

V. 24 • N. 1 • JANEIRO/ABRIL • 2022

ISSN 2306-0857

REVISTA DA

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Janeiro/Abril
V. 24 - n. 1 - Ano 2022

Rio de Janeiro

© 2022 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

EQUIPE EDITORIAL:

Coordenador Editorial: Dra. Cristina Tereza Gaulia, Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Conselho Editorial: Dr. Luiz Fux, Me. Antonio Saldanha Palheiro, Luis Felipe Salomão, Me. Marco Aurélio Bellizze Oliveira, Dr. Abel Fernandes Gomes, Dr. Adán Carrizo González-Castell, Dra. Adriana Ramos de Mello, Dr. Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Me. Anderson de Paiva Gabriel, Dr. André Gustavo Corrêa de Andrade, Dr. Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, Me. Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Dr. Cassio Scarpinella Bueno, Me. Cesar Felipe Cury, Me. Daniel Vianna Vargas, Dra. Edna Raquel Rodrigues dos Santos Hogemann, Me. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Dr. Fredie Souza Didier Junior, Dr. Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Dr. José Guilherme Vasi Werner, Dra. Larissa Pinho de Alencar Lima, Dr. Lenio Luiz Streck, Dra. Lúcia Frota Pestana de Aguiar Silva, Dr. Luciano Vianna Araújo, Me. Luiz Roberto Ayoub, Juiz Rafael Estrela Nóbrega, Dr. Rodrigo Borges Valadão, Dr. Sérgio Cavalieri Filho.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 - Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão on-line)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

■ PRESIDENTE

Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira

■ CORREGEDOR-GERAL

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

■ 1º VICE-PRESIDENTE

Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho

■ 2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio

■ 3º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

■ DIRETORA-GERAL

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

■ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

Vice-Presidente

Desembargador Claudio Brandão de Oliveira

Diretor Adjunto Administrativo

Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira

Desembargador Claudio Luis Braga Dell'Orto

Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Juíza Adriana Ramos de Mello

Equipe Administrativa - EMERJ:

Diretora da Assessoria Acadêmica de Pesquisa e Publicação: Ana Cristina Willemann Flores

Execução Administrativa e Pesquisa: Yanka Albertin Sodré

Produção Gráfico-Editorial:

Diretor da Divisão de Design Gráfico: Ébano Machel do Rosario Assis

Diagramação e Capa: Rafaelle Neves

Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei, Nivia Duarte Brandão e Clara Bastos

Sumário

7 | Apresentação

Jessé Torres

11 | Como as Redes estão Modificando as Formas do Coletivo nas Cidades: A Vida Social Coletivizada pelas Redes se Organiza de Outros Modos

Adriana Pessôa da Cunha

33 | Validade Extraterritorial do Acordo de Mediação de Conflitos em Câmara Privada

Ana Cristina Freire Lima

Edivaldo Alvarenga Pereira

49 | O Problema do Livre Convencimento Motivado

Cássio Benvenuti de Castro

71 | A Infância Transgressora e a Judicialização da Vida Privada no Brasil

Cristina Reis Maia

95 | Neoconstitucionalismo: Uma Nova Teoria do Direito?

Felipe Bizinoto Soares de Pádua

116 | A Democratização da Jurisdição Constitucional por Meio da Defensoria Pública

Francisco Alves da Cunha Horta Filho

144 | A Proteção da Produção Científica, Artística e Literária dos Refugiados à Luz de uma Perspectiva Kantiana

Kone Prieto Furtunato Cesário

Lucas Ramires Pêgo

Veronica Lagassi

166 | Direito à Morte Digna

Reis Friede

190 | A Execução do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e suas Controvérsias - A Questão das Competências dos Juízos (VEP ou Juízo de Origem)

Roberta Barroiu Carvalho de Souza

202 | Desjudicialização da Execução Civil como Instrumento de Acesso à Justiça - Reflexões e Críticas para o Aperfeiçoamento do PL nº 6204, de 2019

Rubens Soares Sá Viana Junior

Apresentação

Prezados leitores,

A consensualidade, a administração dialógica, os meios alternativos de resolução de controvérsias – técnicas e instrumentos de governança do Estado e de distribuição de justiça, propostos e desenvolvidos pelas ciências sociais contemporâneas – estão a estimular resultados desafiantes de estratégias organizacionais e operacionais também para o cotidiano das estruturas judiciárias, legislativas e executivas, bem como das empresas, públicas ou privadas, prestadoras de serviços públicos.

Os qualificativos “inter” e “multi” identificam a tendência de o conhecimento não se isolar em especializações, que, nada obstante existentes, não mais bastam para a compreensão e a resolução dos conflitos e a distribuição isonômica de benefícios sociais, econômicos e ambientais à população. A eficiência da equação custo-benefício e a eficácia do resultado almejado na prática, em harmonia com o planejado (CF/88, art. 174, *caput* e § 1º), cobram novo manejo da teoria tridimensional de direito (fato-valor-norma).

Exemplifique-se com a tendência a reconfigurar-se a contratação de concessões de serviços públicos, cuja aplicação mostra crescente delegação, pelo estado concedente a particulares concessionários ou permissionários, mediante licitação, da execução da prestação de toda sorte de serviços de interesse público (CF/88, art. 175). Veja-se tópico da percuciente análise de Caio de Souza Loureiro: “... o estímulo à ampliação de modais logísticos traz de volta uma constatação que teima em ser enfrentada: a necessidade de se pensar em concessões **multimodais**, por meio das quais um só contrato preveja corredores logísticos em mais de um modal. Em termos de eficiência, faz todo o sentido conceber corredores que se utilizem de rodovias, ferrovias e portos sem a necessidade de contar com contratos distintos, o que aumenta a burocracia, os custos de gestão e o risco de disparidades

que comprometam a integralidade da prestação” (Infraestrutura logística, nada será como antes?, *in* Valor Econômico, 25.01.2022).

Do ponto de vista epistemológico, a ciência do direito confronta-se com o tema sem ainda haver chegado a posições definitivas, talvez inexistentes porque em permanente mutação, sob influxo tecnológico incessante e não raro sem compromissos éticos, a par de confrontada com os efeitos da pandemia, notórios, mas ainda não cabalmente dilucidados. Recorde-se a ponderação que, em 1999, constava do *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*: “... parece que somente a interdisciplinaridade permite a constituição de uma pesquisa realmente centrada; ao contrário, pluridisciplinaridade e transdisciplinaridade funcionam mais como utopias científicas. A primeira, porque fracassa na tentativa de constituir um campo teórico original, e a segunda, porque ultrapassa permanentemente todos os campos científicos conhecidos. Em contrapartida, a posição interdisciplinar parece relativamente instável: pode, a todo momento, cair na simples justaposição de abordagens (pluridisciplinaridade), como também desembocar, em certos pontos da pesquisa, em questionamentos de natureza transdisciplinar. Por outro lado, a centragem da problemática (no caso, o fenômeno jurídico e suas categorias instituídas em objeto de estudo) pode facilmente transformar-se em sobrecodificação: o objeto impondo seus critérios de verdade à disciplina que o estuda ou inversamente. Aí reatamos com a questão delicada da articulação dos pontos de vista interno e externo, da compreensão e da explicação” (Rio de Janeiro. Ed. Renovar, p. 95, segunda edição do original *Dictionnaire Encyclopedique de Theorie et de Sociologie du Droit*, coord. original de André-Jean Arnaud, tradução coord. por Vicente de Paulo Barretto).

A Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, ao inaugurar neste número as suas edições de 2022, compartilha artigos, da autoria de magistrados e outros profissionais do direito, confirmadores desse intrincado momento epistemológico e pragmático da ciência do direito, com notáveis reper-

cussões nas relações entre os poderes constituídos do Estado, entre si e com a sociedade, na realidade brasileira. Basta enunciar o rol de matérias versadas para verificar-se como o inter e o multi estão presentes no dia a dia dos corredores forenses, a fortemente interessar todos aqueles que fazem uso das mais variadas demandas, como partes ou operadores do direito, a saber: a influência das redes privadas na formação ou na deturpação de valores; a validade extracontratual de acordo de mediação; o livre convencimento motivado em situação geradora de erro; progressiva judicialização da vida privada através da infância; positivismo e neoconstitucionalismo; o papel da defensoria pública na democratização do acesso à jurisdição constitucional; a proteção da propriedade intelectual na produção científica, artística e literária de refugiados; desjudicialização da execução civil.

Boa reflexão a todos.

JESSÉ TORRES

Coordenador Editorial

Como as Redes estão Modificando as Formas do Coletivo nas Cidades: A Vida Social Coletivizada pelas Redes se Organiza de Outros Modos

Adriana Pessôa da Cunha

Mestre em Políticas Públicas pela UERJ; especialista em Administração Pública pela UFF; colaboradora pela ESAF; servidora pública do Ministério da Fazenda; advogada pela UNIRIO; Rio de Janeiro, Brasil.

RESUMO: Este artigo discute as implicações das redes no mundo contemporâneo sob o prisma de novos espaços de atuação. A vida social coletivizada pelas redes se organiza de outros modos. O estudo cogita nova visão do conceito de cidadania, entendido numa nova dinâmica do coletivo, analisando a influência das redes refletida no poder de intervenção, reflexão e interconexão de relações sociais. O atual conjunto dessas expressões de comportamento coletivo define os contornos do que, para nós, significa uma reconfiguração em diversas esferas da sociedade: dos espaços de representação; na forma como o coletivo se relaciona nas cidades; nas relações de trabalho. A cidadania trabalhada no contexto das redes e numa cultura cada vez mais mediada por relações virtuais traz um marco analítico de novo tipo, dando-nos pistas de que a cidadania está se reconfigurando em suas bases, abrindo caminho para percepções de um novo protagonismo social. A produção de cidadania na era das redes trabalha sob o signo da lógica colaborativa, do

compartilhamento e da autonarrativa de representação. Essas novas experiências nos interrogam quanto ao sentido de uma cidadania ainda em formação.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Tecnologias da informação. Colaborativismo. Compartilhamento.

ABSTRACT: The paper discusses the implications of networks in the contemporary world in the light of new spaces of action. Social life collectivized by networks is organized in other ways. The study is considering a new vision of the concept of citizenship understood in a new team dynamic by analyzing the influence of networks reflected in the power of speech, thought and interconnection of social relations. The current set of these expressions of collective behavior defines the contours of our meaning of reconfiguration in various spheres of society: the representation spaces; in the way the collective relates within the cities; labor relations. Citizenship worked in the context of networks and in a culture increasingly mediated by virtual relationships brings a new kind of analytical framework, giving us clues that citizenship is reconfiguring its bases, leading to perceptions of a new social protagonist. Production of citizenship in the age of networks works under the sign of collaborative logic, sharing and self-narrative of representation. These new experiences make us wonder about the meaning of a still training citizenship setting up.

KEYWORDS: Citizenship. Information and Communication Technologies. Collaborationism Sharing.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo surge a partir da necessidade de entender a aproximação cada dia mais crescente da concepção das redes compreendendo as Cidades através dessa nova conexão e suas implicações sociais tanto em relação ao outro quanto no contexto institucional. A reflexão sobre o tema importa em uma mudança de paradigma, que, em nível institucional, trouxe nítidas e sérias ambiguidades, revelando um grande edifício ainda permeado de

porosidades e conceitos indeterminados gerados pelo universo organizado/desorganizado das cidades-redes-e-gov-mundo.

O modelo tradicional e hierárquico de cidade já não atende ao cenário complexo e em constante transformação dos dias de hoje. A Administração Pública passa por uma série de insuficiências e limitações para compreender o cenário que se forma de maneira desorganizada, dando margem à busca de novas formas e meios de se relacionar com os cidadãos/administrados. Nessa perspectiva, os espaços de atuação habilitados pelas redes sociais são tidos como poder de intervenção, reflexão e interconexão de relações sociais, políticas, econômicas e nas relações de trabalho.

A hipótese que norteia o estudo é a de que o atual conjunto desses espaços define os contornos de uma reconfiguração em diversas esferas da sociedade: na própria política das cidades, nos espaços de representação, na forma como o coletivo se relaciona nas cidades, nas relações de trabalho, na economia compartilhada, colocando a questão do coletivo em um novo registro de esfera pública. A cidadania trabalhada no contexto das redes e numa cultura mediada por relações virtuais traz um marco analítico de novo tipo, dando-nos pistas de que a cidadania está se reconfigurando em suas bases, abrindo caminho para percepções de um novo protagonismo social.

As redes¹ e mídias sociais proporcionaram o surgimento e a visibilidade de novos grupos e arranjos sociais. Uma nova dinâmica parece conceber um conceito de coletivo ressignificado, refletido como poder de intervenção e criação, produzindo nas práticas sociais novas formas de sentir, pensar, interagir e se relacionar, dando espaço para outras formas de experiência. Num universo de várias e novas narrativas, imagens e relatos, o rápido desenvolvimento concebido por essas redes de comunicação ampliou a dimensão das relações e das práticas sociais, possibilitando vínculos entre pessoas e organizações cuja comunicação passa a ser estabelecida por meio de outros referenciais de

¹ “Uma rede é um conjunto de nós interconectados. A formação de redes é uma prática humana muito antiga, mas as redes ganharam vida nova em nosso tempo, transformando-se em redes de informação energizadas pela Internet” (CASTELLS, 2003, p. 7).

tempo, lugar, espaço, imagem, sonoridades, sensibilidades e que parece indicar um possível e novo protagonismo social.

Vivemos hoje formas inusitadas de sociabilidade, provocadas pelas redes sociais. Essas redes estão se revestindo de um grande poder e estão se configurando em formas de intervenção e criação em vários aspectos, ressignificando o indivíduo tanto no contexto de situações de sua própria singularidade quanto em níveis mais coletivos de participação, seja política, econômica ou social, daí a imensa importância de entender essas novas expressões de comportamento coletivo e a que se propõem.

Já há algum tempo, para se pagar uma conta, não precisamos ir fisicamente até o banco, usa-se a rede on-line do banco onde será operada a transação financeira desejada. No domínio dos relacionamentos pessoais, para encontrar um novo amor ou simplesmente partilhar sentimentos e emoções passageiras, as redes se fazem igualmente presentes em endereços tais como: Par Perfeito, que cobra pelos serviços e faz parte do grupo Match.com, líder mundial em sites de encontros e relacionamentos, com usuários espalhados pela América Latina; Amores Possíveis, que disponibiliza a plataforma gratuitamente; o *Second Love*, voltado para homens e mulheres casados em busca de novas emoções. A chamada desse site é “Paquerar não é só para solteiros” e há cobrança de assinatura para utilização dos serviços de encontros. Há também o “G encontros”, um site de relacionamento gratuito voltado para encontros entre Gays, Lésbicas e Bissexuais. Esses sites amorosos permitem reunir pessoas que possuam a mesma afinidade e interesses na busca de relacionamentos, em variados formatos e estilos. Um dos aplicativos de relacionamento mais famosos do mundo, chamado Tinder, que funciona com uma conta no Facebook, virou uma febre também no Brasil. Em entrevista ao *Correio Braziliense*², Justin Mateen, cofundador da plataforma, disse que o aplicativo é uma nova experiência na interação humana,

2 Esta entrevista está no link: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/tecnologia/2013/12/11/interna_tecnologia,402827/aplicativo-tinder-vira-febre-no-brasil-confira-entrevista-com-o-cofundador.shtml.

tornando simples e eficiente o processo de conhecer uma nova pessoa. Além de cafés ou bares, você pode encontrar os indivíduos no Tinder e conhecê-los bem antes de sair para um contato físico. Basta ativar a localização em que a pessoa está, dizer a preferência por homens ou mulheres e, a partir daí, começam a surgir fotos de pessoas que estejam próximas fisicamente, com um raio de precisão acessado pelo sistema GPS do aplicativo. Se o usuário gostar, basta apertar no botão verde, caso contrário, no vermelho. Quando as duas pessoas pressionam o verde, elas podem começar a conversar, trocar ideias e, talvez marcar um encontro.

Se tomarmos como exemplo o campo dos serviços, para pegar um táxi basta operar a interface de um aparelho com tecnologia móvel, utilizando um dedo de uma das mãos e acessar aplicativos³ como *Easy Taxi*⁴ que, além de levar ao local de destino, oferece serviços adicionais de segurança, com rastreamento de passageiros, e programas que permitem que o pagamento seja gerado pela conexão em rede do aparelho do motorista com o do usuário, sem o uso de dinheiro ou cartão de crédito.

Além desses serviços, há parcerias com grandes empresas como Johnnie Walker, entre outras que, utilizando as redes sociais como forma de disseminar um estilo cultural, imprimem também suas marcas, ao concederem benefícios de desconto nas corridas de táxi àqueles que aderirem à campanha “HojeNãoDirijo”, voltada para o público que sai no fim de semana de táxi e não quer se arriscar na direção com uso de bebidas alcoólicas. Note-se que estilos culturais e comerciais convergem através das redes, agregando o valor de uma marca com a de um serviço de utilidade pública, construindo um forte apelo comercial ao unir “bebida” e “táxi”.

3 APplication – aplicativo. [Brasil] [Informática] Programa informático que visa a facilitar a realização de uma tarefa no computador, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013, <<http://www.priberam.pt/dlpo/aplicativo>> [consultado em 02-08-2015].

4 Easy Taxi, fundada em abril de 2012 no Rio de Janeiro, é um aplicativo gratuito de serviço mobile que permite a conexão entre taxistas e passageiros. Tornou-se pioneira no serviço de táxi online, o aplicativo está redefinindo o cenário de táxi globalmente. Disponível em <http://www.easytaxi.com/br/about-us>.

2. A QUESTÃO DOS APLICATIVOS DE SERVIÇOS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E A DISPUTA POR NOVOS ESPAÇOS

Hoje a *Easy Taxi* e *99Taxis* são os dois maiores aplicativos de táxis no Brasil. A *99Taxis*, criada em 2012, ainda não avançou no exterior, mas disputa a liderança do mercado com a *EasyTaxi*. Na disputa, surge uma concorrente de peso no mercado dos aplicativos de táxis. O *Uber*⁵, serviço de transporte alternativo que funciona também com base em aplicativo. A entrada do *Uber* desencadeou vários movimentos contrários de taxistas, com manifestações em várias capitais, como São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília, no sentido de que o aplicativo seja proibido. O argumento dos taxistas é que o *app* é ilegal na forma de concorrência desleal, já que pagam diversos tributos, taxas e licenças para serem regulamentados. O *Uber*, por sua vez, diz oferecer uma forma diferente de transporte, que ajuda na geração de renda para as pessoas e que sua proposta não é táxi, mas motoristas particulares que atendem a quem tem conta nesse aplicativo. Do lado dos usuários, os relatos são de que os carros do *Uber* são mais confortáveis e melhores comparativamente aos dos táxis convencionais. Os motoristas se vestem socialmente e andam com ar condicionado e com o *Waze*⁶ ligado em tempo real, além de oferecerem água e balas sem cobrar a mais nas corridas.

