proteção jurídica necessária à condigna posição de ser humano perante qualquer jurisdição nacional ou internacional.

O estudo em apreço propõe examinar, sob o ângulo comparativo, instituições que divisam promover o acesso universal à justiça na América Latina: a Defensoria Pública do Brasil e a Defensoria do Povo da Colômbia. Isso porque, conquanto sejam

instituições com características próprias, possuem aspectos equivalentes: a natureza constitucional, sua autonomia institucional, o objetivo de prestar assistência jurídica aos necessitados e o propósito de tutelar os direitos humanos. De início, apresentar-se-ão, mesmo que brevemente, notas metodológicas sobre o fenômeno científico comparativo, em homenagem à melhor investigação e abordagem científica do tema, de maneira que se possa, com maior consistência, acertar o escopo desse estudo concernente ao exame jurídico comparativo entre a Defensoria do Brasil e a Defensoria da Colômbia.

## 2. Comparação jurídica

Um profundo estudo da experiência jurídica reclama a comparação entre normas, institutos e instituições do direito nacional com o direito estrangeiro. Essa comparação tem por escopo<sup>3</sup> fornecer elementos para uma adequada política legislativa, aperfeiçoar o direito interno, buscar unificação jurídica e construir bases à formação do direito universal (SILVA, 1999, p. 7), até porque o direito se revela como um fenômeno global necessário a todos os povos<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> “Para Vittorio Scialoja, o direito comparado visa: a) a dar ao estudioso uma orientação acerca do Direito de outros países; b) a determinar os elementos comuns e fundamentais das instituições jurídicas e registrar o sentido da evolução destas; c) a criar um instrumento adequado para futuras reformas” (NADER, 2003, p. 13).

<sup>4</sup> Para Edilson Pereira Nobre Júnior (2000, p. 143), “uma das poucas premissas de constatação inabalável é a de que o direito, como instrumento retor da vida gregária, é um fenômeno universal, não podendo de nenhuma comunidade prescindir. A par disso, o entrelace entre os povos – cuja larga prática histórica vem, em tempos de globalização, alcançando frequência cada vez mais crescente – tem mostrado a coincidência, em mais de um sistema jurídico, de princípios e institutos jurídicos semelhantes. De logo se conclui que não se pode esquecer a importância do estudo do direito comparado, a qual, esvaindo-se bem mais além do deleite intelectual, desemboca, como frisa IVO DANTAS, na finalidade profissional, afeiçoada à técnica e política jurídicas, ou mesmo política legislativa, no sentido de pôr à disposição dos operadores do

É comum a doutrina se reportar ao tema sob a rubrica “do direito comparado” (RIVERO, 2004, p. 33; NADER, 2002, p. 13; BATALHA, 1981, p. 242; REALE, 2000, p. 311; CRETELLA JÚNIOR, 1984, p. 149; DINIZ, 2006, p. 225). No ponto, todavia, há enorme controvérsia acerca da natureza jurídica; se o direito comparado traduz método ou ciência, em resumo. Em que pesem as controvérsias, invoca-se a definição proposta por Jean Rivero (2004, p. 34), segundo a qual o direito comparado representa “método que consiste em estudar, em paralelo, regras ou instituições jurídicas, para esclarecê-las mediante tal aproximação e confronto”<sup>5</sup>.

No entanto, toca-nos neste esboço explorar os resultados desse método ou ciência, sem nos preocupar demasiadamente com a conceituação do direito comparado<sup>6</sup>. Im-

direito, para uma melhor compreensão, os institutos existentes em outros ordenamentos, principalmente quando recepcionados pelo sistema nacional”.

<sup>5</sup> Por sua vez, aduz Maria Helena Diniz (2006, p. 225-226) que “a ciência comparada do direito procura as relações, as diferenças e sobretudo as semelhanças existentes nas várias ordens jurídicas de todos os povos em todos os tempos aquilatando o grau das respectivas civilizações, cotejando, ao lado da norma do direito, as circunstâncias peculiares de cada coletividade, tentando alcançar por meio de sínteses indutivas normas aplicáveis às distintas instituições jurídicas que se apresentam no espaço e no tempo, desvendando ou extraindo seus caracteres constantes, fundamentais e comuns, para aperfeiçoar o conhecimento científico-jurídico. Com isso vem auxiliar o jurista, facilitando sua tarefa, permitindo-lhe a verificação das relações, das semelhanças e diferenças existentes nos vários ordenamentos jurídicos, constituindo, ainda, um poderoso auxiliar do direito internacional privado, pois o conhecimento atento e comparado de leis divergentes dos vários Estados permite coordená-las, harmonizando-as, por meio da norma solucionada dos conflitos, ou uniformizá-las, identificando-as por uma norma única, supressora das colisões”.

<sup>6</sup> Na definição de Garcia Maynez (apud BATALHA, 1981, p. 242), esta disciplina consiste no estudo comparado de instituições ou sistemas jurídicos pertencentes a diversos lugares ou épocas, com o fim de determinar as notas comuns e as diferenças que entre eles existem e derivar desse exame conclusões sobre a evolução de tais instituições ou sistemas e critérios para seu aperfeiçoamento e reforma.

porta, precipuamente, assinalar que os objetivos dessa técnica não se reduzem à pueril pesquisa de leis estrangeiras<sup>7</sup>, tampouco à produção de um direito invariável. Propõe-se, pelo confronto das ordens jurídicas, estabelecer sínteses conceituais que revelem novas conquistas forenses (NADER, 2003, p. 13) que possam repercutir na afirmação do direito como instrumento de justiça, mormente social.

O comparatista deve focar os sistemas jurídicos em vigor, procurando consignar suas aproximações e as suas divergências. E, considerando o seu próprio direito, ou o objeto de determinado estudo, perquire a maneira pela qual o assunto é enfrentado noutro organismo jurídico. O enfoque deve se estender à jurisprudência, não se restringindo à pesquisa legislativa, evitando, consoante adverte Caio Mário Pereira (1985, p. 42), que “seu trabalho se converta em resenha catalográfica de normas isoladas”.

É oportuna, a respeito, a abordagem empreendida por Miguel Reale. O saudoso jurista do Largo do São Francisco ensina que o direito comparado consiste num dos campos de pesquisa da maior importância à ciência de nossos dias. Isso porque “procura ele atingir as constantes jurídicas dos diferentes sistemas de Direito Positivo, a fim de esclarecer o Direito vigente e oferecer indicações úteis e fecundas ao Direito que está em elaboração” (REALE, 2000, p. 311).

Demais, o estudo comparativo das técnicas jurídicas requer a observância do pressuposto da comparatividade. É que não se pode comparar senão coisas comparáveis (SILVA, 1999, p. 7). Na espécie, examina-se o instituto da Defensoria, notadamente o da República da Colômbia. Em seguida, comparam-se suas peculiaridades às da Defensoria Pública do Brasil.

<sup>7</sup> Nesse sentido subscreve Miguel Reale (2000, p. 311), segundo o qual “não será demais advertir, a fim de prevenir equívocos, que o Direito Comparado não pode se reduzir ao mero confronto de códigos e leis de diversos povos, sem se levar em conta as estruturas sociais e políticas de cada um deles”.

À evidência, vislumbra-se pertinência nessa comparação, porque, à primeira vista, são institutos equivalentes na ciência jurídica, com diferenças específicas que, *grosso modo*, não os distanciam. São instituições que comportam operadores jurídicos e políticos de igual importância em ambos os países, nações com problemáticas sociais parecidas, sobretudo a desigualdade social, circunstância essa típica dos países latino-americanos e do terceiro mundo, conforme observou Maria Conrad<sup>8</sup>. Ademais, a Defensoria Pública brasileira está em pleno processo de reestruturação e aperfeiçoamento. De início, elevou-se à condição de Instituição constitucional por força do artigo 134 da Constituição de 1988. E agora passa por substancial ascensão e reforma normativa iniciada pela Emenda Constitucional 45/2005 (autonomia administrativa e financeira), seguida pela edição da Lei Complementar Federal 132/2009<sup>9</sup>, que empreendeu mudanças normativas significativas ao Órgão, além de, sobretudo, regulamentar sua autonomia administrativa e financeira, a par de consignar, positivamente, novos escopos institucionais.

Para, de conseguinte, explorar este estudo comparativo, o mesmo desenvolver-se-á por três fases, nomeadas pela doutrina de regra dos três “c”: conhecer, compreender e comparar. Na fase conhecer, deve-se isolar os termos a comparar (instituições, institutos, normas jurídicas, problemas jurídicos)

<sup>8</sup> María Tereza Pareja Rosales de Conrad, com singular precisão, esclarece as transformações na estrutura sociopolítica das nações de terceiro mundo, a fim de concretizar as promessas constitucionais: “*La experiencia, sobre todo de los países ‘tercermundistas’, los recientemente incorporados al sistema capitalista y aquellos en proceso de ‘consolidar’ otras formas de gobierno, nos ha ido demostrando que no basta con implementar una constitución moderna y abierta o medidas macroeconómicas de desregulación, liberalización, estabilización y ajuste estructural, sino que es necesario fomentar reformas estructurales en la sociedad, tanto en el componente humano como en las instituciones que la conforman, y sobre todo en las formas y medidas de control y concientización que se adopten*” (ROSALES DE CONRAD, 2004, p. 15).

<sup>9</sup> Alterou a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar Federal 80/94).

de sua ordem jurídica, a fim de examiná-los melhor. Implica dizer que, para chegar-se à comparação, o comparatista deve inicialmente descobrir as instituições jurídicas do direito estrangeiro que formam os termos a comparar. No compreender, supõe-se que o estudioso do direito comparado, a par da investigação técnico-jurídica, pesquise outras determinantes metajurídicas, a exemplo da realidade daquela sociedade, nos campos político, econômico e social, para melhor perceber as instituições que servirão ao confronto normativo<sup>10</sup>. É apreender exatamente o papel daquela instituição jurídica a que pertence. No comparar, o comparatista determinará e apresentará as relações existentes entre os termos a comparar, segundo certos passos metodológicos: i) identifica e destaca as relações de semelhança e de divergência presentes entre os elementos comparados; ii) engloba, na sinopse comparativa, as relações que surgem sobre todos os planos; iii) não encerra conclusão sem apreciar toda a realidade jurídica das ordens comparadas (SILVA, 1999, p. 10).

Firmadas essas premissas, passa-se a estudar os pormenores da *Defensoria del Pueblo de Colombia*, quer pelo marco regulatório constitucional, notadamente o *artículo 281* e seguintes da *Constitución Colombiana* de 1991, quer pela legislação infraconstitucional, especialmente a *Ley 24* de 1992, que dispõe sobre a Defensoria do Povo. E, à guisa de consistência, analisar-se-ão pronunciamentos da Corte Constitucional da Colômbia pertinentes à Defensoria, paralelamente aos comentários doutrinários sobre o instituto Defensoria do Povo.

<sup>10</sup> Bem anota José Afonso da Silva (1999, p. 9), quando aduz que “a compreensão dos termos a comparar envolve outros elementos, pois o importante não são somente os elementos da técnica jurídica, que compõem os elementos a comparar, sua função real na ordem jurídica. Todo estudo comparativo limitado ao conhecimento do Direito Positivo corre o risco de ser inexato ou, mesmo, falso. Para compreendê-los é necessário apreender os elementos determinados que caracterizam a ordem jurídica, é preciso descer à realidade, meio político, econômico e social, que os informa”.

### 3. *Defensoría del Pueblo de la República de Colombia*

De acordo com Soraya Pérez Portillo, a Constituição Colombiana de 1991 estabeleceu um conjunto de novas instituições em matéria de direitos humanos emoldurados por princípios e valores de um Estado Social que protege as pessoas em sua dignidade e dimensão cultural, consagrando-se, assim, uma gama ampla de direitos. Neste passo, reclamou-se uma instituição com o fim de promover, exercer e divulgar os direitos humanos. Para tanto, criou-se a *Defensoría del Pueblo* (PÉREZ PORTILLO, 2008, p. 110-111). Nasce num momento em que a sociedade colombiana passava por um período de mudanças e protestos, dado o período nebuloso da história colombiana, marcada por crises de ordem pública e pelo narcotráfico, entre os anos de 1986 a 1990, durante o governo de Barco (PÉREZ PORTILLO, 2008, p. 111).

De conseguinte, a Constituição colombiana de 1991 instituiu o *Defensor del Pueblo*<sup>11</sup>. De acordo com o *artículo 281*, o Defensor do Povo exercerá suas funções sob a direção do *Procurador General de La Nación* e será eleito pela Câmara dos Representantes<sup>12</sup> por um período de quatro anos, a partir de lista tríplice encaminhada pelo Presidente da República<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> “Artículo 281. El Defensor del Pueblo formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Será elegido por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años de terna elaborada por el Presidente de la República” (COLÔMBIA, 1991).

<sup>12</sup> “Artículo 178º - La Cámara de Representantes tendrá las siguientes atribuciones especiales: 1. Elegir al Defensor del Pueblo” (COLÔMBIA, 1991).

<sup>13</sup> A *Ley 24* de 1992, que dispõe sobre a organização e funcionamento da Defensoria do Povo, igualmente prescreve sobre a natureza jurídica da instituição. Enuncia o *artículo 1º* que a Defensoria do Povo é um organismo que forma parte do Ministério Público. Exerce suas funções sob o comando do Procurador-Geral da Nação, cabendo à Defensoria, essencialmente, velar pela promoção, exercício e divulgação dos direitos humanos, tendo autonomia administrativa e orçamentária.

Segundo Soraya Portillo (2008, p. 112), compete à Instituição, em resumo, a guarda e promoção dos direitos humanos, e a proteção do interesse coletivo.

Deveras, o propósito constitucional do *Defensor del Pueblo* consiste em velar pela promoção, exercício e divulgação dos direitos humanos do povo colombiano, nos precisos termos do *artículo 282* da Lei Magna da Colômbia<sup>14</sup>. Assim, a Defensoria corresponde a uma instituição, dentro da nova ordem jurídica preconizada pela Constituição de 1991, direcionada à promoção, exercício e propagação dos direitos humanos. Por força ainda do *artículo 282*, ao Defensor do Povo colombiano incumbem as seguintes funções: a) orientar e instruir os habitantes do território nacional e os colombianos no exterior no exercício e defesa de seus direitos perante as autoridades competentes ou entidades de caráter privado; b) divulgar os direitos humanos e recomendar políticas a sua compreensão; c) invocar o direito ao *habeas corpus* e interpor as ações de tutela, sem prejuízo do direito que assiste aos interessados; d) organizar e dirigir a Defensoria Pública nos termos assinalados em Lei; e) interpor ações populares em assuntos relacionados com sua competência; f) apresentar projetos de leis em matérias relativas a sua competência; g) apresentar relatórios ao Congresso sobre o cumprimento de suas funções.

De mais a mais, conforme preceitua o artigo 284 da Constituição colombiana, o Defensor do Povo pode solicitar às autoridades todas as informações necessárias para o exercício das suas funções<sup>15</sup>, sem qualquer

<sup>14</sup> "Artículo 282º - El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos" (COLÔMBIA, 1991).

<sup>15</sup> Essa prerrogativa está regulamentada pelo Título III da *Ley 24 de 1992* (Estatuto da Defensoria Pública da Colômbia), que cuida das "Relaciones Funcionales Y Obligatoriedad de Colaboración e Información, assim dispondo: Artículo 14. Todas las entidades públicas y órganos del Estado, así como los particulares a quienes se haya adjudicado o atribuido la prestación de un servicio público, deberán colaborar en forma diligente y oportuna con el Defensor del Pueblo para el cabal cumplimiento de sus funciones. Artículo 15. Todas las autoridades públicas así como los particulares

reserva, salvo disposição em contrário na Constituição e na Lei. Nos termos do artigo 235-4, o *Defensor del Pueblo* é julgado pela Corte Suprema de Justiça da República da Colômbia. Isso, a propósito, justifica os pressupostos jurídicos inscritos no artigo 3º da Lei 24 de 1992<sup>16</sup>, que requer do interessado ao cargo de Defensor do Povo as mesmas qualidades inerentes ao Magistrado da Corte Constitucional, da Corte Suprema de Justiça e do Conselho de Estado<sup>17</sup>.

Nota-se, a partir dos dispositivos retro-mencionados, que a Defensoria do Povo da Colômbia tem uma atribuição bem definida na ordem constitucional daquele país: defender os direitos humanos do povo colombiana-

*a quienes se haya atribuido o adjudicado la prestación de un servicio público, deberán suministrar la información necesaria para el efectivo ejercicio de las funciones del Defensor, sin que les sea posible oponer reserva alguna, salvo los casos que la Constitución lo disponga. La información deberá ser suministrada en un plazo máximo de cinco días. Artículo 16. Todas las autoridades públicas y todos los particulares a quienes se haya atribuido o adjudicado la prestación de un servicio público están obligadas, en el ejercicio de sus funciones, a auxiliar de manera activa e inmediata, con ayuda técnica, logística, funcional o de personal, a la Defensoría del Pueblo. En las visitas a entidades o autoridades públicas o a los particulares a quienes se haya atribuido o adjudicado la prestación de un servicio público, el Defensor tendrá pleno acceso a la información, recibirá asistencia técnica para la comprensión de asuntos especializados, podrá solicitar las explicaciones que sean del caso y citar a cualquier persona para que rinda testimonio sobre los hechos objeto de indagación. Artículo 17. La negativa o negligencia de un funcionario o servidor público que impida o dificulte el desarrollo de las funciones de la Defensoría del Pueblo constituirá causal de mala conducta, que será sancionada con la destitución del cargo, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. La negativa o negligencia del particular a quien se haya atribuido o adjudicado la prestación de un servicio público, será comunicada por el Defensor a la entidad encargada de la asignación o adjudicación y será incluida en el informe anual al Congreso, así como en el que se rinda periódicamente a la opinión pública".*

<sup>16</sup> "Artículo 3º. El Defensor del Pueblo deberá reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado. Tomará posesión del cargo ante el Presidente de la República o ante quien haga sus veces en la fecha de iniciación del periodo" (COLÔMBIA, 1992).

<sup>17</sup> A Corte Constitucional da Colômbia (1993) reconheceu a constitucionalidade desse dispositivo por meio da "Sentencia C-487/93, Magistrado Ponente Dr. Jose Gregorio Hernandez Galindo".

no. É interessante observar, relativamente à origem histórica desse instituto, que, assim como a maioria dos países de colonização espanhola, a Colômbia segue o modelo jurídico preconizado pela Espanha. Deveras, o movimento constitucionalista espanhol, que desaguou na Constituição da Espanha de 1978<sup>18</sup>, influenciou todo o constitucionalismo latino-americano<sup>19</sup>, notadamente os países pela Espanha colonizados<sup>20</sup>. É que a Carta Espanhola passou a prever, no *artículo* 54, a figura do *Defensor del Pueblo*. Assim, não só a Colômbia, mas a Bolívia<sup>21</sup>, Peru<sup>22</sup>,

<sup>18</sup> A exemplo também das nações latinoamericanas, a Carta da Espanha de 78 encerrou um período de ditadura franquista. E, naturalmente, preocupou-se com a concretização dos direitos sociais, nesse sentido comenta Daniel Sarmiento, forte nas lições de Luis Prieto Sanchis (2007, p. 114): “A constitucionalização do Direito na Espanha vem ocorrendo após a promulgação da Constituição de 1978, que representou o fim da ditadura franquista e o reencontro daquele país com a democracia. Trata-se de uma Constituição social, com amplo elenco de direitos fundamentais que vêm sendo interpretados de forma ativa e extensiva pelo Tribunal Constitucional, de forma a permitir uma ampla influência do texto fundamental sobre os ramos do Direito”.

<sup>19</sup> Cf. CARPIZO (2003, p. 68). Assinala a mesma observação Maria Fernanda Quesada, Angie Steiner e César Gamboa no trabalho *El Defensor del Pueblo en Latinoamérica* (2005), nestes termos: *Es una historia muy rica la vivida por las Defensorías del Pueblo de Latinoamérica. Siguiendo el modelo defensorial de la Constitución Española de 1978, muchos países incorporaron esta institución a su sistema de democracia representativa en los últimos veinticinco años: Guatemala (1985), Brasil (1986 – Estado de Paraná), México (1990), El Salvador (1991), Colombia (1991), Costa Rica (1992), Honduras (1992), Perú (1993), Nicaragua (1995), Ecuador (1996), Bolivia (1996), Panamá (1996), Venezuela (1999).*

<sup>20</sup> Cf. CARPIZO (2003). E ainda, o surpreendente trabalho de Maria Tereza Pareja Rosales de Conrad (2004).

<sup>21</sup> “Artículo 218. I. Constitución Política de Bolivia de 2008. La Defensoría del Pueblo velará por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos humanos, individuales y colectivos, que se establecen en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales. La función de la Defensoría alcanzará a la actividad administrativa de todo el sector público y a la actividad de las instituciones privadas que presten servicios públicos”.

<sup>22</sup> “Artículo 161<sup>º</sup> Constitución Política del Perú de 1993 – La Defensoría del Pueblo es autónoma. Los órganos públicos están obligados a colaborar con la Defensoría del Pueblo cuando ésta lo requiere.”

Venezuela<sup>23</sup>, Equador<sup>24</sup>, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguai e Argentina criaram, no plano constitucional, a instituição *Defensor del Pueblo*<sup>25</sup>.

À guisa de informação, cabe pontuar, particularmente em relação ao panorama brasileiro, que, antes da instituição da Assembleia Nacional Constituinte de 1985, a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos, incluiu em seu anteprojeto o artigo 56<sup>26</sup>,

<sup>23</sup> “Artículo 280<sup>º</sup> Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela de 1999. La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas.”

<sup>24</sup> “Constitución Del Ecuador de 2008: Art. 214. – La Defensoría del Pueblo será un órgano de derecho público con jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su estructura será desconcentrada y tendrá delegados en cada provincia y en el exterior. Art. 215. – La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley. Porém, convém acentuar que no Equador, *pari passu*, a existência da Defensoria do Povo, subsiste a Defensoria Pública, senão vejamos: Art. 191. – La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos. La Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias. La Defensoría Pública es indivisible y funcionará de forma desconcentrada con autonomía administrativa, económica y financiera; estará representada por la Defensora Pública o el Defensor Público General y contará con recursos humanos, materiales y condiciones laborales equivalentes a las de la Fiscalía General del Estado”.

<sup>25</sup> Cf. ROSALES DE CONRAD (2004, p. 91-114).

<sup>26</sup> “Art. 56 – É criado o Defensor do Povo, incumbido, na forma da lei complementar, de zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição. § 1<sup>º</sup> – O Defensor do Povo poderá promover a responsabilidade da autoridade requisitada no caso de omissão abusiva na adoção das providências requeridas. § 2<sup>º</sup> – Lei complemen-

que tratava especificamente do Defensor do Povo, com o propósito de zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados na Constituição. Essa proposta da Comissão Afonso Arinos, segundo nota de Caio Tácito (1997, p. 851), inspirou-se na Constituição Espanhola de 1978.

Outrossim, retornando ao programa constitucional da Defensoria do Povo da Colômbia, cabe à Instituição, como dito, promover a orientação do povo colombiano, dentro ou fora do País, acerca dos seus direitos, defendendo seus interesses perante autoridades e entidades de caráter privado. Nesse sentido, dispõe o *artículo 3º-6 da Ley 24 de 1992*, que compete ao *Defensor del Pueblo* “*difundir el conocimiento de la Constitución Política de Colombia, especialmente los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y del ambiente*”. Percebe-se, a partir dessa função institucional, que o serviço oferecido pela Defensoria transcende à proposta de defender os interesses do povo, agrega a isso o desiderato de orientar e instruir a população sobre as normas jurídicas que servem à proteção dos cidadãos, como um agente propulsor de cidadania. Isso importa, consideravelmente, à construção de uma sociedade verdadeiramente justa e democrática. Impõe-se, como pressuposto à inclusão social, que todos os habitantes de um país, independentemente da peculiar situação financeira ou social, sejam conscientes sobre suas esferas de proteção jurídica, esclarecidos, particularmente, por

---

tar disporá sobre a competência, a organização e o funcionamento da Defensoria do Povo, observados os seguintes princípios: I – o Defensor do Povo é escolhido, em eleição secreta, pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados, entre candidatos indicados pela sociedade civil e de notório respeito público e reputação ilibada, com mandato não renovável de cinco anos; II – são atribuídos ao Defensor do Povo a inviolabilidade, os impedimentos, as prerrogativas processuais dos membros do Congresso Nacional e os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; III – as Constituições Estaduais poderão instituir a Defensoria do Povo, de conformidade com os princípios constantes deste artigo”.

uma instituição pública e autônoma, conseqüentemente, sem segundas intenções.

Estabelece ainda o *artículo 282 da La Constitución Política de 1991* que a Defensoria poderá se valer de instrumentos como *habeas corpus* e ações de tutela. Paralelamente, de acordo com o *artículo 9º-9 da Ley 24 de 1992*, o Defensor “*poderá demandar, impugnar o defender ante la Corte Constitucional, de oficio o a solicitud de cualquier persona y cuando fuere procedente, normas relacionadas com los Derechos Humanos*”. E ainda, “*interponer acciones publicas em defensa de la Constitución Nacional, de la ley, del interés general y de los particulares, ante cualquier jurisdicción, servidor publico o autoridad*”. Em bom português, compete à Defensoria da Colômbia demandar, impugnar ou defender, perante a Corte Constitucional, normas concernentes aos direitos humanos. Além disso, incumbe-lhe propor ações públicas que visem à defesa da ordem jurídica, do interesse geral e dos particulares, perante qualquer jurisdição ou autoridade administrativa. Em suma, a Defensoria do Povo contribuí com a jurisdição constitucional em defesa do povo colombiano.