Trata-se aqui de um cenário novo em que outras formas de expressão do coletivo indagam a própria noção de público, de transporte coletivo, do uso desses espaços públicos dentro das cidades. A vida social coletivizada pelas redes se organiza de outros modos. Sem a mediação do Estado como regulador, novas propostas de interação nas cidades parecem romper com as tradicionais formas de convívio social. Esses aplicativos estão construindo uma fisionomia de relação em outro nível de trabalho e

5 Uber é um aplicativo de celular que conecta uma pessoa a um motorista particular. A referência descrita no site da Uber tem como propaganda na rede: "A escolha é algo maravilhoso".

6 Waze é um aplicativo de navegação de trânsito baseado em uma comunidade de motoristas que compartilham informações de trânsito das vias em tempo real.

de relação com a sociedade. Esse novo tipo de relação habilitado pelas redes nos remete à importância de se estudar a relação salarial no contexto da atualidade.

Um reflexo das redes no campo da participação política e construção coletiva pode ser sentido em campanhas de financiamento coletivo conhecido como *crowdfunding*⁷, com as quais as redes potencializam a divulgação de ideias em torno de interesses compartilhados, através de uma rede de influências de conhecidos diretos, sejam eles parentes ou amigos, e que acreditam naquele projeto e naquela ideia. Com essa rede, aberta e transparente, o *crowdfunding* promove projetos através de financiamentos coletivos on-line, em variadas áreas, tais como: cultura, cinema, meio ambiente, jornalismo, intervenção e criação em espaços urbanos, e até em campanha eleitoral na forma de captação de recursos financeiros⁸.

Nas eleições presidenciais nos EUA, em 2008, Barack Obama utilizou o *crowdfunding* para imprimir sua imagem na campanha eleitoral. Pelas redes sociais, os eleitores além de financiarem a eleição com pequenas quantias, sabiam quem estavam apoiando, e, o que é mais interessante, quanto havia de arrecadação. Assim, a campanha presidencial conseguiu, além de dinheiro, mais um milhão de colaboradores. Percebe-se com isso a imensa importância de entender essa dinâmica colaborativa em rede, que vai tomando relevo em conceitos como “micropatrocinador”, “mobilize” e “não sou conduzido, conduzo”⁹, inserindo-se em uma lógica de relação em que idealizar, realizar e intervir são elos de uma mesma rede de sentido e de mundo, como, por

7 Financiamento coletivo de um projeto ou de uma iniciativa através da angariação de contribuições monetárias de um número grande de pessoas com os mesmos interesses, realizada tipicamente pela internet e redes sociais. In Dicionário da Língua Portuguesa. Porto Editora. Disponível em: <<http://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/Crowdfunding>>

8 Dados da pesquisa Retrato do Financiamento Coletivo no Brasil entre 2013 e 2014, realizada pela comunidade de financiamento coletivo Catarse, apontam que entre as regiões brasileiras que mais participam do financiamento coletivo estão o Sudeste, com 63%; seguido do Sul, com 20%; Nordeste 9%; Centro-Oeste, 7%, e norte, 1%. Dados da pesquisa também apontam que 68% dos empreendedores entrevistados enxergam potencial de financiamento coletivo em seus negócios. 81% dos estudantes entrevistados estão interessados em empreender projetos próprios após se formarem. Disponível em <http://pesquisa.catarse.me/>.

9 O lema “Não sou conduzido, conduzo” assumiu o protagonismo da plataforma colaborativa nas redes. Disponível em: <<http://blog.catarse.me/sao-paulo-500-projetos-de-reflexao-intervencao-e-criacao-sobre-a-cidade/>>

exemplo, o acompanhamento do comportamento dos políticos, do andamento de projetos e dos custos dos projetos.

Em 2012, o projeto denominado “Voto Consciente Jundiaí”¹⁰, que tem como proposta difundir a participação coletiva nas eleições daquela região, conseguiu levantar, na plataforma Catarse¹¹, a soma de R\$ 25 mil com a ajuda de 241 pessoas que acreditaram naquela iniciativa e naquela ideia. No projeto, os cidadãos, chamados de “cidadonos”, apresentam ideias para melhorar a cidade e estas são apresentadas aos candidatos na época das eleições. Em seguida, esses candidatos, sabatinados publicamente sobre seus projetos, são acompanhados em sessões públicas da Câmara, sendo dessa forma envolvidos para o debate. As ideias são impressas em “fichas públicas” e viram ações de políticas públicas para a cidade. Contando com a participação de escolas e da sociedade, essas ações já envolveram sete mil pessoas em oficinas de debates.

Entretanto, apesar do forte potencial dessas ferramentas de financiamento coletivo, em termos de mobilização e de construção política, a sua transposição para o terreno eleitoral padece de incentivos e é ofuscada por grande parte das instituições jurídicas e dos partidos políticos. Em maio de 2014, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) vetou a possibilidade de arrecadação de campanha por site de financiamento coletivo. Os ministros da Corte entenderam que essa forma de captação não é possível porque a doação em campanha eleitoral deve ser feita diretamente do eleitor ao candidato, não admitindo intermediários. Por outro lado, os partidos não querem perder parte de sua arrecadação, que muitas vezes advém de doação direta de empresas em troca de pequenas doações de eleitores. Geralmente, nessas platafor-

10 Movimento fundado sob a perspectiva do voluntariado da cidade e que desde 2006 acompanha todas as sessões ordinárias da Câmara. O projeto foi bem-sucedido e financiado em 05.08.2014 com 183 apoios coletivos e R\$19.791 mil de arrecadação. Disponível em <http://www.catarse.me/pt/cidadonoseleicoes2014?ref=blog_cidadonos>

11 Catarse é uma comunidade de financiamento coletivo, fundada em 2011, disponibilizada em plataforma na Internet. Dados de dezembro de 2014 informam que já passaram na comunidade 2.700 projetos, dos quais 55% atingiram a meta do financiamento. Em 2014, foram 1.140 projetos finalizados, com a participação de 88.500 pessoas, que contribuíram com R\$12 milhões. Disponível em: <<http://blog.catarse.me/retrospectiva-dois-mil-e-catarse-r-1-milhao-por-mes/>>. Acesso em:

mas virtuais de financiamento coletivo, os patrocinadores são nominalmente identificáveis, sendo possível visualizar até o valor com que cada um contribuiu, se assim desejarem.¹²

Muito embora o sistema legal brasileiro não admita “intermediários” advindos de espaços como esses para captação de recursos de campanhas eleitorais, o atual processo de doação permitido na forma legal advém de vultosas somas oriundas de empresas ligadas a grandes grupos econômicos. A concentração de doações para campanha eleitoral tem origem em grandes setores da economia do país, como indústria de alimentos, setor financeiro, empreiteiras e o setor de mineração. O montante de recursos por empreiteiras liderou o ranking de doações na campanha presidencial de 2014. Juntas, as construtoras contribuíram com quase R\$ 300 milhões, ou 30% do total arrecadado.

As novas tecnologias também trouxeram impactos nos processos de trabalho, desencadeando uma série de influências sociais que afetaram os trabalhadores, sendo, por isso, de grande colaboração analisar como isso está acontecendo atualmente.

Castells (2013) situa esse debate no processo de transição histórica à medida que o progresso tecnológico de uma atividade para outra criaria, indubitavelmente, variações das estruturas do trabalho.

(...) essas tendências não se originam da lógica estrutural do paradigma informacional, mas são o resultado da reestruturação atual das relações capital-trabalho, com a ajuda das poderosas ferramentas oferecidas pelas novas tecnologias da informação e facilitadas por uma nova forma organizacional, a empresa em rede (CASTELLS, 2013, p.345).

Por certo, essa crise vem acompanhada de uma redefinição nas relações de trabalho, estatutos e regulamentos legitimadores

12 Gastos eleitorais de origem privada têm crescido num ritmo exponencial. Em 2002, os gastos declarados à Justiça Eleitoral por partidos e candidatos nas campanhas para deputado federal alcançaram R\$ 189,6 milhões; em 2010, esse valor chegou ao montante de R\$ 908,2 milhões, um crescimento de 479% em oito anos. Na mesma direção, as campanhas presidenciais, que custaram R\$ 94 milhões em 2002, alcançaram a cifra de R\$ 590 milhões em 2010, um crescimento de 627% em oito anos. Dados retirados da consultoria legislativa da Câmara dos Deputados Federais, fevereiro de 2014. Fonte: Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema3/2014_3.pdf >

de profissões e os espaços de representação. A erosão de direitos põe em questão formas de identidade construídas a partir do mundo do trabalho, colocando na ordem do dia a própria noção de cidadania, marcada por certas descontinuidades que se deram historicamente, fato apontado por Castells.

O processo de degradação dos eixos que se constituíam nos pilares da sociedade salarial vem pondo em xeque modos de socialização e formas de integração com base no trabalho, vem revertendo identidades, filiações, formas de coesão e de solidariedade (CASTELLS, 2012, p.16).

No Brasil, os movimentos sociais como “15M”, “*Não vai ter copa*” e “*Vândalo é o Estado*” fizeram uso das mídias utilizando as redes sociais através de *posts*, *tags*, vídeos e mensagens de texto para convocar o povo às ruas e juntos se tornarem protagonistas de seus embates contra o *status quo*.

O movimento “15M”¹³ organizou um ato público para o dia 15 de maio de 2014, citado como Dia Internacional de Lutas contra a Copa, ao qual compareceram cerca de 21 mil pessoas, distribuídas em sete estados do país¹⁴. Essas comunidades virtuais se propõem a fazer denúncias sobre violações de direito e mau uso de dinheiro público. No caso da Copa do Mundo no Rio de Janeiro, a perda de popularidade desde o início dos protestos fez algumas empresas repensarem estratégias de eventos ligados ao torneio, temendo a repercussão dessas manifestações.

Na chamada “Primavera Árabe”, também houve forte influência das redes sociais na onda de protestos que eclodiu em 2011, nos quais milhares de egípcios foram protagonistas, com vídeos e postagens via Internet cobrindo as mobilizações no Oriente Médio.

Wael Ghonim, executivo do Google, em entrevista à rede de TV americana CNN, afirma que o movimento da Primave-

13 O movimento do Brasil se espelhou no 15M que aconteceu na Espanha em 2011, organizado pela Internet para protestar contra a crise econômica e pedir a instalação de uma democracia mais participativa. O movimento mantém atividades de protestos até os dias de hoje.

14 Essa informação está disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,atos-contra-copa-tem-baixa-adesao-mas-governo-federal-mantem-alerta,1167296>>.

ra Árabe teve início em junho de 2010 no Facebook¹⁵, quando centenas de milhares de egípcios começaram a colaborar com o conteúdo na Internet¹⁶.

Já para Sami Ben Gharbia, cofundador do blog Nawaat, ao se referir ao movimento da Primavera Árabe e às redes sociais, disse que “essa foi a caixa de ressonância da luta nas ruas”¹⁷. Esses canais são usados para marcar encontros por ativistas e para disseminação de informação sobre lugares, horário dos protestos, formas de vigilância da atuação da polícia no local com fotos e vídeos, e debates com resumo sobre detidos ou eventos de violência ocorridos nos protestos.

3. O TRABALHO E AS REDES

O trabalho representa o movimento de pertencimento e de integração do indivíduo à sociedade. O trabalho humano e suas práticas vêm sendo transformadas ao longo do tempo por conta das inovações tecnológicas que estão introduzindo a mente humana no bojo da organização da produção e no padrão de trabalho. As novas bases do sistema produtivo estruturadas numa economia da comunicação, informação e conhecimento, alteraram o perfil das ocupações e das forças de trabalho, gerando desemprego e precarização e alterando formas de contratação, antes baseadas na produção em massa, fato que acarreta mudanças drásticas pelo esvaziamento de determinadas funções.

Outra formulação acerca do paradigma do informacionismo é o que tende a considerar uma supremacia do setor de serviços e os tidos “intangíveis” em detrimento do setor da in-

15 Facebook é um site de serviço de rede social, lançado em 4 de fevereiro de 2004, de propriedade privada da Facebook Inc. Em 4 de outubro de 2012 o Facebook atingiu a marca de um bilhão de usuários ativos, sendo por isso a maior rede social em todo o mundo. Em média, 316.455 pessoas se cadastram por dia no Facebook, desde sua criação em 4 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Facebook>>

16 O sociólogo francês Alain Touraine, em artigo publicado no jornal **La Republica**, em 30.07.2011, afirma: “É indispensável compreender esses movimentos que marcam uma profunda ruptura na vida política de inúmeros países (...) de fato, esses movimentos que surgiram principalmente graças à comunicação direta através das redes sociais como o **facebook** ou o **twitter** não foram definidos com clareza suficiente pela mídia e em particular pela televisão”. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/45954-o-que-restara-dos-indignados-da-europa-artigo-de-alain-touraine>>

17 < Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a-revolucao-das-redes-sociais>>

dústria. O setor produtivo de serviços vem compreendendo um segmento de desenvolvimento cada vez maior na economia e na geração de renda e emprego¹⁸. Pode-se entender dessa reflexão que a aplicação de conteúdos de tecnologia da informação ao suporte material de setores da economia se traduz na aplicação variável de tecnologias, como o uso de softwares, aplicativos, dispositivos de nanotecnologias, redes de sensores, geolocalização, biotecnologias, utilizadas em diversos segmentos da economia.

A introdução das tecnologias da informação trouxe um novo modelo de relações entre produção, consumo e mão de obra. Em decorrência, os parâmetros do processo produtivo introduziram uma nova divisão do trabalho, sob o paradigma de uma sociedade informacional baseada na integração entre máquinas e equipamentos em computadores na organização da produção.

Capra (2001) entende que essa nova economia se estruturará não somente em torno de fluxos de informação, mas também em fluxos de poder e riqueza que correm pelas redes financeiras globais. Esse mecanismo de ação depende em grande medida das mais avançadas tecnologias de informação e comunicação, formadas e moldadas fundamentalmente por máquinas.

A enorme carga de trabalho dos executivos atuais é mais uma das consequências diretas do conflito entre o tempo biológico e o tempo dos computadores. O trabalho deles está cada vez mais computadorizado; e à medida que a tecnologia dos computadores progride, essas máquinas trabalham cada vez rápido e assim economizam cada vez mais tempo. A questão de saber o que fazer com o tempo que sobra se torna uma questão de valores. O tempo pode ser distribuído entre os indivíduos que compõem a organização – criando-se um tempo para que eles reflitam, organizem-se, façam contatos e reú-

¹⁸ De acordo com dados da Pesquisa Anual de Serviços (PAS) do IBGE – Instituto Brasileiro de Engenharia e Estatística, no Brasil, a participação no PIB do setor produtor de serviços segundo as contas nacionais situou-se em 58,3% em 1999, respondendo por 57,2% da absorção de mão de obra na economia. A PAS constitui fonte de dados setoriais do comportamento do mercado formal sob a ótica da oferta de serviços. Seus resultados referem-se às empresas atuantes em atividades de serviços mercantis não financeiros, abrangendo as atividades de alojamento e alimentação, transportes e serviços auxiliares dos transportes, correio e telecomunicações, informática, serviços imobiliários e de aluguel de bens, serviços prestados principalmente às empresas e outras atividades de serviços (serviços auxiliares financeiros, representantes comerciais e agentes do comércio, serviços auxiliares da agricultura, serviços recreativos, culturais e desportivos e serviços pessoais).

nam-se para conversas informais – ou pode ser subtraído da organização e transformado em mais lucro para os acionistas e executivos de primeiríssimo escalão – obrigando-se as pessoas a trabalhar mais e, assim, aumentar a produtividade da empresa. Infelizmente, a maior parte das empresas da nossa tão admirada era da informação optaram pela segunda alternativa. (CAPRA, 2002, p. 137).

3.1 O Uso de Tecnologias em Outras Áreas, como as Escolas, e a Experiência do Exoesqueleto na Copa do Mundo

A aplicação de novas tecnologias de comunicação ao suporte material de outras áreas tem aprofundado vários estudos, conectando corpos, máquinas e equipamentos cada vez mais parecidos com as pessoas. Um exemplo que ficou muito conhecido foi a utilização do exoesqueleto na Copa do Mundo realizada no Brasil em 2014. Com a utilização de uma interface cérebro-máquina, através de estímulos captados por eletrodos que devolvem a informação ao paciente, foi possível fazer o retorno da informação através do cérebro, em interação com um computador¹⁹.

Inúmeras são as transformações ocorridas em decorrência dos atuais sistemas de informação, em diversos campos de atividade econômica. Sobre a introdução de tecnologias da informação ao suporte material de áreas da atividade humana, Castells pontua:

Software para computadores, produção de vídeos, projeto de microeletrônica, agropecuária com base em biotecnologia e muitos outros processos cruciais característicos das economias avançadas juntam, irremediavelmente, seu conteúdo de informação ao suporte material do produto, impossibilitando a distinção dos limites entre “bens” e “serviços” (CASTELLS, 2013, p. 269).

A rápida capacidade de se comunicar mediada por essas tecnologias (smartphones, aparelhos que integram telefonia,

¹⁹ Um computador central decodifica os sinais recebidos e devolve ao paciente, por meio do exoesqueleto, a informação de movimento, permitindo a possibilidade de movimento a quem já o perdeu (p.ex. paraplégicos).

internet, televisão, câmeras de alta resolução, gravadores de áudio e geolocalização, redes de computadores, redes sociais, perfis individuais, blogs e fotoblogs), seja na forma escrita, pictórica ou visual, acarreta a possibilidade de uma penetração comunicacional e uma conectividade em nível global que transforma a comunicação em todas as suas faces, tanto culturalmente quanto socialmente.

Dados do IBGE sobre indicadores de acesso à Internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal obtidos a partir das informações da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD 2011) mostram que, em 2011, 77,7 milhões de pessoas de 10 anos ou mais de idade acessaram a Internet no período de referência nos últimos três meses. Esse contingente equivalia a 46,5% do total da população de 10 anos ou mais de idade. Em 2009, o número de internautas foi estimado em 67,7 milhões, representando 41,6% da população-alvo. Nos anos de 2008 e 2005, estes totais foram estimados em 55,7 milhões (ou 34,7% da população-alvo) e 31,9 milhões (ou 20,9% da população-alvo), respectivamente. De 2005 para 2011, a população de 10 anos ou mais de idade (população em idade ativa) cresceu 9,7%, enquanto o contingente de pessoas que utilizaram a Internet aumentou 143,8%, ou seja, em seis anos o número de internautas no país cresceu 45,8 milhões²⁰. Esses sistemas de comunicação estão caminhando cada vez mais para a convergência tecnológica, unindo e conectando não somente pessoas, mas também dados, como *tweets*, mensagens, *posts* em redes sociais, vídeos, geolocalizações e até comportamento de clientes²¹.

Assim, um universo de fluxos globais de informação, signos e linguagens fez com que determinados regimes de identificação do cotidiano, como o tempo da escola, do trabalho e o

20 Este estudo foi desenvolvido com base nos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD realizada em 2005, 2008, 2009 e 2011. Foi perguntado para todos os moradores com 10 anos ou mais de idade, com base na data da entrevista, se tinham acessado a Internet nos últimos três meses em qualquer local, lembrando que as entrevistas da PNAD são realizadas sempre no último trimestre de cada ano. http://ftp.ibge.gov.br/Acesso_a_internet_e_posse_celular/2011/PNAD_Inter_2011.pdf.