Com efeito, nos termos do *artículo 9º da Ley 24 de 1992*, são competências do Defensor do Povo da Colômbia: (a) propor e adotar com o Procurador-Geral da Nação as políticas de promoção e divulgação dos direitos humanos no país, de maneira a tutelá-los e defendê-los; (b) dirigir e coordenar os trabalhos das diferentes dependências que conformam a Defensoria do Povo; (c) fazer recomendações e observações às autoridades e aos particulares em caso de ameaça ou violação aos direitos humanos, velando pela sua promoção e exercício; (d) realizar diagnósticos de alcance geral sobre situações econômicas, sociais, culturais, jurídicas e políticas, nas quais podem se encontrar as pessoas perante o Estado; (e) instar as organizações privadas para que se abstenham de ignorar um direito; (f) difundir o conhecimento da Constituição Política da Colômbia, especialmente os direitos fun-

damentais, sociais, econômicos, culturais, coletivos e do meio ambiente; (g) apresentar anualmente ao Congresso Nacional um relatório sobre suas atividades, números relacionados aos serviços e as recomendações de caráter administrativo e legislativo que considere necessárias; (h) auxiliar o Procurador-Geral para a elaboração de informações sobre a situação dos direitos humanos no país; (i) demandar, impugnar ou defender perante a Corte Constitucional, de ofício ou solicitado por qualquer pessoa e quando for procedente, normas relacionadas aos direitos humanos, interpondo ações públicas em defesa da Constituição Nacional, da Lei, do interesse geral e dos particulares, perante qualquer jurisdição, servidor público ou autoridade; (j) criar mecanismos necessários para estabelecer comunicação permanente e compartilhar informações com organizações governamentais ou não governamentais nacionais e internacionais de proteção e defesa dos direitos humanos; (l) celebrar convênios com estabelecimentos educativos e de investigação nacionais e internacionais para a divulgação dos direitos humanos; (m) designar defensores delegados por matérias para o estudo e defesa de determinados direitos; (n) ordenar suas despesas de acordo com a Lei Orgânica Orçamentária Nacional e outros regulamentos que a regulamentem; (o) apresentar à consideração do Governo Nacional a proposta orçamentária da Defensoria do Povo; (p) administrar os bens e recursos destinados ao funcionamento da Defensoria e responder por sua utilização, e ainda nomear os funcionários, bem como definir situações administrativas, além de ditar os regulamentos para funcionamento da Instituição de acordo com a Lei; (q) funcionar como mediador das petições coletivas formuladas por organizações cívicas perante a administração pública, quando demandada; (r) velar pelos direitos das minorias étnicas e dos consumidores; (s) participar das reuniões mensais realizadas pela Comissão de Direitos Humanos

do Congresso Nacional, das audiências especiais, com o fim de estabelecer políticas de conjunto, de forma coordenada com a defesa dos direitos humanos, na forma do Regimento do Congresso; (t) apresentar relatórios periódicos ao público sobre os resultados de sua investigação, denunciando publicamente a inobservância dos direitos humanos; (u) funcionar como mediador entre os usuários e as empresas públicas ou privadas que prestem serviços públicos, quando aqueles a demandem em defesa dos seus direitos quando presumam violados; (v) outras competências que a Lei assinalar.

Nota-se, compulsando-se as competências inscritas na Lei Orgânica da Defensoria Colombiana, que o objetivo maior da Instituição consiste em proteger os direitos humanos. E para tanto, no sentido do *artículo* 282 da Lei Fundamental da Nação, a Defensoria deve instruir a população acerca dos direitos previstos na Constituição Colombiana, assim como propor demandas direcionadas à observância dessas garantias constitucionais. Demais, mostra-se relevante a competência concernente à mediação que a instituição deve realizar entre a Administração Pública e as comunidades e organizações civis, nas questões relacionadas aos interesses da população. Ou seja, tem o poder-dever de intermediar pretensões dos administrados em face da Administração Pública, no afã de realizar os programas normativamente consignados de proteção aos cidadãos. Há, consoante escritos de Maria Quesada, Angie Steiner e César Gamboa (2005, p. 6), uma tendência da Defensoria na resolução das questões entre particulares e o Poder Público, por meio de técnicas mediadoras, de maneira a solucionar as contendas sociais, otimizando assim a gestão pública.

Destaca-se, no que diz respeito às questões estruturais, que a *Defensoría del Pueblo* detém autonomia administrativa e financeira, essas consubstanciadas na competência administrativa de gerenciar,

nomeando seus funcionários e ordenando suas próprias despesas. Em relação, ainda, à questão financeira, divisa-se sua prerrogativa concernente à propositura de sua proposta orçamentária ao Governo Nacional, outro significativo aspecto da Instituição.

Outrossim, a Lei Orgânica da Defensoria Colombiana contém um capítulo importante ao presente estudo comparativo, considerando aquela premissa anteriormente mencionada da comparatividade. Trata-se da Direção da Defensoria Pública; ponto a partir do qual o estudo passa a se concentrar.

#### 4. Direção Nacional da Defensoria Pública da Colômbia

Com efeito, prescreve o *artículo 21* da *Ley 24 de 1992* que “*La Defensoría Pública se prestará en favor de las personas respecto de quienes se acredite que se encuentran en imposibilidad económica o social de proveer por sí mismas a la defensa de sus derechos, para asumir su representación judicial o extrajudicial y con el fin de garantizar el pleno e igual acceso a la justicia o a las decisiones de cualquier autoridad pública*”. Em outras palavras, a Defensoria Pública, com o desiderato de permitir o pleno e igual acesso à justiça, deverá representar judicialmente e extrajudicialmente as pessoas que se encontrem numa situação de impossibilidade econômica e social de prover por si mesmas a defesa dos seus direitos<sup>27</sup>. A propósito, comenta *Soraya Portillo* que organizar e dirigir a Defensoria Pública consiste numa função constitucional importantíssima da Defensoria. É, segundo a mestra colombiana, um dos mais destacados trabalhos da entidade defensorial na área criminal, de maneira a garantir o acesso à justiça às pessoas sem possibilidade de assumirem suas respectivas defesas técnicas<sup>28</sup>. De acordo, ainda,

<sup>27</sup> Nesse sentido: COLÔMBIA (1995; 1996).

<sup>28</sup> “organizar y dirigir la defensoría pública es una función constitucional de la Defensoría del Pueblo; hoy es

com o *artículo 21*, nas questões criminais, o serviço da Defensoria será prestado mediante solicitação do imputado, investigado ou condenado, do Ministério Público, do funcionário judicial ou por iniciativa do Defensor do Povo quando estimar necessário. E a intervenção dar-se-á desde a investigação prévia. Portanto, a assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública Colombiana será oferecida aos que carecem de recursos econômicos para contratar um advogado particular, e, ainda, desde que provocada pelos legitimados para tanto previstos no *artigo 22* da *Lei 24 de 1992*.

Um caso pertinente a esse tema chegou à Corte Constitucional da Colômbia. Pedro José Barrera Lara (condenado a 29 anos de prisão por homicídio pelo *Juzgado Tercero Penal del Circuito de Garzón*, pena essa reduzida para 13 anos pelo Tribunal Superior de Neiva) e sua *madre Belén Lara Reyes* ingressaram com uma *acción de tutela* contra a *Defensoría del Pueblo* perante a Corte Constitucional colombiana. O motivo diz respeito à não designação de um defensor público, embora requerido pela mãe do acusado, para interpor recurso extraordinário de *casación* contra a condenação do seu filho. Todavia, a Corte Constitucional endossou a decisão da Defensoria, que negou a designação, nos termos da *Sentencia T-559/2003, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Tribiño*.

É que, no caso específico, Pedro Barrera estava sendo representado por patrono particular, e o Tribunal entendeu que houve acerto por parte da Defensoria, pois compete à instituição analisar a pertinência ou não da sua atuação, que naquela hipótese não atuou, porquanto reconheceu a não legitimidade da mãe para a solicitação, e porque não preenchia – o beneficiado – o pressuposto da impossibilidade econômica,

*una de las labores más destacadas de la entidad defensorial, en las áreas penal, penal militar, menores y contencioso-administrativa garantizando el acceso a la justicia de personas e imposibilidad de asumir la defensa técnica de sus procesos*” (PÉREZ PORTILLO, 2008, p. 115).

considerando, de toda sorte, que, desde a primeira instância, possuía defensor particular. Esse aspecto, possibilidade econômica, e não propriamente a questão de a mãe ter solicitado a designação<sup>29</sup>, realmente motivou o indeferimento da designação do Defensor Público, paralelamente à constatação da presença de um *abogado* particular no processo, que, diga-se de passagem, realizou a defesa possível, tanto que reduziu a pena anteriormente cominada pela primeira instância<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> A própria Defensoria entendeu que essa questão traduz mera formalidade, até porque o Defensor, nos termos do artigo 21 da Ley 24 de 1992, pode oficiar sem solicitação acaso estime necessário. Nesse sentido, anotou o Magistrado Dr. Jaime Córdoba Triviño (COLÔMBIA, 2003), *in verbis*: “No obstante, la Defensoría Regional de Neiva, asumiendo que lo fundamental no era la satisfacción de una exigencia formal sino la determinación de si se estaba ante un supuesto en el que debía prestarse el servicio de defensoría pública a su cargo, procedió a recaudar información en torno a si en el proceso se contaba o no con un defensor que estuviese defendiendo los intereses del condenado”.

<sup>30</sup> À guisa de ilustração, convém transcrever as considerações externadas pela Corte Constitucional da Colômbia (2003): “Los legitimados para solicitar la prestación del servicio de defensoría pública son el imputado, sindicado o condenado, el Ministerio Público o el funcionario judicial que conoce del proceso, sin que ello obste para que el Defensor del Pueblo disponga la prestación de tal servicio por propia iniciativa cuando lo estime necesario. De ello se infiere que si el procesado está en capacidad de hacerlo, es él quien debe solicitar la prestación del servicio y no sus parientes o allegados, como ocurrió en el presente caso, en el que tal solicitud fue hecha por la madre de quien había sido encontrado, en dos instancias, responsable de un delito de homicidio. La prestación del servicio de defensoría pública no procede de manera automática ante la solicitud realizada por la madre de un procesado pues si bien ese servicio debe prestarse, debe hacerse sin desconocer su índole de institución orientada a prestar asistencia a quienes no se hallen en capacidad de proveer por sí mismos a la defensa de sus derechos. Es decir, en cada caso se debe establecer si se está ante un procesado que requiere verdaderamente de sus servicios, esto es, ante un procesado que se halla en imposibilidad de acceder a una defensa técnica particular que atienda sus intereses al interior del proceso penal. Si la Defensoría del Pueblo acredita ese presupuesto, debe designar un defensor público, éste ingresará al proceso penal y allí desencadenará la dinámica profesional que más convenga a la efectiva realización de los derechos al debido proceso y a la defensa del sindicado. Pero si tal presupuesto no se satisface, no hay lugar a la designación de un defensor de oficio pues éstos deben prestar su servicio a aquellas perso-

Dessa decisão da Corte Constitucional vê-se que a Defensoria, em verdade, detém competência para apreciar a pertinência ou não de sua atuação. De modo que deverá investigar se o interessado reúne os pressupostos para ser assistido pelo órgão, pois orientada a “*prestar asistencia a quienes no se hallen en capacidad de proveer por sí mismos a la defensa de sus derechos*”, pontuou Jaime Córdoba. E ainda, convém ao órgão, mesmo que subsista um defensor particular, examinar se há uma competente defesa técnica, como ocorreu no caso em destaque, circunstância essa que igualmente justificou a não intervenção da Defensoria.

Demais, encerra o *artículo 21* da Ley 24 de 1992 prevendo que o serviço também será prestado quando envolver questões cíveis, trabalhistas e administrativas. Em relação ao procedimento cível, a obrigação deverá repousar sobre um *abogado* integrante da relação de Defensores Públicos produzida pela Direção Nacional da Defensoria Pública. E a atuação dos defensores prescinde de *otorgamiento* (procuração), salvo quando os assuntos versem sobre direitos trabalhistas e no contencioso administrativo, consoante determina a parte derradeira do *artículo 21*<sup>31</sup>.

*nas que verdaderamente lo requieren. La Defensoría obró de una manera razonable al verificar el estado del proceso y la manera como se estaba surtiendo la defensa antes de pronunciarse sobre la petición que le había sido formulada. Tal diligenciamiento le permitió verificar la presencia de un defensor particular en el proceso, que venía cumpliendo muy bien su función y si ello era así, mal podía designar un defensor público. La afirmación de la Defensoría en cuanto a que existía un defensor particular con un poder que se hallaba vigente es cierta pues tal profesional siguió actuando en el proceso aún después del rechazo de la solicitud. Por lo tanto, su decisión no fue arbitraria sino que tuvo un fundamento razonable y de allí que no se le pueda imputar la vulneración de los derechos fundamentales que se invoca en la tutela. Ni su derecho a la igualdad, ni su derecho al debido proceso fueron conculcados pues su defensa técnica estuvo a cargo de un defensor particular que actuó aún después de que la Defensoría rechazara la designación del defensor público pretendido”.*

<sup>31</sup> À guisa de ilustração, convém transcrever todo o disposto no *artículo 21* da Ley 24 de 1992 (COLÔMBIA, 1992), *in verbis*: “Artículo 21. La Defensoría Pública se prestará en favor de las personas respecto de quienes se

O *artículo 22*, a sua vez, dispõe sobre os pressupostos para o exercício da função de Defensor Público<sup>32</sup>. O serviço será realizado por meio de advogados que, como Defensores Públicos, façam parte da estrutura da Defensoria. Também, por advogados titulados e inscritos contratados como Defensores Públicos. E ainda por egressos das faculdades de direito, por um período de nove meses, como requisito à obtenção do título de *Abogado*, e por estudantes do derradeiro ano do curso, esses supervisionados pela Defensoria Pública. A propósito, o Defensor do Povo poderá celebrar convênios com universidades e faculdades de direito oficialmente reconhecidas pelo Estado, a fim de que prestem apoio acadêmico e lo-

*acredite que se encuentran en imposibilidad económica o social de proveer por sí mismas a la defensa de sus derechos, para asumir su representación judicial o extrajudicial y con el fin de garantizar el pleno e igual acceso a la justicia o a las decisiones de cualquier autoridad pública. En el cumplimiento de esta función, el Director Nacional de la Defensoría Pública se ceñirá a los criterios que establezca el Defensor del Pueblo, mediante reglamento. En materia penal el servicio de Defensoría Pública se prestará a solicitud del imputado, sindicado o condenado, del Ministerio Público, del funcionario judicial o por iniciativa del Defensor del Pueblo cuando lo estime necesario y la intervención se hará desde la investigación previa. Igualmente se podrá proveer en materia laboral, civil y contencioso-administrativa, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el inciso 1º. de este artículo. En materia civil, el Defensor del Pueblo actuará en representación de la parte a quien se otorgue amparo de pobreza según las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, debiendo recaer la designación preferentemente en un abogado que forme parte de las listas de Defensores Públicos que elaborará la Dirección de Defensorías Públicas y remitirá a los Despachos Judiciales, conforme a reglamentación que expedirá el Defensor del Pueblo. En los asuntos laborales y contencioso administrativos los Defensores Públicos tendrán la calidad de representantes judiciales o apoderados y para ello requerirán otorgamiento de poder por parte del interesado”*.

<sup>32</sup> “Artículo 22. La Defensoría Pública se prestará: 1. Por los abogados que, como Defensores Públicos, formen parte de la planta de personal de la entidad. 2. Por los abogados titulados e inscritos que hayan sido contratados como Defensores Públicos. 3. Por los estudiantes de los dos últimos años de las facultades de derecho oficialmente reconocidas por el Estado, pertenecientes a los consultorios jurídicos, quienes podrán intervenir bajo la supervisión y orientación académica de sus Directores y con la coordinación de la Dirección de Defensoría Pública, en los procesos y actuaciones penales, civiles y laborales, dentro de las condiciones previstas en el estatuto de la profesión de abogado. 4. Por los egresados de las

gístico necessário aos Defensores Públicos que sejam selecionados pela Defensoria Pública, à qual compete a coordenação e supervisão operativa do cumprimento dos convênios.

De observar, ainda, que, nos termos do *artículo 175 da Ley 201 de 1995*, quem exerce a função pública de Defensor não pode exercer a advocacia profissional ou outro ofício, salvo a docência, essa sempre que não interferir no exercício do cargo. A Corte Constitucional da Colômbia sufragou a constitucionalidade dessa vedação ao confirmar, no bojo da *Sentencia C-338/98*, relatoria do Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, que o desiderato da norma consiste em prestigiar a transparência no exercício profissional e a proteção da função pública. E destacou, sobretudo, que *“es la persona quien decide libremente asumir una función pública con pleno conocimiento de las exigencias que de ella derivan”*<sup>33</sup>.

*facultades de derecho oficialmente reconocidas por el Estado que escojan la prestación gratuita del servicio como Defensor Público durante nueve (9) meses como requisito para optar al título de abogado y de acuerdo con las condiciones previstas en el Estatuto de la Profesión de Abogado. Para los efectos anteriores y todos los de ley, homológase el desempeño como Defensor Público al del servicio jurídico voluntario de que trata el Decreto extraordinario 1862 de 1989, dentro de las condiciones que determine el reglamento expedido por el Defensor del Pueblo. El Director Nacional de Defensoría Pública certificará sobre el cumplimiento del servicio. PARAGRAFO. El Defensor del Pueblo podrá celebrar convenios con las universidades o facultades de derecho oficialmente reconocidas por el Estado, a fin de que ellas presten el apoyo académico y logístico necesario a los Defensores Públicos que sean seleccionados o aceptados por la Defensoría Pública, a la que corresponde la coordinación y la supervisión operativa del cumplimiento de los convenios”* (COLÔMBIA, 1992).

<sup>33</sup> A propósito, consignou a Corte: *“INCOMPATIBILIDADES EN CARGOS Y EMPLEOS DE PROCURADURIA Y DEFENSORIA – Ejercicio de la abogacía o de cualquier otra profesión. La disposición acusada consagra una prohibición razonable que se acomoda a los fines constitucionales que persigue – la transparencia en el ejercicio profesional y la protección de la función pública – y, por tanto, no puede afirmarse que la misma viole disposición constitucional alguna, en particular, las referidas a la libertad de expresión y ejercicio de profesión u oficio, pues como lo dijo la Corte, ‘...es la persona quien decide libremente asumir una función pública con pleno conocimiento de las exigencias que de ella derivan’. En cuanto al ejercicio de otras profesiones u oficios por parte de los empleados de*

Em seguida, precisamente no *artículo* 23, a Defensoria colombiana prescreve as funções específicas da Direção da Defensoria Pública. Estabelece que compete ao departamento: a) formar o corpo de Defensores Públicos com advogados titulados das faculdades de direito legalmente reconhecidas na Colômbia; b) referendar o pagamento pelo trabalho realizado por Defensor Público designado pela direção da Defensoria Pública, que certificará sobre o seu cumprimento; c) orientar, organizar e avaliar o serviço da Defensoria Pública nos níveis nacional e regional; d) verificar, nos estabelecimentos carcerários, a situação jurídica dos internos e atender as solicitações correspondentes; e) cuidar da estatística geral dos processos atendidos por advogados assinalados de acordo com o artigo 22 e no Registro Nacional de Defensores Públicos; f) comunicar às autoridades competentes as faltas cometidas pelos Defensores Públicos, com exceção dos que pertencem ao quadro pessoal do órgão; g) capacitar os profissionais que prestam o serviço na Defensoria Pública; h) avaliar a capacidade econômica e social dos solicitantes; i) organizar o sistema de seleção dos Defensores Públicos; j) preparar, em coordenação com o departamento jurídico, os contratos de prestação dos serviços da Defensoria Pública; l) orientar os Defensores Públicos para o cumprimento eficaz de suas funções nos casos que assumirem; m) as demais que o Defensor do Povo determinar, de acordo com os assuntos do cargo.

De maneira ampla, percebe-se que a Direção Nacional da Defensoria Pública será o órgão, dentro da Defensoria do Povo, responsável pelo recrutamento dos Defensores Públicos. Deverá selecionar os profissionais, orientá-los à execução de suas

*la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, son aplicables las mismas consideraciones tenidas en cuenta para el ejercicio de la abogacía y la gestión de negocios en cuanto que a través de dichas incompatibilidades se busca proteger la función pública y lograr una mayor transparencia en el ejercicio de las profesiones u oficios"* (COLÔMBIA, 1998).

atividades e acompanhar os serviços prestados pela Defensoria Pública. Em síntese, observa-se que o Órgão será o responsável para administrar o serviço de assistência jurídica dentro da Defensoria. Mas, paralelamente, compete à Direção Nacional verificar, nos estabelecimentos carcerários, a situação jurídica dos internos e atender as solicitações correspondentes.

Cabe acentuar, mais uma vez, que prestar o serviço de assistência jurídica corresponde a uma das funções da *Defensoría del Pueblo*. É dever da instituição, no afã de promover os direitos humanos, propagar o conhecimento sobre a Constituição Política da Colômbia, especialmente os direitos fundamentais, sociais, econômicos, culturais, coletivos e ambientais, previsto no *artículo* 9º-6<sup>34</sup> da *Ley 24 de 1992*. E, para promover a efetiva defesa desses direitos, poderá o defensor recomendar às autoridades e particulares em caso de ameaça aos mesmos<sup>35</sup> e tutelar, perante a Corte Constitucional, normas relacionadas aos direitos humanos, interpondo ações em defesa da Constituição Nacional, da Lei, do interesse geral e dos particulares, diante de qualquer jurisdição, servidor público ou autoridade, consoante prevê o *artículo* 9º-9 do Estatuto da Defensoria<sup>36</sup>. Impõe-se, dessarte, reconhecer a substancial participação da Defensoria no sistema acusatório colombiano. É que, naquele país, o ordenamento jurídico, por

<sup>34</sup> "Artículo 9º (...): 6. Difundir el conocimiento de la Constitución Política de Colombia, especialmente los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos e del ambiente."

<sup>35</sup> "Artículo 9º (...): 3. Hacer las recomendaciones y observaciones a las autoridades y a los particulares en caso de amenaza o violación a los Derechos Humanos y para velar por su promoción y ejercicio. El Defensor podrá hacer públicas tales recomendaciones e informar al congreso sobre la respuesta recibida."

<sup>36</sup> "Artículo 9º (...): Demandar, impugnar o defender ante la Corte Constitucional, de oficio o a solicitud de cualquier persona y cuando fuere procedente, normas relacionadas con los Derechos Humanos. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución Nacional, de la ley, del interés general y de los particulares, ante cualquier jurisdicción, servidor público o autoridad."

meio da *Ley 906 de 2004*, oportuniza amplos instrumentos de investigação ao defensor destinados a uma concreta e efetiva defesa dos cidadãos assistidos pela instituição que respondem processos criminais.

Enfim, fixadas as especificidades da *Defensoría del Pueblo* da Colômbia, sobretudo os pormenores da *Dirección Nacional da Defensoría*, passa-se ao exame da Defensoria Pública no Brasil. Ao término desta etapa relacionada ao conhecimento das instituições, inicia-se sua abordagem comparativa, para alcançar a meta científica proposta e mencionada por José Afonso da Silva: (i) fornecer elementos para uma adequada política legislativa; (ii) aperfeiçoar o direito interno; (iii) buscar unificação jurídica; e (iv) construir bases à formação do direito universal.

### 5. Defensoria Pública na República Federativa do Brasil

Escrever sobre a Defensoria Pública requer breves registros sobre os contornos sociais do Brasil. Em poucas palavras, trata-se de um país marcado pela desigualdade social. Com efeito, a sociedade brasileira vivenciou um período crítico de ditadura militar, entre os anos de 1964 e 1985. O governo militar não extirpou a histórica desigualdade social do país, que só se agravou desde os anos do governo de Juscelino. O militarismo, ao contrário, mitigou os direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro.

Para servir de contraponto ao regime de exceção, mormente combater a desigualdade social, a Constituição de 1988 passou a conter diversos direitos voltados à proteção da pessoa humana e de sua cidadania<sup>37</sup>, em resposta ao anseio social que permeou

<sup>37</sup> Percebe-se bem essa especial atenção constitucional à cidadania e à dignidade da pessoa humana no HC 99652, Min. Ayres Britto, STF (BRASIL, 2009), oportunidade em que se proclamou a reinclusão social do apenado como vetor da interpretação da Lei de Execução Penal - LEP, pois resulta diretamente desses dois princípios elementares da República.

a Assembleia Nacional Constituinte<sup>38</sup>. E, não por menos, estabeleceu expressamente que a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República Federativa do Brasil<sup>39</sup>.

Percebeu-se, porém, que não prosperariam os direitos declarados na Constituição sem instituições que pudessem protegê-los. Lembrando aquela advertência secular de Nabuco de Araújo: “De que adianta ter direitos, se não é possível mantê-los?”. A mesma enunciada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998, p. 12) na década de 90, para os quais “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”. Assim, sem instituições que promovam a democratização do acesso à justiça, o Judiciário, a despeito das cláusulas constitucionais da inafastabilidade jurisdicional, bem da assistência jurídica pública, permaneceria fechado aos pobres, na reconhecida expressão de Ovídio: *cura pauperibus clausa est*.

Embora prevista em alguns estados, mormente no Rio de Janeiro, não havia em todas as unidades federativas uma instituição como a Defensoria, criada para prestar ao povo brasileiro um amplo e público serviço de assistência jurídica, pois os serviços até então existentes, prestados pelas diversas procuradorias de assistência

<sup>38</sup> Pode-se apontar que a Constituição Federal de 1988 traduziu uma simbólica virada democrática, plasmada pelo propósito de realizar justiça social no Brasil. É que determinadas constituições revelam símbolos expressivos, em vez de imperativos funcionais, daí por que, consoante anota Bruce Ackerman: “uma constituição surge como marco simbólico de uma grande transição na vida política nacional” (2007, p. 96).

<sup>39</sup> É o que dispõem os primeiros dispositivos da Constituição Política de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

judiciária, eram sempre casuísticos<sup>40</sup>. A Constituição de 1988 criou a Defensoria Pública, no afã de estabelecer uma instituição constitucionalmente programada à defender os necessitados e peculiar ao Estado Social.

De acordo com o art. 134, *caput*, a “Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e defesa dos necessitados na forma da lei”. Por sua vez, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, Lei Complementar Federal 80 de 1994, organiza a Defensoria Pública Federal, bem como estabelece normas gerais às Defensorias Públicas dos Estados. Reza, nos termos do 1º da Lei, que “a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal”.

Assim, a República Federativa do Brasil passa a contar com uma instituição, cujo propósito essencial consiste em resgatar a cidadania de brasileiros marginalizados e combater a opressão historicamente imposta contra os mesmos, na esteira da missão republicana de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, estampada no art. 3º, inciso III, da Constituição de 88, uma vez que, consoante a mesma Lei Fundamental, compete ao Estado “combater as causas

<sup>40</sup> De acordo com Pedro Armando Egydio de Carvalho (1993, p. 392), “no país, com raríssimas exceções, a Assistência Judiciária oficial restringiu-se, até hoje, a patrocinar em Juízo os direitos do cidadão economicamente desvalido. Semelhante restrição desemboca no que chamamos de atendimento casuística, incapaz, por sua índole hermética, de gerar consequências para o grupo a que pertence a pessoa atendida naquela causa”.

da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos” (art. 23, inciso X).