21 No terremoto do Haiti em 2010, pesquisadores americanos perceberam antes de todo mundo a diáspora de Porto Príncipe por meio dos dados de geolocalização de 2 milhões de chips SIM de celulares, facilitando a atuação da ajuda humanitária. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/infograficos/bigdata/>

tempo doméstico se desterritorializassem, criando nova relação com o tempo e com o espaço. Diferentemente das formas de organização da vida em unidades de blocos de tempo sequencialmente previstos e organizados.

Guy Standing (2013) entende da seguinte maneira o que a sociedade de mercado global está fazendo com a nossa percepção de tempo:

Historicamente, cada sistema de produção tinha como estrutura norteadora um conceito específico de tempo. Na sociedade agrária, a tarefa e o trabalho eram adaptados ao ritmo das estações e das condições climáticas. Qualquer ideia de um dia de trabalho normal de 10 ou 8 horas teria sido absurda. Não havia sentido em tentar arar a terra ou fazer a colheita sob uma chuva torrencial. O tempo podia não esperar pelo homem, mas o homem respeitava seus ritmos e variações espasmódicas. (STANDING, 2013, p.178).

Percebe-se, assim, que a organização da vida, anteriormente regulada e disposta em blocos de hora como hora de trabalhar, hora de estudar, hora de socializar, está sendo construída em uma relação tempo-espaço totalmente diferente da produção regulamentada pelo tempo e pelo espaço limitado em lugares físicos e restritos, sendo esses referenciais alterados substancialmente com forte impacto nas cidades e nas relações que se estabelecem a partir do contato com o outro e com o sentido de pertencimento social.

O funcionamento da sociedade e da produção era baseado em blocos de tempo, junto com ideias de locais de trabalho e de moradia fixos. Durante a vida, as pessoas frequentavam a escola por um curto período, depois passavam a maior parte da vida trabalhando e depois, se tivessem sorte, tinham um curto período de aposentadoria. Durante seus “anos de trabalho”, acordavam de manhã, trabalhavam por 10 ou 12 horas, ou pelo tempo que estivesse estabelecido em seus contratos vagamente definidos, e depois iam para “casa”. Havia “feriados”, mas eles encolheram durante a industrialização e foram substituídos gradualmente por curtos blocos de férias. Em-

bora os padrões variassem por classe e gênero, o importante é que o tempo era dividido em blocos. A separação de “local de trabalho” e “local de moradia” fazia sentido (STANDING, 2013, p.179).

Novos comportamentos também se fazem presentes no setor da educação em relação ao tempo. Nessa linha, dados do Censo da Educação Superior de 2013 divulgados pelo Ministério da Educação apontam que, no segmento da EAD – educação a distância –, no período entre 2011-2012, as matrículas avançaram 12,2% nos cursos a distância e 3,1% nos presenciais. Com esse crescimento a modalidade a distância já representa mais de 15% do total de matrículas em graduação²².

Segundo dados do Censo da Educação Superior divulgados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP –, um terço do crescimento de matrículas no ensino superior entre 2003 e 2013 foi registrado nos cursos de educação a distância, majoritariamente na rede privada. O número saltou de 49.911 em 2003 para a cifra surpreendente de 1.153.572 matrículas em 2013.

Zygmunt Bauman (1999) identifica que, com o advento das redes, certos significados geradores de comunidade se tornaram “extraterritoriais”. Isso tem um reflexo direto no contexto das cidades.

Planejado, o espaço moderno tinha que ser rígido, sólido, permanente e inegociável. Concreto e aço seriam a sua carne, a malha de ferrovias e rodovias, os seus vasos sanguíneos. A totalidade social devia ser uma hierarquia de localidades cada vez maiores e mais inclusivas, com a autoridade supra-local do Estado empoleirada no topo, supervisionando o todo e ao mesmo tempo protegida da vigilância cotidiana. Sobre esse espaço planejado, territorial-urbanístico-arquitetônico, impôs-se um terceiro espaço cibernético do mundo humano com o advento da rede mundial de informática. Ela emancipa certos seres humanos das restrições territoriais e torna extraterritoriais certos significados geradores de comunidade – ao mesmo tempo em que desnuda o território, no qual outras pessoas

22 Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/visualizar/-/asset_publisher/6AhJ/content/brasil-teve-mais-de-7-milhoes-de-matriculas-no-ano-passado#>

continuam sendo confinadas, do seu significado e da sua capacidade de doar identidade (BAUMAN, 1999, p. 24-25).

O contexto da globalização²³ remete assim a um padrão de sociabilidade baseado no individualismo em perspectiva com uma nova noção de espaço e tempo.

Com o cotidiano das pessoas atravessado por sistemas de comunicação interativos, os espaços se interpenetram a cada instante e as comunicações nas cidades são redefinidas pela difusão dessa lógica da mobilidade.

4. OS *VIRTUAL OFFICES* COMO NOVOS MODOS DE INTERAGIR NAS CIDADES

Com os avanços cada vez mais intensos em telecomunicações, o aparecimento de verdadeiras unidades de escritório automatizadas em redes intensificou a concepção de empresa em unidades descentralizadas²⁴. A organização do trabalho sob esse enfoque revolucionou a ideia de trabalho desenvolvido dentro das cidades em escritórios fisicamente localizados. Formando uma rede interativa com capacidade de se comunicar em tempo real, processar a informação, se comunicar e até tomar decisões de forma compartilhada, essas unidades descentralizadas favorecem a ideia de deixar a empresa cada vez mais flexível, com contratos de trabalho também mais flexíveis.

Segundo a Associação dos Centros de Negócio e Escritórios Virtuais (ANCNEV), o setor cresce, em média, 30% ao ano. Já são mais de 990 salas e cerca de 79 mil usuários em todo o Brasil. A

23 Zygmunt Bauman assina em seu livro *Globalização: "A globalização tanto divide quanto une (...). Ser local num mundo globalizado é sinal de privação e degradação social. Os desconfortos da existência localizada compõem-se do fato de que, com os espaços públicos removidos para além do alcance da vida localizada, as localidades estão perdendo a capacidade de gerar e negociar sentidos (...)"* (BAUMAN, 1999, p. 8).

24 O chamado "*virtual office*" oferece toda a estrutura de um escritório, sendo o pagamento para utilização feito em blocos de horas, sem exigências contratuais de fiança ou garantias dos contratos de locação convencional e com flexibilidade e sem o ônus de manter uma estrutura física ociosa em períodos de férias ou viagens. Já os *coworkings* são escritórios coletivos onde existe um rateio de todas as despesas, por um custo muito mais baixo, de toda a infraestrutura de um escritório convencional, só que pagando pelo tempo em que usar e usando quando quiser. A possibilidade de relacionamento também atrai o segmento, já que, no escritório compartilhado, os inquilinos são pequenos empresários ou recém-formados, e os espaços são compartilhados por outros inquilinos que compartilham cadeiras, mesas, internet, telefone, armários, cafezinho e ainda tem uma área externa para reuniões. Disponível <<http://g1.globo.com/economia/pme/noticia/2011/10/pequenos-empresarios-lucram-com-escritorios-virtuais-e-coletivos.html>>

pesquisa aponta que, além da economia nos custos, a falta de mobilidade das grandes cidades é um dos motivos para o crescimento do setor, já situado em cerca de 40% em escritórios virtuais, estando concentrado na região Sudeste, como é o caso do Rio de Janeiro.²⁵ Isso trouxe dispensa de grande parte de trabalhadores, redução de custos de mão de obra e aumento do capital.

5. CONSIDERAÇÃO FINAIS

A tarefa empreendida neste estudo é olhar os momentos de ruptura em torno da noção de cidadania gestados ao longo do tempo, que marcaram e ainda marcam transformações profundas nas relações, para problematizar e entender o que está sendo posto no agora. Vivemos hoje a desfiliação das relações quase em todos os campos: nas cidades, social, trabalhista, político, nas relações familiares, na escola, no trabalho, na carreira profissional. Até no campo do relacionamento amoroso vivem-se hoje novas configurações de parceria, ou seja, esse processo foi sendo gestado ao longo do tempo. Trata-se, pois, de movimentos desencadeados há tempos, que demoliram aspectos da cidadania resultante de mutações profundas, operadas nas últimas décadas, cujo sentido e alcance se origina com a introdução de novos métodos na era industrial em favor da automação e de novas relações no campo do trabalho, na política, na família e no seio das relações sociais. Esses fatos foram se dando historicamente de modo que esse fenômeno não é novo e vem colocando desafios à construção da noção de cidadania enquanto elemento integrador. De modo que novas bases de pertencer foram aos poucos se formando, demolindo determinados aspectos de pertencimento e acolhimento que tradicionalmente uniam os indivíduos.

A desfiliação advinda da quebra desses laços trouxe fortes rupturas ao sistema comum de pertencimento comunitário. O trabalho sob a forma de emprego estável permitiu a filiação ao exercício da cidadania e ao regime de proteção advindo dessa relação, ou seja, a forma de integração via trabalho, e ao status

²⁵ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/emprego/cresce-uso-dos-chamados-escritorios-virtuais-14058722>>

de cidadania. As proteções foram sendo vinculadas às posições ocupacionais de trabalho e por onde o eixo estruturante de cidadania se consolidou como forte componente de integração.

Hoje a solução é completamente inversa. A desfiliação de nossos dias é uma realidade que se produz em diversas esferas das relações sociais, profundamente sentida nos laços construídos no mundo do trabalho. Esse mecanismo é ainda tão forte e potente nos dias de hoje, que as pessoas que não têm trabalho se sentem duplamente desencaixadas, sem proteção e buscam a redenção num sonho de pertencimento cada vez mais transitório e distante. Essa forma de integração se fundiu como mecanismo tão potente como matriz existencial, que as discontinuidades que se deram são ainda muito fortes nos dias de hoje, na medida em que seus traços se fazem presentes quando hoje as pessoas sem trabalho sentem-se sem chão e sem horizonte.

É sob essa perspectiva que se alerta sobre a necessidade de invenção de novas relações nas redes. A partir disso, suscita-se que o modelo de cidadania tradicional parece estar se esgotando, e isso não é um fenômeno que advém da atualidade de nossos dias. As transformações se dão por movimentos caóticos. Hoje temos uma nova dinâmica das cidades de um protagonismo que ainda está se formando e pode vir a se constituir em resposta às exigências da contemporaneidade. Avista-se o surgimento de uma nova linguagem, menos convencional, uma fala que interroga, que diz e mostra, teatraliza e mente e que, de certa forma, também faz referência às exigências da contemporaneidade em que o sujeito se apresenta fragmentado e ambivalente, repleto de infinitas identidades.

Embora a cidadania continue ainda referência como modo de pertencer enquanto matriz institucional, agora ela quer ser outra e pertencer de modos novos. Parece-nos que essa cidadania quer se mostrar não somente como um Estado-nação, mas como um Estado-nação emergente, com formas de deliberação para dar conta das questões do dia a dia e da diversidade e não somente circunscrita a uma tímida e aparente democracia repre-

sentativa, mas presente nos espaços des-hierarquizados, realizada em gestão de novas cidades, numa linguagem formada pelos próprios atores, com suas críticas, sugestões e escolhas, como elemento da própria dinâmica da sociedade, advindo de um senso comum de problematização. Há movimentos nas redes que parecem corresponder às novas exigências da contemporaneidade em novos espaços de representação. Nesse início de século XXI, percebe-se que os sujeitos coletivos são os protagonistas reais dos acontecimentos, são criadores, produtores e atores de sua história autonarrativa e, paralelamente, transitam nesse mundo dotado de profunda ambivalência e solidão, em busca de abrigos possíveis e estáveis.

Podemos estar sendo configurado um novo mandamento de relações, e não surpreende que novas instituições deem passagem a um novo paradigma e um novo coletivo de representações, com enorme potencial de invenção e criando um ambiente novo para a cidadania e para as cidades.

É preciso pensar esses novos territórios existenciais por meio de uma reflexão do que é cidadania hoje.

Cabe a pergunta: cidadão é só local ou ele é global?

Podemos pensar que hoje nossas escolas são outras. A escola idealizada na sociedade industrial, pautada pelos ideais e compromissos da sociedade moderna, era configurada para fazer frente a métodos e atividades educativas com o propósito de responder ao projeto histórico da sociedade moderna e do Estado-nação. Como resultado, a escola era tida como verdadeira máquina de ensinar, com divisão por lugares fixos e individuais, a disciplina rígida com horários predeterminados e a vigilância constante de um professor em sala de aula, que impunha sua hierarquia e poder de obediência aos alunos. A escola foi uma das instituições de confinamento, assim como a fábrica, os hospitais e o seio do lar doméstico por onde se engendraram diversos moldes, *corpos dóceis e úteis* formatados para funcionar e pôr em funcionamento as engrenagens do capitalismo industrial: “À última pancada do relógio, um aluno baterá o sino, e, ao primeiro

toque, todos os alunos se porão de joelhos, com os braços cruzados e os olhos baixos” (FOUCAULT, 2013, p. 145). Esses métodos eram sustentados com o rigor das disciplinas, organizando os alunos em “celas” e em “fileiras” na sala, nos corredores e nos pátios com métodos do controle do tempo. O canto do hino nacional diariamente e repetidamente era obrigatório e semeava as reverências pátrias como bons alunos patriotas do Estado-nação.

Hoje a escola está em crise e traz à cena a falência desse modelo. De um lado, muros, salas de aula e carteiras enfileiradas; de outro, as redes em espaços des-hierarquizados. De um lado, telas em tempo real com recursos audiovisual, livros e cadernos digitais; de outro, quadros-negros e giz. De um lado, paredes amareladas; de outro, o espaço global, livre e desinteressado das redes. A escola conectada com aparelhos ligados à internet e telefones celulares cada vez mais modernos e coloridos se contrapõem à rigidez e opacidade do já amarelado instituto chamado “escola”. Os alunos de hoje são outros, incentivados pela lógica do mundo das redes, mas vigiados com câmeras dispostas em cada canto do pátio da escola. Os cantos das escolas ainda são zelosamente preservados, enquanto as redes convidam alunos e professores para novas dinâmicas da contemporaneidade. Isso cria uma enorme crise institucional e existencial, na medida em que o indivíduo se apresenta livre em suas escolhas, mas preso ao nível dos padrões estabelecidos de outrora. Precisamos refletir sobre o que a escola representa hoje, disseminada numa ideologia colaborativa de conhecimentos, mas ainda moldada e presa entre paredes. Deixamos, então, a pergunta: a escola só existe entre paredes ou pode conter uma dimensão de ensino trans-muros? ❖

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003.

_____. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Trad. Maria Luiza X. de A.

Borges. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003. Tradução de: *The internet galaxy: reflections on the internet, business and society*.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2013.

DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: _____. **Conversações: 1972-1990**. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: 34, 1992. p. 219-226. (Coleção TRANS).

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia 2**. São Paulo: 34, 1995. v. 2. (Coleção TRANS).

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

HABERMAS, Jürgen. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. **Novos Estudos**, n. 43, p. 87-101, nov. 1995.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 1996.

SIBILIA, Paula. A construção de si como um personagem real: autenticidade intimista e declínio da ficção na cultura contemporânea. **Revista ECO Pós**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 22-46, 2012.

_____. **Redes ou paredes**: a escola em tempos de dispersão. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

STANDING, Guy. **O precariado**: a nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. (Invenções democráticas, v. 4).

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

Validade Extraterritorial do Acordo de Mediação de Conflitos em Câmara Privada

Ana Cristina Freire Lima

Advogada - Fundadora da Mediato - Mediadora pelo Método Harvard de Negociação - Mediadora com certificação avançada pelo Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos (ICFML) - Mediadora Judicial certificada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Especialista em Meios Adequados de Solução de Conflitos Humanos e Mestranda em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais pela Escola Paulista de Direito.

Edivaldo Alvarenga Pereira

Facilitador de Diálogo em Círculos Restaurativos - Professor do Curso de Formação de Mediadores da AB-CMRJ, em parceria com a OAB/RJ - Mediador Judicial Sênior certificado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Bacharel em Direito - Especialista em Mediação e os Métodos Adequados de Solução de Conflitos - Pós-graduado em Direito Notarial e Registral e em Gestão Empresarial.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo elucidar a validade extraterritorial do acordo de mediação realizado em câmara privada, independentemente do domicílio das partes ou da cidade em que ocorreu o fato. A eficácia contra terceiros da mediação privada independente de homologação judicial, exceto quando a lei exige, restando saber qual é o juízo competente. A Lei de Mediação, 13.140/2015, em seu artigo 3º, §2º, determina que os acordos que tratam de direitos indisponíveis, *id est*, mas que podem negociar ou transigir, deverão ser homologados pelo juízo competente e passar pelo crivo do Ministério Público. No

entanto, a Lei se abstém de informar qual é esse juízo competente. A tendência é que tais conflitos sejam *desjudicializados*, como determina o § 3º, artigo 3º, do Código de Processo Civil Brasileiro, e remetidos às câmaras privadas de mediação para solucionar o litígio. O que dá segurança jurídica para as partes é o termo do acordo de mediação, e não o local da sua homologação.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação; Conflito; Territorialidade; Homologação; Desjudicialização.

SUMMARY: This article aims to elucidate the extraterritorial validity of the mediation agreement held in a private chamber, regardless of the domicile of the parties or the city where the event occurs. The effectiveness against third parties of private mediation regardless of judicial approval, except when required by law, and it remains to be seen which competent court. The Mediation Law, 13,140 / 2015, in its article 3, paragraph 2, determines that agreements that deal with unavailable rights, *id est*, but which can be negotiated or compromised, must be approved by the competent judges and pass the scrutiny of the D.A. Office. However, the law refrains from informing which is this competent court. The tendency is for such conflicts to be dismissed, as determined by § 3, article 3, of the Brazilian Code of Civil Procedure, being referred to the Municipal Chambers of mediation to resolve the dispute. What gives legal certainty to the parties is the term of the mediation agreement, and not the place of its approval.

KEYWORDS: Mediation; Conflict; Territoriality; Homologation; De-judicialization.

Introdução

Muito se tem falado sobre mediação e os métodos adequados de resolução de conflitos no Brasil e em boa parte do mundo. É o tema da atualidade. Mas poucas pessoas ou entidades estão dispostas a encontrar uma solução amigável para o problema através das formas pacíficas de resolução de conflitos.

Estamos acostumados a ter alguém decidindo por nós. Tanto no âmbito familiar matriarcal quanto no patriarcal, encontramos a figura que decide e dá as ordens. Mesmo uma sentença prolatada por um juiz togado nem sempre é suficiente para satisfazer as vontades das partes litigantes, pois não consegue tratar os sentimentos dos indivíduos nas decisões proferidas. Daí a persistência do conflito dentro da sociedade.

Com o advento da Lei 13.140, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, o Brasil deu o passo inicial para tentar tirar do Judiciário os conflitos que surgem ao decorrer da vida, deixando para o Judiciário as questões mais complexas e questões que tratam de direitos indisponíveis.

São consideradas situações complexas os casos em que o desfecho não depende de diálogo, pois tem como consequência danos irreparáveis. Entende-se por direitos indisponíveis aqueles de que a pessoa não pode abrir mão, como o direito à liberdade, à saúde, à vida e à dignidade.

Portanto, a mediação e os métodos adequados para resolução de conflitos poderão ser usados na esfera cível, consumista, penal, empresarial e trabalhista, sendo esse rol meramente exemplificativo.

Espera-se que com este presente artigo possamos dar um passo mais audacioso para que os Tribunais reconheçam a *validade extraterritorial do acordo de mediação de conflitos em câmara privada*, chancelando assim o princípio da *autonomia da vontade das partes*, estabelecido na Lei de Mediação.

CONTEXTUALIZAÇÃO

O procedimento de Mediação

Cumprido, em primeiro lugar, analisar o contexto histórico-temporal da lei para melhor entender. A Lei de Mediação (Lei 13.140, de 26 de junho de 2015).

Afinal, quando surge um conflito, os envolvidos poderão resolvê-lo pelos diferentes meios: a) Jurisdição estatal: resolução do conflito mediante uma ação que será julgada pelo Poder Judiciário; b) Jurisdição privada por meio da arbitragem, que corresponde a uma técnica de solução de conflitos pela qual os envolvidos aceitam que a solução de seu litígio seja decidida por meio de uma terceira pessoa, imparcial e de sua confiança, ou por meio da mediação, através da qual as partes constroem juntas a solução mais adequada para o seu conflito, com a ajuda de um facilitador, ou seja, o mediador.

É verdade que existe uma estridente discussão doutrinária sobre se a arbitragem pode ser considerada como jurisdição ou se seria somente um mero equivalente jurisdicional.

E, nesse sentido, Didier¹ afirma que a arbitragem é jurisdição, ao passo que Marinoni² sustenta exatamente o oposto.

A arbitragem *ab initio* possuía um caráter privatista tanto em sua origem, por ser decorrente de acordo entre as partes, como também por conta dos árbitros, uma vez que estes não têm o poder de executar suas decisões.

De fato, com advento da Lei 9.307/1996, que equiparou a sentença arbitral à sentença judicial, instituindo-a como título executivo judicial, sem a necessidade de homologação judicial, ficou quase que inviável não reconhecer a natureza jurisdicional da arbitragem.

A arbitragem é regulada pela Lei 9.308/1996, que sofreu recente alteração pela Lei 13.129/2015, sendo cada vez mais valorizada, seja pela celeridade que oferece, seja pela rapidez na execução de sua decisão.

Quanto à autotutela, é a solução imposta por meio da força (física, moral, econômica e política, entre outras) por um dos litigantes contra o outro. Em linguagem popular, significa mesmo fazer justiça pelas próprias mãos.

1 DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5ª Edição revista, atualizada e compilada.

Em regra, a autotutela é proibida, podendo até configurar crime, a depender da situação. Porém existem algumas notórias exceções em que a autotutela é permitida. Exemplos: desforço *incontinenti* do possuidor turbado ou esbulhado, a legítima defesa e o direito de retenção.

Na conciliação, ocorre quando um terceiro, o conciliador, atua como intermediário entre as partes, procurando facilitar o diálogo e a fim de se chegar à autocomposição. A conciliação é regulada pelos artigos 165 a 175 do CPC/2015.

A composição e a mediação são, de fato, muito semelhantes. A diferença está apenas na técnica que é usada pelo CPC de 2015, em seu art. 165, §§ segundo e terceiro, que prevê as sutis diferenças.

Em verdade, o conciliador tem uma participação mais ativa no procedimento de negociação e atua preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre os envolvidos, e pode até sugerir soluções possíveis para compor o litígio.

Já o mediador é quem auxilia os envolvidos a melhor compreender as questões que envolvem o conflito de interesses, de maneira que possam, pelo restabelecimento da comunicação, do diálogo, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Os meios utilizados para realização da Sessão de Mediação (ODRS)

A mediação pode ocorrer tanto no âmbito judicial como também no extrajudicial. Essa última ocorre quando as partes optam por tentar resolver o conflito por meio da mediação antes de ingressarem na judicialização do conflito de interesses.

A mediação judicial³ é que ocorre após a ação já ter sido proposta, quando então as partes tentam um acordo facilitado pelo mediador.

³ De acordo com a Lei da Mediação, a Resolução 125/2010 do CNJ e ainda o CPC/2015, devem o mediador e o conciliador ser submetidos à capacitação, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça.

O mediador extrajudicial poderá ser qualquer pessoa capaz que tenha confiança das partes e que seja devidamente capacitada para realizar a mediação. Não se exige que esteja vinculado a qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou mesmo associação de mediadores. Na mediação extrajudicial, as partes é que são responsáveis pela escolha livre da pessoa do mediador.

A mediação, neste momento contemporâneo, vem resgatando o seu lugar que historicamente sempre esteve presente na civilização humana, pois, em alguns registros foi a fonte primitiva de distribuição de justiça, resgatando, pela via de afeto e do sentimento, a convivência harmoniosa e a recuperação dos conflitos.

Jean Carbonnier⁴ foi um civilista que ineditamente adotou o caráter interdisciplinar em plena década de 1960, quando surgiu a doutrina moderna, pois enfatizou o estudo do Direito no enfoque dado pelo conhecimento da Sociologia e pela proximidade existente entre Direito e Biologia.

Indissociável o elo entre Direito e o processo das ciências, especialmente as biológicas, o que trouxe novos paradigmas, principalmente para o Direito de Família. Afinal, a vida em sua ampla expressão precede o Direito, daí entendê-lo como decorrente da Biologia.

A modernidade líquida, com sua ambiguidade, incide na mediação considerada como fruto da pós-modernidade, pois, por um lado, significa justiça popular e, por outro lado, por um juiz do Estado de Direito, atua como protetora dos hipossuficientes.

Pode-se afirmar que a mediação familiar é interdisciplinar e retrata bem a doutrina pós-moderna, sendo reconhecida como boa ferramenta do direito, trazendo uma linguagem aperfeiçoada para a comunicação humana.

⁴ Jean Carbonnier (1908-2003) foi um jurista francês, professor de direito privado e especialista em Direito Civil. Formado em Direito pela Universidade de Bordeaux, defendeu sua tese intitulada “O regime matrimonial, sua natureza jurídica em relação aos conceitos de empresa e associação” na mesma universidade em 1932. Foi professor na Universidade de Poitiers de 1937 a 1955. A forma com que abordava os temas em suas aulas, bem como seu estilo o tornaram famoso, mesmo durante a Ocupação, principalmente por louvar a Declaração dos Direitos Humanos em uma revisão do Conselho de Estado no julgamento de Ferrand, criticando a extradição por crimes políticos em comentários feitos ao Tribunal de Apelação de Paris.

Após o nazismo, o princípio da preservação da dignidade humana começou a ser recepcionado pelas constituições europeias, principalmente na Itália e Alemanha.

Coincidentemente, na mesma década (1960), ocorreu a descoberta científica do anticoncepcional hormonal, popularmente conhecido como pílula, que tratou de mudar o comportamento sexual, particularmente no tocante ao gênero feminino.

Foi exatamente nesse contexto que aconteceu o avanço da mediação nos EUA, que foi se desenvolvendo como instituto apto a desafogar o Judiciário, reativando-se o acesso à justiça em face do crescente aperfeiçoamento dos mecanismos protetivos dos direitos, particularmente quanto às relações de consumo.

Nos EUA, a mediação é entendida como muito mais próxima à conciliação. Percebe-se o contraponto com a realidade pátria, que tem na conciliação uma tradição como instituto e que resta embasado em usos e costumes.

Porém, no Canadá e França, a mediação veio a preencher as lacunas decorrentes da história do positivismo jurídico para servir à construção das bases teóricas, do conhecimento da mediação como princípio, valorado como comportamento voltado para a humanização das relações jurídicas.

Como princípio, a mediação contém grande carga pedagógica, sendo capaz de estabelecer a comunicação entre as pessoas.

A mediação se concretiza pelo emprego de um conjunto de técnicas de comunicação, adequada para garantir escuta qualificada e eficaz, capaz de dar materialidade ao princípio da dignidade humana e à proteção do Estado.

Por ser uma linguagem profissional, requer conhecimento da origem das relações humanas, quer sejam de ordem social, biológica ou econômica, e que viabilize o acesso à justiça, o que requer os saberes diversos, como Direito, psicanálise, Psicologia, Sociologia, Filosofia.

No mesmo sentido evolucionário, temos as três **ondas renovatórias de acesso à justiça** do ilustríssimo mestre Mauro

Cappelletti, quais sejam: “Assistência judiciária para os pobres”, “Representação dos interesses difusos” e “Acesso à representação em juízo, a uma concepção mais ampla de acesso à Justiça, e um novo enfoque de acesso à Justiça”.

Inserido no contexto do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas “ondas renovatórias do direito” de Mauro Cappelletti, entendemos que a **quarta onda** caracteriza-se pela utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, que hoje, por conta do COVID-19, são realizados através dos meios eletrônicos, seja nas plataformas CISCO WEBEX, MICROSOFT TEAMS, ZOOM MEETINGS, GOOGLE HANGOUT MEET, LIFESIZE, SCRIBA, sendo ainda permitida por alguns Tribunais a utilização das chamadas de vídeo do WHATSAPP.

Independentemente da plataforma utilizada na ODR (*Online Dispute Resolution*), o mediador deverá atender todos os rigores dos princípios que regem a mediação, dando destaque ao *Princípio da Confidencialidade*.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através dos CEJUSCs – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania⁵ –, orienta que o mediador grave apenas o discurso de *abertura* e o *fechamento* da mediação, com a leitura do termo, pois, em regra, na mediação *on-line*, continua prevalecendo a confidencialidade.

Devemos entender que a tendência é que as audiências, mediações e todos os atos judiciais ou extrajudiciais, litigiosos ou não, sejam resolvidos de forma *on-line*, pois estamos diante de uma nova onda renovatória do direito.

A lavratura do Termo de Mediação

Finalizado o procedimento de mediação, conforme preceitua o artigo 20 da Lei 13.140/2015⁶, havendo ou não acordo entre

5 Cf. O art. 165 determina aos tribunais a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pelas sessões de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a *autocomposição*. Conciliadores, mediadores e câmaras privadas de conciliação e mediação, diz o art. 167 e §§, devem ser inscritos em cadastro nacional e cadastros dos tribunais de justiça e regionais federais, todos obrigados a manter registro dos profissionais habilitados por meio de curso específico, aprovado pelo CNJ, em conjunto com o Ministério da Justiça.

6 Cf. Lei 13.140/2015, art. 20. “O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final,

as partes, o mediador deverá lavrar o Termo de Mediação, lê-lo em voz alta para as partes e colher as assinaturas de todos os presentes no ato.

Em se tratando de ODR (*Online Dispute Resolution*), além do procedimento já relatado, o mediador substituirá a assinatura das partes pela gravação contendo a leitura do termo de acordo e a concordância dos participantes.

A eficácia do Termo de Mediação

Sabemos que o acordo assinado por ambas as partes tem pleno valor jurídico. Portanto, qual é a necessidade de se homologar um acordo extrajudicial?

Para a Ministra Nancy Andrighi,⁷ atender ao pleito homologatório é ceder a uma prática de atividade cognitiva existente. A cultura da homologação dos termos de mediação vai contra a corrente da desjudicialização, podendo acarretar mais sobrecarga para o Judiciário.

Imagina-se haver pretensão de tornar judicial um título extrajudicial através da homologação.

Existe grande diferença entre o acesso ao Poder Judiciário e o acesso à Justiça, pois nem sempre uma sentença consegue ser justa o suficiente para satisfazer as demandas das partes.⁸

Para o Ministro Luiz Fux, em tempos de COVID-19, aplicar somente a lei não permite ao juiz uma solução que seja justa para todos os envolvidos no conflito. O Ministro fala sobre despejo por falta de pagamento e contratos rompidos de forma abrupta, que podem ser solucionados através de uma negociação, quiçá de uma mediação.⁹

quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes."

7 Cf. Recurso Especial nº 1.184.151 – MS.

8 Cf. CPC, art. 359. "*Instalada a audiência (de instrução e julgamento), o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem."*

9 SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 2a ed. Rio de Janeiro : Forense, 2019.

De acordo com o artigo 20, parágrafo único, da Lei 13.140/2015, o termo final de mediação tem a eficácia de um título executivo extrajudicial, sendo necessária a homologação tão somente quando se tratar de direitos indisponíveis, i.e., quando se tratar de assuntos envolvendo menores de idade, incapazes, ou outros d. i. que possam fazer parte da pauta.

O ponto a que queremos chegar é quando há necessidade de homologar o acordo de mediação para cumprimento de obrigações secundárias, tais como aquisições imobiliárias, emulando a parte interessada de ir ao cartório de notas lavrar a escritura de compra e venda, levando-a ao registro de imóveis, transferência de um automóvel, dentre outras demandas que necessitarão da homologação judicial na comarca onde exista o bem a ser transferido ou a obrigação a ser cumprida.

Câmaras Privadas

No cenário processual brasileiro, conforme dados do CNJ obtidos por meio do levantamento anual Justiça em Números, atualmente com quase 80.000.000 (oitenta milhões) de processos tramitando nos Tribunais¹⁰ e pensando na ideia de colaboração, surgiram as Câmaras Privadas com a característica de auxiliares da Justiça. As informações sobre o procedimento de cadastro de Câmara Privada no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores (CCMJ) devem ser obtidas diretamente no Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) do Tribunal de Justiça em que a Câmara Privada for sediada, órgão responsável pelo cadastramento. O Conselho Nacional de Justiça não possui essa atribuição.

A Câmara Privada possui, com as devidas adaptações, os mesmos direitos e deveres dos mediadores judiciais e conciliadores, conforme preceitua o Código de Processo Civil.¹¹

10 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 17-11-2020.

11 Cf. CPC, art. 175. "As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação."

Além disso, se pretende atuar incidentalmente em processos judiciais, deve ser credenciada no Tribunal. Como contrapartida a esse credenciamento, a Câmara Privada deve suportar um percentual de audiências não remuneradas, a ser estabelecido pelos tribunais de acordo com parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (artigo 169, § 2º, do Código de Processo Civil, e artigo 12-D da Resolução CNJ n. 125/2010).

De acordo com o parágrafo único do artigo 12-C da Resolução CNJ n. 125/2010, incluído pela Emenda n. 02/2016, o cadastramento de Câmaras Privadas é facultativo para a realização de sessões de mediação ou conciliação pré-processuais. No entanto, feita a opção pelo cadastro, as Câmaras Privadas terão de seguir as regras fixadas na Resolução CNJ n. 125/2010, inclusive quanto à capacitação, bem como as disposições contidas no Código de Processo Civil (artigos 167, *caput* e § 4º, 169, § 2º e 175, parágrafo único). Dessa forma, para atuar como Câmara Privada cadastrada, seus integrantes devem ser mediadores cadastrados no respectivo Tribunal, sendo necessária, portanto, a capacitação nos moldes da Resolução CNJ n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Na mediação privada, a parte interessada procura uma Câmara Privada e esta convida o segundo interessado, por qualquer meio de comunicação, para participar da Sessão de Mediação, e assim, inicia-se o procedimento. Normalmente, as Câmaras possuem regulamento com algumas informações importantes: critérios de escolha do mediador e realização da primeira reunião. Diante da ausência de regulamento, aplica-se o disposto na Lei de Mediação: prazo mínimo de dez dias úteis e máximo de três meses; lista contendo os nomes de cinco mediadores capacitados. Dessa forma, a parte convidada poderá escolher e, caso não se manifeste, será considerado o primeiro nome da lista. Presentes os interessados, o mediador conduzirá o procedimento, facilitando o diálogo entre as partes, mediante aplicação de técnicas, de forma que os próprios interessados construam a solução do conflito.

Segurança Jurídica dos Acordos firmados em Câmara Privada

A Lei 13.140/2015 prevê no procedimento comum da mediação judicial e extrajudicial que o acordo é título executivo extrajudicial, mesmo que esse acordo seja realizado por mediador extrajudicial, não sendo este submetido aos mesmos requisitos do mediador judicial. Contudo a aplicabilidade do art. 784, IV, do CPC que considerada título executivo extrajudicial, o acordo realizado por mediador credenciado por tribunal.

Entendemos ser equivocada a interpretação da lei processual segunda a qual somente a mediação realizada por mediador judicial teria eficácia de título executivo extrajudicial. A Lei de Mediação confere tratamento uniforme aos acordos conduzidos pelos mediadores extrajudiciais e judiciais, justificando-se assim a eficácia dos métodos autocompositivos.

Ada Pellegrini Grinover entendeu que no Brasil temos três marcos regulatórios que assentam os métodos adequados de soluções de conflitos, quais sejam: Resolução 125/2010 do CNJ, os novos dispositivos do CPC/15 e a Lei 13.140/15.

Nesse sentido, a autora compreendeu que as normas dos marcos regulatórios são compatíveis e complementares. Entretanto, há algumas regras do CPC que são incompatíveis com a Lei de Mediação, de modo que se entram em conflito, “as dessa última deverão prevalecer”, porque se trata de lei posterior e de lei especial.¹²

Assim, seguindo o raciocínio da autora, a incompatibilidade entre o art. 784, IV, do CPC e o parágrafo único do art. 20 da Lei 13.140/15, no que tange ao acordo extrajudicial conduzido por mediador extrajudicial que não tem seu cadastro no Tribunal, deve fazer prevalecer a aplicabilidade da lei posterior e especial, isto é, deve prevalecer a Lei de Mediação, pois confere ao termo do acordo conduzido por mediador extrajudicial a eficácia de título executivo extrajudicial e plena validade jurídica.

O acordo firmado através da mediação extrajudicial tem segurança jurídica, tem amparo legal e tem força de título execu-

12 GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de soluções de conflitos no NCPC. Em o Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo, Atlas, 2015. p. 2-3

tivo extrajudicial. Os interessados podem requerer a homologação do acordo pelo Tribunal de Justiça e, uma vez homologado, torna-se um título executivo judicial.

Conforme relatado acima, o maior problema do Poder Judiciário atualmente diz respeito ao gigantesco número de processos que são ajuizados diariamente perante os Tribunais de Justiça. Assim, não se justifica submeter à homologação judicial um instituto que nasceu com o viés de retirar do Judiciário o condão de decisão, possibilitando às partes, desde que presentes os requisitos necessários, ser protagonistas de sua história, ainda que essa submissão ao Judiciário seja mero ato homologatório, e não discussão de mérito.

Assim, não há qualquer necessidade de chancela judicial para que o negócio surta efeitos.

A necessidade de homologação, portanto, depende de expressa previsão legal. De toda sorte, não são raras as oportunidades em que operadores do direito se deparam com situações absolutamente contrárias à letra e ao espírito da lei.

Apenas em se tratando de matéria que envolva direitos indisponíveis, mas transigíveis, é que o acordo deve necessariamente ser homologado em juízo, sendo exigida, ainda, a oitiva do Ministério Público (§2º do art. 3º da Lei de Mediação).

O que dá segurança jurídica às partes é o termo de acordo construído pelas partes, e não a sua homologação.