Pedro Armando Egydio de Carvalho (1993, p. 303-304) vê na instituição a oportunidade de o Estado promover cidadania aos pobres, que, a título de cidadania, necessitam de um mediador jurídico na forma de poder público. Assim, para o autor, a assistência judiciária passa a ter uma nova perspectiva:

“Neste cenário, a perspectiva ora formulada, com fulcro em evolução histórica já pressentida nos termos de lei citados, propugna a ultrapassagem do atendimento inerme e individualista de uma Assistência Judiciária de casos para cometer a esta instituição, agora, com o nome constitucional de Defensoria Pública, o encargo de contribuir na restauração da brecha entre Estado e Sociedade, resgatando na ordem jurídica o valor do grupo e da comunidade marginalizada, onde germinam os direitos e onde o oprimido pode atingir seu verdadeiro estatuto de ser inconfundível e realizar as potencialidades a que foi destinado.”

Com efeito, o exame do artigo 134, *caput*, da Constituição Federal de 1988, bem como do artigo 1º da Lei Complementar Federal 80/94, permite construir as notas elementares da Defensoria. No primeiro momento, convém registrar que a instituição integra o sistema constitucional<sup>41</sup> como *componente permanente do sistema de justiça*. Isso significa dizer que a ausência da Defensoria Pública corresponde à não observância da Constituição. Instituí-la, portanto, não é uma faculdade do Poder Público. Do con-

<sup>41</sup> Paulo Bonavides (2003, p. 96) ensina que no constitucionalismo brasileiro, o sistema constitucional agregaria, primeiro, a Constituição, em segundo, as leis complementares e, em terceiro, as leis ordinárias, essas que, sob o ângulo material possam ser compreendidas como constitucionais. E ainda, integraria esse sistema as instituições, os partidos políticos e as correntes de interesse.

trário, cumpre ao mesmo criar a Defensoria, dada a feição permanente e republicana da Instituição.

Sua criação e manutenção, segundo nota de Guilherme Freire de Melo Barros (2010, p. 20), “não são meras faculdades ou opções políticas dos governantes, que poderiam criar ou extinguir a Defensoria Pública, por conveniência ou oportunidade. Pelo contrário, a criação da Defensoria Pública é dever, é imposição constitucional, de modo que o chefe do executivo que não cria, nem a equipa adequadamente, está violando a Constituição da República”. No mesmo sentir, Carlos Ayres Brito, Ministro da Suprema Corte do Brasil, para o qual “as defensorias públicas são aparelhos genuinamente estatais ou de existência necessária, exercentes de atividade permanente, portanto. Mais que isso, unidades de serviço que se inscrevem no rol daquelas que desempenham função essencial à jurisdição” (BRASIL, 2005).

É evidente que a Defensoria Pública do Brasil ocupa posição de destaque na ordem constitucional, como peça do sistema de justiça, direcionada a equilibrar, sob o ângulo econômico e social, o acesso à justiça.

Outro importante predicado respousa sobre sua missão constitucional, que consiste no poder-dever de *promover assistência jurídica aos necessitados*<sup>42</sup>. Impõe acentuar,

<sup>42</sup> Os necessitados, segundo a teorização de Ada Pellegrini Grinover, abrangem os economicamente fracos, os penalmente acusados, os socialmente vulneráveis e os carentes organizacionais. Para a professora paulista, cada categoria contém um predicado que as diferencia. Os fracos, sob o ângulo econômico, são os pobres (minus habentes), portanto, os principais destinatários da Defensoria. Os penalmente acusados, pois cabe ao Estado oferecer o contraditório e a ampla defesa, onde não cabe indagar se há ricos ou pobres. Os socialmente vulneráveis compreendem diversos segmentos sociais em posição menos favorável, a exemplo dos consumidores, usuários de serviço público, entre outros. Os carentes organizacionais, por sua vez, as pessoas em condição de vulnerabilidade diante das relações jurídico-sociais contemporâneas (Parecer produzido a pedido da Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, que figura como *amicus curiae* na ADI 3946 (BRASIL, 2007b), na qual

neste ponto, que assistência jurídica corresponde a promover o acesso à justiça e à cidadania. Assim, o usuário poderá obter uma orientação jurídica; requerer um defensor para promover uma ação ou se defender em demandas judiciais; recorrer à Defensoria para resolver problemas no âmbito extrajudicial, quer internamente ou perante os tabelionatos de registro; e ainda, acionar a Defensoria como interlocutor do cidadão com os demais poderes e organismos da República<sup>43</sup>, sem embargo de também recorrer aos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos<sup>44</sup> por intermédio da Defensoria.

É que, com a nova redação do artigo 1º da Lei 80 de 1994, compete à instituição *defender os direitos humanos*. É oportuna a mudança, porquanto esclarece, de uma vez por todas, que o papel da Defensoria vai muito além de ocupar o espaço do advogado que se ausentou numa audiência criminal; ao revés, consiste no que há de mais moderno no cenário da República, no que concerne à guarda e preservação da dignidade humana de todos os cidadãos brasileiros. É a instituição republicana responsável pelo resgate da cidadania de milhares de cidadãos nacionais e não nacionais, dignos sujeitos de proteção aos seus direitos humanos reconhecidos pelos diversos acordos internacionais, sobretudo

se examina a constitucionalidade da legitimidade de a Defensoria Pública propor ações civis públicas.

<sup>43</sup> A propósito, enunciou Ayres Brito, STF-ADI 3700-5 (BRASIL, 2005): “Vê-se, portanto, que a Lei Republicana alçou a defensoria pública ao patamar de instituição permanente essencial à prestação jurisdicional do Estado. Mais: uma instituição especificamente voltada para a implementação de políticas públicas de assistência jurídica, assim no campo administrativo como no judicial. Pelo que, sob este último prisma, se revelam como instrumentos de democratização do acesso às instâncias judiciárias, de modo a efetivar o valor constitucional de universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88)”.

<sup>44</sup> Consoante dispõe o art. 4º, inciso VI, da Lei Complementar Federal 80/94, segundo o qual compete à Defensoria Pública “representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos”.

o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos.

Demais, cumpre observar que a Defensoria Pública na República Federativa do Brasil abrange a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Estados, nos termos do art. 2º da Lei 80 de 1994<sup>45</sup>. Frise-se, portanto, que a Defensoria consiste numa instituição de natureza constitucional e nacional. É organizada como uma *carreira de Estado*. Os seus membros são admitidos por meio de concurso público de provas e títulos, consoante estabelece o parágrafo primeiro do art. 134 da Constituição de 1988<sup>46</sup>. É imposição constitucional a realização de concurso público, sob pena de o ingresso ser considerado inconstitucional. No julgamento da ADI 3700-5, o Supremo Tribunal Federal, Corte Nacional que exerce a função de guardião da Constituição, decidiu que o recrutamento de defensores deve ser realizado por meio de concurso público, exatamente por se tratar de uma carreira de Estado. De modo que “a estruturação da Defensoria Pública em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, opera como garantia da independência técnica da instituição, a se refletir na boa qualidade da assistência a que fazem jus os estratos mais economicamente débeis da coletividade”, ressaltou o relator Ministro Ayres Brito<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Art. 2º A Defensoria Pública abrange: I – a Defensoria Pública da União; II – a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; III – as Defensorias Públicas dos Estados.

<sup>46</sup> § 1º – Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

<sup>47</sup> “Lei 8.742, de 30 de novembro de 2005, do Estado do Rio Grande do Norte, que ‘dispõe sobre a contratação temporária de advogados para o exercício da função de Defensor Público, no âmbito da Defensoria Pública do Estado’. A Defensoria Pública se revela

Por representar o Estado-Defesa, há características institucionais específicas necessárias à realização deste desiderato republicano, considerando que promover o acesso à Justiça nas sociedades desiguais pressupõe tratar os desiguais de maneira desigual, a fim de recuperar uma igualdade substancial. Assim, são reconhecidos como princípios institucionais da Defensoria: (i) unidade; (ii) indivisibilidade e (iii) independência funcional.

Por unidade, entende-se que a ação institucional se realiza de maneira uniforme sob a mesma direção, isto é, sob a coordenação administrativa de um único chefe, no particular, o Defensor Público-Geral. Para Paulo Galliez (2010, p. 30), “a Defensoria Pública opera como um todo, sem facção ou fragmento. Se houvesse a ruptura de qualquer princípio, não haveria sistema e nem existiria unidade. A unidade consiste, pois, na realização contínua e permanente de todos os mecanismos inerentes à atuação do Defensor Público”.

Para Marília Gonçalves Pimenta (ALVES; PIMENTA, 2004, p. 112-113), a unidade “permite aos membros da Defensoria substituírem-se uns aos outros. Cada um deles é parte de um todo, sob a mesma direção, atuando pelos mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades”. O princípio da indivisibilidade, por outro lado, revela a feição nacional da Defensoria. Todas as Defensorias dos Estados, da União e do Distrito Federal prestam assistência jurídica

como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciais, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/1988). Por desempenhar, com exclusividade, um mister estatal genuíno e essencial à jurisdição, a Defensoria Pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário. Urge estruturá-la em cargos de provimento efetivo e, mais que isso, cargos de carreira. A estruturação da Defensoria Pública em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, opera como garantia da independência técnica da instituição, a se refletir na boa qualidade da assistência a que fazem jus os estratos mais economicamente débeis da coletividade” (BRASIL, 2005).

à população. É consequência também da indivisibilidade a permanência e obrigatoriedade do serviço oferecido pela instituição. O serviço não pode ser interrompido, podendo os defensores substituírem uns aos outros, pois atuam em nome da Defensoria.

A propósito, quando o Supremo Tribunal Federal analisou o HC 99.540, decidiu que, para configurar a intimação pessoal do Membro da Defensoria Pública, basta que a instituição seja cientificada por meio de ofício ou mandado, mesmo que recebido por servidora do órgão<sup>48</sup>. Assim, verifica-se que a marca da indivisibilidade impõe uma atuação não paricionada da instituição, de maneira que qualquer divisão administrativa serve tão só para otimizar os serviços.

Por independência funcional entende-se a prerrogativa outorgada à instituição no sentido da liberdade de atuação profissional, não cabendo nenhuma espécie de controle sobre as manifestações externadas pelos defensores. Paulo Galliez comenta que “a independência funcional assegura a plena liberdade de ação do defensor público perante todos os órgãos da administração pública, especialmente o judiciário”<sup>49</sup>. Daí por que a atuação do defensor não pode sofrer qualquer influência externa às convicções profissionais, essas sempre balizadas pela Constituição.

Porém, princípios não bastam para assegurar a efetiva atuação da Defensoria. É que, sem autonomia administrativa e financeira, pouco poderá ser realizado concretamente pelo órgão. Por isso, mediante a promulgação da Emenda Constitucional 45 de 2004, outorgou-se à instituição autonomia administrativa e financeira. De acordo com o § 2º do art. 134 da Constituição Fe-

<sup>48</sup> “Configura-se razoável, para fins de intimação pessoal proceder-se à inequívoca ciência da Defensoria Pública, por intermédio de ofício ou mandado, devidamente recebido, competindo à instituição organizar a atuação de seus membros, sob pena de burocratizar o processo, em total desrespeito à efetividade e celeridade da Justiça” (STF, HC 99.540, Min. Ellen Gracie, DJ 21/05/2010).

<sup>49</sup> Idem, p. 44.

deral, “às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º”. Em acertada decisão, o Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADI 3569, emprestou aplicabilidade imediata ao sobredito dispositivo constitucional, por entender que a Defensoria traduz uma instituição essencial à preservação dos direitos humanos<sup>50</sup>.

Decorre da autonomia administrativa da Defensoria a regra que determina que a instituição deverá ser chefiada por defensor da carreira. Assim, no particular das Defensorias dos Estados, o Defensor Público-Geral do Estado será nomeado pelo Governador do Estado, entre membros estáveis da carreira, com mais de 35 (trinta e cinco) anos, escolhidos em lista tríplice formada pelo voto direto, secreto, plurinominal e obrigatório dos seus membros, para mandato de dois anos, conforme preconiza o art. 99 da Lei Complementar 80/94.

Além disso, com base nessa autonomia administrativa, regulamentada pelo art. 97-A, compete ao Defensor Público-Geral do Estado: i) abrir concurso público e prover

<sup>50</sup> “A EC 45/2004 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º): donde, ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado. A norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º, da CF pela EC 45/2004 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos. Defensoria Pública: vinculação à Secretaria de Justiça, por força da LC estadual (PE) 20/1998: revogação, dada a incompatibilidade com o novo texto constitucional. É da jurisprudência do Supremo Tribunal – malgrado o dissenso do relator – que a antinomia entre norma ordinária anterior e a Constituição superveniente se resolve em mera revogação da primeira, a cuja declaração não se presta a ação direta. O mesmo raciocínio é aplicado quando, por força de emenda à Constituição, a lei ordinária ou complementar anterior se torna incompatível com o texto constitucional modificado: precedentes” (ADI 3.569, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-4-2007, Plenário, DJ de 11-5-2007).

os cargos de suas carreiras e dos serviços auxiliares; ii) organizar os serviços auxiliares; iii) praticar atos próprios de gestão; iv) compor os seus órgãos de administração superior e de atuação; v) elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; vi) praticar atos e decidir sobre situação funcional e administrativa do pessoal, ativo e inativo da carreira, e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios; vii) exercer outras competências decorrentes de sua autonomia. Divisa-se, assim, que a autonomia administrativa permite ampla gestão dos recursos humanos e materiais necessários à instituição.

Demais, por ser prerrogativa a iniciativa de sua proposta orçamentária, cabe à Instituição o repasse mensal dos recursos equivalentes ao duodécimo do respectivo orçamento anual previsto, consoante determina o art. 168 da Constituição de 1988, segundo o qual “os recursos correspondentes às dotações, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º”. Por outro lado, em razão, tanto da autonomia administrativa, quanto da autonomia orçamentária, a Defensoria se submete ao controle externo exercido pelo respectivo Legislativo e Tribunal de Contas do Estado, por força do art. 97-B, § 6º, da Lei 80 de 1994<sup>51</sup>.

Na perspectiva de promover a defesa dos direitos humanos por meio da assistência jurídica integral, são objetivos da Defensoria Pública, nos precisos termos do art.

<sup>51</sup> “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Defensoria Pública do Estado, quanto à legalidade, legitimidade, aplicação de dotações e recursos próprios e renúncia de receitas, será exercida pelo Poder Legislativo, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno estabelecido em lei”.

3º-A da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública: i) primar pela dignidade da pessoa humana e reduzir as desigualdades sociais; ii) afirmar o Estado Democrático de Direito; iii) promover a efetividade dos direitos humanos; iv) garantir os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Em síntese, vê-se o poder-dever de promover a cidadania consubstanciados nos objetivos de primar pela justiça social e pela dignidade da pessoa humana, bem como a efetividade dos direitos humanos. E o poder-dever de promover o acesso à justiça plasmado nos propósitos de afirmar o Estado Democrático de Direito e assegurar a observância dos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Para perseguir esses objetivos, determina o art. 4º da Lei 80 de 1994 que compete à Defensoria: a) prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; b) promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; c) promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; d) prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; e) exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; f) representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; g) promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando

o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; h) exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal; i) impetrar *habeas corpus*, mandado de injunção, *habeas data* e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; j) promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; l) exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; m) acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; n) patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; o) exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; p) atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; q) atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas; r) atuar nos Juizados Especiais; s) participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos; t) executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação,

inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; u) convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.

Pode-se, portanto, reunir as atribuições da Defensoria Pública nos seguintes blocos de funcionalidade: a) função jurídico-orientadora; b) função jurídico-processual; c) função político-institucional. Na esteira da função jurídico-orientadora, compete ao órgão orientar os cidadãos sobre os seus direitos e deveres, e, ainda, difundir a conscientização da população sobre os direitos humanos, a cidadania e o ordenamento jurídico. Na seara da função jurídico-processual, estão a maior parte das atribuições da Defensoria, a exemplo da promoção de acordos, da defesa judicial dos necessitados por meio de todos os instrumentos processuais à disposição no ordenamento jurídico, notadamente a propositura de ações civis públicas na defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos em favor de grupo de pessoas hipossuficientes, entre tantos outros mecanismos anteriormente enunciados. E, ainda, a função político-institucional, representada na competência de convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às funções da Defensoria; na participação dos conselhos federais, estaduais e municipais pertinentes à sua atuação; na defesa das minorias discriminadas vítimas de violência e abusos, como crianças, idosos, mulheres vítimas de violência, portadores de necessidades especiais; e na fiscalização das unidades e estabelecimentos prisionais.

Embora extenso o plexo de competências, convém acentuar o direcionamento do mesmo aos necessitados, ou seja, aos que não possuem condições econômicas de contratar um serviço jurídico particular, sem prejuízo das demais necessidades domésticas. Por isso, não prosperam as

teses contrárias à legitimidade ativa da Defensoria para o ajuizamento de ações civis públicas. Pois, no ponto, exige a norma que a ação civil pública proposta pela Defensoria deve beneficiar uma coletividade de hipossuficientes, o que corresponde a sua respectiva pertinência subjetiva<sup>52</sup>. E, desde o advento da Lei Federal 11.448/2007, que a inseriu no rol de legitimados, parece que superada a questão, malgrado questionada no Supremo Tribunal Federal pela ADI 3943 proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (BRASIL, 2007a).

Frise-se, por oportuno, a pertinência da Defensoria Pública no âmbito da Execução Penal. De acordo com o art. 4º, inciso XVII, da Lei Complementar 80/94, a Defensoria atuará nos espaços prisionais, com o objetivo de assegurar os direitos fundamentais dos custodiados. Daí por que determinou-se que “os estabelecimentos a que se refere o inciso XVII do *caput* reservarão instalações adequadas ao atendimento jurídico dos presos e internos por parte dos Defensores Públicos, bem como a esses fornecerão apoio administrativo, prestarão as informações solicitadas e assegurarão acesso à documentação dos presos e inter-

<sup>52</sup> Na expressão de Cyntia Danielle Paiva Leite e Kátia Soares Barroso (2008, p. 148), para as quais “a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública deverá ser verificada concretamente, em respeito ao seu objetivo constitucional de assistência judicial dos necessitados, para que, desse modo, reste atestada a pertinência subjetiva necessária à sua atuação. Mas, para que esta seja caracterizada, basta que haja repercussão na esfera de interesses dos necessitados, não sendo razoável exigir-se que sua atuação se dê exclusivamente em favor destes no âmbito da tutela coletiva, tendo em vista o caráter transindividual dos interesses protegidos por essa forma de prestação jurisdicional. Outrossim, a ação civil pública tem importância ímpar na participação do povo no poder, permitindo a atuação deste por meio de entidades legitimadas a agir. De modo que a ampliação de seus legitimados, como o fez a Lei 11.448/2007 ao incluir a Defensoria Pública no rol do art. 5º da Lei 7.347/85, só faz pluralizar as possibilidades de acesso à Justiça, direito fundamental da população, de maneira a realizar a pacificação social de forma o mais ampla possível”.

nos, aos quais é assegurado o direito de entrevista com os Defensores Públicos” (art. 4º, § 11, LODP).

É clara a vontade do legislador no sentido de outorgar à Defensoria o poder-dever de assegurar a preservação dos direitos humanos dos presos. De sorte que se promulgou a Lei Federal 12.313 de 2010, que por sua vez reformou a Lei de Execução Penal (Lei Federal 7.210/84), para inserir o direito de assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública. Entre as mudanças, estabeleceu-se que “as Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais” (art. 16, LEP), bem assim passou a contar com capítulo específico versando sobre Defensoria Pública, com o respectivo rol de competências (art. 81-A, LEP)<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> À guisa de ilustração, convém transcrever os novos dispositivos da Lei de Execução Penal: “Art. 81-A. A Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva. Art. 81-B. Incumbe, ainda, à Defensoria Pública: I – requerer: a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo; b) a aplicação aos casos julgados de lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; c) a declaração de extinção da punibilidade; d) a unificação de penas; e) a detração e remição da pena; f) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução; g) a aplicação de medida de segurança e sua revogação, bem como a substituição da pena por medida de segurança; h) a conversão de penas, a progressão nos regimes, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, a comutação de pena e o indulto; i) a autorização de saídas temporárias; j) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; k) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; l) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º do art. 86 desta Lei; II – requerer a emissão anual do atestado de pena a cumprir; III – interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária ou administrativa durante a execução; IV – representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo em caso de violação das normas referentes à execução penal; V – visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer,

Deveras, há ainda diversas questões pontuais que merecem ser examinadas, contudo o propósito comparativo consiste em confrontar os principais predicados da Defensoria da Colômbia e da Defensoria do Brasil. Assim, postas as características essenciais de cada instituição, passa-se a sua apreciação comparativa seguida das derradeiras considerações.

#### *6. Análise comparativa entre a Defensoria colombiana e a Defensoria Pública brasileira*

Percebe-se que muitos são os pontos convergentes entre a Defensoria da Colômbia e a Defensoria do Brasil. Trata-se de instituições republicanas e constitucionais. Ambas nasceram num cenário de reconstrução democrática, primadas pela cidadania e respeito à dignidade da pessoa humana. Por isso mesmo, ocupam posição de destaque no âmago da organização política do Estado.

Entre as competências comuns, destacam-se a defesa institucional dos direitos humanos e o serviço de assistência jurídica pública em seus países. É forçoso recordar que por muitas décadas a violação dos direitos humanos marcou negativamente a América Latina, consequência essa dos regimes políticos de exceção. Daí por que mais que necessária a criação de instituições, notadamente a Defensoria, no desiderato de combater transgressões das mais diversas aos direitos humanos.

É importante frisar que a proteção dos direitos humanos deve ser reservada a uma instituição para tanto vocacionada e separada dos demais poderes, conseqüentemente, autônoma em relação ao Poder Executivo, Judiciário, Legislativo e Ministério Público.

quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VI - requerer à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal. Parágrafo único. O órgão da Defensoria Pública visitará periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio".

Daí nossa crítica no sentido de que não convém outorgar ao Ministério Público a competência de defender os direitos humanos e prestar assistência jurídica à população carente simplesmente porque padece de congruência funcional. É que, entre as suas atribuições, compete ao Ministério Público promover a apuração de ilícitos e suas respectivas responsabilidades. De sorte que soa ilógico admitir que esse mesmo órgão vocacionado à acusação promova a defesa dos direitos humanos. Na verdade, há décadas observa-se uma ausência do Estado no que diz respeito à preservação dos direitos humanos, malgrado a existência do Ministério Público.

Numa perspectiva mais ampla, a defesa dos interesses sociais do povo não se perfectibilizou com o Ministério Público. O caráter fiscalizador do órgão o impede de sustentar interesses que por vezes contrariam o próprio ordenamento jurídico<sup>54</sup>. De modo que a concentração de competências não se mostrou efetiva à proteção dos interesses coletivos concretos da população, permanecendo mais no plano da retórica do que da efetividade. Carlos Bruno, referindo-se ao Ministério Público, expõe essa mesma crítica, ao entender que "a própria realidade brasileira parece mostrar sinais que tal concentração de poderes talvez não tenha sido a ideal para os fins alcançáveis através dessa notável figura" (SILVA, 2007).

No mesmo diapasão, Samuel Yupanqui (apud SILVA, 2007) percebeu o fracasso do *Fiscalía Especial no Perú* (Ministério Público), na defesa dos direitos humanos, razão por que reconheceu a pertinência da Constituição do Peru de 1993, ao incorporar essa função no rol das atribuições da Defensoria:

*"En su conjunto, la labor del Ministerio Publico en el de funciones de defensoría*

<sup>54</sup> É que, nos termos do art. 127, da Constituição do Brasil de 1988, "o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

*del pueblo, salvo puntuales y destacadas excepciones y pese al entusiasmo de quienes trabajaron en la Fiscalía Especial, fue insuficiente y quedo rebasada ante las frecuentes violaciones a los derechos humanos cometidas en el país. Es más, resultada incongruente que el órgano estatal titular de la acción penal – y en consecuencia de acusar a las personas – sea a la vez encargado de defenderlas. De ahí que la Constitución de 1993 haya optado razonablemente por modificar la anterior situación al incorporar a la Defensoría del Pueblo como órgano autónomo (artículos 161 y 162), disponiendo que le corresponde ‘defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía’. De esta manera, al Ministerio Público ya no le compete esta función.”*

De conseguinte, no caso do Brasil, a exemplo da Colômbia, que reservou a defesa do povo à *Defensoría del Pueblo*, faz-se mister que a competência concernente à defesa dos interesses sociais da população brasileira, bem como a defesa dos direitos humanos, repouse sobre a Defensoria Pública. É mais eficiente para a República concentrar no Ministério Público as atribuições de investigar e promover as respectivas responsabilidades contra os que cometem crimes e dilapidam o patrimônio público, pois, neste ponto, a competência do *parquet* é expressa, a teor do art. 129, inciso III, da Lei Maior da República<sup>55</sup>.

Convém, portanto, concentrar na Defensoria Pública as atribuições republicanas de promover a defesa dos direitos humanos do povo brasileiro, dada a vocação natural da instituição, até porque, por força do novo art. 4º, inciso X, da Lei 80 de 1994, compete-

<sup>55</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

-lhe “promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Assim, como na prática se verifica, a Defensoria Pública do Brasil traduziria uma autêntica Defensoria do Povo.

Paralelamente à defesa dos direitos humanos, ambas as Defensorias, da Colômbia e do Brasil, são responsáveis pela orientação jurídica dos cidadãos. Nos termos do artigo 9º-6 da *Ley 24 de 1992*, compete à *Defensoría del Pueblo*, *difundir el conocimiento de la Constitución Política de Colombia, especialmente los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y del ambiente*. É a mesma incubência da Defensoria Pública no Brasil, prevista com retidão no art. 4º, incisos I e III, da Lei Complementar 80 de 1994.

Com efeito, tanto no Brasil quanto na Colômbia, defender pessoas pobres no âmbito criminal compete à Defensoria. Há, contudo, uma pequena diferença. Na Colômbia existe a Diretoria Nacional da Defensoria Pública, ao passo que no Brasil os Membros da Defensoria Pública estão diretamente subordinados ao Defensor Público-Geral. A propósito, aqui repousa outra diferença substancial. Enquanto na Colômbia compete ao parlamento eleger o chefe maior da *Defensoría del Pueblo*, no Brasil essa eleição ocorre no âmbito institucional. É reservado ao Governador do Estado nomear para o cargo de Defensor Público-Geral um dos três membros eleitos pelos demais defensores, isso no âmbito estadual. É coerente, na medida em que o defensor de carreira reúne mais experiência para enfrentar os desafios da instituição, sem embargo de que representa faceta da autonomia institucional necesssária a atuação da Defensoria.

O recrutamento dos defensores também se diferencia da defensoria colombiana.

No Brasil, o concurso público consiste em uma necessidade nacional, dado o nepotismo que costuma insistir nos arredores da República. Na Defensoria do Povo da Colômbia, *abogados* podem ser diretamente contratados, bem como egressos dos cursos de direito podem atuar na Instituição por um período de nove meses, como condição à inscrição como *Abogado*.

No Brasil houve uma tentativa nesse sentido, perpetrada pelo Estado do Rio Grande do Norte, porém a mesma não prosperou, como era de se esperar. O Supremo Tribunal Federal decidiu na ADI 3700 que a contratação precária, portanto, sem a realização de concurso público, padece de constitucionalidade, porquanto a Constituição reclama seleção pública para o preenchimento de cargos públicos de carreira, entre os quais o de Defensor Público do Estado<sup>56</sup>.

Além disso, observou-se que a Defensoria da Colômbia possui autonomia administrativa e financeira. É a mesma previsão consignada às Defensorias Estaduais do Brasil. A Emenda Constitucional 45 de 2004 outorgou às Defensorias Estaduais tanto autonomia administrativa quanto financeira. Porém, não estendeu essa mesma autonomia à Defensoria Pública da União. É necessário corrigir essa distorção, sob

<sup>56</sup> “Lei 8.742, de 30 de novembro de 2005, do Estado do Rio Grande do Norte, que ‘dispõe sobre a contratação temporária de advogados para o exercício da função de Defensor Público, no âmbito da Defensoria Pública do Estado’. A Defensoria Pública se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciais, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/1988). Por desempenhar, com exclusividade, um mister estatal genuíno e essencial à jurisdição, a Defensoria Pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário. Urge estruturá-la em cargos de provimento efetivo e, mais que isso, cargos de carreira. A estruturação da Defensoria Pública em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, opera como garantia da independência técnica da instituição, a se refletir na boa qualidade da assistência a que fazem jus os estratos mais economicamente débeis da coletividade” (ADI 3.700, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 15-10-2008, Plenário, DJE de 6-3-2009).

pena de ofensa ao princípio da simetria constitucional.

Por oportuno, há que se atualizar, no particular da experiência brasileira, as regras presentes na Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>57</sup>, pois a autonomia orçamentária depende do cumprimento da regra constitucional concernente ao repasse dos recursos, previsto no art. 168 da Constituição Federal<sup>58</sup>, bem como, relativamente a despesa com pessoal, deve existir um percentual específico estabelecido para a Defensoria, nos moldes previstos aos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público<sup>59</sup>.

Assim, resolvidas essas questões pertinentes à efetiva autonomia das Defensorias, a presença da instituição, tanto no Brasil quanto na Colômbia, revela-se essencial à manutenção do Estado Constitucional, no qual se impõe a promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, com o escopo de concretizar a igualdade substancial, *conditio sine qua non* para a realização de uma sociedade realmente justa.

### Referências

ACKERMAN, Bruce. Ascensão do constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à Justiça em preto e branco*: retratos institui-

<sup>57</sup> Lei Complementar Federal 101/2000.

<sup>58</sup> Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.

<sup>59</sup> Nos termos do art. 20, inciso II: a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado; b) 6% (seis por cento) para o Judiciário; c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo; d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados.

cionais da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 267 p.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Defensoria pública: lei complementar nº 80/1994*. 2. ed., atual. de acordo com a LC nº 132/2009. Salvador: JusPODIVM, 2010. 266 p.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao Estudo do Direito: os fundamentos e a visão histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. 859 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3700*: com pedido de liminar, contra a íntegra da lei do Estado do Rio Grande do Norte nº 8742, de 30 de novembro de 2005. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006. Relator Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2375038>>. Acesso em: 15 out. 2010.

\_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943*: do inciso II do art. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, com redação dada pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2548440>>. Acesso em: 12 out. 2010.

\_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3946*: com pedido de medida cautelar, em impugnação à Lei Complementar nº 99, de 14 de agosto de 2007. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2550699>>. Acesso em: 29 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. *Habeas corpus nº 99.652*. Origem Rio Grande do Sul. Relator Min. Ayres Britto. Pacte. (s) Sebastião Rodrigues. Impte. (s) Defensoria Pública da União. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2687266>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARPIZO, Jorge. Algunas semejanzas entre el Ombudsman Español y Mexicano. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de Derecho Constitucional*, México, DF, n. 9, p. 67-100, jul./dic. 2003. Disponível em: <<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst09/CUC00903.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. A Defensoria Pública: um novo conceito de assistência judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 689, p. 302-304, mar. 1993.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COLOMBIA. Constitución (1991). *Constitución Política de Colombia 1991*. Bogotá: Presidencia de la República, 1991.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. *Sentencia nº C-037/96*: revisión constitucional del Proyecto de Ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, "Estatutaria de la Administración de Justicia". Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá: Corte Constitucional, 1996. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-037-96.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Ley nº 24, de 15 de diciembre de 1992. Por la cual se establecen la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo y se dictan otras disposiciones em desarrollo del artículo 283 dela Constitución Política de Colombia. *Diario Oficial*, Bogotá, n. 40.690, 15 dic. 1992. Disponível em: <[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1992/ley\\_0024\\_1992.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1992/ley_0024_1992.html)>.

\_\_\_\_\_. *Sentencia nº C-071/95*: demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 147 del Decreto 2700 de 1991. Cargo de Defensor de Oficio es de forzosa aceptación. Demandante: Martha Esperanza Romero Hernández Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Diaz. Bogotá: Corte Constitucional, 1995. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-071-95.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. *Sentencia nº C-338/98*: demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 175 (parcial) de la Ley 201 de 1995. Actores: Yolanda Obando M. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá: Corte Constitucional, 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-338-98.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. *Sentencia nº C-487/93*: acción de inconstitucionalidad propuesta por Sylvia Fajardo Glauser contra el artículo 3º de la Ley 24 de 1992. Magistrado ponente: Dr. Jose Gregorio Hernandez Galindo. Bogotá: Corte Constitucional, 1993. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-487-93.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. *Sentencia nº T-559/03*: acción de tutela de Belén Lara Reyes y Pedro José Barrera Lara contra la Defensoría del Pueblo Regional del Huila. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: Corte Constitucional, 2003. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-559-03.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GALANTER, Marc. A Justiça não se encontra apenas nas decisões dos Tribunais. In: HESPANHA, Antônio Manuel Botelho (Org.). *Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- GALLIEZ, Paulo Cesar Ribeiro. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GRIMM, Dieter. A Função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- HESSE, Konrad. *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução de Antonio López Pina. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e Cidadania*. São Paulo: Uniletras, 2004.
- LEITE, Cyntia Danielle Paiva; BARROSO, Kátia da Silva Soares. A legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública: considerações sobre a Lei 11.448/2007. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 33, n. 162, p. 132-149, ago. 2008.
- LOZANO, Armador Rodríguez. Por un acceso real a la justicia em México: el caso del Instituto de Defensoria Juzgado Tercero Penal del Circuito de Garzón. *Cuestiones Constitucionales*, Cidade do México, n. 2, enero/jun. 2000.
- MARCELINO, Nelson Carvalho. *Introdução as Ciências Sociais*. Campinas: Papirus. 2004.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização dos mega-conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v.33, n. 164, p. 152-169, out. 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 2.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle de Constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano: breve análise comparativa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 222, p. 143-178, out./dez. 2000.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. A Ciência do Direito Comparado. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, n. 7, 1985.
- PÉREZ PORTILLO, Soraya. La Defensoría del Pueblo. *Revista de Derecho del Estado*, Bogotá, n. 21, 2008, p. 109-119. Disponível em: <[http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UEexternado/pdf/5\\_revistaDerechoDelEstado/numero21/soraya-PerezPortillo.pdf](http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UEexternado/pdf/5_revistaDerechoDelEstado/numero21/soraya-PerezPortillo.pdf)>.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio; MÉNDEZ, Juan; O'DONNELL, Ghuillermo (Org.). *Democracia, violència e injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina*. Tradução de Ana Luiza Pinheiro. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- POCHMANN, Marcio; AMORIM, Ricardo. *Atlas da Exclusão Social no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2004.
- QUESADA, Maria Fernanda; STEINER, Angie; GAMBOA, César. *El defensor del pueblo en Latinoamérica: um análisis comparativo: Con Estudios de Caso de las Defensorías en Costa Rica, Perú y Venezuela y su Rol en los Conflictos Ambientales*. Miami: Florida University, 2005. 51 p. Disponível em: <[http://www.law.ufl.edu/cgr/conference/06confmaterials/8\\_Panel/8\\_TomAnkersen-DefensoriaSPANISH.pdf](http://www.law.ufl.edu/cgr/conference/06confmaterials/8_Panel/8_TomAnkersen-DefensoriaSPANISH.pdf)>.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RIVERO, Jean. *Curso de Direito Administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROSALES DE CONRAD, María Tereza Pareja. *El defensor del pueblo: un estudio con especial referencia al Ecuador*. Montevideo: Konrad Adeauer Stifing, 2004.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. *Sociologia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- SANCHIZ, Luis Pietro. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. Defensor do povo: contribuições do modelo peruano e do instituto romano do tribuna do plebe. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 30, p. 146-155, jan./jun. 2007. Disponível em: <[http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Ferreira%20da%20Silva\\_n30.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/Ferreira%20da%20Silva_n30.pdf)>. Acesso em: 27 set. 2011.
- SILVA, José Afonso da. Comparação jurídica. *Revista Trimestral de Direito Civil*: RTDC, São Paulo, n. 28, p. 5-10, 1999.
- SILVA, Paulo Maycon Costa da. Defensoria Pública Estadual: não incidência do parágrafo único do artigo 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, v. 37, n. 117, p. 297-309, mar. 2010.
- TÁCITO, Caio. Ombudsman: o defensor do povo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997-.

ZIPPELIUS, Reihold. *Introdução ao Estudo do Direito*.  
Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo  
Horizonte: Del Rey, 2006.



# Delegação judicial de atos administrativos na fase ou processo de execução

Aplicação do princípio constitucional da eficiência sob inspiração do direito português recém-reformado

Rafael Cavalcanti Lemos

## Sumário

1. Introdução. 2. Eficiência processual no direito constitucional brasileiro. 3. Natureza eminentemente administrativa da fase ou processo de execução. 4. Agente de execução português. 5. Reformas processuais executivas brasileiras e delegação judicial de atos administrativos na fase ou processo de execução. 6. Conclusão.

### 1. Introdução

Uma execução ineficiente, morosa e ineficaz prejudica a economia, porquanto os atrasos de pagamento a tornam menos dinâmica, gerando problemas de liquidez ao credor e obrigando-o a financiamentos desnecessários (SIMPLIFICAÇÃO..., 2009).

No Brasil, é grave a situação na fase ou processo de execução, em que a taxa de congestionamento, no ano de 2009, foi de 67% na Justiça do Trabalho, 81% na Federal e 90% na Estadual (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010):

“Os indicadores espelham a situação da organização em determinado momento, o que é extremamente oportuno, sobretudo se considerarmos nosso mundo atual de constantes transformações. Detectada pelo indicador de desempenho uma dificuldade, é possível corrigir a rota, evitando-se maiores danos” (NOGUEIRA, 2009, p. 139).

Rafael Cavalcanti Lemos é Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco, Especialista em Direito Processual Civil pela UFPE, Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Sofrendo do mesmo mal, promoveu Portugal nos anos 1990 uma revisão sobre seu Código de Processo Civil por meio dos Decretos-Leis 329-A/1995 e 180/1996, vindo, alguns anos mais tarde, tal qual fez o Brasil mediante as Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, a reformar a ação executiva pelos Decretos-Leis 38/2003, 199/2003 e 226/2008.

O presente artigo visa demonstrar como a delegação judicial de atos administrativos na fase ou processo de execução – a qual delegação inspirada na experiência portuguesa com a legislação recém-reformada – pode ser aqui aplicada sem violação das normas pátrias e mesmo conferindo maior concretude a comandos constitucionais nacionais.

## 2. Eficiência processual no direito constitucional brasileiro

Eficiência é a ação, força ou virtude de produzir um efeito (FERREIRA, 1997, p. 620) pelo emprego racional dos recursos disponíveis (FRIEDE, 1996, p. 75):

“É, por consequência, uma expressão que comporta um forte componente de economicidade, visando não a um simples resultado, mas sempre ao melhor resultado.”

Narra Becker (2001, p. 265) que a atribuição de valor econômico ao tempo começou ainda na Idade Média, com a variação de preço da mercadoria proporcional ao tempo de deslocamento do vendedor entre os burgos:

“Não há como negar, contudo, que maior importância o tempo e sua contagem veio a ter somente com o capitalismo. Veja-se o significativo lema de Benjamin Franklin (1706-1790): ‘tempo é dinheiro’, que inaugurou toda uma ‘filosofia’ de aproveitamento máximo do tempo em 1757, no famoso texto ‘The Way to Wealth’, com que encerrou a publicação do *Poor Richard’s Almanack*. Tal

‘filosofia’ foi ratificada pelo próprio autor em 1784, quando redigia sua famosa *Autobiografia*, e afirmou que a sexta das treze maiores virtudes do homem é a diligência, nos seguintes termos: ‘6. *Industry. – Lose no time: be always employ’d in something useful; cut off all unnecessary actions* (...) A valorização do tempo de certa forma atravessa o séc. XIX nas costas do utilitarismo de Bentham (1748-1832). (...) A valorização do tempo chega ao séc. XX na forma truculenta do taylorismo. Para Frederick Taylor (1856-1915), na atividade industrial, quaisquer finalidades que não as da produção e da eficiência deveriam ser descartadas (...) Taylor foi, acima de tudo, um grande apologeta da eficiência, que ele vinculava direta e necessariamente à produtividade, à velocidade (eliminação de movimentos desnecessários, falhos e lentos) e à prosperidade (...) A demanda por eficiência se espalhou, via Franklin, Bentham (em menor grau) e Taylor, por todo o mundo anglo-saxão” (BECKER, 2001, p. 265-267).

Hoje é o TQC (*total quality control* – em português, controle de qualidade total) que persegue a administração dita científica do tempo, visando à eficiência (BECKER, 2001, p. 267):

“O TQC dá toda a ênfase na *qualidade*, assim considerada a conformidade às especificações, em relação a necessidades ou a certo uso. (...) Para atingir essa qualidade, desenvolve-se controles de procedimentos padrões, isto é: controle do tempo. (...) no TQC as palavras-chave são sempre qualidade, método (controles e procedimentos), tecnologia e consumo. Mas nada impede que com elas sejam amalgamadas as idéias de *eficiência* (sempre subjacente à qualidade) e ‘modernidade’” (BECKER, 2001, p. 268-269).

Quanto às normas de padronização da qualidade, decorrem diretamente das demandas por eficiência que embasam o TQC:

“Estamos falando, evidentemente, da ISO 9000, cujo objetivo básico é certificar a gestão de qualidade e garantia de qualidade, justificada pela globalização da economia (...). A ISO 9000 vincula eficiência com produtividade – tal qual ocorre em Taylor e no TQC. Na verdade, a eficiência é considerada uma *medida de produtividade do processo*, no seguinte sentido: mais eficiente é o processo que se utiliza de *menos recursos para maior produtividade*” (BECKER, 2001, p. 270).

Contemplava já à eficiência, de modo implícito, o princípio do devido processo legal, inscrito no art. 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; de modo explícito, mas com outro viés (voltada ao bem comum, à satisfação do interesse público), passou a fazer-lhe referência, com a Reforma Administrativa (Emenda Constitucional 19/1998), o *caput* do art. 37 da Constituição de 1988 – à semelhança do que, sem contudo lhe dar nome (de eficiência), está no art. 267º da vigente Constituição da República Portuguesa (MORAES, 2006, p. 456-457, 821-827), cujo art. 81º-C, por sua vez, incumbe ao Estado assegurar prioritariamente, no âmbito econômico e social, a *plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do setor público* (PORTUGAL, 2005).

A eficiência ganhou ênfase, no processo (tanto judicial quanto administrativo) brasileiro, por ocasião da Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional 45/2004), que acrescentou o inciso LXXVIII (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”) ao art. 5º da Constituição de 1988, (artigo) cujo rol de direitos fundamentais permanecia intocado desde a promulgação desta (KOEHLER, 2011, p. 37, n. 1).

A Reforma do Judiciário, lembrando-se da eficiência processual, foi além mesmo do que reza a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678/1992) em seus arts. 7º-5, 8º-1 e 25-1, nos quais é feita menção tão somente à razoável duração ou à efetividade do processo.

A EC 45/2004 consagrou assim “um outro aspecto normativo relevantíssimo do super princípio do devido processo legal estampado genericamente pelo inc. LIV do presente art. 5º”, “incremento normativo que faltava à garantia do acesso à Justiça” (MACHADO, 2006, p. 52):

“talvez alguém questione a importância da consagração, em sede constitucional, de um princípio como este, caracterizado pela pouca concretude jurídica e grande carga axiológica. O questionamento não procede, em primeiro lugar, porque dirigindo-se a nova norma jurídica, antes de mais nada, ao Legislativo, ao Executivo e ao próprio Judiciário, obrigam-se os Poderes a dar *realização concreta à expectativa* de tramitação célere de processos judiciais e administrativos. Em segundo lugar, porque, tratando-se de *garantia constitucional*, este inc. LXXVIII fomentará o surgimento de uma *nova cultura jurídica* representada pela reivindicação, dos operadores do Direito e dos cidadãos em geral, no sentido da *efetivação do direito* à tramitação célere de processos e procedimentos” (MACHADO, 2006, p. 52-53).

Confirmando a expectativa de Machado (2006, p. 52-53), os tribunais brasileiros não tardaram a imbuir-se do novel espírito constitucional.

Em julgamento recente, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro aplicou o princípio da eficiência na repressão de ato nitidamente protelatório do executado:

“RECURSO ESPECIAL – QUESTÃO DE ORDEM – INCIDÊNCIA DA

MULTA DO ART. 475-J EM SEDE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA - APLICAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 211 DA SÚMULA/STJ - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE GUIA DE RECOLHIMENTO - SUSPENSÃO DO PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS PARA PAGAMENTO - NÃO OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - NÍTIDO INTUITO PROTETATÓRIO DA DEVEDORA - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA EFICIÊNCIA DA EXECUÇÃO, REALIZADA EM BENEFÍCIO DO CREDOR - DEPÓSITO DO MONTANTE REALIZADO A DESTEMPO - MULTA DE 10% - INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A questão de ordem suscitada pela recorrida Petrobrás não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido, estando ausente, pois, o seu necessário prequestionamento (Súmula 211/STJ).

II - As alterações promovidas no Código de Processo Civil em decorrência da edição da Lei nº 11.382/2006 tiveram por objetivo tornar mais célere a execução, realizada em benefício do credor.

III - O art. 475-J do CPC prescreve um comando objetivo ao devedor para que este pague o valor da obrigação no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de incidência da multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

IV - *In casu*, o pedido de expedição de guia de pagamento formulado pela recorrida Petrobras vai de encontro aos princípios da celeridade e da efetividade do processo de execução, que inspiraram o legislador ao promover a reforma do Código de Processo Civil, porquanto é con-

sabido que a expedição de guia de pagamento independe de qualquer formalidade, estando caracterizado, na espécie, o *nítido intuito protetatório* da recorrida, o que *não pode ser admitido*.

V - Recurso especial provido" (BRASIL, 2010).

Para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a anulação de ato processual executivo por mera inobservância procedimental resultaria em desrespeito ao princípio da eficiência:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EXISTÊNCIA DE BENS NOMEADOS À PENHORA - BLOQUEIO VIA BACEN JUD: IMPOSSIBILIDADE - AGRAVO PROVIDO MONOCRATICAMENTE - AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1 - Conquanto as intimações da FN sejam, de rigor, pessoais (art. 38 da LC nº 73/93 e art. 6º da Lei 9.028/75), o STJ tem compreendido que a decretação da nulidade deve observar a presença de prejuízo (vide AgRg no Ag 1035294/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, T5, DJe 08.09.2008).

2 - Não se pode, por *questões meramente procedimentais* (a FN será devidamente representada na comarca competente), sem argumentos robustos ou úteis, anular ato processual, acarretando *violação dos princípios constitucionais da eficiência* e da efetividade jurisdicional, ocasionando *morosidade impertinente* ao processo.

3 - A interposição de agravo manifestamente infundado desafia aplicação da multa prevista no artigo 557, § 2º, do CPC.

4 - Agravo interno não provido. Recurso infundado. Aplicada multa de 1% sobre o valor da causa.

5 - Peças liberadas pelo Relator, em 23.02.2010, para publicação do acórdão."

(Agravamento Interno no Agravamento de Instrumento nº 0059141-67.2009.4.01.0000/MT, 7ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Luciano Tolentino Amaral. j. 23.02.2010, e-DJF1 05.03.2010, p. 227).

Fez ver o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que a legislação processual executiva brasileira reformada é realização do princípio da eficiência:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL – EMBARGOS – EFEITOS – SUSPENSÃO DA ORDEM CONSTITUTIVA DE BENS NOS AUTOS DA EXECUÇÃO EM FACE DE INDICAÇÃO DE BENS À PENHORA PELO DEVEDOR – IMPOSSIBILIDADE.

I – A decisão que recebe os embargos à execução de título extrajudicial sem especificar seus efeitos não equivale à concessão de efeito suspensivo. *Os embargos, em regra, não têm efeito suspensivo, à luz da regra geral disposta no art. 739-A do CPC, porque tal efeito depende de expressa e fundamentada manifestação judicial.* II – A reforma processual ocorrida por força da Lei nº 11.382, de 2006 determinou que a parte executada será citada para, no prazo de 3 dias, efetuar o pagamento da dívida e, não sendo esse realizado, o Oficial de Justiça procederá de imediato à penhora de bens e sua avaliação (Art. 652, CPC). III – Com fins nos princípios da eficiência e celeridade da prestação jurisdicional e da satisfação do crédito do exequente, não há previsão no CPC de que o devedor poderá oferecer bens à penhora para obstar a ordem constitutiva, o que ocorria anteriormente, cujo art. 652, em sua redação original, previa que ‘o devedor seria citado para, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, pagar ou nomear bens à penhora’. IV – Após a Lei 11.383/2006 (reforma do CPC), não mais se fala em nomeação de bens à

penhora pelo devedor. O que existe é o dever de indicação de bens passíveis de penhora pela parte executada (Art. 652, § 3º do CPC). V – Ocorrendo espontânea indicação de bens à penhora pelo executado, caberá ao exequente manifestar-se sobre ela e, havendo expressa concordância, será efetivada a penhora.”

(Agravamento de Instrumento Cível nº 0246158-49.2010.8.13.0000, 11ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Marcos Lincoln. j. 24.11.2010, unânime, Publ. 10.12.2010).

É ainda esse princípio (da eficiência) que impõe a penhora preferencial de dinheiro, sustentou o Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA ON-LINE. POSSIBILIDADE. LEI 11.382/2006. DINHEIRO. PREFERÊNCIA. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA.

I – Trata-se de agravo interno contra decisão proferida em agravo de instrumento que manteve a decisão que determinou, de ofício, a penhora on-line de valores constantes na conta bancária da executada em processo de execução fundado em título executivo extrajudicial.

II – A disposição inserta no art. 620 do CPC determina que se promova a execução pelo modo menos gravoso para o devedor, quando por vários meios se puder fazê-lo. Na ordem de preferência, estabelecida pela lei processual civil, encontra-se a penhora em dinheiro, tanto em espécie, como em depósito ou em aplicação em instituição financeira. O e. STJ admite a penhora sobre numerário de conta-corrente, por entender que essa é preferencial na ordem legal de gradação.

III – Segundo os *princípios* da razoabilidade e da *eficiência* que devem nortear a atuação estatal, a *construção judicial sobre dinheiro deve ter primazia*, a fim de *eliminar providências expropriatórias inócuas* e propiciar celeridade e efetividade processual.

IV – Agravo interno a que se nega provimento.

(Agravo nº 2010.02.01.000039-3/RJ, 7ª Turma do TRF da 2ª Região, Rel. Sérgio Feltrin Correa. j. 09.06.2010, unânime, e-DJF2R 06.07.2010).

Ou o emprego de sistema informatizado de penhora, disse o Tribunal de Justiça do Paraná:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. BUSCA DE BENS. UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE VEÍCULOS ON-LINE RENAJUD. NECESSIDADE. MECANISMO QUE EFETIVA A CELERIDADE PROCESSUAL. GARANTIA CONSTITUCIONAL. ART. 5º, LXXVIII, CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

*As mais recentes alterações no processo civil, especialmente a adoção da informática, são recomendações que visam a otimizar o processo conferindo-lhe eficiência, cujo dever de ofício se impõe ao Magistrado, na busca da efetividade da celeridade processual, consoante dispõe o art. 125, II do Código de Processo Civil. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.”*

(Agravo de Instrumento nº 0722269-7, 9ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Rosana Amara Girardi Fachin. j. 02.12.2010, unânime, DJe 13.12.2010).