Juízo Competente para Homologação do Acordo de Mediação

Em optando as partes pela homologação judicial da mediação extrajudicial, os pedidos de homologação desses acordos, quando oriundos de Câmaras Privadas autorizadas pelos Tribunais de Justiça de cada estado, prescindem da instauração de processo e podem ser homologados também pelo Juiz Coordenador do CEJUSC ou seus adjuntos. Considera-se pré-processual a autocomposição resultante de mediação ou conciliação de qualquer questão que ensejaria o ajuizamento de procedimento de jurisdição contenciosa ou voluntária. Aqui

fica fácil a decisão pelo juízo competente para homologação do referido acordo.

Contudo, com a ampliação do uso de plataformas digitais e de audiências virtuais, essa nova concepção incentiva a solução do conflito pela Internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação a distância, desde que as partes concorram¹³. Assim, fica a dúvida do local da homologação da mediação extrajudicial.

A autonomia da vontade é a liberdade de decisão que as partes têm sobre o procedimento e o conteúdo da mediação, ou seja, consiste no protagonismo e controle que elas possuem para chegarem a uma solução consensual sobre o seu conflito, podendo assim também elegerem o foro competente para homologação desse acordo, que poderá ser decidido no momento dessa avença. Assim, poderão as partes eleger o foro de homologação do acordo, cabendo ao juízo “escolhido” homologar a vontade das partes, desde que não identifique vontade viciada; que a avença verse sobre direitos indisponíveis de forma a prejudicar indevidamente incapazes que não tiveram a aquiescência do Ministério Público em causas em que este deve intervir, entre outros.

Contudo, havendo descumprimento do Termo de Acordo celebrado, devem ser observadas as regras ordinárias de competência de execução desse acordo – art. 516 do CPC e Enunciado 29 do FONAMEC,¹⁴ e não a vontade das partes, como defendemos no ato homologatório.

Validade Extraterritorial do Termo de Acordo de Mediação

A Internet desafia os princípios da territorialidade¹⁵ e da não intervenção como fundamentos para a coordenação entre Es-

13 Cf. Lei 13.140/2015. “Art. 46. A mediação poderá ser feita pela Internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação a distância, desde que as partes estejam de acordo. Parágrafo único: É facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas nesta Lei.”

14 Cf. Enunciado 29 do FONAMEC. “Os acordos homologados nos CEJUSC no Setor Pré-processual valerão como títulos executivos judiciais e poderão ser executados nos juízos competentes para julgamento das causas originárias, mediante livre distribuição.”

15 Princípio de Direito que permite estabelecer ou delimitar a área geográfica em que um Estado exercerá a sua soberania. Essa área geográfica é o território.

tados. Ao princípio da territorialidade cabem exceções. Situações específicas existem em que o poder do Estado é exercido além do seu território. Em função da extraterritorialidade, a validade de normas jurídicas estatais pode alcançar cidadãos localizados fora do território do Estado soberano. Por exemplo, determinado Estado será considerado extensão territorial deste Estado, mesmo que estejam localizados geograficamente fora dele. Por exemplo, casal domiciliado em Minas Gerais, Sessão de Mediação com objeto de discussão de Divórcio com regulamentação de visitas de filhos menores, partilha de bens localizados no estado do Rio de Janeiro e Pernambuco, escolheram a Mediato¹⁶, com sede em São Paulo, por meio de sessão telepresencial de mediação e eleição do foro de homologação na cidade de São Paulo.

A sentença homologatória desse acordo firmado entre as partes possui inequívoca natureza híbrida ou complexa, por se constituir basicamente de 2 (dois) elementos. O primeiro deles seria a vontade das partes que firmaram o ajuste, enquanto o segundo, a decisão, que seria a mera chancela homologatória capaz de alçar o ajuste de vontades à condição de título executivo. A despeito de não refletirem perfeitamente as fronteiras entre estados, as divisões resultantes formam uma geografia política recortada, permitindo assim que o Presidente do Tribunal de Justiça do estado da localização dos bens, por exemplo, funcione como um “juiz deprecado”¹⁷, por analogia, limitando a atribuição de força ao título judicial ou à transação pactuada entre as partes, nos termos do art. 784, IV, do CPC, tratando-se de exceção à regra insculpida no art. 516, II, da codificação processual, tornando assim, a sentença homologatória efetiva.

Concluimos que o atendimento e respeito à vontade das partes sobre o devido processo legal mínimo e a proteção a hipossuficientes pode ser decisivo para o reconhecimento de acordos privados, e, possivelmente, o envolvimento dos muitos atores in-

16 Câmara Privada de Mediação devidamente homologada junto ao Núcleo de Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

17 Que recebe, de outro órgão ou tribunal, o documento para cumprimento de mandado ou realização de diligência.

interessados no progresso da resolução de controvérsias assistida por tecnologias de informação e comunicação. Conflitos e tecnologias não faltam; com cooperação e criatividade institucional suficientes, é possível imaginar paz e justiça afinadas.¹⁸ ❖

REFERÊNCIAS

ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução online de controvérsias**. 1. ed. São Paulo: Editora Intelecto, 2017

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini.; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 23^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de soluções de conflitos no NCPC**. Em o Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo, Atlas, 2015. p. 2-3

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5^a Edição revista, atualizada e compilada.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**; trad. Magda Lopes. Porto Alegre: Artmed, 2 Ed. 1998, p.28

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo. Ed. Método. 2018.

18 ARBIX, Daniel do Amaral. Resolução online de controvérsias. 1. ed. São Paulo: Editora Intelecto, 2017

O Problema do Livre Convencimento Motivado

Cássio Benvenutti de Castro

Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela UFRGS. Juiz de direito no Rio Grande do Sul.

agosto/2021¹

SUMÁRIO: Introdução 1. Premissa 2. O presuntivismo na valoração da prova judiciária (supervivência dogmática) 3. A valoração da prova no contexto da incerteza (não presuntivismo). Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction 1 Premise 2 Presuntivism in the evaluation of judicial evidence (dogmatic survival) 3 The evaluation of evidence in the context of uncertainty (a non presuntivism view). Conclusion. References.

RESUMO: O ensaio tem por finalidade pontuar que a valoração da prova é uma atividade racional e tendencialmente objetiva. A metodologia reflete as implicações do constitucionalismo e do projeto de justiça civil que elaboram a ressignificação de conceitos e funções do direito probatório, em especial, no contexto de justificação do raciocínio (contexto da valoração da prova).

ABSTRACT: The essay aims to point out that the assessment of evidence is a rational activity and tends to be objective. The methodology reflects the implications of constitutionalism and the civil justice project that elaborates the redefinition of concepts and functions of the evidential law, in particular, in the context of justification (context of evaluation of evidence).

PALAVRAS-CHAVE: prova; valoração; dogma; raciocínio

KEYWORDS: evidence; evaluation; dogma; reasoning

¹ Palestra ministrada em 19/08/21 na Faculdade de Ciências Jurídicas de Santa Maria/RS (UNISM).

INTRODUÇÃO

A tomada de decisão em situação de incerteza é fenômeno corriqueiro na vida de qualquer pessoa, porque todos já viveram experiências que exigiram maior ou menor cautela para a evitação do erro no momento de decidir. Seja no tráfego de automóveis, seja na escolha de um parceiro para namorar ou casar, seja na arbitragem dos jogos ou até mesmo na escolha da profissão – *tudo envolve decisão, portanto, um contexto que abarca erro e acerto (limítrofes da incerteza)*.

A atividade fundamental do jurista é tomar decisões. O legislador, o magistrado ou um pesquisador desenvolvem tarefas que consistem em identificar problemas e propor soluções. Se o direito pode ser apreendido como um campo natural das decisões institucionais, *o processo judiciário é o palco mais evidente dessa rotina*.

O presente trabalho chama a atenção para alguns ruídos que podem ocorrer na valoração da prova – o contexto de justificação na tomada de decisão sobre a prova. A finalidade não é focar na problemática, mas o trabalho parte da identificação de fatores que dificultam o controle da valoração da prova. Em momento derradeiro, a metodologia dialoga horizontalmente por entre os dogmas do passado e o modelo probatório do presente, chamando a atenção para os compromissos do novo processo civil para com a verdade como correspondência. A finalidade é sistematizar diretrizes que veiculam uma ótima legitimação constitucional da decisão judiciária, exortando o corpo normativo do próprio Código de Processo Civil.

1. PREMISSA

O juiz deve meditar com calma e com alma sobre as provas do processo, levando em conta as regras de racionalidade e sem intuicionismos tendenciosos. Com efeito, uma *maneira de ser* diferente do objetivo das partes e dos advogados², tendo em vista

² Os advogados e as partes estão mais preocupados com as “narrativas boas” que levem à procedência da demanda. De outro lado, o juiz é comprometido com a “narrativa verdadeira”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade* (o juiz e a reconstrução dos fatos). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 88 e 89.

que o magistrado é desinteressado quanto ao objeto do processo – o compromisso do juiz é pela busca da verdade possível.

A integridade científica que se instrumentaliza para a busca pela verdade justifica os comentários sobre a epistemologia nos dias atuais. Trata-se do compartimento da Filosofia que investiga a busca pelo conhecimento³. A expressão epistemologia jurídica, portanto, é utilizada enquanto um espectro de conhecimento “neutro”⁴ acerca dos fatos da causa, de maneira a permitir a análise do contexto da prova *sem a interferência dominante* de regras não epistêmicas, que também existem em qualquer ordenamento jurídico.

Isso porque a verdade dos enunciados é condição para uma decisão justa. *Videlicet*, a verdade processual de que se fala é a verdade por correspondência, ela se vale do probabilismo e não descarta a hipótese do erro na decisão, mas tem por “norte” a verdade dos acontecimentos no plano da vida (aproximação do direito à realidade).

A tomada de decisão sobre a prova, em termos de raciocínio probatório, abarca *dois momentos*: a “valoração da prova” e mais a “decisão” (que leva em conta o *standard* de prova). Este último momento é marcado por fatores jurídicos (carga deôntica) e não será abordado no presente ensaio⁵. O corte metodológico ora proposto separa em análise a valoração da prova judiciária – nesse sentido, serão observadas as questões, em especial, partindo-se dos problemas referentes ao “sistema do livre convencimento motivado”.

Por ocasião da literalidade do atual Código de Processo Civil, há doutrinadores⁶ que *defendem a superação do livre convencimento*

3 BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*. Trad. Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Edições 70, original francês de 1971, p. 33-35.

4 VÁZQUEZ, Carmen. A modo de presentación. In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 13.

5 O que ora importa é a pontuação de problemas referentes à valoração da prova. Embora a “valoração” e os “standards” sejam conceitos alinhados a uma pretensão de correção técnica em continuidade, conforme a dogmática, é necessário assinalar que, em Filosofia e em Teoria do Direito, o *conceito e a aplicação dos institutos se autorreferenciam*, sendo quase impossível separar, em absoluto, conceito, função política e elementos da metodologia que fornecem os subsídios para a ratificação das escolhas do padrão de *standard*.

6 STRECK, Lenio Luiz. Contra claro texto expresso do CPC, STJ reafirma o livre convencimento. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>> Acesso em: 16 ago. 2021.

mento motivado. Não se chega a tanto, até porque não existe uma efetiva proposta para um “novo” sistema de valoração da prova que seja mais adequado que o presente.

Código de Processo Civil de 1973	Código de Processo Civil de 2015
Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.	Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará, na decisão, as razões da formação de seu convencimento.

O fato de o legislador ter retirado do CPC a expressão “livremente” tem simbologia, todavia, sem afastar o modelo do livre convencimento motivado: “à luz do Código de Processo Civil de 2015, fica claro que não se admite qualquer carga de irracionalidade, na motivação da decisão judicial, em relação às provas. De todo modo, essa conjuntura *exige*, para concretizar-se, um *comprometimento político* do juiz, no sentido de acomodar-se em substância, e não apenas formalmente, à exigência de que as decisões judiciais sejam racionalmente fundamentadas”⁷.

A questão mais candente é “como” lidar melhor com o livre convencimento motivado, refletindo-lhe as *implicações do constitucionalismo e do projeto de justiça civil emplacado no CPC de 2015*.

2. O PRESUNTIVISMO NA VALORAÇÃO DA PROVA JUDICIÁRIA (SUPERVIVÊNCIA DOGMÁTICA)

Após internalizada a prova no processo, ela deve ser valorada pelo juiz. A dogmática aborda três “sistemas de valoração da prova”, que serão conceituados sem uma preocupação inicial em termos de história do Direito⁸.

7 MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 679.

8 Por uma abordagem histórica, ver POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. In KNIJNIK, Danilo. *Prova judiciária* (estudos sobre o novo direito probatório). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 219 e seguintes. As ordálias não são relacionadas neste item, porque se entende não efetuar uma

O sistema da íntima convicção não estipula controles à decisão judiciária, sendo que o julgador pode avaliar as provas sem a respectiva motivação e levando em conta fatores não presentes nos autos do processo. Ainda pode ser encontrado nas decisões do júri, tendo em vista que o jurado decide e não precisa justificar as razões de suas escolhas – apenas dizendo “sim ou não” em resposta aos quesitos para condenar alguém.

O sistema da prova legal apareceu como uma resposta do legislador à íntima convicção e representa o auge da proposta cognitivista. Verifica-se quando o próprio texto da legislação relaciona qual prova deve prevalecer. Por exemplo, o testemunho de um nobre deveria valer mais que o testemunho de um plebeu; ou uma pessoa presa não pode prestar depoimento. Ainda há regras legais que aparentemente⁹ indicam tal rigidez.

O sistema do livre convencimento motivado revela um contraponto aos demais modelos, porque o magistrado deve justificar a tomada de decisão sobre as provas. Para tanto, o *juiz deve ficar adstrito às provas do processo* e se amparar em *critérios de racionalidade*¹⁰ que harmonizem a valoração da prova enquanto um juízo razoável.

O livre convencimento motivado possui evidente primazia sobre os demais – está previsto no art. 371 do Código de Processo Civil. Porém isso não evita uma série de contratempos que refletem uma espécie de tradição decorrente da praxe operativa brasileira.

1º problema: a supervivência da *maneira de pensar* positivista

O raciocínio probatório tem caráter refratário à tradição do ensino do direito probatório brasileiro, tendo em vista a dificuldade de aprisionar o “juízo de fato” à estrutura das regras le-

valoração da prova, mas um *método de resolução de conflitos* com base em crenças culturais.

9 O ordenamento jurídico prevê algumas restrições à prova testemunhal. Chama a atenção o caráter aparentemente subsidiário que o legislador estabelece ao dispor que, quando houver confissão ou prova pericial, a prova testemunhal pode ser indeferida (art. 443).

10 O racionalismo não possui cunho metafísico ou iluminista, que falava conhecimento pela razão, mas agora vai entendido como um *progredir metódico norteado por critérios e regras*. Ver CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à edição portuguesa de Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito. In CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XXXII.

gais¹¹. Com efeito, o *positivista pensa a partir das regras legais para o fato (rule centered)*, revelando-se um paradigma formalista¹².

Por esse legado, “o vício conhecido na teoria do direito como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude perante as normas formuladas verbalmente que busca, após a edição da norma geral, simultaneamente disfarçar e minimizar a necessidade de escolha”¹³. Isso justifica o fenômeno de os positivistas da tradição da *civil law* elaborarem uma dicotomia para explicar a relação entre verdade e prova. Fala-se em movimento pendular entre o modelo demonstrativo e o modelo persuasivo da prova, não havendo um umbral de tendências limítrofes no próprio interior da experiência que viabilizem pensar no “erro”, mas uma tentativa de subordinar a prova judiciária à diatribe do esquema.

O *modelo demonstrativo da prova* se caracteriza pela separação entre a “questão de fato” e a “questão de direito”. Consequentemente, havia uma dificuldade para aferir uma suposta “falibilidade” no ato de julgar. Alessandro Giuliani¹⁴ identifica essa maneira de observar a prova como típica do processo moderno, um processo burocrático e assimétrico no qual um mecanismo artificioso de motivar legitimava a técnica para a construção da decisão, o que afastava o controle substancial da decisão (o controle era apenas para observar o procedimento legislado na formação da prova).

De outro lado, o *modelo persuasivo da prova* trabalha com o diálogo e a polaridade horizontal entre as partes¹⁵. Ou seja, uma

11 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 3.

12 Michele Taruffo assinala que o sistema de *civil law* pode ser definido como “fechado” em termos de direito probatório. Em primeiro lugar, porque se entende que todos os fenômenos probatórios estão encerrados em normas; em segundo lugar, porque existe uma tipicidade quase exaustiva no tocante aos meios de prova; em consequência, a disciplina judiciária da prova passa a ser reputada um certame autossuficiente e autônomo em relação a qualquer outro setor da experiência – razão pela qual os positivistas jamais falavam em epistemologia. TARUFFO, Michele. Verdade e processo. In TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 50 e 51.

13 HART, H. L. A. O conceito de direito. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 168.

14 GIULIANI, Alessandro. Prova (Prova in generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. XXXVII, p. 526.

15 GIULIANI, Alessandro, cit., p. 527. O autor elabora o exercício pendular entre o modelo demonstrativo e o modelo persuasivo, bastante aplicável na visualização clássica da instituição judiciária e seus atores. Mesmo exercício de correlação entre modelos, mas com outro campo de visão, que abarca tendências governamentais mais amplas, utilizada por DAMAŠKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del estado*.

proposta que subentende um processo simétrico, com o reforço do contraditório e que tem como ponto de partida as afirmações tendenciosas das partes para alcançar uma conclusão que solucione o problema colocado em juízo. O ponto de chegada da investigação não seria uma “verdade real” e infalível, mas que reflete uma reconstrução judiciária dos fatos com pretensão de relação teleológica da prova para com a verdade¹⁶.

Se o modelo demonstrativo tomava de empréstimo uma relação *conceitual* entre prova e verdade, o esquema persuasivo elabora uma relação *teleológica* entre elas. Em termos de operação jurídica, Robert Alexy¹⁷ assinala que a estrutura demonstrativa era meramente dedutivista, em contrapartida, a estrutura persuasiva trabalha com a ponderação do peso dos argumentos. Entretanto, ambos os modelos restam marcados pela *maneira de pensar da norma para o fato (rule centered)*, característica do direito continental e que retirou, por muito tempo, a importância de uma visão mais centrada em uma racionalidade criteriosa do raciocínio probatório – retirou, inclusive, a análise do “erro” como figura de contenção na tomada de decisão.

2º problema: a jurisdição no centro da teoria do processo

A obra de Oskar Bülow (1868) elaborou os fundamentos e conferiu autonomia ao direito processual de maneira sistemática, separando-o definitivamente do direito material. Para o autor, a “relação processual” não se confunde com o direito material afirmado em juízo, tendo em vista que pode existir processo válido ainda que inexistente o direito postulado.

Essa concepção serviu de contraponto à escola anterior – que avistava um sincretismo entre direito e processo. “Com a obra de Bülow e a autonomia do direito processual, inicia-se outra fase metodológica, o *conceitualismo* ou *processualismo*, em que predomina a técnica e a construção dogmática das bases cien-

Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, *passim*.

16 KNIJNIK, Danilo. *A prova...*, cit., p. 12/3.

17 ALEXY, Robert. Dois ou três? In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 225. A analogia não aparece sozinha, ela está necessariamente conectada a ponderações que trafegam por entre os limites da indução e da dedução.

tíficas dos institutos processuais. Lança-se a processualística à construção da nova ciência (Wach, na Alemanha; Chiovenda e Carnelutti, na Itália, para só citar alguns dos mais expressivos juristas daqueles países). A nova empresa volta-se para acentuação da separação entre direito material e processo e para construção e aperfeiçoamento conceitual do processo”¹⁸.

O Código de Processo Civil de 1973 desenvolveu uma linguagem normativa influenciada pelo conceitualismo. Embora esse panorama tenha mérito juscientífico, houve um exagero na consideração do dualismo entre direito e processo, com a noção do primado da técnica sobre o fundo do direito¹⁹. Em outras palavras, o processo tornou-se excessivamente formalista. Merece referência a literal *soberba* do item “I”, alínea “5”, da Exposição de Motivos do CPC de 73: “diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de *meios racionais*, tendentes a obter a atuação do direito”.

Situação agravada com a independência funcional²⁰ do juiz, que, inicialmente, foi observada de maneira *estática* – como se os poderes fossem absolutamente independentes (e não harmônicos); como se as partes fossem *antípodas do Estado-juiz*, não havendo dever de cooperação com o judiciário. Com efeito, o paradigma processualista colocou a “jurisdição” no centro da teoria processual, permitindo que o juiz tomasse conta do processo de maneira acrítica. Em termos de direito probatório, houve o fenômeno do “solipsismo” ou “exagero de descrição judiciária”, na medida em que o magistrado sequer observava as fases do procedimento probatório, antepondo a valoração ao momento da admissão da prova – o que caracteriza uma valoração *prima facie*, afastando o direito fundamental à prova.

18 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil* (proposta de um formalismo-valorativo). 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

19 CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Ação anulatória* (art. 966, § 4º, CPC). Salvador: JusPodivm, 2019, p. 39 e 40.

20 A autonomia funcional, administrativa e financeira do Judiciário é matéria constitucional. A questão é a “maneira de ver” essa impositação – não de uma maneira estática e absenteísta; mas por intermédio de uma metodologia harmonizante que pondere os demais fundamentos alegados pelos atores da operação judiciária.

Inúmeras decisões refletem esse estado da arte:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. RESTITUIÇÃO DE VALORES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. AFASTADA VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC/73. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ENTREGUE. ABUSIVIDADE CONTRATUAL. SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação do artigo 535 do CPC/73. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada.

2. No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil de 1973, nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção (REsp 1175616/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 04/03/2011).

3. A corte local, com base nos elementos fático-probatórios e na interpretação do contrato firmado entre as partes, afastou a existência de qualquer irregularidade, concluindo que o saque da duplicata foge ao âmbito da demanda, na medida em que não há cobrança, mas embate sobre a existência de negócio entre os litigantes, de modo que, para rever esse entendimento exposto pelo tribunal local e acolher a pretensão recursal, seria imprescindível o reexame de provas e a interpretação de cláusulas contratuais, o que é defeso nesta instância especial (Súmulas nº 5 e 7/STJ).

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1011750/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJ 06/04/2017).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE PECÚLIO/SEGURO DE VIDA. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR Nº 7 DESTA CORTE.

1. Não merece reparos a decisão agravada, pois inafastável o entendimento de que o magistrado, como destinatário da prova, pode valorar a necessidade ou não de sua produção, cotejando com os dados existentes nos autos.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 569565/RS, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJ 10/03/2015)

O importante, com a jurisdição no centro do processo, era o “convencimento” do juiz – não havendo um contrabalanço em relação ao compromisso para com a verdade como correspondência. Uma rotina de trabalho que predominou ao largo da vigência do Código de Processo Civil de 1973, mas que não pode vigorar no atual momento constitucional.

3º problema: o contraditório formal como relação de “ciência-participação”

O princípio do contraditório efetua um verdadeiro “fecho” aos problemas que já foram enfrentados, porque a concepção outrora reinante exigia apenas a ciência das partes e possibilidade formal de atacarem os atos processuais²¹. Nesse desenvolvimento, havia uma “garantia”, mas não um dever “proativo” do Estado-juiz para responder às questões suscitadas.

Fenômeno que se reflete na ratificação da jurisdição no centro da teoria do processo, além disso, homologando o “solipsismo” judiciário sem um compromisso adensado pela *accountability* para fundamentar as decisões. Vale dizer, o contraditório formal deixava o juiz em situação de primazia e assimetria continuada em relação às partes, permitindo desvios colaterais na valoração

21 OLIANI, José Alexandre Manzano. O contraditório no NCPC. In ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *CPC em foco* (temas essenciais e sua receptividade dois anos de vigência do novo CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 43 e 44.

da prova. Situações como a *supervaloração* de uma prova em detrimento de outras; a *subvalorização* de uma prova em proveito de outras; bem como a *utilização desenfreada de provas atípicas* que apontam para uma visão unitária do dever judiciário (*weapon focus*), afastando retoricamente a responsividade do juiz²².

A problemática suscitada tem endereço dogmático: a supervivência do formalismo jurídico implica o reducionismo dos institutos do direito probatório a regras legais, deixando assentado um procedimento em fases intocáveis, porém sem desenvolver as premissas do raciocínio probatório. A matéria do raciocínio probatório não é novidade, contudo, é necessário avistar as imposições da Constituição e do projeto de justiça civil, deixando de lado o arquétipo *legicentrado* e *estatalista* de outrora²³ – finalmente, mantendo um diálogo transdisciplinar com a epistemologia e com a abertura do sistema em direção ao processo justo.

3 A VALORAÇÃO DA PROVA NO CONTEXTO DA INCERTEZA (NÃO PRESUNTIVISMO)

O juiz não é o destinatário final da prova – como se ele pudesse não admitir uma prova ao alegar que já estaria “convenido”, em uma clara mistura entre os *planos da produção/admissão* e da *valoração da prova*. O art. 77, I, do CPC, implica o dever de as partes exporem os fatos em juiz conforme a verdade²⁴; o

22 A subvaloração, a supervaloração e o abuso de discricção são espécies de valoração implícita da prova. “A valoração implícita da prova também pode se dar quando há uma *valoração unilateral* da prova pelo *decision-maker*. Pela (nociva) prática, o juiz justifica seu convencimento sobre os fatos fazendo referência somente aos elementos de prova que sustentam sua conclusão, sem trazer qualquer noção a respeito de outros elementos de prova que poderiam contrastar a decisão por ele assumida. Em outros termos, ocorre valoração implícita também quando só são analisadas provas que justifiquem o entendimento adotado, o que implica uma fundamentação incompleta da decisão, à qual faltará a dimensão crítica e dialética natural do próprio ato de valorar os elementos de prova trazidos por cada uma das partes opostas”. AUILLO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 69.

23 CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Ônus da prova* (função e natureza jurídica). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, nota do autor. Sobre a superação do Estado de direito legislativo pelo Estado Constitucional e a *pulverização do legicentrismo*, ver ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil* (ley, derechos, justicia). Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, p. 33 e seguintes.

24 “É verdade que um dever absoluto de dizer a verdade poderia produzir resultados danosos, já que parece necessária a configuração de derrogações, exceções e limitações na aplicação concreta desse dever. Todavia, mesmo as atenuações práticas de tal dever não são outra coisa senão a confirmação de sua existência, ou seja, a necessidade de que qualquer sistema ético inclua o dever de verdade entre os seus valores fundamentais. Seria, por outro lado, inconcebível (e, igualmente, inaceitável) um sistema <moral> que não distinguisse a verdade da mentira, ou mesmo que legitimasse expressamente a falsidade, fazendo, assim,

dispositivo é polêmico, tendo em vista que, na prática, as partes querem vencer a demanda, para além de uma descoberta da verdade. Ocorre que a norma extraída desse texto da lei deve se conformar ao dever de cooperação das partes com o juiz (art. 6º), o que indica a produção da prova com integridade, ética e indivisibilidade ensejadas.

Verdade	Convencimento (certeza)
caráter objetivo e tem como parâmetro a realidade do mundo externo (pode ser controlado intersubjetivamente)	<i>status</i> subjetivo ou intuicionista que não permite controle intersubjetivo (não tem parâmetro externo)

Pensar que o “convencimento” judiciário pode abreviar a instrução reflete uma concepção formal e reducionista do contexto de valoração da prova, que macula o direito fundamental à prova e deve ser combatido – por imperativos do constitucionalismo e do projeto de justiça civil. A questão basilar do direito probatório atual é se direcionar a uma “verdade possível” que dogmaticamente pode ser otimizada por intermédio das causas ora entabuladas.

A causa epistêmica: a relação entre prova e verdade

O modelo demonstrativo e o modelo persuasivo de prova, em realidade, mantinham o olhar mais para a simetria ou assimetria dos sujeitos processuais (ao invés de focar na questão da ratificação dos enunciados em juízo). Assentado que o positivismo ainda subsiste em direito continental, quando a metodologia parte da “norma para o fato”, o *momento pós-positivo* implica outro estado de coisas – trata-se de *racionalismo aplicado por intermédio de uma metódica regrada*, pautada em critérios, para se chegar a uma conclusão intersubjetivamente controlável.

Os elementos do raciocínio probatório ora consistem na “hipótese, na prova e na inferência”. Por isso, diversos estudos atuais já *não* falam em fases de um procedimento probatório,

da mentira e do engano as regras fundamentais de comportamento para aqueles que adotassem essa peculiar espécie de moral”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade* (o juiz e a reconstrução dos fatos). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 116. O correlato dever da parte autora se reflete no ônus da impugnação específica dos fatos, em contestação (art. 341 do CPC).

antes refletem os *contextos da instrução até a decisão*. É necessário verificar que tal *maneira de ser* convive em um espectro de incerteza, na medida em que a verdade absoluta é impossível de ser captada; porém o probabilismo lógico (relação inferencial entre proposições) ilustra a tomada de decisão sobre as provas por aproximação à verdade, então se falando em *modelo subjetivo* e *modelo objetivo de corroboração* da hipótese a ser testada.

O art. 369 do Código de Processo Civil estabelece:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a **verdade dos fatos** em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na **convicção do juiz**.

Pelo modelo subjetivo de corroboração de hipóteses²⁵, basta que o juiz se repute “convencido” para que algo seja tido como provado. Em decorrência, é impossível falar em “erro” no juízo de fato, porque ocorre um retrocesso à maneira de funcionar da jurisdição (no epicentro da teoria) sobreposta às partes. A noção de convicção fica amarrada à crença ou estado psicológico do juiz, o que afasta um possível controle das partes em relação à valoração da prova.

O modelo objetivo de corroboração de hipóteses *reputa algo como provado quando existem elementos de juízo suficientes nesse sentido*.²⁶ Não importa a crença ou opinião pessoal do juiz, mas o que interessa é a existência de uma justificação válida que cognitivamente descreva o estado de coisas em discussão. Ou seja, permite-se avistar o “erro” judiciário quando não é razoável a opção eleita pela justificação. Desloca-se o foco do “convencimento” do juiz para a relação entre as provas e as hipóteses que se pretendem provar²⁷. É fácil dizer que o *direito fundamental à*

25 Rafael S. Auilo, cit., p. 107 e seguintes.

26 BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 36 e 37. O grau de exigência probatória depende fundamentalmente do acervo objetivo, deslocando-se o foco “do convencimento para os fatores empíricos”. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba sin convicción* (estándares de prueba y debido proceso). Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 38 e 39.

27 PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 39.

*prova consiste na linha que costura o direito material*²⁸ (a tutela do direito) aos elementos que servem para a valoração da prova: “hipótese-meio de prova-inferência”.

A transcrição do art. 369 do Código de Processo Civil *não retira em absoluto o toque pessoal de uma decisão judiciária*. Porém na norma resultante do texto deve ser entendida que “apesar da convicção” do juiz, ele decidiu de tal maneira que os elementos de juízo sejam racionais e razoáveis para reputar “algo como provado” – a verdade por correspondência estabelece um contexto *merit-based* que serve de paradigma a ser alcançado.

A causa institucional: a tutela jurisdicional no centro da teoria do processo

No atual quadrante constitucional, a tutela jurisdicional aparece como polo metodológico do processo civil e ratifica a reestruturação da relação entre a prova e a verdade. A racionalidade prática encerrada no formalismo processual assinala que *a verdade regula e serve de paradigma para a decisão, desde fora do processo*; ela serve como vértice de relevância ao processo como um todo²⁹.

Com efeito, a função primordial da prova é procurar determinar a verdade ou a suficiência probatória para reputar provada uma hipótese. Daí se falar em prova como *argumento concreto* que repercute operações dedutivas, indutivas, ponderativas ou analógicas, sobretudo porque ela empresta validade justificatória às narrativas processuais, na perspectiva de conduzir o processo em determinada solução otimamente aproximada da verdade (sopesada a perspectiva da verdade e a atitude proposicional da *aceitação* do juiz, ambas também podem ser encartadas no art. 369 do CPC).

A “aceitação” é uma atitude proposicional (=atividade mental) *voluntária e contextualizada*, algo que corrige os padrões pré-compreensivos e dogmáticos da “crença” ou da “convicção”

28 CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Standards de prova* – na perspectiva da tutela do direito. Londrina: Editora Thoth, 2021, *passim*. Versão comercial da tese de doutoramento defendida perante a UFRGS, em 2020.

29 TARUFFO, Michele. *Verità e probabilità nella prova dei fatti*. *Revista de Processo*, ano 32, n° 154, dez./2007, p. 214.

– esse estado de coisas implicado pela tutela jurisdicional, portanto, dispensa a opinião ou a intuição particular do juiz. A “crença” é *all things considered* e não se modifica conforme o contexto; de outro lado, a aceitação é atitude voluntária e diretamente ligada ao contexto (refere-se ao aporte de provas concreto, não considera “todos os elementos” que podem formar uma crença)³⁰.

O modelo constitucional aproxima a teoria da prova à razão prática, pois o direito fundamental à prova adensa sensivelmente a narrativa processual para harmonizar o *modelo objetivo de prova* enquanto ancoragem³¹ do discurso jurídico. Definitivamente, ao invés de se falar em modelo demonstrativo ou persuasivo, uma metodologia sincrética do diálogo assume força normativa com pretensão de correção material (justiça substancial), de maneira que as provas amealhadas em sentido amplo são verticalizadas no alvitre de uma decisão justa, cujo contexto poderia ser *aceitável* por outro juiz ou outro tribunal que examine a prova, considerando a noção de justiça inserida no fluxo decisório.

O contexto probatório é premissa objetiva que não deve ser subordinada aos vacilos psicológicos ou intuitivos de qualquer operador. Pelo contrário, ela vincula sensivelmente uma pauta de controle intersubjetivo que aparelha a decisão e pode ser escrutinada pelas partes. Em consequência, a completude na produção da prova é matéria que repercute a *dinâmica* do direito fundamental – o contexto é fenômeno aberto que varia em tempo e lugar, portanto, o operador do direito deve estar atento à corroboração objetiva do arsenal probatório.

A causa metodológica: o contraditório material

30 Jordi Ferrer Beltrán, *Prova e verdade...*, cit., p. 103. Quando se fala que “o cliente sempre tem razão” – em direito do consumidor –, se isso for levado por uma “crença”, trata-se de pré-compreensão absoluta que não admite a figura do erro ou dos particularismos do caso concreto; em sentido diverso, se tal máxima for entendida como uma “aceitação”, trata-se de estado mental voluntário, contextual e provisório que pode ser modificado a depender das circunstâncias de tempo e lugar, ainda mais, considerando os elementos de prova juntados no processo.

31 Neil MacCormick ressalta que as narrativas não ficcionais devem ser, de algum modo, ancoradas na realidade. A prova efetua essa ligação entre a realidade e a narrativa. Ver MACCORMICK, Neil. *Narrativas jurídicas*. In MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 295.

Para a valoração da prova, “o terceiro imparcial se garante pelo esforço argumentativo das partes, que será a base para se construir a decisão expressa pela fundamentação. A fundamentação das decisões, por sua vez, é indissociável, do contraditório, é a fiscalização das partes para se alcançar uma decisão racional, não permitindo que seja ela ato isolado do juiz, fruto da sua subjetividade. Pela ampla argumentação, tem-se o direito à prova e assistência de advogado. É uma garantia das partes para que se possa ter o tempo processual apto para reconstruir o caso concreto e discutir quais normas jurídicas serão adequadas”³².

A participação efetiva dos atores processuais substancializa a previsibilidade na tomada de escolhas – ressaltando o *direito de influência* e o *direito de não surpresa* às partes. Ravi Peixoto assinala que “a consideração de que uma hipótese fática está provada deixa de depender primordialmente do juiz, sendo independente de sua convicção, passando a ser determinada a partir do diálogo processual exercido por todos os sujeitos processuais, mediante a comparação das hipóteses fáticas e as provas disponíveis. A hipótese considerada provada depende de ter sido submetida à verificabilidade e à refutabilidade”³³.

O risco da falibilidade humana ao proferir o juízo de fato, considerado o caráter constitutivo do contraditório e a hierarquia constitucional da tutela jurisdicional, reflete uma maior força indicativa de que, ainda que se considere que a prova também se presta a chegar a uma conclusão “apesar do convencimento” do juiz (art. 369), o referencial da *verdade* admite identificar a prática de erros de julgamento. Afinal, o Estado Constitucional subentende um aparato de forças conviventes em que ninguém apreende a totalidade do mundo real – nem mesmo o juiz (*muito menos o juiz, tendo em vista as narrativas tendenciosas que o influenciam*).

As partes devem cooperar com o juízo, superando a clássica figura estática do ônus de provar, para propulsionar o *dever*

32 TEODORO, Warlen Soares; MIGUEL JR., Waldir. O processo constitucional democrático e a condução da prova pelo juiz na busca da verdade real. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, ano 9, nº 9/10, jan/dez/11. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 197.

33 *Standards...*, cit., p. 44.

de comprovar (colaborar não somente com o juízo, mas com a justiça e com a segurança jurídica).

A consequência natural do contraditório material é a *responsividade* do juiz, ora prevista no art. 489, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A racionalidade da apreciação do contexto probatório implica um contemporâneo “quase dever”³⁴ de provar com vistas ao critério de *comprehensiveness* e de *completeness* – pelo qual as provas que aparelham uma narratividade devem ser completas, íntegras e indivisíveis, na medida em que o ordenamento jurídi-

34 A doutrina de vanguarda defende a evolução do *ônus para o dever de provar*, alinhando a perspectiva subjetiva dos sujeitos parciais a uma colaboração de integridade da prova. Se o processo é campo de estratégia, isso não pode ser levado ao extremo de cobrar responsividade (inteireza na motivação) do juiz, no caso de furtividade das partes na tarefa de apresentação das provas relevantes aos fatores determinantes da contenda. Ver *Uma simples verdade...*, cit., p. 165-6. Também verificar Pugliese, *Precedentes...*, cit., p. 43 e seguintes.

co adjudica o compromisso da boa-fé. De sua parte, o juiz tem a *evidence responsive*, na medida em que deve responder a todos os argumentos suscitados pelas partes³⁵.

É notório que o “juiz não é o único destinatário da prova”. No Estado Constitucional, com a *tutela jurisdicional no núcleo da teoria do processo*, os movimentos dos atores processuais servem ao debate do caso concreto e, também, para extrair sentido do ordenamento jurídico. Logo não pode haver uma individualização demasiada ou egoística do modelo probatório.