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, amparado no princípio da eficiência, não admitiu a produção injustificada de provas em embargos à execução:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO

EXTRAJUDICIAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL. LIVRE CONVICÇÃO DO MAGISTRADO. PERÍODO ABRANGIDO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que cabe ao Juiz, segundo o princípio do livre convencimento motivado, deferir, indeferir ou determinar, de ofício, a realização de prova necessária ao julgamento do mérito da causa. Ainda que as partes insistam sobre a necessidade de tal diligência, não se pode considerar ilegítima a dispensa da produção de prova que, na avaliação do magistrado, é desnecessária para a formação de sua convicção. 2. Na espécie, a decisão agravada encontra-se fundamentada, forte na indicação da existência de perícia contábil, realizada em ação civil pública, com a abrangência sobre o período ora em discussão, sendo irrelevante afirmar que, por se tratar de tomada de contas genérica, não teria pertinência com o caso concreto ou que cada subvenção deve ser analisada em separado a partir do respectivo ato de tomada de contas. Caberia à agravante demonstrar analiticamente que a prova, anteriormente produzida, não teria utilidade e pertinência com o caso concreto, e assim gerar o direito à renovação da perícia contábil do período destacado, e não, como aqui feito, simplesmente afirmar, mas sem qualquer base documental ou técnica, ser imprescindível a prova técnica sobre período já abrangido na perícia contábil anterior. 3. A decisão judicial fundamentada deve ser impugnada de forma igualmente fundamentada, com a demonstração capaz de justificar o pedido de dilação probatória, pois não é absoluto o direito da parte de requerer provas,

cujo deferimento depende sempre do exame, pelo Juízo, da sua utilidade e pertinência, pois *presidida a função jurisdicional por princípios como os da celeridade e eficiência, dando conteúdo à garantia do devido processo legal, de modo a impedir que diligências inúteis ou injustificadas sejam deferidas, prejudicando a tramitação do processo, incluindo o julgamento antecipado da lide, diante da presença dos seus requisitos legais.* 4. Agravo inominado desprovido.”

(Agravo Legal em Agravo de Instrumento nº 0010331-70.2010.4.03.0000/SP, 3ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Carlos Muta. j. 13.01.2011, unânime, DE 21.01.2011).

Destacou o Tribunal do Distrito Federal e Territórios, por sua vez, que o princípio do *favor debitoris* (insculpido no art. 620 do CPC/BR) precisa ser interpretado em conformidade àquele (princípio) constitucional da eficiência:

“APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE PROVAS DA IMPENHORABILIDADE DA VERBA BLOQUEADA - PENHORABILIDADE DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA INVESTIMENTO - LIMITAÇÃO DA PENHORA DE VALORES EM CADERNETA DE POUPANÇA - PENHORA DE RENDIMENTOS - RAZOABILIDADE - REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Não há necessidade de produção de prova pericial para demonstração da natureza salarial dos valores bloqueados judicialmente. 2. Não corre o prazo prescricional enquanto o processo está suspenso, por falta de bens penhoráveis (CPC 791 III), ainda que se trate da prescrição intercorrente, tendo em vista que, nestas hipóteses,

não há que se falar em inércia do exequente. Precedentes do STJ. 3. Inexistindo prova nos autos de que o valor bloqueado tenha sido penhorado na conta na qual o devedor recebe seus proventos, não há como se acolher a alegação de impenhorabilidade. 4. Ainda que parte do valor penhorado esteja na conta utilizada para recebimento de proventos, cabe ao devedor comprovar a origem do dinheiro, principalmente se não há informação suficiente no extrato bancário de que o montante bloqueado (muito superior aos proventos do devedor) decorre diretamente de seus proventos. 5. A garantia da impenhorabilidade da verba salarial não abrange a sobra de salário depositada em contas de investimento, pois esta sobra perde a natureza de verba alimentar e passa a constituir um crédito do devedor, que pode ser penhorado. 6. É absolutamente impenhorável o valor de até 40 salários mínimos depositado em caderneta de poupança (CPC 649 X). 7. O disposto no *art. 620 do CPC* deve ser entendido de acordo com os *princípios informativos do Processo Civil*, que buscam conferir *maior eficiência* e agilidade na execução, bem como com o *princípio constitucional* da efetividade e celeridade da prestação jurisdicional. 8. Não é razoável que a parte que teve que ajuizar uma execução, há mais de 10 anos, para alcançar o pagamento de seu crédito seja obrigada a recebê-lo em pequenas prestações, apenas com os rendimentos de valores investidos pelo devedor, quando este tem condições de pagar a dívida de forma mais célere e sem comprometer sua subsistência. 9. Reduz-se o valor fixado a título de honorários advocatícios para abarcar a sucumbência parcial do apelado. 10. Deu-se provimento parcial ao apelo do embargante, para liberar da

penhora o valor de 40 salários mínimos vigentes à época da constrição, depositados em conta poupança, e seus respectivos rendimentos, e para reduzir o valor dos honorários advocatícios de R\$ 4.000,00 para R\$ 3.000,00.”

(Processo nº 2008.01.1.031615-2 (459913), 2ª Turma Cível do TJDF, Rel. Sérgio Rocha. unânime, DJe 10.11.2010).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não se afastou dessa orientação:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA INDEFERIDA. DEFERIMENTO DE PENHORA EM 5% (CINCO POR CENTO) DO FATURAMENTO BRUTO MENSAL DA EMPRESA. PESSOA JURÍDICA DE NOTÓRIA CAPACIDADE ECONÔMICA, SENDO UMA DAS MAIORES LOJAS DE COMÉRCIO VAREJISTA DE ROUPAS DO ESTADO, NÃO SENDO PRESUMÍVEL A SUA INCAPACIDADE DE ARCAR COM CUSTAS JUDICIAIS. A penhora de renda não se reveste de qualquer ilegalidade. O *princípio da menor onerosidade para o executado* deve *compatibilizar-se com o princípio da eficiência da execução*. Patamar razoável, de 5%, não tendo a agravante demonstrado a inviabilidade da atividade empresarial. Súmula nº 100 deste e. Tribunal de Justiça. Recurso a que se nega seguimento.”

(Agravado de Instrumento nº 0039211-92.2010.8.19.0000, 11ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Antônio Iloizio B. Bastos. j. 24.08.2010).

Prevalece, destarte, no ordenamento jurídico brasileiro, *ex vi* do princípio da eficiência, o interesse do credor (referido no art. 612 do CPC/BR), como se infere da seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL.

PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PENHORA *ON-LINE*, ANTES DA CITAÇÃO DO DEVEDOR. DILIGÊNCIA REALIZADA POR OFICIAL DE JUSTIÇA, QUE CERTIFICOU NÃO TER LOCALIZADO O EXECUTADO, CUJO PARADEIRO É DESCONHECIDO. NOVA TENTATIVA DE CITAÇÃO, VIA CORREIO, EM ENDEREÇO CONSTANTE DO CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA. AR DEVOLVIDO COM A INFORMAÇÃO “MUDOU-SE”. POSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 653 DO CPC E DOS ARTS. 7º, INC. III E 11 DA LEF. RECURSO PROVIDO.

O art. 11, inciso I, da Lei nº 6.830/80, apregoa que a penhora e o arresto deverão recair primeiramente sobre dinheiro. Além disso, considerado o *princípio do resultado*, segundo o qual *todo processo de execução realiza-se no interesse do credor* (CPC, art. 612), possível a efetivação da penhora na forma do Provimento nº 05/06 da Corregedoria-Geral da Justiça (regulamentação do Sistema ‘Bacen Jud’), bem como dos artigos 5º, LXXVIII (razoável duração do processo) e 37 (*princípio da eficiência*), da Constituição Federal. Na hipótese, a ausência de citação do devedor não impede a medida, uma vez que a diligência restou frustrada por não ter sido localizado o executado, cujo paradeiro é desconhecido.”

(Agravado de Instrumento nº 2010.047008-8, 2ª Câmara de Direito Público do TJSC, Rel. Ricardo Roesler. Publ. 08.11.2010).

Como leciona Koehler (2011, p. 38), em análise do direito fundamental à razoável duração do processo, a posição constitucional de um princípio imprime-lhe (A) supremacia, (B) incidência imediata, (C) caráter vinculativo e (D) a possibilidade de servir ao controle da constitucionalidade, disso

decorrendo (I) o incentivo à pesquisa e aos estudos doutrinários, (II) o uso do princípio como razão de decidir, (III) a atuação do Poder Judiciário para a concretização do mandamento constitucional, (IV) a inconstitucionalidade das leis que atentem contra esse mandamento e mesmo (V) a possibilidade de indenização pelos danos sofridos com a inobservância ao princípio.

Importa dizer que a eficiência ora abordada não se confunde com o “eficientismo” de que trata Feliciano (2011, p. 33), sendo-lhe aquele (“eficientismo”) a jurisdição “que se ocupa de decidir mais e mais rapidamente, produzindo números, resultados e relatórios, mas que, ao cabo e ao fim, já não produz justiça social”.

### 3. Natureza eminentemente administrativa da fase ou processo de execução

Freitas (2009, p. 16, n. 26) rejeita as concepções que tendem a enquadrar a execução forçada fora do âmbito da jurisdição e, porque fundamentalmente realizada por meio de atos materiais que não conduzem à coisa julgada, a qualificá-la como o exercício de uma função administrativa.

Para o processualista português, a atuação do juízo, ainda quando tida por meio de agente de execução, visa à efetivação de um direito e corresponde portanto à realização de função jurisdicional (FREITAS, 2009, p. 16, n. 26).

Sistemas jurídicos diversos do português e do brasileiro dispõem de instrumentos coativos rigorosos para com a pessoa do executado:

“Em outros sistemas jurídicos, a ameaça pode ser, não apenas duma sanção pecuniária, mas também duma sanção *pessoal* (detenção coercitiva); é o que acontece no direito anglo-saxónico com a *contempt of Court*, conseqüente à violação duma *injunction* judicial (cf. CHIARLONI, *Misure coercitive* cit., ps. 235-236), e no direito

alemão (§§ 888 ZPO e 890 ZPO), onde o juiz tem a escolha entre as duas sanções, que pode aplicar sucessivamente e repetir, independentemente de prova da culpa do devedor (visto não se tratar de penas criminais, mas de meios coercitivos) e com o limite, para a segunda, de 6 meses de duração (BROX-WALKER, *ZVR* cit., ps. 590-591; BRUNS-PETERS, *ZVR* cit., p.292. Segundo outros, a detenção só pode ter lugar depois da sanção pecuniária ou quando esta desde logo aparece como manifestamente insuficiente; JAUERNIG, *ZVKR* cit., p. 119)” (FREITAS, 2009, p. 19, n. 32).

Não têm natureza processual, contudo, as medidas que coagem indiretamente o devedor, com sanção pecuniária ou pessoal, ao cumprimento da obrigação, mas substantiva, e encontram-se com parcimônia nos Códigos Civil e de Processo Civil português (*v.g.* no art. 829-A do CC/PT e nos arts. 933, 941, 805 e 833 do CPC/PT) (FREITAS, 2009, p. 18) e no de Processo Civil brasileiro (*v.g.* nos arts. 461, 461-A e 733) – mesmo no Projeto (de Código de Processo Civil brasileiro) 166/2010 do Senado (numerado 8.046/2010 na Câmara dos Deputados), em que a execução “presta-se basicamente a promover a expropriação do patrimônio do executado em favor do exequente” (MARINONI; MITIDIERI, 2010, p. 149).

Logo, excetuados os comandos desse jaez, processa-se a execução sem ameaças ao devedor maiores do que as sobre seu patrimônio, visando expropriar aquele (devedor) para a satisfação do direito do credor detentor de título juridicamente adequado.

A propósito, a maior simplicidade da fase (ou processo) de execução, se de modo algum lhe reduz a relevância, também não a leva a suplantá-la (ou processo) de conhecimento, à qual antes se coordena:

“O *escopo típico final* do autor não diverge, na sua essência, quando se

passa da acção de condenação para a de execução: quando o credor pede a condenação do devedor, perante a verificação ou a eminência da violação duma norma de pretensão [...], a finalidade última por ele prosseguida é a realização ou reparação efetiva do direito, perante a qual o acto de acerto é instrumental. A acção de condenação aparece assim como uma *etapa* no caminho que conduz à efectivação da garantia (MANDRIOLI, *L'azione esecutiva* cit., ps. 167 e ss. 'A execução é a *ultima ratio* da garantia judiciária': BRUNS-PETERS, *ZVR* cit., p.1), etapa essa em que o prévio acerto do direito tem como consequência a vinculação do conteúdo da posterior pretensão executiva (GARBAGNATI, *Il concorso* cit., p. 115). Estas constatações levaram outrora SATTA a negar à acção de condenação qualquer função autónoma de tutela: caber-lhe-ia apenas acerto os pressupostos lógicos da futura acção executiva (*Premesse generali* cit., ps. 371-373). Tão longe não se pode ir: as duas acções *coordenam-se* funcionalmente, mas *sem subordinação* duma à outra" (FREITAS, 2009, p. 20).

Mas, na fase ou processo de execução, os princípios da igualdade de armas e do contraditório não revelam o mesmo alcance encontrado na fase ou processo de conhecimento, pois o acerto (do italiano "accertamento", significando "pôr ou tornar certo") do fato, da situação jurídica ou do direito, que é o ponto de chegada desta fase ou processo (de conhecimento), constitui o ponto de partida daquela (fase ou processo de execução) (FREITAS, 2009, p. 20-21).

A participação do executado, destarte, circunscreve-se, na execução portuguesa (FREITAS, 2009, p. 22) como na brasileira, (A) à substituição dos bens penhorados, (B) à indicação de bens a penhorar, (C) à audição sobre a modalidade de venda e

o valor-base dos bens a vender e (D) ao controle da regularidade ou legalidade dos atos do processo.

O direito do executado ao contraditório é fundamentalmente assegurado *ex post*, por meio da possibilidade de oposição (A) aos atos executivos já praticados (à penhora, especialmente) e (B) à própria execução, podendo ser aquela (oposição), neste caso, acção constitutiva negativa formalmente autónoma (conquanto funcionalmente subordinada) para com a de execução (FREITAS, 2009, p. 22-23).

Assim, na fase ou processo executivo, a igualdade de armas restringe-se ao uso dos instrumentos *gerais* do processo civil (*todos* os meios de oposição – disponíveis a *ambas* as partes – aos atos do procedimento executivo, aí incluídos os recursos e as reclamações), e o contraditório tão só ocasionalmente apresenta a estrutura dialética que possui no processo de conhecimento (FREITAS, 2009, p. 22-23).

#### 4. Agente de execução português

No direito português anterior à reforma da acção executiva, como ainda hoje é no Brasil, na Espanha e na Itália, cabia ao juiz a direcção de todo o processo executivo, o que acarretava que proferisse numerosos despachos, os quais, na maioria, não constituíam atos de exercício da função jurisdicional (FREITAS, 2009, p. 24).

A execução portuguesa reformada confere ao juiz tão somente as funções de (A) tutela, quando houver litígio na pendência da execução (art. 809-1-*b* do CPC/PT), e (B) controle, proferindo ele em determinados casos despacho liminar (controle aqui prévio aos atos executivos: arts. 809-1-*a* e 812-D do CPC/PT) assim como intervindo para resolver dúvidas (art. 809-1-*d* do CPC/PT), garantir a protecção de direitos fundamentais ou matéria sigilosa (arts. 840-3, 848-3, 850-1 e 861-A-1 do CPC/PT) e assegurar a realização dos fins da execução (arts. 862-A, ns. 3 e 4, 886-C-3, 893-1, 901-A, ns. 1 e 2, e

905-2 do CPC/PT) (FREITAS, 2009, p. 25, 74,77; FERREIRA, 2010, p. 142).

Portugal aproximou-se, destarte, a outros sistemas jurídicos da Europa (FERREIRA, 2010, p. 132):

“Em alguns sistemas jurídicos, o tribunal só tem de intervir em caso de *litígio*, exercendo então uma função de *tutela*. O exemplo extremo é dado pela Suécia, país em que é encarregue da execução o *Serviço Público de Cobrança Forçada*, que constitui um organismo administrativo e não judicial; mas, noutros países da União Europeia, há um agente de execução (*huissier* em França, na Bélgica, no Luxemburgo, na Holanda e na Grécia; *sheriff officer* na Escócia) que, embora seja um funcionário de nomeação oficial e, como tal, tenha o dever de exercer o cargo quando solicitado, é contratado pelo exequente e, em certos casos (penhora de bens móveis ou de créditos), actua extrajudicialmente, sem prejuízo de, como em França, poder recorrer ao Ministério Público, quando o devedor não dê informação sobre a sua conta bancária e a sua entidade empregadora, e de poder desencadear a hasta pública, quando o executado não vende, dentro de um mês, os bens móveis penhorados (o que normalmente este não faz); pela sua actuação, não só responde perante o exequente, mas também perante o executado e terceiros. A Alemanha e a Áustria também têm a figura do agente de execução (*Gerichtsvollzieher*); mas este é um funcionário judicial pago pelo erário público, ainda que os encargos decorrentes da sua intervenção sejam suportados, no final, pelo executado, quando lhe são encontrados bens, e excepcionalmente pelo exequente, no caso de execução injusta; quando a execução é de sentença, o juiz só intervém em caso de litígio, mas,

quando a execução se baseia em outro título, o juiz exerce também uma função de *controlo prévio*, emitindo a *fórmula executiva*, sem a qual não é desencadeado o processo executivo” (FREITAS, 2009, p. 24, n. 54).

O agente de execução português é um misto de profissional liberal e funcionário público, com estatuto de auxiliar da justiça e detenção de poderes de autoridade no processo executivo, que exerce tarefas em nome de um juízo e pode fazer intervir empregado credenciado sob sua (do agente de execução) responsabilidade para a promoção de diligências sem natureza executiva (*i.e.* que não impliquem o exercício de poderes de autoridade), facultado que se reclame ao magistrado dos atos ou omissões daquele (art. 809-1-c do CPC/PT) (FREITAS, 2009, p. 26-27):

À semelhança do *huissier de justice*, em França, a missão do agente de execução apresenta-se com uma natureza híbrida, por reunir em si as características próprias de um *mandatário do credor* e de um *oficial público*” (FERREIRA, 2010, p. 140).

É designado, em regra, pelo exequente na petição executiva (arts. 808-3 e 810-1-c do CPC/PT), com eficácia resolutivamente condicionada à recusa do agente (art. 810-12 do CPC/PT); não designado pelo exequente (ou sem efeito a designação por este), sê-lo-á pela secretaria, não mais por livre escolha entre os inscritos em qualquer comarca portuguesa, mas segundo a ordem da escala fornecida pela Câmara dos Solicitadores (art. 811-A-1 do CPC/PT) (FREITAS, 2009, p. 26).

O agente de execução tem direito a receber honorários pelos serviços prestados e a ser reembolsado das despesas realizadas que devidamente comprove, podendo exigir, a título de provisão e faseadamente, quantias por conta dos serviços e das despesas, que deverá depositar em uma conta-clientes (arts. 11 e 15 da Portaria 331-B/2009); são livremente fixadas pelo agente

de execução as tarifas, e as porcentagens que praticar ou aplicar são livremente fixadas pelos atos e procedimentos que efetue, até o máximo estabelecido nos anexos I e II da Portaria 331-B/2009; não satisfeita a exigência de provisão, pode o agente de execução renunciar ao mandato (art. 111-2 do Estatuto da Câmara de Solicitadores); encerrado o processo, faz jus o agente de execução a uma remuneração adicional que varia em função do valor recuperado ou garantido e da fase processual em que o foi (em que o valor foi recuperado ou garantido – art. 20 da Portaria 331-B/2009); são suportadas pelo exequente, mas integram as custas que ele (exequente) tem direito a receber do executado, a remuneração devida ao agente de execução e o reembolso das despesas por ele (agente de execução) efetuadas, assim como os débitos a terceiros a que a venda executiva dê origem (art. 447-D, ns. 1, 2-c e 3, do CPC/PT, art. 25, ns. 1 e 2-c e -d, do Regulamento das Custas Processuais e art. 13-2 da Portaria 331-B/2009) (FERREIRA, 2010, p. 137-138).

Não dispondo de meios econômicos, “pode o exequente solicitar apoio judiciário, em vista à nomeação e pagamento da compensação de patrono, ao pagamento faseado desta e à atribuição de agente de execução [art. 16º, nº 1, alíneas b), e) e g), da LADT (Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais)]” (FERREIRA, 2010, p. 135).

Inexistindo agente de execução inscrito na comarca da ação ou impossibilitado ele de exercer suas funções (e sempre que a execução for movida pelo Estado), pode o exequente requerer que as diligências do processo realizem-se por oficial de justiça, observadas as regras da distribuição (arts. 209 e 215 a 219 do CPC/PT) (FREITAS, 2009, p. 26-27, n. 58):

“O oficial de justiça desempenha, em princípio, as mesmas funções que o agente de execução; mas há algumas actuações que só a este são consentidas ou impostas, como se vê, por exemplo, no art. 808, ns. 8

e 10 (promoção de diligências por outrem), no art. 807-3-b (acesso ao registo informático de execuções), no art. 905-2 (venda por negociação particular), no art. 839-1 (função de depositário), nos arts. 839-3, 848-4, 857-3, 860-1-a e 861-2 (guarda de valores abrangidos pela penhora) e nos arts. 897, 905-4 e 906-4 (guarda do produto da venda). Já não assim, por exemplo, nos arts. 856-1, 861-A-5 e 862-1: os direitos penhorados, enquanto não há pagamento (do direito de crédito) ou venda, permanecem à ordem do agente de execução ou do oficial de justiça [todos os artigos citados integram o CPC português]” (FREITAS, 2009, p. 27, n. 58).

O oficial de justiça agente de execução é o escrivão de direito titular da seção onde tramita o processo de execução (art. 1º da Portaria 946/2003), competindo às seções de serviço externo assegurar a prática dos atos dessa natureza (de serviço externo) atribuídos ao agente (de execução) – art. 18-d do Regulamento da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, na redação do DL 148/2004:

“Refira-se, contudo, que a tramitação dos apensos e dos procedimentos incidentais de natureza declarativa (v.g. pedido de dispensa de citação prévia, habilitação de sucessores, oposição à execução e à penhora, embargos de terceiro, concurso de credores), por não respeitarem a *actos processuais de natureza executiva*, são estranhos à competência do agente de execução; essa tramitação, incluindo as notificações, é da responsabilidade da secretaria, a quem igualmente compete efectuar as notificações no âmbito dos recursos. Também cabe à secretaria relacionar a actividade do tribunal com a do agente de execução, levando ao conhecimento deste toda e qualquer ocorrência processual susceptível de se reflectir

sobre o exercício de sua actividade” (FERREIRA, 2010, p. 135-136).

Quando atue como agente de execução, o escrivão de direito pode delegar a execução de atos noutro oficial de justiça da mesma seção (art. 4º da Portaria 946/2003) (FERREIRA, 2010, p. 137).

Deixou assim de ser atribuição do juiz português a promoção de diligências executivas, como ordenar penhora, venda ou pagamento, ou mesmo extinguir a instância executiva, o que ora cabe ao agente de execução (FREITAS, 2009, p. 25).

Não depende mais de autorização judicial inclusive a consulta de declarações e elementos protegidos pelo sigilo fiscal ou sujeitos a regime de confidencialidade (art. 833-3 do CPC/PT), a divisão de prédio penhorado (art. 842-A do CPC/PT) e o levantamento da penhora (art. 847 do CPC/PT), cabendo outrossim ao agente de execução a prática dos atos indispensáveis à conservação do direito de crédito penhorado bem como requisitar diretamente o auxílio policial quando no ato da penhora surja resistência imprevista (art. 840 do CPC/PT) (FREITAS, 2009, p. 25, ns. 54-A-B).

Advindo o DL 226/2008, o qual aprofundou a desjudicialização do processo executivo, até o poder geral de controle conferido ao juiz português pelo art. 809 do CPC/PT deixou de existir, assim como lhe desapareceu o (poder) de fundamentadamente destituir o agente de execução, sem prejuízo contudo de que seja (A) este multado pela formulação de questões manifestamente injustificadas ao magistrado (art. 809-2 do CPC/PT) ou (B) o Estado responsabilizado pelo atos ilícitos que o agente de execução pratique no exercício da função (FREITAS, 2009, p. 26,28; FERREIRA, 2010, p. 142).

Concedeu a lei (A) ao exequente o direito de livre destituição do agente de execução e (B) a um órgão disciplinar (dito independente) da Câmara dos Solicitadores (Comissão para a Eficácia das Execuções - arts. 69-B a -F do Estatuto da Câmara

dos Solicitadores) o poder de destituição fundada (art. 808-6 do CPC/PT) (FREITAS, 2009, p. 27, n. 59).

Para Freitas (2009, p. 27, n. 59), aquele direito (de livre destituição do agente de execução pelo exequente) “ameaça descaracterizar a natureza mista [de profissional liberal e funcionário público] do primeiro [agente de execução], acentuando desequilibradamente as características dum contrato de mandato, para mais oferecendo a especialidade da exclusiva concessão ao mandante do direito de revogação (cf. art. 1170 CC [português])”.

Ferreira (2010, p. 133) acredita que melhor teria sido atribuir a tramitação do processo executivo às seções de processo da secretaria do juízo competente para a execução, “com o escrivão de direito que exercesse a chefia a proferir os despachos necessários à marcha do processo, sempre susceptíveis de reclamação para o respectivo juiz”, e (com) a criação, justificando-o o movimento processual, de seções de execução nessa secretaria; sendo ainda maior o movimento (processual), criar-se-iam juízos especializados em execução, integrados unicamente por seções de execução e neles praticando os magistrados os atos de natureza jurisdicional concernentes apenas às execuções.

A figura do juiz de execução foi introduzida no ordenamento jurídico português pelo DL 38/2003, inspirada no direito francês (FERREIRA, 2010, p. 143). Quando da entrada em vigor da Reforma de Processo Civil de 2003, contudo, em 15 de setembro desse ano, nenhum juízo de execução havia ainda sido criado, “o que revelava insensatez e fobia à componente pública da reforma por parte do Ministério da Justiça, ao olvidar que os juízes de competência genérica, designadamente os das comarcas de maior movimento, não tinham possibilidades de responder à dinâmica que as execuções iriam ter, devido à acção dos agentes de execução” (FERREIRA, 2010, p. 143). Reputavam-se desnecessários os

juízos de execução porquanto “defendia-se que muitos dos processos de execução terminariam sem intervenção jurisdicional, quer por não haver lugar a despacho liminar quer por não ser deduzida oposição à execução ou à penhora ou não surgirem embargos de terceiro nem reclamação de créditos” (FERREIRA, 2010, p. 144). Foram-se instalando, “a conta-gotas”, menos de uma dezena de juízos de execução ao longo dos cinco primeiros anos da Reforma de 2003, criados recentemente alguns mais por meio do DL 25/2009 (FERREIRA, 2010, p. 144).

Com o DL 226/2008, as funções de agente de execução passaram a ser exercidas, além de por solicitadores, também por advogados, estes, segundo Ferreira (2010, p. 134), “seguramente em início de carreira e sem preparação profissional nem vocação para o desempenho do cargo”; quanto aos oficiais de justiça, “aptos para as referidas funções, são aceites como *tolerados*, em princípio por apenas dois anos, quando escolhidos por pessoas singulares que intentem acções executivas para cobrança de créditos não resultantes da sua actividade profissional (art. 19º do DL nº 226/2008)”, mas “nesses dois anos, e mesmo com a limitação imposta, vão, mais uma vez, comprovar que *são eles os mais habilitados para o desempenho das funções de agente de execução*” (FERREIRA, 2010, p. 134).

A propósito, de acordo com Ferreira (2010, p. 7), noticiam já os meios de comunicação social portugueses que

“o Governo prepara uma nova reforma da acção executiva, agora não visando a sua desjudicialização, como as anteriores de 2003 e 2008, mas diversamente a sua judicialização, tendo em conta, entre outras razões, a *pendência de 1,2 milhões de execuções e de 8.000 processos disciplinares contra solicitadores de execução*. Haverá no futuro maior intervenção dos juízes de execução, que recuperarão o poder de destituir o agente de execução, enquanto os oficiais de

justiça passarão a desempenhar as funções de agentes de execução nas acções executivas até ao montante de 10 mil euros, incluindo laborais, desde que os créditos não resultem de uma actividade profissional autónoma. Deslocar-se-ão assim para os tribunais cerca de 500 mil processos, afastando deles os advogados e os solicitadores que até então exerciam as funções de agentes de execução. Tal transferência implicará a criação de secretarias exclusivamente de execução e a entrada em serviço de várias centenas de novos oficiais de justiça.”

##### *5. Reformas processuais executivas brasileiras e delegação judicial de atos administrativos na fase ou processo de execução*

O art. 7º da Emenda Constitucional 45/2004 instou o Congresso Nacional a que instalasse, imediatamente após sua promulgação, comissão especial mista destinada a (A) elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada e (B) promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

Após a EC 45/2004, houve, por meio das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, duas reformas processuais executivas:

“Com a Lei 11.232, desapareceu a acção de execução de sentença e o seu lugar foi ocupado por um simples incidente do processo em que a condenação foi pronunciada. (...) Foi, portanto, em fidelidade à garantia constitucional de efetividade da prestação jurisdicional e do mais pronto acesso à justiça (CF, art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII), que se aboliu a vetusta dicotomia que punha em processos separados e estanques a condenação judicial e a execução da sentença. Como consectário lógico

do novo sistema, e dentro da mesma fidelidade aos aludidos princípios constitucionais, desapareceram, também, as ações incidentais de liquidação de sentença e de embargos à execução. (...) O Livro II do CPC, após a Lei 11.232/2005, tornou-se regulador apenas da execução forçada dos títulos extrajudiciais. Somente a sentença condenatória contra a Fazenda Pública e contra o devedor de alimentos subsistem, por razões peculiares à natureza de tais obrigações, como objeto de ação de execuções autônomas, disciplinadas no bojo do Livro II (arts. 730-731 e 732-735, respectivamente). A Lei 11.382, de 06.12.2006, inspirada nas mesmas *garantias* de efetividade e *economia processual*, prossegue na reforma, agora, da execução do título extrajudicial, o único que, realmente, justifica a existência de um processo de execução completamente autônomo frente à atividade cognitiva da jurisdição” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 2-3).

Como nota Oliveira (2011, p. 1-2), o sentido das reformas foi dotar o processo de meios capazes de torná-lo efetivo instrumento da jurisdição, para que (o processo) pudesse realizar o direito material dentro de prazo razoável.

A essencialidade do serviço judiciário e o respeito devido por este às várias garantias fundamentais (*v.g.* acesso à justiça, devido processo legal e, mais recentemente, tramitação do processo em prazo razoável e sob regras fomentadoras da celeridade procedimental) vincularam as reformas à pronta e eficiente realização do direito material (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 7):

“A visão reformista [na Lei 11.232/2005] orientou-se, indubitavelmente, pela ideia de que de nada adianta um acerto brilhante do direito subjetivo, se na fase de execução, raramente, são encontrados bens do devedor passíveis de satisfazer o

direito do credor, de modo que, para a atual sistemática, não há qualquer tempo a perder a partir da prolação da decisão, que condena o devedor ao pagamento de quantia certa” (OLIVEIRA, 2011, p. 3).

Na exposição de motivos do projeto de que se originou a Lei 11.382/2006, defendeu-o o então Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos alegando, *inter alia*, que aquele (projeto) buscou limitar o formalismo ao “estritamente necessário” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 3-4).

Também o “anteprojeto do novo Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato nº 379/2009 da Presidência do Senado Federal e convolado no Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 (do Senador José Sarney), nasce com o propósito primeiro de atender ao princípio do artigo 5º, LXXVIII, da CRFB”, sendo-lhe (do Projeto) “o maior sopro de novidade (...) a subordinação do procedimento à necessidade do direito material (artigo 107, V – a que equivale, *p.ex.*, o ‘princípio da adequação formal’ – artigo 265º-A do Código de Processo Civil português), caminhando para um conceito de justa jurisdição, *i.e.*, de jurisdição como estrita função de tutela de direitos materiais”; dar-se-á assim “um importante passo qualitativo no sistema processual brasileiro, a romper com certa visão formalista, mecanicista e positivista do processo que ainda impregnava o próprio Código Buzaid”, ganhando a magistratura nacional em *instrumentalidade processual*, *ductilidade procedimental* e *ética do discurso* (FELICIANO, 2011, p. 26-28). Nomeadamente na fase ou processo de execução, cabe ao órgão jurisdicional auxiliar o credor na satisfação da obrigação constante do título executivo, não tendo calado o Projeto 166/2010 do Senado (numerado 8.046/2010 na Câmara dos Deputados), no Capítulo I do Título I do Livro III, a um *dever processual de colaboração*, o qual não se limita às partes e *abrange o próprio magistrado* (MARINONI; MITIDIERI, 2010, p. 149-150).

*Obiter dictum*, também no direito português “a reforma adjetiva de 95 veio privilegiar os aspectos de ordem substancial em detrimento das questões de natureza meramente formal (art. 265<sup>a</sup>-A do CPC)”, podendo o magistrado adaptar o processo à causa prescindindo dos atos que considere inidôneos e praticando os (atos) que repute mais adequados ao fim do processo (ABÍLIO NETO, 2009, p. 406-407).

Mas, como ensina Theodoro Júnior (2007, p. 7-8):

“Não basta (...) o esforço normativo do legislador para o sucesso do programa legislativo. (...) Não pode e não deve o grande projeto renovador ser ignorado e traído por aqueles a quem incumbem implementá-lo na persecução da tutela moderna a que tem direito a sociedade de nosso tempo.”

Indo além, a EC 45/2004, por meio do inciso XIII acrescentado ao artigo 93 da Constituição de 1988, estabeleceu dever ser proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população o número de juízes na unidade jurisdicional. Dias (2005, p. 50-51), escrevendo logo após o advento da norma, previa que o Estado brasileiro não seria capaz de pronto atendimento a ela:

“A eficiência do serviço público jurisdicional prestado pelo Estado tem de ser vista sob duas dimensões, quais sejam *legalidade* – conformar-se externamente à lei (= ordenamento jurídico) – e *legitimidade* – atender ao interesse público. Nessa perspectiva, observa-se que, na Alemanha, cujo Código de Processo Civil (ZPO) data de 1877, o juiz somente pode ter sob sua direção, no máximo, cerca de 500 a 1.000 processos, viabilizando-lhe entregar a prestação da tutela jurisdicional em prazo razoável. (...) Racionalizar a organização judiciária, com número de juízes adequados à quantidade de processos e ao número de habitantes nas comarcas criadas, por exemplo, um juiz para 5.000 habitantes, como

ocorre na Alemanha, estruturando tecnicamente os órgãos jurisdicionais, com número de servidores compatível ao volume de serviços, além de recursos tecnológicos adequados, computadores e estenótipos, para exemplificar, significa assegurar ao povo os meios que garantem a celeridade da tramitação dos processos, sob razoável duração, sendo esta a nova recomendação constitucional feita ao Estado, nos conteúdos normativos dos arts. 5<sup>o</sup>, inciso LXXVIII, e 92 [sic], inciso XIII, muito embora estejamos convictos de que restarão sumariamente descumpridos (...).”

A desproporção entre a demanda de trabalho emergente e a estrutura de pessoal encarregada de enfrentá-la persiste, sendo, para Silva (2004, p. 44), “utópico imaginar ou, até mesmo, esperar providências legislativas que corrijam *pari passu* a desproporção”.

Embora carentes de juiz as unidades judiciárias, continua *omisso* o legislador *infraconstitucional* quanto à delegação, pelo magistrado, dos atos processuais de feição administrativa, sendo de reduzido alcance o disposto no parágrafo 4<sup>o</sup> do artigo 162 do CPC/BR (“Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários”), acrescentado (o parágrafo) pela Lei 8.952/1994. Um artigo, em seu lugar, bastaria no Código de Processo Civil brasileiro: “Art. Serão conclusos os autos ao magistrado tão somente para neles decidir, de ofício nas hipóteses legais ou a requerimento do interessado. Parágrafo único. Consideram-se delegados *ex lege* todos os atos processuais de caráter administrativo”. A omissão subsiste no Projeto de Código de Processo Civil brasileiro a tramitar na Câmara dos Deputados.

Bem compreendeu Bueno (2010, p. 177) que o legislador constituinte derivado visou a que se criassem condições as mais varia-

das para que o processo pudesse atingir seu fim com economia de atividade jurisdicional “no sentido da *redução* desta atividade, *redução* do número de atos processuais”:

“O que o princípio previsto expressamente no inciso LX[X]VIII do art. 5º quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam *racionalizados, otimizados, tornados mais eficientes* (o que, aliás, vai ao encontro da organização de toda atividade estatal, consoante se vê do art. 37, *caput*, da Constituição Federal e do ‘princípio da eficiência’ lá previsto expressamente), sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos. Por isso mesmo, não há por que recusar referir-se a esta faceta do dispositivo constitucional em exame como ‘princípio da eficiência da atividade jurisdicional’” (BUENO, 2010, p. 177).

Quinze anos atrás, alertava já Friede (1996, p. 75) para o fato de que

“os Juízes, – por imposição de uma *legislação processual arcaica e absolutamente divorciada da realidade atual* –, são constantemente desviados de sua *função primordial* (que é a de *julgar, através da prolação de sentenças e decisões incidentes*) para desempenhar tarefas administrativas (de gerenciamento cartorial) ou de *simples movimentação de processos* (através dos chamados *despachos-de-mero-expediente*), em princípio totalmente *estranhos a sua função precípua* e que *melhor* (e a um custo *lato sensu* menor para toda a coletividade) *poderiam ser exercidas por outro tipo de funcionário* (uma espécie de *assistente do Juiz*), permitindo, em última análise, que os Magistrados reservassem a *totalidade de seu tempo* de trabalho, efetivamente, à *missão constitucional* que lhe foi reservada.”

Nem sempre, contudo, é necessário reformar a lei para que o processo se adapte a uma nova realidade:

“A fase metodológica do instrumentalismo que vivemos atualmente, agregada ao ideário operado pela terceira onda renovatória do acesso à justiça tão propagada por Mário Cappelletti, exige *dos operadores do direito* e dos legisladores um método de construção do processo vocacionado à produção de resultados efetivos e disposto a romper toda e qualquer barreira de acesso à justiça, num *constante movimento de pensamento efetivo do processo* e, quando necessário, por intermédio de um plano de reformas que adéque o processo para o enfrentamento das novas realidades” (QUEIROZ, 2011, p. 165).

Em verdade, ante o que dispõe o parágrafo 1º do art. 5º da Constituição de 1988, que confere às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais aplicabilidade imediata, o princípio da eficiência “independe de lei para ser implementado em todos os sentidos” (BUENO, 2010, p. 176):

“O princípio em destaque autoriza – a bem da verdade, *impõe* – uma nova forma de pensar o direito processual civil, *mesmo em casos em que não há lei expressa que o acolha, que o concretize*. São exemplos desta nova forma de pensar o processo civil expedientes como a *penhora on-line* e a *penhora de faturamento de empresas* (técnicas executivas que foram largamente aplicadas no dia a dia do foro mesmo antes de passarem a ser reguladas pela Lei n. 11.382/2006 nos arts. 655, VII, e 655-A do Código de Processo Civil)” (BUENO, 2010, p. 178).

Não seja esquecido, por seu turno, haver a *Reforma do Judiciário mesma*, pelo inciso XIV do art. 93 da Constituição de 1988, determinado que os *servidores* receberiam *delegação* para a prática de *atos de administração* e de *mero expediente sem caráter decisório*, providência consoante ao princípio da *eficiência* (MORAES, 2006, p. 456):

“não há por que negar ser neste contexto, de dever ser (re)pensada a própria atuação jurisdicional do Estado do ponto de vista *estrutural*, a pertinência do destaque de algumas novidades trazidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que acabaram por criar diversas oportunidades de concretização do que ela própria estabeleceu no inciso LXXVIII do art. 5º. Apenas a título ilustrativo, vale a colação dos seguintes dispositivos: (...) (c) *a prática de atos meramente administrativos e sem conteúdo decisório pode ser delegada, pelo magistrado, a servidores* (art. 93, XIV)” (BUENO, 2010, p. 179).

Quando a atenção do processualista civil volta-se à estrutura humana, organizacional, burocrática do Poder Judiciário, “não há como perder de vista que o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal é *eco* seguro do que, no plano da Administração Pública, passou a ser explicitado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal com a Emenda Constitucional n. 19/1998” (BUENO, 2010, p. 180). A demanda pela efetividade na reforma do processo civil é assim uma *projeção* da demanda por eficiência na reforma do aparelho do Estado (BECKER, 2001, p. 287).

Optando por delegar os atos processuais de feição administrativa, não poderá deixar o juiz de socorrer-se da Ciência da Administração:

“O juiz é gestor de sua vara e deve primar pela eficiência e eficácia dos serviços prestados. (...) A administração tem origem na área pública. No século XVII surgiu o cargo de ministro (*minus*) em contraposição ao magistrado (*magis*). As decisões eram cumpridas pelo administrador (ministro), que era o executor. Passada essa época, é chegado o momento dos magistrados administrarem suas varas, setores e tribunais. É o Juiz-Gestor. É necessário que o magistrado se utilize das lições da administração

*para melhor gerir a prestação dos serviços jurisdicionais*” (NOGUEIRA, 2009, p. 132-133).

Convém que a unidade judiciária se utilize de um sistema que permita perceber a deterioração da rotina e ofereça estímulo à mudança com vista à melhoria daquela (unidade) (NOGUEIRA, 2009, p. 135).

Sugere-se o ciclo PDCA (de “*plan, do, check and act*”, ou seja, “planeje, execute, verifique e aja”), que está entre os sistemas mais empregados (NOGUEIRA, 2009, p. 135):

“O primeiro passo é planejar, através da fixação dos objetivos, escolha de método, indicadores e recursos. O segundo passo é executar. A execução não se cinge apenas à realização do processo, já que pressupõe, também, a educação e o treinamento das pessoas responsáveis pelo processo. O terceiro passo é avaliar, o que se dá através dos indicadores de desempenho, e, por fim, corrigir os processos que apresentaram indicadores insatisfatórios” (NOGUEIRA, 2009, p. 136).

Fornece Nogueira (2009, p. 136) exemplo de aplicação desse ciclo:

“Detectado um número expressivo de remessa desnecessária de processos à conclusão do juiz que dependiam de mero impulso cartorário ou que deveriam ter sido encaminhados para execução de outro processo de trabalho. Aplica-se o PDCA no processo de trabalho. O objetivo da equipe é diminuir o número de conclusões desnecessárias, utilizando-se o PDCA. Observam-se os seguintes passos: a) *Planejar: fixação de objetivos, metas, métodos e indicadores: – objetivo: diminuir o número de conclusões desnecessárias; – meta: reduzir em 50% o número de conclusões desnecessárias em um ano; – método: treinamento de toda a equipe e padronização; – recursos: reuniões e ordem de serviço; – indicador de desempenho: Número de conclusões desnecessárias (NCD) dividido por número*

de conclusões, coletado mensalmente. b) Executar: realizar reunião de sensibilização com a equipe; realizar treinamento da equipe pelo escrivão acerca das hipóteses de impulso oficial do processo conforme estabelecido na Consolidação Normativa; elencar os principais casos de equívoco e afixar no mural do cartório ou distribuir a listagem para cada servidor; elaborar ordem de serviço padronizando outros casos de impulso do processo pelo cartório. c) Avaliar: os membros do gabinete mapeiam os casos não conformes identificando as causas e responsável. Aplica-se o indicador de desempenho e os resultados são apresentados na reunião mensal da equipe. d) Atuar corretivamente: as ações não conformes são apresentadas e é reforçado o treinamento com a inclusão dos casos na listagem entregue ou modificação da ordem de serviço.”

Doutro lado, não se pode negligenciar a motivação do servidor público (a qual não se deve promover só pela suficiente remuneração), quando almejada a eficiência:

“A motivação (...) depende da *visão que a pessoa tem da instituição agregado a um benefício pessoal*. E qual o papel da organização para buscar motivação? Mostrar para o indivíduo o valor que ele tem para a organização e a relevância social da tarefa por ele desempenhada. (...) em geral, os servidores desconhecem ou esquecem que sua tarefa está intrinsecamente ligada ao resultado final. (...) há uma *supervalorização da decisão do juiz* (...) Para *efetividade, imprescindível* o trabalho da equipe toda. Despertar cada membro da equipe acerca da *importância da tarefa* e dar a *respectiva valorização* são fatores decisivos para gerar motivação” (NOGUEIRA, 2009, p. 142).

Por sinal, “ao mesmo tempo em que constitui característica importante em técnicas modernas da administração, a delegação de poderes facilita sobremaneira o processo de motivação, pois confere a cada

um autoridade para decidir em assuntos de sua competência” (SILVA, 2004, p. 44).

Não apenas eficaz mas *eficiente* o serviço judiciário, fortalece-se a *imagem* da Justiça e incrementa-se a *satisfação* entre seus usuários, com reflexo inclusive sobre a *motivação* dos servidores; os usuários, por seu turno, atendidas as expectativas de eficiência, conferem *legitimidade* ao Poder Judiciário e, por meio dos representantes políticos eleitos, asseguram-lhe a *independência* (NOGUEIRA, 2009, p. 144; cf. tb. DIAS, 2005, p. 45-46; cf. tb. ARAÚJO, 2010, p. 56).

## 6. Conclusão

Considerados a experiência portuguesa com os agentes de execução e o princípio processual constitucional brasileiro da eficiência, é imperativa, no Brasil, a delegação aos servidores do próprio Poder Judiciário, na fase ou processo executivo, de todos os atos de natureza administrativa, permitindo-se ao magistrado, desta maneira, maior emprego de seu tempo em decidir, sem prejuízo da gestão cartorária.

Menos exigidos na execução os magistrados, desnecessário aumentar seu número se o motivo for a enormidade de atos processuais com feição administrativa por aqueles praticado.

A redução de custos com a magistratura, por sua vez, facilita a admissão e melhor remuneração dos servidores, os quais, valorizada sua função e bem pagos, sentem-se motivados à permanência e a um superior desempenho no serviço público judiciário.

A eficiência associada à eficácia do serviço incrementa a satisfação do usuário, que então legitima o Poder Judiciário e, pelos representantes políticos eleitos, a este assegura a independência.

## Referências

ABÍLIO NETO. *Código de Processo Civil anotado*. 22. ed. atual. Lisboa: Ediforum, 2009.

- ARAÚJO, Régis de Souza. *O princípio de eficiência e a necessidade de planejamento*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, v. 22, n. 10, p. 56-57, out. 2010.
- BECKER, Laércio Alexandre. Eficiência e democracia na reforma do Estado e do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 26, v. 102, abr./jun. 2001.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 1080694/RJ, de 12 de agosto de 2010. Relator: Ministro Massami Uyeda. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 25 out. 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=11468261&sReg=200801760180&sData=20101025&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=11468261&sReg=200801760180&sData=20101025&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 7 out. 2011.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL). *Relatório anual*: 2010. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/relatorios-anuais/cnj/relatorio\\_anual\\_cnj\\_2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/relatorios-anuais/cnj/relatorio_anual_cnj_2010.pdf)>. Acesso em: 19 mar. 2011.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A Reforma do Judiciário e os princípios do devido processo legal e da eficiência. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 11, p. 45-58, 2005.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Um olhar sobre o novo Código de Processo Civil (PLS nº 166/2010) na perspectiva das prerrogativas da magistratura nacional. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, v. 7, n. 38, mar./abr. 2011.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- FERREIRA, Fernando Amâncio. *Curso de processo de execução*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- FREITAS, José Lebre de. *A ação executiva depois da reforma da reforma*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.
- FRIEDE, R. Reis. Por um Poder Judiciário eficiente. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte*, Natal, v. 5, jan./jul. 1996.
- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Em busca de critérios para a conceituação do tempo razoável de duração do processo. In: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Coord.). *Comentários pontuais às reformas processuais civil e penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2011.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*. Barueri: Manole, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERI, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006.
- NOGUEIRA, Eliane Garcia. Juiz-gestor: gestão judiciária e eficiência da Justiça. *Revista da AJURIS: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, v. 36, n. 113, p. 131-145, mar. 2009.
- OLIVEIRA, Breno Duarte Ribeiro de. Execução provisória na sistemática introduzida pela Lei nº 11.232/2005: incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC para o caso de contumácia. In: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Coord.). *Comentários pontuais às reformas processuais civil e penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2011.
- PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa: VII Revisão Constitucional* (2005). Lisboa: Assembleia da República, 2005. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 3 abr. 2011.
- QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A dimensão do princípio do contraditório no art. 285-A do CPC. In: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Coord.). *Comentários pontuais às reformas processuais civil e penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2011.
- SILVA, Ivo Barcelos da. A motivação dos juízes e servidores como técnica de eficiência. *Revista do CEJ*, Brasília, n. 24, jan./mar. 2004.
- SIMPLIFICAÇÃO da acção executiva: regulamentação. Lisboa: Direcção-Geral da Política de Justiça, 2009. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/reforma-da-acao/perguntas-e-respostas4090/downloadFile/file/RAE.PR.Regulamentacao.pdf?nocache=1242141550.87>>. Acesso em: 19 mar. 2011.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial: Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

# A interação do idoso com o contexto jurídico na situação de pedido de guarda judicial de neto

Vanessa Silva Cardoso e  
Liana Fortunato Costa

## Sumário

1. Relacionamento entre avós e netos. 2. Interfaces entre a Psicologia e o contexto da Justiça. 3. Método. 4. Discussão dos Resultados: a terceira idade no contexto de Justiça. 5. Considerações finais.

Este artigo trata de uma pesquisa qualitativa sobre as relações entre avós e filhos na situação de disputa de guarda judicial de netos pedida pelos avós. O referencial teórico é o Pensamento Sistêmico: “Um sistema é um todo integrado cujas propriedades não podem ser reduzidas às propriedades das partes” (VASCONCELLOS, 2002, p. 200). Essa noção implica que o todo é mais complexo do que a soma das suas partes e essas guardam uma interdependência entre si. Para se entender as partes, é preciso que se tenha compreensão das relações entre elas. O objetivo original da pesquisa foi analisar quais são as implicações geradas pela guarda judicial nos relacionamentos intrafamiliares. Esse tema tem se revestido de muito interesse, pois associa duas disciplinas que, cada vez mais, estão em interação e se constituindo em um conhecimento de interface: a Psicologia e o Direito. Segundo Maria Aparecida Fonseca, assistente social do Setor Psicossocial Forense do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) (comunicação pessoal em 27/07/2010), atualmente 1/3 dos casos que chegam a esse setor para avaliação psi-

Vanessa Silva Cardoso é Psicóloga, Terapeuta Conjugal e Familiar. Mestre em Psicologia pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Psicologia pelo Programa de Pós-graduação em Psicologia Clínica e Cultura - UnB.

Liana Fortunato Costa é Psicóloga, Terapeuta Conjugal e Familiar, Psicodramatista. Doutora em Psicologia Clínica pela Universidade de São Paulo. Docente Permanente do Programa de Pós-graduação em Psicologia Clínica e Cultura PCL/IP/UnB.

cossocial são pedidos de guarda de netos realizados por avó/avô. Faz-se mister que possamos aprofundar conhecimento sobre essa realidade e sobre as consequências para a interação familiar das decisões que forem tomadas nesse contexto.

### *1. Relacionamento entre avós e netos*

Nos últimos cinquenta anos, constata-se, tanto em países considerados desenvolvidos como naqueles tidos como menos desenvolvidos, o crescente número de idosos vivendo no mundo (RAMOS, 2002). Como resultado desse fenômeno, também tem aumentado o número de pessoas tornando-se avós, uma vez que, segundo Harwood (2004), a vasta maioria dos idosos acima dos 65 anos na América do Norte são avós. Diante da pretensão de realização de um levantamento bibliográfico sobre esse tema, encontramos notória escassez de pesquisas. No caso específico do Brasil, no que diz respeito à temática do relacionamento entre avós e netos, destacamos o pioneirismo da pesquisa desenvolvida pela pesquisadora Myrian Lins de Barros (1987), para obtenção do grau de doutorado junto ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social do Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, e que posteriormente publicou tal trabalho com o título “Autoridade e afetos, avós e netos na família brasileira”. O objetivo dessa pesquisa foi analisar famílias de camadas médias urbanas no Brasil a partir da perspectiva dos avós. Entre algumas constatações da autora, salientamos que, para os avós pesquisados, a relação com os netos foi apreendida não como um espaço isolado, mas como um lugar onde se cruzam inúmeras relações e onde é vivida a ambiguidade da família moderna atual. Dessa forma, averiguamos que essa relação só adquire sentido se referida à geração intermediária dos pais.