Isso tudo revela a evolução para uma teoria cética moderada de interpretar as coisas do processo, sobretudo, firmando uma ponte entre hermenêutica e raciocínio lógico-argumentativo, que assinala a distinção entre “texto de lei e norma” e afirma o aparente isolamento entre o *contexto de admissão da prova* e o *contexto da valoração da prova*. “O julgador ocupa papel decisivo no fenômeno probatório. Aliás, sobre isso, mantém-se a ideia do que já se denominou de ativismo probatório equilibrado, compreendido, objetivamente, pelos poderes instrutórios do julgador, de modo calibrado, no sentido de que seja proativo na busca da verdade, sem, porém, invadir o papel das partes, aquilatando a cooperação no processo, que tem como norte a realização de justiça”. Júlio Cesar Lanes e Fabrício Costa Pozatti³⁶ ressaltam que “não há como se admitir a valoração antecipada da prova. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração da prova não se confundem”.

O Enunciado 50 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis) assinala:

Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz.

35 “As decisões judiciais devem levar em consideração tudo o que foi alegado pelos procuradores das partes, seja para acolher um argumento e mudar de opinião, seja para demonstrar a razão pelas quais um fundamento não foi acolhido”. PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira* (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43.

36 LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como único destinatário da prova (?). In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 503/4. Os autores transcrevem recentes julgados do STJ que consideram o juiz como destinatário da prova – contrariando o que a doutrina, unanimemente, tem defendido nos tempos atuais.

A proposição é decorrente da força do processo justo e do direito fundamental à prova, que são adensados pelo art. 378 do Código de Processo Civil (“ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”).

Os artigos 31 a 33 da Lei 8.906/94 remetem para o Código de Ética e Disciplina da OAB, que especifica:

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

(...) VIII - abster-se de:

- a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;
- b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;
- c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;
- d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;

Art. 6º É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé.

O contraditório³⁷ eleva epistemicamente a prova porque legitima a conclusão do Estado-juiz através do contato equilibrado entre as partes. Susan Haack³⁸ pontua que as provas indicam “how *comprehensive* the evidence is (analogue: how much of the crossword has been completed)”, porque faz menção ao conjunto probatório como um “mosaico” ou “palavras cruzadas”, onde

37 A ausência de contraditório motivou a inadmissibilidade de diversas provas atípicas, de maneira a se afastar uma decisão “surpresa”. Contudo, não se fala em ausência, mas em mitigação temporária do contraditório, que posteriormente é integralizado e mantém a legitimidade da prova e da consequente decisão. TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, vol. XXXIX, p. 101-3.

38 HAACK, Susan. Epistemology and the law of evidence: problems and project. In HAACK, Susan. *Evidence matters – science, proof, and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 14.

cada lacuna deve corroborar a outra. O papel do contraditório material é preencher tal espaço de valoração da prova por intermédio do “grau de inclusão”, ou seja, a *prova de suficiência* que visa a conferir adicional vigor às provas já elencadas.

CONCLUSÃO

O problema do livre convencimento motivado não está na literalidade do Código de Processo Civil. A grande questão é “como” atribuir funcionalidade ao art. 371 do CPC, na medida em que a decisão deve ser justificada por critérios racionais e “apesar” do convencimento do juiz – no caso, a *aceitação é uma atividade mental voluntária e que leva em conta o contexto material juntado no processo, o que permite elaborar a transição dos tipos e da tipicidade positivista para o regramento metódico-estruturante do raciocínio probatório contemporâneo (conferindo sentido ao art. 369 do CPC)*. ❖

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Dois ou três? In ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

AUILO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*. Trad. Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Edições 70, edição francesa em 1971.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba sin convicción* (estándares de prueba y debido processo). Madrid: Marcial Pons, 2021.

CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Ação anulatória* (art. 966, § 4º, CPC). Salvador: JusPodivm, 2019.

CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Ônus da prova* (função e natureza jurídica). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Standards de prova – na perspectiva da tutela do direito*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à edição portuguesa de Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. In CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

DAMAŠKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

GIULIANI, Alessandro. Prova (Prova in generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol. XXXVII.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como único destinatário da prova (?). In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos* (estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

HAACK, Susan. Epistemology and the law of evidence: problems and project. In HAACK, Susan. *Evidence matters – science, proof, and truth in the law*. New York: Cambridge University Press, 2014.

HART, H. L. A. O conceito de direito. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MACCORMICK, Neil. Narrativas jurídicas. In MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

OLIANI, José Alexandre Manzano. O contraditório no NCPC. In ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *CPC em foco* (temas essenciais e sua receptividade dois anos de vigência do novo CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil* (proposta de um formalismo-valorativo). 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. In KNIJ-NIK, Danilo. *Prova judiciária* (estudos sobre o novo direito probatório). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira* (interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Contra claro texto expresso do CPC, STJ reafirma o livre convencimento. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>> Acesso em: 16 ago. 2021.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade* (o juiz e a reconstrução dos fatos). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. Verdade e processo. In TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*, ano 32, n° 154, dez/2007.

TEODORO, Warlen Soares; MIGUEL JR., Waldir. O processo constitucional democrático e a condução da prova pelo juiz na busca da verdade real. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, ano 9, n° 9/10, jan/dez/11. Belo Horizonte: Forum, 2012.

VÁZQUEZ, Carmen. A modo de presentación. In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). Madrid: Marcial Pons, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil* (ley, derechos, justicia). Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta.

A Infância Transgressora e a Judicialização da Vida Privada no Brasil

Cristina Reis Maia

Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Estudos Literários pela Faculdade de Formação de Professores/ UERJ e Antropologia Social pela Universidade Federal Fluminense.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo refletir sobre o modo pelo qual a infância no Brasil vem sendo sistematicamente judicializada e potencialmente tratada como infratora ao longo de sua história. Intenta, dessa forma, lançar luz sobre essa questão, problematizando como tal processo tem influenciado na vida privada e afetado a percepção de direitos e deveres do cidadão, delegando à instância judicial o papel de resolver demandas cotidianas, interferindo na função educativa das famílias. Nesse sentido, busca pensar como a concepção de infância e adolescência vem progressivamente se transformando, tornando-se cada vez mais passível de ações judiciais e transgressora das normas instituídas.

PALAVRAS-CHAVES: Adolescência. Infância. Judicialização. Transgressão.

ABSTRACT: This work aims to reflect on the way in which childhood in Brazil has been systematically judicialized and potentially treated as an offender throughout its history. In this way, it attempts to shed light on this issue, problematizing how this process has influenced private life and affected the perception of rights and duties of the citizen, delegating to the judicial body the role of resolving daily demands, interfering in the educational function of families. In this sense, it seeks to think about how the conception of childhood and adolescence has been progres-

sively transformed, becoming more and more subject to legal actions and in breach of the established rules.

KEYWORDS: Adolescence. Childhood. Judiciary. Transgression

INTRODUÇÃO

A explosão da violência dos dias atuais tem acarretado um debate acirrado acerca da maioridade penal, tornando cada vez mais presente (e aceitável) a judicialização da vida privada. Em vista da importância do tema, este trabalho objetiva lançar luz sobre alguns aspectos socioculturais que contribuem para a percepção da infância como transgressora e incentivam a institucionalização jurídica das vivências mais íntimas e pessoais.

A concepção de infância e o modo pelo qual ela se constitui revela como a sociedade se estrutura e concebe seu futuro. No Brasil, ao longo de seu ordenamento institucional, ela vem sendo sutil e sistematicamente judicializada, concebida como naturalmente incapaz e, eventualmente, infratora. Tal compreensão desdobra-se nas intercorrências do cotidiano, influenciando diretamente no exercício da vida privada e afetando a percepção de direitos e deveres dos indivíduos.

Considerando que a infância constitui uma etapa da vida dos seres humanos marcada predominantemente pela dependência, ela é compreendida enquanto uma fase inacabada da evolução humana. Necessita, assim, de acompanhamento e cuidado, não sendo facultado aos seus membros o direito de opinar ou decidir sobre suas vidas ou de exercerem plenamente seus direitos. Sendo um período de desenvolvimento e aprendizagem, ela ocupa o *locus* de investimento, o que a torna, sob a perspectiva do capital, um estágio de latência, improdutivo.

Esta ideia de incompletude da infância¹ – alegadamente uma etapa formativa do ser humano que precisa ser constante-

¹ Reporto-me aqui ao conceito de infância desenvolvido pela Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança elaborado no tratado de direitos humanos mais amplamente ratificado da história (ONU, *Convenção dos Direitos da Criança*, UNICEF, 20 de nov de 1989). Tratado esse ratificado pelo governo brasileiro em 24 de novembro de 1990.

mente monitorada – retira dela a sua autonomia, fazendo com que *ser criança* não corresponda necessariamente a *ser cidadão*. Embora, nos últimos 50 anos, tenha havido um progressivo movimento visando à proteção das crianças, estas ainda não se encontram investidas das prerrogativas atribuídas à cidadania.

No entanto, uma vez que a infância sempre esteve à margem da sociedade, muito mais fácil se torna intervir no âmago das suas relações mais básicas. Tal procedimento acaba por justificar a delegação do seu poder decisório a terceiros – o Judiciário, por exemplo –, despotencializando-a enquanto população cidadã.

Sob essa perspectiva, tornou-se recorrente responsabilizar crianças e/ou adolescentes pelo aumento da criminalidade, olvidando que não lhes é dado o direito ao exercício da cidadania. Por outro lado, o excessivo patrulhamento ao qual estes estão sujeitos acaba por constituir uma faca de dois gumes, simultaneamente os responsabilizando e culpabilizando, jogando para a esfera do Judiciário a ingrata tarefa de responder pelo seu bem-estar e suas eventuais penalidades.

De fato, ao assumir o papel de resolver demandas corriqueiras do dia a dia, a instância judicial acaba por intervir na função educativa das famílias, incentivando a institucionalização das vivências mais íntimas e pessoais. Uma consequência que assoma um problema estrutural constantemente ignorado e pouco reconhecido, obliterando a visão sobre todo o processo histórico da construção da infância diante do sistema capitalista de produção.

Entretanto a falta de um empenho maior para pensar as questões recorrentes e se chegar à raiz do problema acaba por responsabilizar sempre quem se encontra flanqueando a sociedade, aqueles que por um motivo ou outro não desempenham uma função ativa ou produtiva. E, nesse caso, quem estaria mais à margem do que as crianças? Sob tais circunstâncias, a transformação do infante em transgressor representa um pequeno degrau, de fácil e frequente transposição.

O consistente processo de judicialização que vem se institucionalizando ao longo da história, permeando e (des)qua-

lificando a vida privada, não só afeta as formas de autogestão familiares: implica, principalmente, em uma transferência decisória (e de responsabilidades) para o âmbito jurídico dos deveres e direitos sobre o ordenamento das famílias – desde as decisões mais triviais às que envolvem maior complexidade e necessidade de intervenção. Mas o que quase ninguém aborda é que este processo insidioso que despotencializa as famílias ao trazer para a esfera pública juízos e providências não necessariamente compatíveis com a realidade de fato vivenciada por essas pessoas vem se agigantando.

Em meio à pouca clareza das relações sócio institucionais, aos muitos rompantes envolvidos e às dificuldades encontradas, a sociedade cada vez mais exige retaliações e punições, sem considerar o conjunto de forças envolvidas e as possibilidades de reconfigurações imanentes. E, embora a elaboração de leis de proteção à infância (como o ECA) tenha contribuído para minimamente resguardá-la, as pressões sociais envolvidas acabam não permitindo seu desenvolvimento autônomo e consistente sem incorrer na iminência de um processo de judicialização.

Muitos são os fatores que contribuem para isso: do mais puro descaso para com as condições de vulnerabilidade social à simples pretensão de ter sob controle os aspectos mais elementares do coletivo. Por isso, importa suscitar reflexões sobre como a ocorrência desse movimento interfere na dinâmica social, afetando a infância e a adolescência, transformando-as em transgressoras. Assim, convém aqui uma rápida contextualização histórica acerca da infância, abordando a sua progressiva transformação em transgressora, bem como os mecanismos que propiciam a instalação da judicialização da vida privada que ora vivenciamos.

I. A CONCEPÇÃO DE MENORIDADE E SEUS DIFERENTES ENQUADRAMENTOS NA REALIDADE BRASILEIRA

A ideia da minoridade surge do entendimento de que crianças seriam seres não plenamente desenvolvidos e, portanto, necessitados de cuidados. Essa compreensão das crianças

enquanto “adultos em formação” fornece uma ideia de “incompletude” (de ordem física ou racional) que remete à falta de independência e responsabilidade das mesmas (HENICK, 2005). Uma vez que não seriam capazes de se autogerirem, as crianças estariam propícias à intervenção alheia – o que as classificaria como “inferiores”, não lhes facultando integrar o rol de direitos e deveres atribuídos aos cidadãos comuns.

Ao longo da história, a noção de infância e minoridade sofreu diversas transformações. O Brasil não foi indiferente a tais transmutações.

Durante o período colonial e boa parte do imperial, predominou a visão medieval de que crianças e adultos se diferenciariam basicamente pelo tamanho, de modo que, tão logo as crianças apresentassem certa independência física, eram imediatamente integradas na rede laboral, pois contava-se que contribuíssem para o sustento da família e da sociedade. Aquelas que não encontrassem um lugar de pertencimento ou acolhida eram abandonadas à própria sorte, em becos, lixeiras, nas portas de outras famílias, igrejas.

A proteção da infância não era função do Estado, restringindo-se às instituições filantrópicas e a Roda dos Expostos – que receberia infantes enjeitados e os treinaria para alguma função útil ao capital. A ideia de que se deveria ter maior cuidado com as crianças surge com o avanço das ideias iluministas e cientificistas, mas somente no início do século XX o Estado brasileiro implementa políticas públicas visando resguardá-las.

Como, à época, o pátrio poder imperante era impermeável às orientações quanto às providências básicas de saúde e higiene, as superstições grassavam, e a incidência de epidemias era alta, ocasionando uma elevada taxa de mortalidade infantil. Aqueles que escapavam muitas vezes acabavam por engrossar as estatísticas da criminalidade, pouco ou nada contribuindo para o crescimento econômico do país.

Todavia, quando os processos sociais e econômicos que sustentam e consolidam o capitalismo são colocados em risco,

medidas contundentes são exigidas (DOURADO, 2009). Ante a necessidade do sistema, o governo esforça-se por implantar uma legislação que garanta minimamente a sobrevivência da população infantil, de modo a torná-la útil e produtiva. Desse modo, especificidades e peculiaridades no tocante à infância e juventude passam a ser percebidas e consideradas, implementando-se mudanças em relação à sua função na sociedade. A proposição de uma “proteção” do Estado para com suas crianças despontava como solução em um contexto onde o agravamento das condições sociais tornava cada vez mais precárias as condições das crianças pobres (PAES, 2020).

Assim, a ampliação da intervenção do Estado – criando e regulamentando uma série de instituições que visavam dar conta das precárias condições sociais existentes – foi a solução encontrada.

No Brasil, a primeira legislação que se ocupou de sistematizar direitos e deveres sobre a infância foi o Código de Menores de 1927 (Decreto nº 17943-A, de 12 de outubro de 1927). Seu objetivo era alterar e substituir concepções obsoletas e estabelecer critérios para discernimento, culpabilidade, penalidade, responsabilidade e pátrio poder sobre todos que não fossem considerados como adultos e capazes de decidir e produzir para a sociedade (VERONESE, 1999). Esse código estabeleceu parâmetros regulatórios para o ingresso na vida produtiva – proibindo o trabalho para crianças até 12 anos, determinando sua inimputabilidade até os 14 anos e criando locais especiais para tutela de transgressores – e marcou juridicamente a diferença entre *criança* e *menor* (CORRÊA, 1999). Para melhor regulamentar e fiscalizar tais leis, instituiu o Juizado de Menores, instância pela qual Executivo e Judiciário buscavam equacionar o problema da infância órfã e abandonada.

Esse esforço, no entanto, conquanto possuísse um teor protecionista e de controle social, consolidando leis penais e serviços de assistência social, não alterava a condição jurídica (não cidadã) das crianças – estas continuavam submetidas a seus pais, intervindo o Estado somente diante de situações de risco.

Seu maior feito foi promover uma distinção estratégica sobre as crianças: aquelas que possuíam algum suporte e eram reconhecidas enquanto tais e as que, não contando com essa sorte, eram designadas por meio de uma qualificação de inferioridade – os chamados “menores”². Essa alusão à massa trabalhadora reforçava a reprodução da força de trabalho e o aumento da produtividade, mantendo inalterados os mecanismos de ascensão social e o *status quo* vigente, não interferindo nas relações sociais a ponto de impingir a jurisdicionalização da vida privada.

O Código de Menores de 1927 ostentava um caráter discriminatório, que associava a pobreza à delinquência, encobridendo as reais causas das dificuldades vividas por esse público – a enorme desigualdade de renda e a falta de alternativas de vida. Isso porque a normatização que apresentava era sobretudo direcionada aos mais pobres, regulamentando condutas e procedimentos para conter comportamentos desviantes e a “desordem” que estes promoviam. Funcionava como instrumento de controle, transferindo para o Estado a tutela dos “menores inadaptados”, justificando a ação dos aparelhos repressivos. As crianças às quais se dirigia – consideradas “menores”, inaptas ao convívio em sociedade – eram suscetíveis às medidas punitivas estabelecidas, pois fugiam ao ordenamento social³.

Todavia, em permanente transformação, a sociedade passa a exigir a (alguns de) seus membros novas medidas de controle e adequação.

Em 1940 o Brasil aprovou um Código Penal que firmava uma nova concepção de menoridade, arbitrando a idade de 18 anos para a entrada na vida adulta. Ressalvando-se as exceções, a maioridade – condição na qual o sujeito passa a responder (e a ser cobrado) por seus atos – passou a ser atingida após essa data.

2 A criança, compreendida como ser em desenvolvimento, torna-se o foco da atenção e investimento da sociedade – a própria nomenclatura indica isso, já que a raiz etimológica do nome *criança* denota criação, fazer crescer. Já o *menor* é aquele que enfrenta em seu cotidiano a dicotomia entre subsistir na vadiagem ou nas condições insalubres do trabalho que lhe é oferecido – em ambos os casos, fora do controle da família (ibidem).

3 Consideradas “abandonadas”, “carentes” ou “infratoras”, as crianças que pertenciam a esse segmento da população eram, na verdade, vítimas da falta de proteção do Estado. A estas eram impostas vigilância e punição à guisa de disciplina e proteção (FOUCAULT, 2014).

Abaixo dessa linha divisória, supostamente, todos estariam sujeitos à “pedagogia corretiva” de uma legislação especial.

Na esteira da nova legislação, o governo criou o Departamento Nacional da Criança (1943), que, com um enfoque social e sem um caráter essencialmente jurídico, promoveu um avanço expressivo de direitos para os jovens. Essa política persistiu até 1959, quando as Nações Unidas (ONU) editaram a Declaração dos Direitos das Crianças.