Conforme Barros (1987), um dos elos geracionais possíveis em uma família

nuclear é a transição para a parentalidade por parte dos filhos, servindo também como um dos marcos para a formação de uma nova família. O nascimento de netos modifica uma família, podendo estreitar ou romper os laços com os pais, amplificar ou diminuir a rede de relacionamentos intra e extrafamiliar e proporcionar novos papéis familiares. Ainda a respeito de pesquisas realizadas no Brasil, destaca-se o trabalho de Calobrizi (2001), que dissertou sobre avós que cuidavam de netos por intimação judicial. Para a autora, diante de condições tão hostis de vida, de condições econômicas muito precárias, esses avós foram incumbidos de assumirem judicialmente o cuidado de seus netos, sem preocupação do poder público em oferecer algum subsídio para essa população, desprovida de bens, “que até deixam de comer para que não falte aos seus netos” (CALOBRIZI, 2001, p. 147). Um dado que chama a atenção dos pesquisadores hoje é o aumento expressivo de avós assumindo a responsabilidade de cuidado dos seus netos e inclusive buscando respaldo da Justiça para efetivar tal cuidado (SANTOS; HAMÚ, 1998).

Conforme pontuam Lopes, Néri e Park (2005), nas últimas décadas, foi possível constatar o crescente número de indivíduos de meia-idade e idosos que deixam de exercer apenas seus papéis de avós e passam a desempenhar também a função dos pais diante de seus netos. Como resultado dessas mudanças, um cenário complexo e amplo se configura, no qual podem ser destacados tanto aspectos positivos quanto negativos para os avós se tornarem responsáveis pelo cuidado de seus netos. Entre os aspectos positivos para os avós, Lopes et al. (2005) destacam: a satisfação em prover a nova geração, o senso de renovação e dever cumprido, ter companhia e afastar o sentimento de solidão. Para os mesmos autores, os efeitos negativos para os idosos seriam a queda na qualidade da saúde física e emocional, alterações na vida social e familiar, sobrecarga financeira e estresse.

Ainda, visto estar aludindo a um país como o Brasil, em que nos últimos anos foram vivenciadas inúmeras crises econômicas, e muito embora os avós em sua maioria já sejam aposentados ou pensionistas, estes ainda mantêm uma situação financeira um pouco mais estável do que seus filhos, o que em algumas famílias gera ainda uma dependência econômica.

No que diz respeito à questão econômica, Barros (1987) destaca que esta traz uma particularidade para as relações, o que nos faz pensar ser esse um tema relevante tanto no movimento de centralização dos avós no seio do seu núcleo familiar quanto no de inclusão da família do seu filho. A dependência financeira entre as gerações é, neste universo social, um dado unilateral, partindo dos avós o auxílio aos filhos e netos. A autora verificou ainda em sua pesquisa uma prestação de serviços por parte dos avós, inclusive por dispor de espaço físico em suas casas para acolher os filhos em casos de necessidade, como o nascimento dos netos, mudanças de residência, férias e, sobretudo, separação de casais. Para os idosos, as pesquisas asseguram que o relacionamento com os netos proporciona bem-estar psicológico. Contudo, se a ponte entre o relacionamento com os pais das crianças e com os avós não for pacífica e de encorajamento para o relacionamento, esse fato pode ser um fator de estresse para o avô e, portanto, causar mais danos do que benefícios (WHITBECK; HOYT; HUCK, 1993).

## 2. Interfaces entre a Psicologia e o contexto da Justiça

Entende-se que é a relação entre esses dois saberes, Psicologia/Direito, que permite a preservação da subjetividade do idoso diante do respaldo da normatividade da Lei. A Psicologia Jurídica é considerada como uma área recente de atuação do psicólogo, sendo ainda uma especialidade pouco estudada e pesquisada no Brasil, que, associada à magnitude que o universo jurí-

dico abarca, torna-se desafiadora para os psicólogos desenvolverem suas atividades nesse campo, apesar de já reconhecida a sua importância e utilização pelo meio jurídico (CAÍRES, 2003). Não obstante, para Costa e Penso (2009), não há unanimidade no que diz respeito à atuação dos psicólogos junto ao tribunal, posto que reconhecem que são muitas as críticas sobre a condição ou não de submissão ao poder do juiz.

Gostaríamos de apontar que, em virtude da interdisciplinaridade entre a Psicologia e o Direito, é interessante a discussão a respeito da vinculação entre essas duas ciências, bem como as funções desempenhadas pelas duas áreas. Juras (2009) afirma que, na comunicação entre a Psicologia e o Direito, há uma série de divergências entre os discursos jurídicos e o psicológico, enquanto o primeiro importa-se com o que está escrito, provado e com objetividade, o outro se interessa pela subjetividade de cada sujeito, considerando os meandros e os não ditos do discurso subjetivo. Caíres (2003) defende a necessidade da atuação da Psicologia Jurídica sempre quando aspectos psíquicos ou psicológicos forem suscitados ou como fatos jurídicos ou como fatores de extinção, modificação ou constituição da convicção acerca da conduta *sub judice*. É importante ressaltar, porém, que inicialmente o papel do psicólogo no âmbito da Justiça era voltado para o exame, a perícia e o diagnóstico. Entretanto, o desenvolvimento da Psicologia Jurídica está para além da utilização de testes e psicodiagnósticos, com a realização de avaliações mais qualitativas e interventivas, o que muitas vezes entra em choque com algumas formas ainda positivistas do Direito (BUCHER-MALUSCHKE, 2007).

Nessa linha de raciocínio, para Costa e Penso (FORTUNATO; PENSO, 2009), o objetivo maior da atuação do psicólogo no Judiciário é resguardar e colocar em pauta a subjetividade presente nos processos, uma vez que esses processos são compostos por requeridos e requerentes, que são sujeitos psíquicos sociais que chegam ao tribunal

com uma história de vida, uma história familiar e uma história social. Nesse sentido, cabe ao profissional de psicologia dar voz ao sofrimento subjacente às queixas. O estudo psicossocial é um instrumento que serve para apoiar a decisão judicial que não se resolve a partir da aplicação da lei ao caso concreto, mas com a construção de um posicionamento interdisciplinar com o intuito de atender tanto as demandas psicológicas quanto as jurídicas, pois é inegável o sofrimento emocional das pessoas envolvidas na maioria dos processos que chegam aos setores psicossociais.

Associado a isso e ancorado ao pensamento sistêmico foi que se buscou compreender a família, no contexto da Justiça, como um sistema aberto que se caracteriza por um padrão de influência mútua, que promove a interação dos seus membros. Assim, os problemas trazidos pelas famílias que anteriormente tinham vítimas e algozes passam a ser considerados como pessoas em litígios, em disputa, mas em constante interação, sem culpados ou inocentes, em que todos são corresponsáveis pelos problemas. Nesse contexto, de acordo com Lima e Ribeiro (2008), as questões e os problemas envolvidos passam a ser vistos como pertencentes à unidade familiar e a considerar o estudo psicossocial um processo aberto de produção de conhecimento sobre a singularidade de uma família que não pode ser fechado, padronizado e acontextual, sendo um processo relacional constituído por meio da comunicação, incluindo a subjetividade do profissional.

É importante destacar que, quando aludimos à questão da guarda neste trabalho, estamos nos referindo ao conceito que consta no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990), Artigo 33: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive pai”. Além disso, vale ainda frisar o que está contido no artigo 35: “A guarda poderá ser revogada a

qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público”.

### 3. Método

Esta pesquisa é do tipo pesquisa-ação (GREENWOOD; LEVIN, 2006) responsável pela produção de conhecimento válido, do desenvolvimento teórico e de melhorias sociais, o que a torna uma promissora ferramenta para mudanças.

Contexto – O Serviço de Atendimento a Famílias com Ação Cível (SERAF) tem como missão o assessoramento aos Magistrados das Varas de Família, Cíveis, Criminais e de Precatórias, por meio de pareceres (relatórios) Psicossociais. Nesse Serviço, as ações mais comuns são referentes às varas de Família, destacando-se: Separação Litigiosa, Guarda e Responsabilidade, Regulação de Visitas e Busca e Apreensão. Seu objetivo principal é fornecer elementos psicossociais que subsidiem a tomada de decisão junto aos Magistrados.

Participantes – As seis famílias colaboradoras dessa pesquisa são identificadas com nomes fictícios: Famílias Alves, Brito, Carvalho, Dias, Espíndola e Fernandes, de modo que seus nomes sejam preservados e suas identidades mantidas em sigilo.

Família Alves – Constituída pela avó, Sra. Júlia, 64 anos, aposentada, viúva, seus quatro filhos homens com 27 anos; 21 anos; 19 anos e 24 anos, sendo que este último filho é o pai de seu neto de 2 anos e 4 meses. Evangélicos, renda de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais). A mãe do neto, 18 anos, engravidou ainda adolescente e durante o quinto mês de gestação foi residir com a família da Sra. Júlia, que havia acabado de ficar viúva. Após a criança completar 3 meses, a mãe saiu de casa, deixando a criança aos cuidados da avó paterna, e foi morar perto para ter proximidade com o filho. Hoje a mãe da criança estuda e mora com sua mãe adotiva e concorda com a Sra. Júlia que no momento ela não possui condições para melhor educar e criar seu filho, mas solicita

que seu filho passe mais tempo com ela nos finais de semana, incluindo o pernoite, fato esse não admitido pela Sra. Júlia. Com relação ao pai, este pareceu ser pouco envolvido com as rotinas e cuidados do filho e ainda está ressentido com a separação da mãe.

Família Brito – Núcleo familiar formado por Sra. Beatriz, 61 anos, do lar, analfabeta, e seu esposo, 59 anos, pedreiro, juntamente com seus dois netos gêmeos bivitelinos, crianças em questão de 6 anos. A mãe das crianças faleceu de câncer de mama aos 35 anos e o pai tem destino incerto e é portador do vírus HIV. As crianças residem com os avós maternos desde os 6 meses de idade, quando o estado de saúde da mãe estava grave. A mãe das crianças foi criada por uma tia materna em São Paulo, não tendo sido maternada pela Sra. Beatriz. Os avós são assessorados por outra filha, que auxilia as crianças com as questões escolares, e mostram-se preocupados em relação à pensão que as crianças recebem da mãe; além disso, o avô está construindo uma casa para cada uma das crianças no lote da família, pois sabem estar em idade avançada.

Família Carvalho – Composta por Sra. Bárbara, avó materna da criança em questão, 52 anos, divorciada, auxiliar de educação no período vespertino em um centro educacional. Declarou renda mensal no valor aproximado de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Reside em apartamento próprio com a filha, 24 anos, e a neta, 6 anos de idade. A Sra. Bárbara vive em constante conflito com a filha, usuária de drogas. Esta se ausenta de casa e dorme com frequência na casa de amigos, sem que sua mãe saiba seu paradeiro. Entre as queixas apresentadas, destaca-se o fato de sua filha já ter utilizado maconha na frente da neta, Fernanda, além de já ter levado pessoas estranhas com a intenção de pernoitar em sua casa. Visando proteger a neta dos comportamentos impulsivos da filha foi que a Sra. Bárbara ajuizou a Ação de guarda de sua neta, fruto de relacionamento temporário e muito violento. O pai da menina faleceu atropelado

em 2003. A avó paterna da menina oferece apoio constante à neta, auxiliando a família materna. A Sra. Bárbara possui ainda dois outros netos que residem com a mãe, mas que foram criados por ela.

Família Dias – Formada pelo Sr. Marcelo, 77 anos, sua esposa, 69 anos, analfabeta, e seus três netos, sendo apenas o último o adolescente em questão. A mãe deles, 41 anos, nunca chegou a viver com a família. O requerente da Ação é avô paterno do adolescente, aposentado por invalidez, declarou renda de um salário mínimo mais uma pensão alimentícia referente ao neto, no valor de R\$ 330,00. Ademais, declarou ter uma renda de R\$ 150,00, referente ao aluguel de um imóvel. Compõem este núcleo familiar os netos gêmeos de 9 anos e outro de 13 anos, todos estudantes. A mãe dos adolescentes reside com seu filho mais novo, 7 anos. Os avós decidiram ficar com seus netos a partir de visita que fizeram à filha e constataram que ela viajava e os meninos estavam sós. Os adolescentes têm contato esporádico com a mãe biológica.

Família Espíndola – Núcleo familiar composto pela Sra. Branca, avó paterna da criança em questão, 57 anos, funcionária pública, com renda mensal declarada no valor de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), reside juntamente com seu filho, 26 anos, desempregado, a neta e uma babá. Nesse caso específico, o requerente do processo, Sr. Moisés, esposo da Sra. Branca, faleceu 1 mês antes da realização do estudo psicossocial e, em função deste falecimento, a mãe da menina, solteira, 25 anos, sentiu-se fortalecida para solicitar a guarda da filha. A mãe da menina declarou receber renda mensal de R\$ 600,00 (seiscentos reais) e reside com sua mãe. O pai da criança em questão é filho de relacionamento anterior da Sra. Branca, e o seu falecido marido era uma figura que exercia papel social e afetivo de cuidador da criança. O pedido de guarda e responsabilidade da neta foi feito para poder proporcionar à criança melhor atendimento médico em função de

constante necessidade de tratamento das vias respiratórias e melhor possibilidade de ensino formal. A mãe da menina, ao se separar do filho da Sra. Branca, deixou esta aos cuidados paternos.

Família Fernandes – Sra. Naiane, 68 anos, viúva, analfabeta, avó materna do adolescente em questão, 13 anos, estudante, reside juntamente com seu neto. A Sra. Naiane, pensionista, declarou renda mensal de R\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais) acrescida de R\$ 50,00 (cinquenta reais), referente à pensão alimentícia do neto. O pai do adolescente, 33 anos, solteiro, desempregado, declarou não dispor de renda própria e conviver atualmente com uma mulher, 33 anos, técnica em enfermagem, com renda mensal de cerca de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). A mãe do adolescente, 28 anos, solteira, desempregada, declarou não dispor de renda própria e possuir o diagnóstico de problemas psiquiátricos. Os pais do adolescente conviveram por pouco tempo quando tinham 14 anos e 17 anos. Com a separação, os avós maternos descobriram que o neto havia sido dado a uma vizinha e foram buscá-lo. A criança estava com 2 anos e assim a avó materna assumiu os cuidados do neto. Atualmente, o neto é quem visita a mãe, às vezes, além disso, os avós paternos moram perto e têm contato com o neto.

Instrumentos – Para a construção dos dados da presente pesquisa-ação, foram utilizados os mesmos instrumentos que geralmente são utilizados no estudo psicossocial do SERAF, a saber: entrevistas semiestruturadas, construção do genograma e visita domiciliar.

Procedimentos – Após a autorização do presidente do TJDFE e da aprovação no Comitê de Ética, as pesquisadoras integraram a equipe técnica participando dos atendimentos agendados. Foram realizados em torno de três atendimentos com as famílias e as partes envolvidas no processo. Esses atendimentos aconteceram nas salas de atendimento do próprio serviço e foram gravados em áudio com o consentimento da

família. Ao longo do estudo, também foram realizadas visitas às residências das partes. Nesses encontros com as famílias, foi confeccionado um genograma familiar minucioso e realizada a entrevista do ciclo de vida do avô, com o intuito de conhecer a história da família, a fim de caracterizar os motivos que levaram esse avô a requerer a guarda do neto e mapear as interações familiares. Para a construção das informações deste texto, as entrevistas e as visitas domiciliares foram as principais fontes. As entrevistas foram gravadas e transcritas na íntegra e utilizadas para a interpretação e análise. A coleta de dados foi realizada ao longo de sete meses (junho a dezembro de 2008).

Cuidados éticos – O estudo obteve autorização do Presidente do TJDFE, além disso, o projeto foi submetido e aprovado junto ao Comitê de Ética do Instituto de Ciências Humanas da Universidade de Brasília e aprovado na reunião do dia 04/07/2008. Os participantes foram informados da pesquisa e, em seguida, confirmaram sua participação via assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido acerca da voluntariedade em participar da pesquisa.

Análise das Informações – Os dados provenientes dos atendimentos e visitas domiciliares foram analisados a partir da proposta de Análise de Conteúdo de González Rey (2005), cuja construção-interpretção dos dados é feita por zonas de sentido. De acordo com esse autor, as zonas de sentido consistem em campos de inteligibilidade produzidos ao longo do processo científico. Esses espaços visam abrir novas possibilidades de análises futuras, em vez de esgotar teoricamente um determinado fenômeno.

#### *4. Discussão dos Resultados: a terceira idade no contexto de Justiça*

Esse eixo de análise revela a interação do idoso com o contexto jurídico, suas fragilidades, seus anseios, inquietudes e

a busca de soluções e respostas para seus conflitos pessoais e familiares. O poder que é atribuído à Justiça em questões referentes ao contexto familiar é, em muitos casos, a busca de um “Grande Pai” (LIMA; CAMPOS, 2003), que irá decidir o que a família não teve condições de resolver por si só. Além disso, especificamente para os idosos pesquisados, eles também vão à procura de um lugar em que possam ser escutados:

Entrevistadora: A senhora conversa com sua filha?

Avó Fernandes: Muito pouco, muito pouco mesmo. Quando acontece é mais pra brigar, ela procura para brigar, não sabe conversar.

Entrevistadora: Então, a senhora resolveu dar entrada ao processo?

Avó Fernandes: Foi. Assim, eu precisava a pensão que o pai mandava pro menino, ela não me ouvia, conversei com meu ex-genro e a gente decidiu vir pra cá pra resolver.

São famílias que foram procurar na Justiça uma possibilidade de interlocução entre seus membros. Somente após a intermediação pelos profissionais que ali atuavam é que começaram a dialogar sem brigas. A partir disso e associado ao que propõe Walsh (1995), entendemos que os desafios referentes ao estágio de vida da terceira idade no ciclo de vida são muitas vezes decorrentes de padrões relacionais anteriores. Isso significa que a maneira pela qual a família enfrenta as situações específicas dessa fase (envelhecimento, nascimento de netos, mudança nos papéis, entre outros) depende do tipo de sistema que foi criado ao longo dos anos. Além disso, concordamos com o que algumas autoras (CAMARANO, 2003; VITALE, 2003) apontam, no sentido de que o envelhecimento, por si só, pode ser um fator estressor, podendo desencadear uma situação de vulnerabilidade para o idoso e/ou para a família. Assim, diante das novas demandas oriundas desse novo estágio, a família precisa se reorganizar e se adaptar às novas exigências.

Contudo, observamos, ainda, que nas famílias estudadas essa transição reflete a história familiar construída ao longo dos anos em que todos são participantes e coparticipantes. No caso da procura da Justiça como intermediária na resolução dos conflitos entre seus membros, podemos observar que, em quatro famílias pesquisadas (Família Brito, Família Carvalho, Família Espindola e Família Fernandes), essa não era a primeira vez que lidavam com processos em Vara de Família. Com isso, entendemos que as dificuldades relacionais da família extrapolam suas fronteiras e que precisam de um recurso externo para resolver suas questões, no caso de uma figura de autoridade, representada pelo juiz. No entanto, concordamos com o que Juras (2009) registra: essa busca pela Justiça não deve ser compreendida como um fracasso, mas como outra faceta de competência dessas famílias que buscam resolver seus problemas.

Diante dessas novas exigências, novos papéis e funções precisam ser renegociados, e a figura desses avós aparece nas famílias como um dos protagonistas das mudanças, porquanto são os requerentes dos processos e recrutam a participação da lei em suas relações. Compreendemos que os idosos são pouco escutados na sociedade, razão por que a Justiça torna-se um porta-voz de suas demandas. Assim, concordamos com o que Faleiros e Brito (2010) pontuam: nas relações intergeracionais, o lugar do idoso delinea-se como resultante de uma história de vida articulada ao contexto social mais amplo, em que o poder se alinha de forma diferente ao longo do ciclo vital. Os conflitos das famílias pesquisadas, em sua totalidade, diziam respeito às questões que já têm um histórico arraigado de conflitos, mas que, associadas ao que Faleiros (2009) assinala, embora fossem situações de cunho particular, fizeram emergir temas que decorrem de extremos conflitos sociais, consistindo a busca pelo Judiciário em uma tentativa de saída para essas questões pessoais e/ou sociais.

Com relação às questões sociais relacionadas ao envelhecimento das seis famílias pesquisadas, em quatro delas constatamos que os avós eram analfabetos. Apenas em uma família a senhora havia concluído o ensino médio; em outra família, a idosa concluiu o ensino fundamental após os cinquenta anos. Nesse último caso, a participante em questão procurou concluir seus estudos na busca de uma velhice com melhores condições para ela e sua família. Apesar dessa condição educacional desfavorável, todos os idosos da presente pesquisa são responsáveis por seus domicílios, sendo que seus filhos e netos dependem deles economicamente, direta ou indiretamente. Todos optaram por viver em Brasília, por acreditarem encontrar melhores condições de vida. Dois participantes relataram que não queriam que seus descendentes passassem pelas mesmas condições de fome e miséria por que passaram antes de residirem na capital federal.

Com relação à questão econômica e financeira, todos os avós participantes possuíam casa própria e uma renda fixa de aposentadoria, o que não significava um valor alto de seus provimentos, mas uma certa estabilidade financeira. Tais fatores serviram, em alguns casos, como justificativa para a obtenção da guarda de seus netos, conforme corroborado nas seguintes falas:

Avó Família Alves: Na casa dela (mãe) não tem a menor condição dele ficar (pausa). Na minha casa ele tem tudo, comidinha, Danone, todos os brinquedos que ele quer. Ela (a mãe) mora de favor e a casa dela assim tem muito bicho. Aqui tem uma cama só pra ele, lá ele vai ter que dividir.

Avó Família Espíndola: A gente via a menina sempre doente, o remédio dela é muito caro. Ela teve pneumonia duas vezes (...) Meu marido via ela assim, ele tinha dó, a gente tinha dó. Era um problema sério de saúde. E aí, não sei, sabe quando a menina ia pra casa da mãe voltava mais doente e ficava

mais de 1 mês internada. E aí meu marido falava, não é melhor a gente pegar a guarda dessa menina não? Ela só vive doentinha e na casa da mãe dela passava dificuldade. Aí uma vez (...) ele ficou cuidando, ele levou a menina no médico, foi lá, comprou remédio e o remédio era caro. Aquele negócio de asma e bronquite qualquer coisa é caro né? E até hoje a gente tem que cuidar dela né? Então a gente tava interessado assim em ter a guarda né? Porque meu marido tava gastando muito, qualquer remedinho assim era mais de sei lá, era caro e durava menos que 15 dias. Agora se ela tivesse com a gente sempre ela teria todo o direito de tudo e não ficaria tão doente.

Nessas falas, fica evidente não apenas que os avós possuem condições financeiras superiores aos filhos, mas também, como este tema salienta, uma forma de controle que esses idosos têm em suas famílias. Para Kipper e Lopes (2006), essa situação pode ser entendida como uma estratégia para lidar contra temores da idade avançada e a morte inevitável. Em razão desse fato, a guarda dos netos pode ser vista como uma forma de se assegurarem que seus netos estarão com futuro material garantido. Isso fica demonstrado na preocupação que alguns idosos têm de deixarem legados para seus netos:

Avó Família Brito: É que a continha que eu abri pra ela, eu abri conjunta dos dois pros gêmeos. Eu faço uma poupança pra eles. A primeira que eu abri foi com R\$ 500,00 pra eles dois né. Aí quando tem um pouquinho eu vou lá e ponho, né.

Avô Família Brito: Esse dinheiro que a gente recebe não é pra nós não, tá? Essa casa ali fora, ó, eu mais o meu filho estamos construindo para os netos, pros gêmeos.

Podemos depreender das observações transcritas que esses avós não usufruem a condição financeira que possuem. Entende-

mos que, ante a preocupação com o futuro dos netos, não se permitem gastar consigo e por isso não conseguem usufruir o conforto financeiro que possuem. Nesse sentido, também pensamos que esses avós assumem a responsabilidade e o compromisso financeiro de seus familiares, para permanecerem na mesma situação já conhecida, que é a de poucos recursos econômicos. Além disso, tal qual salientam Faleiros e Brito (2010), família que tem membros no estágio da terceira idade se encontra num contexto de desemprego estrutural e é inevitável que seus idosos sejam a única fonte de renda da família.

Ainda com relação aos aspectos ligados à velhice e a questões financeiras, ocorreu em duas famílias pesquisadas (Família Dias e Família Fernandes) que uma das razões que motivaram a disputa da guarda foi a legalização do destino da verba referente à pensão alimentícia. Nesses casos, o genitor enviava o dinheiro à mãe da criança que, por sua vez, abandonava seu filho. Daí, então, as avós, que já informalmente cuidavam de seus netos, juntamente com o pai, tiveram de formalizar o cuidado destes, por meio da guarda judicial, para que a verba fosse diretamente destinada ao neto.

Genitor Família Fernandes: Eu não queria entrar na justiça para ela brigar comigo e também não queria deixar de pagar a pensão para o meu filho para eu não ser preso pela justiça e aí conversando com a minha sogra, ex-sogra, nós achamos que para ela a Rosana mandaria o dinheiro. Eu não queria aquela confusão toda, aí nós fomos tentando e, como não conseguimos, decidimos entrar na justiça.

Avó Família Fernandes: Foi assim, ele pagava normalmente a pensão e ia diretamente para ela, aí tudo começou porque ela entrou na justiça para ganhar mais, sendo que o menino morava comigo, não foi Fabrício? Ela queria dobrar o valor da pensão. Ela dizia que não ia passar a guarda

para ninguém porque o filho era dela só que nunca cuidou dele e ele nunca morou com ela. Aí o (...) o advogado dizia, não, esse menino foi criado pela avó, como é que agora ele vai ficar com a mãe? Aí nós decidimos que entraríamos mesmo para eu entrar com a ação para ter a guarda.

Como foi possível observar nas falas anteriores, foram realizadas tentativas informais não exitosas para resolução de uma questão importante para o bem-estar da criança, e o recurso da Justiça foi a última opção. No caso específico da Família Fernandes, constatamos que, para a genitora, manter esse conflito era uma forma de manter-se vinculada à sua família, uma vez que havia rompido com todos os integrantes de seu sistema familiar desde o falecimento de seu pai.

Entretanto, tal como acentua Faleiros (2009), essa questão pode ser entendida como uma forma de violência contra a pessoa idosa, em que se manifesta um conflito familiar de abuso financeiro de um filho em relação à sua própria mãe. Nesse caso específico, atinge diretamente uma criança. Nessas situações, a Justiça, por meio do serviço psicossocial, é chamada para analisar os conflitos em defesa da pessoa idosa e da criança, com a função de articular o que está apregoadado na legislação, sobre a demanda de punição e proteção. Fica aqui uma linha tênue para o profissional que precisa investigar tais questões de forma detalhada, uma vez que, por se tratar de relações familiares, há certa condescendência por parte dos idosos, que temem o enfrentamento com seus filhos para não perderem, talvez, uma relação de afeto.

O envelhecimento humano é uma fase do ciclo vital, que, apesar de ser um processo gradual individual, está integrado ao contexto familiar, social e cultural. A partir de uma perspectiva sistêmica e da teoria do ciclo vital, essas famílias tiveram que se reorganizar em função do envelhecimento de um dos seus membros. Dentro da abor-

dagem do ciclo vital, autores nacionais e internacionais (CARTER; MCGOLDRICK, 1995; CERVENY; BERTHOUD, 1997) propuseram uma classificação de estágios do ciclo de vida familiar a partir da ideia de que a família apresenta um processo central a ser negociado com relação à expansão, contração e realinhamento do sistema de relacionamentos, para suportar a entrada, a saída e o desenvolvimento dos membros da família. A partir de pesquisas realizadas pelas autoras, fez-se uma listagem de processos de mudanças necessários em cada estágio e nos momentos de transição que podem ser entendidos como tarefas a serem desempenhadas pela família como um todo e por seus membros individualmente. Dessa maneira, a depender da forma como a família se organiza diante das novas demandas, nem sempre tais tarefas são desempenhadas, razão pela qual podem passar por dificuldades diante do novo estágio.

Entretanto, é relevante considerarmos que há uma tendência entre os idosos de terem uma diminuição de bem-estar oriunda dos vários declínios de saúde, além da diminuição de vínculos não familiares (SLUZKI, 1997). O fato de se recolherem exclusivamente em seus relacionamentos familiares poderá levar a uma maior propensão para vivenciar momentos de solidão, o que pode desencadear sinais e sintomas de depressão. Vale aqui refletir a respeito do papel da Justiça nessa fase do ciclo vital, ante a constatação de que, entre os idosos pesquisados, sua rede social era significativamente diminuída em função da velhice. Cabe ao profissional que atua nesse contexto ficar atento a essa situação. Se de um lado precisa legislar e defender os direitos dos idosos, por outro lado, há necessidade de serem levados em conta os laços afetivos que os vinculam às suas respectivas famílias. A questão do envelhecimento pode ser analisada ainda sob diferentes perspectivas, como, por exemplo, baseada em concepções que o caracterizam como uma fase de consecutivas perdas. Es-

tas, de fato, acontecem por meio de perdas gradativas de funções biológicas, perdas de vigor e força, perdas de cônjuges e pessoas queridas e até mesmo ante a probabilidade de estarem perto da morte.

Em relação a esse aspecto, constatamos nas falas dos participantes que, para elaborarem as sucessivas perdas que já tiveram ou que estão tendo em decorrência do envelhecimento, ter a guarda do neto é visto como uma forma de se recuperar, a partir de seus recursos internos próprios:

Avó Família Carvalho: Já passei por todos os tipos de perdas na vida, de dinheiro, de marido e até de um filho. Agora esse processo é para ganhar (...) minha vida vai mudar, vou ter a tranquilidade de acordar e saber que a minha neta está ali na minha casa.

Nesse caso, é possível observar certa postura de não conformidade diante das inevitáveis perdas e lutar por esse neto significa uma forma de evitar que um possível prejuízo venha lhe suceder. A obtenção da guarda é esperada como algo que lhe dá esperança e aponta mudança de vida, atribuindo ao neto o encargo de lhe trazer sensações de tranquilidade, adormecidas, diante das perdas. Além disso, ter a guarda do neto para esses avós é ter a garantia de que não estarão sozinhos, pois terão alguém ali debaixo do mesmo teto. Observamos que a redefinição de um projeto de vida para a velhice tem feito com que esses idosos coloquem suas expectativas em seus netos. Contudo, é importante ressaltar que há um processo de escolha por parte desse avô entre vários caminhos a seguir em um campo de possibilidades. E ele escolheu cuidar de netos e legitimar esse cuidado. Entendemos que a peleja do idoso pela guarda do seu neto representa uma espécie de elo emocional com a sua história e com sua família, que terá menor chance de se diluir, com o respaldo da lei. Em atenção ao que Barros (2006) pontua, entendemos que é possível criar uma biografia em várias dimensões temporais, uma vez que ser o

guardião de um neto parece ser o projeto desses avós.

Percebemos ainda que, para as avós das famílias pesquisadas, o fato de formalizar a guarda dos netos nada mais é do que legitimar uma função e um lugar que já são históricos para elas, o de cuidadoras e de responsáveis pelo âmbito da casa. A postura de preocupação e cuidado com os netos foi vista, em geral, como uma extensão do trabalho doméstico feminino, o que pode ser percebido nas avós:

Avó Família Brito: Não fiz nada na vida a não ser cuidar de filhos em casa e agora de netos.

Avó Família Alves: Já que eu não saio de casa, eu cuido do meu neto.

Nesses casos, tal qual assinalam Santos e Macedo (2008), o fato de a casa ser um lugar significativo, de pertencimento, dedicação e até mesmo um componente da identidade, para essas idosas, a manutenção nesse ambiente significa garantir esse suporte, e cuidar de netos seria preservar esse espaço de afeto. De acordo com Warat (1997), são expressões de gênero os sentidos socialmente atribuídos ao fato de ser homem ou mulher numa determinada formação social, cabendo ao homem a liderança política e à mulher a liderança emocional, dentro do âmbito doméstico, com o controle dos afetos que circulam na família. Vale observar que são as qualidades das interações que ali acontecem que tornam esse lugar importante.

Dessa forma, conforme acentuam Carvalho et al. (2008), nas últimas décadas, em decorrência do movimento feminista e de outras vertentes culturais, tem havido transformações importantes no lugar social da mulher, embora ainda haja um longo caminho a trilhar rumo à igualdade de direitos. As avós pesquisadas são de um tempo em que o papel de cuidador nas famílias era eminentemente feminino. Nesse contexto, o fato de essas idosas se tornarem guardiãs de seus netos significa a garantia do seu lugar na família como cuidadoras.

Outra característica importante entre os participantes é que, em cinco famílias, as mulheres estavam à frente do processo judicial e em apenas uma delas um homem tomou a iniciativa. Entre esses, quatro processos foram iniciados por avós do sexo feminino que estavam viúvas e um deles por uma avó casada. Tal como Camarano (2003) registra, entre a população de avós cuidadores de netos, uma característica importante é que a maioria pertence ao sexo feminino. Essas mulheres, tradicionalmente, têm sido abordadas como apêndices da família, sobretudo em pesquisas baseadas em modelos preestabelecidos. Ao contrário disso, na presente pesquisa, encontramos a mulher que é chefe de família, responsável, que luta por seus direitos e que não tem o apoio da comunidade.

No que tange ainda à questão de gênero, a predominância da população feminina entre os idosos é resultado da incidência maior da mortalidade masculina. Nesse sentido, conforme Camarano (2003), entre as mulheres idosas o estado conjugal que predomina é a viuvez. Como um dos papéis que são tradicionalmente ocupados por mulheres nas famílias é o de cuidadoras, essas senhoras viúvas, que já estão com os filhos crescidos, procuram no cuidado dos netos uma forma de perpetuar suas funções. Em uma família pesquisada, ficou evidente a questão de gênero:

Avó Família Alves: Porque eu falava (...) olha, meu filho, porque aqui em casa não tem menina, nem mulher, não quero outra mulher aqui, só tem eu de mulher aqui e só cabe eu de mulher. E tem mais, eu não quero que ninguém me apareça com filho por aí, porque a gente vê um monte de menino por aí sofrendo né e eu não queria mesmo. Depois que meu marido morreu eu fiquei mal, mas quando ele falou pra mim que ela tava grávida foi muita alegria. É uma alegria tão grande, tão grande que hoje a minha maior alegria é meu neto.

Observa-se também nessa fala o quanto o sofrimento subjacente à questão da viuvez minimiza-se com a responsabilização e o cuidado com o neto. Por sua vez, de acordo com os apontamentos de Walsh (1995), a experiência da viuvez acomete todos da família e representa uma quebra no equilíbrio do sistema, o que ocasiona um rearranjo urgente e imediato no grupo familiar. No caso acima mencionado, houve uma gravidez adolescente, imediatamente após a perda do pai. O nascimento da criança pode ter sido uma forma de enfrentar a perda do pai, o que se tornou evidente quando nos informaram que ela recebeu o mesmo nome do falecido avô.

Conforme Cardoso (2006), a viuvez ocasiona muitas incertezas e dúvidas, sobretudo no que tange ao enfrentamento da solidão. Nessa perspectiva, observamos na Família Fernandes uma dependência por parte da avó viúva em relação ao neto. Ela afirma que não consegue dormir se o neto não está no quarto. Por meio da entrevista com a criança em questão, constatou-se que essa postura tem sido prejudicial para o infante, uma vez que ele apresenta uma série de problemas respiratórios, medos, inseguranças e dificuldades para dormir, inclusive. Essa criança contou que, apesar de ter um quarto com cama e colchão, vai todas as noites para o quarto da avó. A falta de perspectiva na velhice para a avó e o não cumprimento dos papéis parentais dos genitores faz com que essas duas figuras frágeis da sociedade se unam para se fortalecerem mutuamente. Isso fica corroborado por meio da fala da avó da Família Fernandes:

Avó Família Fernandes: O que eu vou fazer? Não tenho mais idade para morar sozinha e ele não tem com quem ficar? É melhor a gente se unir né? (...) Enquanto eu viver eu vou cuidar dele.

Se por um lado a criança é protegida pela avó por ter sido negligenciada por seus genitores, ambos – criança e avó – não

estão sendo atendidos pelo Estado em suas vicissitudes. As consequências da viuvez trazem uma série de demandas para as famílias, uma vez que temores diante da morte são naturalmente difíceis de lidar e também, conforme Cerveny e Berthoud (1997), acarretam uma série de implicações legais, econômicas e sociais, sobretudo para o idoso que fica.

Ainda na esfera da viuvez, na Família Espíndola, o avô era o requerente da ação e, alguns dias antes de ser realizada a visita do serviço psicossocial, este faleceu. Notamos que, em decorrência desse acontecimento, a genitora, que até então estava acuada e temerosa, sentiu-se fortalecida para assumir a guarda e a responsabilidade e brigar para manter a guarda da criança:

Genitora Família Espíndola: Nossa, eu criei mais coragem depois que ele morreu. Lógico que eu sempre tive o desejo de ter ela comigo, mas fiquei mais corajosa. Acho que a Mariana também tá sentindo a falta dele lá. Ele que tava do lado dela, vejo que ela ficou um pouco perdida com a morte dele. A avó dela deu uma caída e o pai dela acho que não compreende muito isso.

Por sua vez, a avó viúva decidiu manter o processo como o último desejo do falecido marido:

Entrevistador: Como vai ficar agora? Em função do falecimento de seu esposo, você ainda tem interesse em ter a guarda da Mariana? Como pretende se organizar?

Avó Família Espíndola: Tem sim (pausa) A gente não sabe como vai ficar (pausa). Mas é aquilo, é uma guarda que a gente queria pegar. Era o sonho dele né?

Entrevistador: Que sonhos?

Avó Família Espíndola: De educar a Mariana, de proporcionar uma boa educação, uma boa faculdade, daquela coisa muito assim pro futuro, de proporcionar aquilo que o Moisés

achava que era e que é realmente melhor para ela em termos de educação.

Podemos observar, no exemplo citado anteriormente, a estratégia da avó de lidar com o luto e de manter seu marido vivo por meio da manutenção dos seus sonhos. A sua participação na disputa, que até então estava amortecida, passa a ganhar força com a perda do marido. Em relação ao assunto, Motta (2004) descreve que, por ser uma condição social peculiar e inesperada, a viuvez instantaneamente modifica a vida das pessoas, quebra o equilíbrio, ainda que seja pela via do conflito, necessitando o estabelecimento de novos arranjos. Apesar de controverso, manter a disputa, nesse caso, seria uma tentativa de manter o equilíbrio nas relações familiares.

Observamos em uma família a primeira participação da Justiça para o auxílio na resolução de seus conflitos:

Avô Família Dias: Nunca imaginei que tivesse que passar por um juiz por causa de um assunto de família. É muita humilhação para um pai da minha idade vir até aqui e ter que brigar com uma filha.

E em outra a reincidência:

Avó família Carvalho: Já tá muito pesado pra mim vir até aqui e falar tudo isso pra vocês (...) eu não sei se eu aguento a mais um processo não.

A partir dessas constatações, notamos o quanto é desgastante e humilhante a utilização do recurso da Justiça para minimizarem seus conflitos. Por outro lado, os registros das famílias nos fazem refletir a respeito da transição para a vida adulta, em tempos em que os rituais de passagem são frágeis, pouco significativos, e as etapas do ciclo vital não são definidas. O fato de as gerações intermediárias terem se tornado pais não significa, para essas famílias, que já estão na fase adulta do ciclo vital e precisam responsabilizar-se por suas escolhas e desejos. Dessa forma, ampliamos o lugar social da Justiça nessas famílias como um chamamento desses

idosos para seus filhos ingressarem na vida adulta.

A tentativa de busca para a solução dos conflitos dessas famílias perante a Justiça é o que Faleiros (2009) denomina “acomodação social” da disputa entre os contendores. Contudo, para o referido autor, na realidade, o conflito que se coloca em evidência é o da desigualdade social, que torna atores sociais os indivíduos ou grupos que protagonizam os conflitos, dando-lhes voz. Faleiros (2009) salienta que ainda inexistem um trabalho estruturado em redes, devido à fragmentação dos poderes e um descompasso entre o ordenamento político e as relações sociais.

Em termos de síntese, ao contrário do que se pensa sobre a velhice, como um estágio de incapacidades e debilidades, vimos o quanto as mulheres assumem a posição de chefe de família e se mostram um tanto independentes, autônomas e corajosas para lutarem por seus netos, apesar de nem sempre ser essa uma escolha consciente.

Ainda nos questionamos, cumpre indagar: esses idosos encontram na Justiça o que ali foram procurar? Será que o contexto Jurídico está preparado para lidar com as demandas da velhice nas famílias? Será que esses avós buscam a dimensão da lei para normatizar e controlar? Ou estão de fato procurando um espaço para serem escutados? Por que os juízes encaminham processos que envolvem avós para o serviço psicossocial? Neste ponto, concordamos com o que Saunier (1999) defende a respeito da urgência do olhar da Justiça para a promoção da autonomia dos indivíduos, por meio da emancipação da cidadania. Entendemos que a participação da Psicologia dentro do contexto jurídico deve extrapolar a função de assessoramento de magistrado, para desempenhar um papel de sensibilização da atuação jurídica, a fim de que também as famílias restabeleçam os direitos que lhes foram violados. Por fim, a atuação dos profissionais que trabalham no contexto jurídico necessita estar anco-

rada em ações que visem à autonomia, ao crescimento e ao desenvolvimento saudável de todos os sujeitos envolvidos. Além disso, acreditamos que a interface entre a Psicologia e o Direito permite a construção de novos significados para os sofrimentos dos sistemas familiares que são trazidos para o contexto jurídico.

### 5. Considerações finais

A busca pela Justiça mostrou-se controversa em vários aspectos, entre os quais destacamos: os avós que precisavam de uma solução para a questão da legalização do cuidado de netos, mas sentiam-se envergonhados em ter que ajuizar uma ação contra um filho. Ao mesmo tempo, observamos que os adultos querem proteger as crianças, mas acabam incluindo-as nos conflitos familiares. Paralelamente, percebemos a condescendência por parte dos idosos para com as dificuldades de relacionamento com seus filhos e até mesmo suas condutas transgressoras, pois temem o enfrentamento com eles e a perda da relação de afeto. De acordo com diversos autores (JURAS, 2009; LIMA; RIBEIRO, 2008; SUDBRACK, 2003), essas contradições presentes nas famílias evidenciam as características do contexto judiciário em que são trazidas à tona problemáticas complexas, controvertidas e contraditórias.

Nessa linha de raciocínio, entendemos que a participação da Psicologia dentro do contexto jurídico deve extrapolar a função de assessoramento de magistrado, para desempenhar um papel de sensibilização dos participantes diante da atuação jurídica, a fim de que também as famílias restabeleçam os direitos que lhes foram violados. Além disso, tal qual pontuam Costa e Penso (FORTUNATO; PENSO, 2009), acreditamos que a interface entre a Psicologia e o Direito permite a construção de novos significados para os sofrimentos que são trazidos para o contexto jurídico. Dessa forma, esperamos que os resultados

dessa pesquisa ofereçam subsídios para sustentar as ações dos profissionais que integram o sistema judiciário, no sentido de estarem atentos e preparados para lidar com a clientela de famílias de idosos que tem aumentado nos tribunais. Em termos práticos, os dados servem como aporte a terapeutas de família e psicólogos, de maneira geral, que trabalham diretamente com essa população.

### Referências

BARROS, Miriam Lins de. *Autoridade & afeto: avós, filhos e netos na família brasileira*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1987.

\_\_\_\_\_. Gênero, cidade e geração: perspectivas femininas. In: \_\_\_\_\_. (Org). *Família e Gerações*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 jul. 1990. Seção 1, p. 13563. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=16/07/1990>>.

BUCHER-MALUSCHKE, Júlia Sursis Nobre Ferro. Lei, Transgressões, famílias e instituições: Elementos para uma reflexão sistêmica. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, v. 23, n. especial, p. 83-87, 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-37722007000500016&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722007000500016&lng=en&nrm=iso)>

CAÍRES, Maria Adelaide de Freitas. *Psicologia Jurídica: implicações conceituais e aplicações práticas*. São Paulo: Vetor, 2003.

CALOBRIZI, M. D. D. *As questões que envolvem a responsabilidade assumida pelos avós enquanto guardiões de seus netos, no que se refere à formação de referenciais sociais e aos legados, passados de geração em geração*. Dissertação (Mestrado) – não publicada – Programa de Estudos Pós-Graduados em Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.

CAMARANO, Ana Amélia. Mulher idosa: suporte familiar ou agente de mudança? *Estudos avançados*, São Paulo, v. 17, n. 49, p. 35-41, dez. 2003. Disponível em: <[http://www.abep.nepo.unicamp.br/site\\_eventos\\_abep/PDF/ABEP2004\\_239.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/site_eventos_abep/PDF/ABEP2004_239.pdf)>.

CARDOSO, V. S. “Tudo que eu fiz eu não tenho nada que me arrepende”: percepções e vivências do estágio

tardio na perspectiva de casais idosos. Dissertação (Mestrado) – não publicada. Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

CARTER, Betty; MCGOLDRICK, Monica. *As mudanças no ciclo de vida familiar: uma estrutura para a terapia familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

CARVALHO, Ana Maria Almeida et al. Mulheres e cuidado: bases psicobiológicas ou arbitrariedade cultural? *Psiquéia*, Ribeirão Preto, v. 18, n. 41, p. 431-444, set./dez. 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-863X2008000300002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2008000300002&lng=en&nrm=iso)>.

CERVENY, Ceneide Maria de Oliveira; BERTHOUD, Cristiana Mercadante Esper. *Família e ciclo vital: nossa realidade em pesquisa*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997.

FORTUNATO, Liana.; PENSO, Maria Aparecida. *Ação do psicólogo na assessoria ao magistrado. Nova Perspectiva Sistêmica*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 33, p. 76-86, abr. 2009.

FALEIROS, Vicente de Paula. Uma experiência de supervisão na área psicossocial: desafios teóricos-práticos. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 12, n. 2, p. 258-267, jul./dez. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-49802009000200016&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802009000200016&lng=en&nrm=iso)>.

\_\_\_\_\_; BRITO, D. O. Representações da violência intrafamiliar por idosos e idosas. In: FALEIROS, Vicente de Paula; LAHUD, Altair Macedo; PENSO, Maria Aparecida (Org.). *O Conluio do Silêncio: a violência intrafamiliar contra a pessoa idosa*. São Paulo: Roca, 2010.

GONZÁLEZ REY, F. *Pesquisa Qualitativa e Subjetivada: os processos de construção da informação*. São Paulo: Thomson, 2005.

GREENWOOD, D. J.; LEVIN, M. Reconstruindo as relações entre as universidades e a sociedade por meio da pesquisa-ação. In: DENZIN, Norman K.; LINCOLN, Yvonna S. (Org.). *O planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens*. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2006.

HARWOOD, Jake. Relational role and social identity as expressed in grandparent's personal web sites. *Communication Studies*, Houston, v. 55, n. 2, p. 300-318, Summer 2004. Disponível em: <[http://findarticles.com/p/articles/mi\\_qa3669/is\\_200407/ai\\_n9451197/](http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3669/is_200407/ai_n9451197/)>.

JURAS, M. M. *Papéis conjugais e parentais na situação de divórcio destrutivo com filhos pequenos*. Dissertação (Mestrado) – não publicada. Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica e Cultura, Universidade de Brasília, 2009.

KIPPER, Carolina Dal Ri; LOPES, Rita Sobreira. O tornar-se avó no processo de individualização. *Psicologia Teoria e Pesquisa*, Brasília, v. 22, n. 1, p. 29-34, jan./abr. 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-37722006000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722006000100004&lng=en&nrm=iso)>.

LIMA, Helenice Gama Dias de; RIBEIRO, Rebeca. Contribuições da Psicologia Jurídica na prática psicossocial na Justiça. In: BASTOS, Eliane Ferreira; LUZ, Antonio Fernando da (Org.). *Família e Jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. v. 2.

\_\_\_\_\_; CAMPOS, Niva Maria Vasques. A importância da subjetividade nos processos de família. In: CONSTRUINDO Caminhos para a Intervenção Psicossocial no Contexto da Justiça. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2003.

LOPES, Ewellyne Suely de Lima Lopes; NERI, Anita Liberalesso; PARK, Margareth Brandini. Ser avós ou ser pais: os papéis dos avós na sociedade contemporânea. *Textos sobre Envelhecimento*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 239-253, 2005. Disponível em: <[http://revista.unati.uerj.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-59282005000200006&lng=pt&nrm=iso](http://revista.unati.uerj.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-59282005000200006&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 31 out. 2011.

MOTTA, Alda Britto da. Sociabilidades possíveis: idosos e tempo geracional. In: PEIXOTO, Clarice Ehlers (Org.). *Família e envelhecimento*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004. p. 109-144. (Família, geração e cultura).

RAMOS, Luiz Roberto. *Epidemiologia do envelhecimento*. In: TRATADO de Geriatria e Gerontologia. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

SANTOS, J. L.; MACEDO, R. M. Valores familiares e educação dos filhos na contemporaneidade. In: MACEDO, ROSA MARIA STEFANINI (Org.). *Terapia Familiar no Brasil na última década*. São Paulo: Roca, 2008.

SANTOS, Joana d'Arc Cardoso dos; HAMÚ, Eneide Maria França e Silva. A criança triangulada na relação entre a mãe e a avó. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE TERAPIA FAMILIAR, 3., 1998, Rio de Janeiro. *Anais...* Curitiba: ABRATEF, 1998. p. 122-130.

SAUNIER, Roberto Victor. La psicología forense en Argentina. In: BRITO, Leila Maria Torraca de (Org.). *Temas de Psicologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999. p. 19-44.

SLUZKI, Carlos E. *A rede social na prática sistêmica*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997.

SUDBRACK, Maria Fátima Olivier. Da obrigação à demanda, do risco à proteção e da dependência à liberdade: abordagem da drogadição de adolescentes em conflito com a Lei. In: ADOLESCENTES e drogas no contexto da justiça. Brasília: Plano, 2003.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas: Papirus, 2002.

VITALE, Maria Amália Faller. Avós velhas e novas figuras da família contemporânea. In: ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amália Faller (Orgs), *Famílias: redes, laços e políticas públicas*. São Paulo: IEE/PUC, 2003.

WALSH, F. A família no Estágio Tardio da vida. In: CARTER, Betty; MCGOLDRICK, Monica. *As mudanças no ciclo de vida familiar: uma estrutura para a terapia familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

WARAT, Luis Alberto. A questão de gênero no Direito. In: DORA, Denise Dourado (Org.). *Feminino-masculino: Igualdade e diferença na Justiça*. Porto Alegre: Sulina, 1997.

WHITBECK, Les B.; HOYT, Danny R.; HUCK, Shirley M. Family Relationship History, Contemporary Parent-Grandparent Relationship Quality, and the Grandparent-Grandchild Relationship. *Journal of Marriage and the Family*, Minneapolis, MN, v. 55, n. 4, p. 1025-1035, Nov. 1993.

## Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração. Os trabalhos devem reportar-se a assuntos da área do direito e áreas afins – de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional – e de cunho histórico que se relacionem com o Poder Legislativo. Somente serão publicadas colaborações inéditas, que serão selecionadas por conselho.

As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor por *e-mail* (livros@senado.gov.br) com indicação do endereço do autor para eventual envio de exemplar impresso. Da mensagem eletrônica deverá constar autorização para publicação sem ônus na Revista e posterior visualização na Internet, bem como declaração de ineditismo do artigo. Referida mensagem deverá ainda ser seguida de assinatura digital. Não havendo esse recurso, pedimos o encaminhamento em separado por fax ou pelos Correios da carta de autorização/declaração de ineditismo devidamente assinada.

O texto do artigo a ser publicado deve ser formatado preferencialmente para papel A4, em corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5 e gravado no formato *Word for Windows*. Dos artigos deverão constar resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela), com indicação do ponto em que devem ser inseridos no texto.

Ressaltamos que o artigo enviado para publicação ficará disponível para avaliação durante seis meses. Findo esse prazo e ainda havendo interesse das Edições Técnicas em publicá-lo, entraremos em contato para confirmar o ineditismo e a atualidade do conteúdo. Não havendo mais interesse do Editor, o artigo será desconsiderado sem comunicação prévia.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

### *Exemplos de citação direta:*

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

### *Exemplos de citação indireta:*

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados

além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a idéia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

*Exemplo de monografia no todo:*

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

*Exemplo de parte de monografia:*

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

*Exemplo de artigos de periódicos:*

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

*Exemplo de artigos de jornais:*

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão "Disponível em:" e data de acesso ao documento precedido da expressão "Acesso em:".

*Exemplo de referências em meio eletrônico:*

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 50 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.