O advento dos governos militares após o golpe de 1964 realizou uma série de mudanças institucionais, sem, contudo, alterar a dicotomia entre maioridade e minoridade. Foram criadas a Política Nacional de Bem-Estar do Menor (PNBM), a Fundação do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) e a rede de Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor (FEBEM), definindo-se uma gestão vertical e centralizadora do tema da juventude. Através desses órgãos, visava-se desenvolver estratégias que priorizassem a socialização e reintegração desses jovens em suas comunidades de origem, pondo fim ao emprego de métodos repressivos e primitivos nas instituições para “menores”. Entretanto, tais fundações, de caráter regional (ou estadual), tinham como função *reter e conter* aqueles que infringissem as leis e normas. Formatadas nos moldes de esconderijos militares – lugares de tortura e espancamentos de quem fosse subversivo ao sistema –, elas reproduziam os problemas dos presídios de adultos.

Essa noção foi devidamente enfatizada com a Doutrina de Segurança Nacional formulada pela Escola Superior de Guerra em 1976, que repercutiu na Lei 6.697 de 10/10/79. Essa última oficializou um novo Código de Menores. Repleto de valores e conceitos de caráter político conservador, esse código tinha como pretensão inaugurar uma nova postura jurídica frente à questão da infância, objetivando ser a única instância a regular a matéria de proteção e assistência aos brasileiros pertencentes a essa faixa etária.

Ainda em 1979, a aprovação da Doutrina da Situação Irregular pelo Congresso Nacional levou os juizados de menores

a deixar de separar jovens infratores daqueles em situação de abandono. *Menor* passou a designar todo aquele que, sendo pobre, ficava ao alcance do sistema. A partir de então, ocorre uma notória criminalização da pobreza no Brasil.

A justiça assume a função do controle social, que abarcará especialmente os mais desvalidos – aqueles que não contarão com supervisão ou recursos. E o juizado – lugar de ordenamento e disciplina, dirigido por um togado que arbitra sobre os destinos de outrem sob a pretensão de não serem capazes de gerirem adequadamente suas existências ou romperem com as regras sociais – passa a ser a instância para o exercício desse poder.

Essa concepção do Judiciário, no entanto, acaba por ser gradativamente assimilada pela população. De um *locus* autoritário e impositivo a uma esfera pública capaz de solucionar pendências e resolver impasses – seja pelo medo ou pelo respeito –, constrói para si a percepção de defensora de direitos civis.

Esta transformação no âmbito do Judiciário começa a operar com a outorga da Constituição Federal do Brasil em 1988. Ela permite, com suas leis e jurisprudências, a construção de parâmetros que delimitam a área de atuação e responsabilização de cidadãos moldando a sociedade a partir de suas bases, atuando como árbitro supremo das questões suscitadas por sua própria interferência. Essa função lhe permite tutelar as famílias e decidir seu futuro em um exercício de micropoderes que, silenciosamente, inventam formas de dominação, mas que podem também oferecer a oportunidade para novas possibilidades de vida (FOUCAULT, 2008).

Entretanto, somente com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 13 de julho de 1990 (Lei 18069/90), essa posição tomará um caráter efetivo no imaginário popular.

Assim como a Constituição de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) permitiu que fossem constituídos e expandidos direitos, garantindo-se a proteção às crianças e

a manutenção (ou transformação) de seus laços sociais. Através dele, também foram sistematizadas e regulamentadas regras de enquadramento e organização das famílias⁴.

Os novos marcos legais nacionais e internacionais facilitaram o acesso e a aproximação da esfera judiciária do seu público-alvo, porém não impedem que a justiça exerça um poderoso processo de controle social. Processo esse que abarcará especialmente os mais carentes, que não contarão com supervisão ou recursos – inclusive para se defenderem. De modo que os foros onde tais funções ocorrem – os Juizados⁵ – passam a ser instância para o exercício desse poder. Isso porque, apesar de a proposta do ECA ser voltada para a proteção integral da criança e do adolescente, constituindo-se enquanto marco regulatório dos direitos humanos de crianças e adolescentes, permanece em sua essência um viés autoritário de controle social.

O recrudescimento da agenda de políticas públicas e o jogo de tensões e coalizões entre os mais diversos atores⁶ estende e flexibiliza a atuação dos juizados (ROSEMBERG, 2010), construindo uma imagem do Judiciário defensor de direitos. Seja por medo ou respeito, essa imagem é assimilada pelo imaginário popular. Gradativamente, o Judiciário passa a representar um espaço de resolução de impasses e pendências, consolidando-se para além da função autoritária e impositiva. As leis e estatutos (do latim *statutum*, que significa “regulamento”, “sentença”, “aresto”) estabelecidos a fim de normatizar e regular relações sociais desenvolvem, quando em excesso, o efeito reverso da dependência jurídica, propiciando o que se passou a chamar de *judicialização*.

4 Ao pressupor que todas as crianças e suas respectivas famílias estariam sob a tutela do Estado, o ECA supostamente não faria distinção entre elas, passando a ideia de uma igualdade entre classes. Entretanto, embora o conceito de universalidade seja limitado pelas condições econômicas dos envolvidos – o que torna muito mais fácil para as famílias mais pobres receberem sanções e punições –, a percepção de que a menoridade atingiria somente os desvalidados é modificada.

5 Lugar de disciplina e legalidade, dirigido por togados que arbitram sobre os destinos de outrem sob a pretensão de estes não serem capazes de gerirem adequadamente suas existências e/ou romperem com as regras sociais vigentes, o juizado torna-se *locus* para aplicação da Justiça.

6 Aqui incluem-se as diversas agências multilaterais e fundações (nacionais e/ou internacionais) e, especialmente, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Conquanto a evolução dos direitos civis venha progressivamente aumentando – especialmente com o provimento de leis visando à proteção da infância –, as famílias continuam sob a tutela do Estado. E, ao se constituir enquanto espaço de atendimento (ou *assistência*⁷) à infância, este passa a expressar de forma extensiva o movimento de judicialização da vida privada, extrapolando o universo de sua alçada.

II. A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Mas o que vem a ser “judicialização”?

Em termos leigos, essa é uma palavra que se define de um modo até simplista: refere-se ao ato de se tentar resolver um conflito apelando-se para uma instância maior, representada pelo Poder Judiciário na personificação de seu representante, o juiz (DICIONÁRIO INFORMAL ONLINE, 2020).

A necessidade de concretude para os mais diversos apelos sociais não solucionados pelos órgãos competentes acaba por deixar a cargo do judiciário oferecer respostas. Diante das inúmeras pretensões requeridas e da necessidade de serem oferecidas respostas, é esse poder que vem, sistematicamente, assumindo a função de realizar direitos subjetivos de cunho social e político (RAMOS, 2010), influenciando as decisões e até o modo de vida de seus usuários:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais (...), no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política (BARROSO, 2012, pp. 3; 6).

A delegação de poderes cada vez maiores ao Judiciário é proporcional à gradativa diminuição do poder decisório das famílias. Isso porque, diante do aumento e complexidade de suas

⁷ Convém lembrar que “ser assistido” implica não apenas ser cuidado e acompanhado em uma eventual dificuldade, mas também ser/estar passivo diante de algo.

demandas, a sociedade civil vem paulatinamente incorporando e desenvolvendo o hábito de entregar a solução de seus problemas à esfera judicial para que lhe ofereça possibilidades e lhe adiante saídas não encontradas nas dinâmicas do dia a dia.

O problema ocorre quando situações a princípio banais e corriqueiras são direcionadas ao Judiciário como alternativa para solução de conflitos, tornando a judicialização uma prática comum. Apresentando múltiplos atravessamentos no tecido social, esse hábito estabelece mecanismos de intervenções que afetam as relações instituídas. E, ao reestruturar as esferas de poder, acaba por interferir nas relações cotidianas.

Esta experiência de “disseminação” da estrutura jurídica pode ser considerada como um “sintoma” das democracias anômicas, colocando em xeque as estruturas formais que marcam as desigualdades sociais que as atravessam. Além de uma forma de proteção contra eventuais abusos, a judicialização “ocorre em função da escassez de políticas que assegurem a efetivação dos direitos de cidadania (...) [e] da cobrança pelo acesso aos serviços públicos, principalmente, de saúde, educação e assistência” (SIERRA, 2011, p. 260). Nesse sentido, a judicialização pode ser uma forma de vozes isoladas se fazerem ouvir.

Por outro lado, a judicialização pode se constituir enquanto mecanismo de controle das relações sociais, exercida justamente pela instância que deveria assegurar a liberdade e os direitos civis a todos. Esse processo pode ser percebido nas leis que regulamentam a concepção, os direitos e os deveres legais da família, mas principalmente nas formas pelas quais as famílias *mais pobres* são afetadas, tornando-as alvo de controle e disciplinamento, ainda que sob a égide de proteção e cuidado.

Apesar das dissonâncias quanto à importância ou ao caráter da judicialização, esta vem se manifestando cada vez mais em nosso cotidiano. E uma das formas que mais a impulsiona é a gerência (e o controle) das relações familiares:

O controle jurisdicional em conflitos familiares tem como norte princípios fundamentais de proteção à pessoa, à sua

dignidade, saúde física e mental. De todos os sujeitos integrantes da família, com especial atenção à criança e ao adolescente. O sistema normativo protetivo das relações familiares cria mecanismos de tutela aos sujeitos, os quais são exigíveis através da atuação do Poder Público, no caso o Judiciário. Como consequência, este passa a exercer importante papel na efetivação de direitos, intervindo nas condutas humanas e apresentando soluções concretas aos conflitos (OLIVEN, 2011, p. 454).

Historicamente, o advento dos direitos – civis, políticos e sociais – emergem com a evolução da sociedade e de suas necessidades. Os direitos civis correspondem às prerrogativas à vida, à segurança e às liberdades individuais – sobretudo as prerrogativas à justiça, à propriedade e aos contratos. Os direitos políticos condizem com a garantia destes, na livre participação nas atividades políticas – seja como membros de organismos do poder político ou como simples eleitores de representantes nesses organismos. Os direitos sociais, por sua vez, respondem às necessidades humanas básicas, assegurando aos indivíduos o bem-estar econômico mínimo – com garantias como salário, saúde, educação, habitação e alimentação (MARSHALL, 1967). Entretanto, nem sempre esses direitos são resguardados; ou, se o são, podem não ocorrer de forma equânime ou simultânea.

No Brasil, a busca pela expansão desses direitos tem levado a sociedade a uma corrida ao Judiciário – seja para a resolução de conflitos sociais, seja para a efetivação da cidadania. Muito embora, para a exequibilidade da cidadania, diferentes instituições sejam acionadas – como tribunais (para salvaguardar os direitos civis), assembleias representativas (para legislar decisões políticas) e serviços sociais dos órgãos executivos (para assegurar o acesso à saúde e educação) –, é no Judiciário que ela é asseverada (BRASIL, 2002). Esse fenômeno é recorrente nas chamadas “democracias sociais”, e o fato de o Judiciário brasileiro se deparar com essa exigência aponta para a consolidação de nossas instituições democráticas. Pois, ao mesmo tempo em que

foram ampliados os direitos sociais, através de lutas e conquistas, passou-se a exigir do Estado uma maior intervenção na garantia desses direitos, seja através do Legislativo ou do Executivo. Garantida a legislação, a sociedade busca agora a efetivação destes direitos, e diante de um executivo limitado pelos acordos macroeconômicos e políticos, busca no Judiciário, reconhecendo-o efetivamente como uma das instituições do poder estatal, a possibilidade de efetivação destes direitos (ESTEVEZ, 2003, p. 126).

Esse apelo pela justiça expressa uma nova tendência da democracia contemporânea, na qual a consolidação da cidadania se dá através do Judiciário, utilizado como instrumento para solução dos conflitos.

De fato, na medida em que os poderes Legislativo e Executivo se enfraquecem devido à crise de representação política e da própria democracia moderna, o Judiciário cresce como ator político, sendo considerado o “último refúgio de um ideal democrático desencantado” (GARAPON, 1999, p. 26). Em contrapartida a esse reconhecimento, no entanto, ocorre a interferência na vida privada – particularmente no microcosmo das relações parentais – e, eventualmente, nas esferas das atividades produtivas (coletivas ou particulares) e públicas (como na saúde, educação, relações trabalhistas ou mesmo na política). De modo que o movimento de judicialização alcança

a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, incluindo aquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privada e, assim, impermeáveis à intervenção do Estado, como são os casos das relações de gênero no ambiente familiar e do tratamento dispensado às crianças por seus pais ou responsáveis (MOTTA, 2007, p. 28).

Nesse processo, é possível identificar três tipos de ações, alicerçadas em diferentes matrizes de interpretação. A primeira, de caráter jurídico-sociológico, entende que a procura do Judiciário para a resolução de conflitos encontra obstáculo em questões ligadas à capacidade da tutela judicial para responder às

demandas que dizem respeito a questões de eficácia de suas decisões, eficiência e acessibilidade ao sistema judicial. A segunda diz respeito a um posicionamento de caráter jurídico-ideológico que infere não ser tarefa do Judiciário a resolução de tais conflitos, não cabendo a ele tomar decisões sobre a vida civil de seus jurisdicionados. Já a terceira, ligada a uma concepção político-ideológica, entende que a judicialização dos conflitos sociais frustra a possibilidade de desenvolvimento das lutas populares pela reivindicação de direitos (ESTEVEZ, 2003). Seja qual for a concepção aventada, o sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas causadas pela crise de desinteresse e perda do espírito público.

No Brasil, é a partir da última década do século XX que o Judiciário emerge enquanto instituição de proteção das famílias, não apenas sistematizando e regulamentando regras para seu enquadramento e organização, mas estabelecendo garantias para a sua sobrevivência. Ele permite, com suas leis e jurisprudências, a construção de parâmetros que delimitam a área de atuação e responsabilização dessas famílias, moldando a sociedade a partir de suas bases, colocando-se como árbitro supremo das questões suscitadas por sua própria interferência. E, ao fazê-lo, ele tutela e decide o futuro dessas famílias, em um exercício de micropoderes que, silenciosamente, reinventa formas de dominação, sem deixar de oferecer oportunidade para novas possibilidades de vida (FOUCAULT, 2008, op. cit.). Enfim, ele passa a gerenciar e negociar os conflitos oriundos do universo das relações familiares.

Percebido como o guardião e garantia dos direitos civis, o Judiciário assume a função de proteção dos cidadãos. Entretanto, o fato de concentrar o poder de decisão sobre a vida privada destes se reflete na redução (considerável) da autonomia e do poder de ação e resolução individuais, já que, ao transferir a solução de seus problemas particulares à esfera jurídica, o sujeito delega seu poder decisório a esta.

No tocante à infância, as leis regulamentadas através do Estatuto da Criança e do Adolescente constituem norteadores

que discriminam (e controlam) as ações das famílias com relação à sua prole, cabendo ao Estado (entenda-se “à Justiça”) interferir caso as normativas não sejam cumpridas:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

.....
Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

.....
Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (BRASIL, 1990, op. cit.).

Os novos parâmetros de convivência e atuação instituídos promovem a transferência do poder decisório dos membros da

família para os tribunais, os quais são legalmente instruídos a imiscuir-se e opinar na dinâmica familiar, atravessando suas relações internas, intrínsecas.

Nesse sentido, “é possível reconhecer as significativas interferências que o Poder Judiciário pode realizar nas relações familiares” (OLIVEN, 2011, op. cit.), não apenas fiscalizando, mas arbitrando sobre as leis que estabelecem normativas acerca dos cuidados e responsabilidades que as famílias devam ter com relação aos seus membros. Para além dessas funções, ele executa também o papel de implementador de políticas para a condução da difícil tarefa de promover mudanças de mentalidades (CHAUÍ, 2011). Suas leis, quando não devidamente cumpridas, acarretam sanções que podem alterar toda uma conjuntura familiar e causar sérias repercussões – inclusive determinando a destituição do poder familiar⁸.

A judicialização de ações cotidianas evidencia o recrudescimento de um processo que se convencionou chamar de *cidadanização*, no qual, quanto mais se avança em direção ao aprimoramento das instituições democráticas, menos autonomia se obtém. De fato, tal termo é utilizado

para se referir à conversão e disciplinarização do elemento popular à racionalidade e à ordem vigente. Para tanto, configuram-se instituições e agentes comprometidos com a homogeneização da sociedade através da expansão de uma determinada visão de cidadania (CORREIA, 2010, pp. 13-14).

Nessa condição, os direitos (civis, políticos e sociais) que permitem ascender à condição de cidadão não se encontram coadunados – o acesso a um não garantindo o alcance automático aos demais.

Além disso, a obtenção de tais direitos se dá por interesse do Estado, o que possibilita a este formatá-los de acordo com seus critérios e interesses.

⁸ Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 (BRASIL, 1990, op. cit.).

Em tal contexto, a cidadanização sempre incorre na adesão de uma proposição externa (na forma de leis) que exige certo grau de cessão da autonomia decisória individual para responder às adequações preconizadas para a concessão de seus direitos⁹.

Todavia, apesar de sua construção autoritária, esse processo não se manifesta unilateralmente. Se, por um lado, as famílias têm suas condutas sistematizadas e sabatinadas, por outro, são potencialmente capazes de encontrar subterfúgios para atuação. A população a quem esses direitos se destinam não desempenha apenas papel passivo; ela muitas vezes altera as disposições por estes previstas, transformando seus resultados em algo bem diverso do esperado.

III. A INFÂNCIA TRANSGRESSORA

Embora represente uma das etapas do desenvolvimento humano, a infância (do latim *infantia*, onde *fan* = falante e *in* = prefixo de negação) refere-se ao período da vida no qual a ausência de voz implica em subordinação e falta de poder decisório sobre as ações da própria existência. Seu significado ultrapassa as condições físicas e morfológicas para se estender na metáfora – simboliza uma desqualificação do sujeito que, através da tutela, é subalternizado, enquadrado como *menor*¹⁰.

Apesar da história da infância ter sido escrita pela elite – por juristas, médicos, policiais, legisladores, comerciantes, pais, educadores (CUSTÓDIO, 2006) –, algumas das condições (e peculiaridades) que a atravessavam nunca se alteraram.

Forjada pelo amalgamento e contraposição de diversos poderes (e contrapoderes) articulados no seio da sociedade (CHAUÍ, 1986), a infância constitui-se enquanto categoria própria, fundada para a preservação da mão de obra necessária ao processo produtivo. Porém, mesmo as normatizações jurídicas e

⁹ A cidadanização implica em individualização, racionalização – na forma pela qual os sujeitos sociais se relacionam com o mundo –, responsabilização – do sujeito em detrimento da responsabilidade estatal –, disciplinarização e macro institucionalização – na qual os sujeitos, cada qual com sua função, compõem o bloco maior que é a sociedade (CORREIA, 2010, *ibidem*).

¹⁰ O termo, por si só, já indica o lugar que essas crianças ocupam no mundo: adjetivo transformado em substantivo, compõe uma insígnia de inferioridade que é transferida na nomeação instituída.

o empenho do Estado para resguardá-la não tornam consistente sua adesão às propostas instituídas (às leis implementadas), que nunca são executadas de forma completa ou sem resistência.

No Brasil, conquanto a infância passe a ser regulamentada pelo Estado – estabelecendo sua faixa etária, as competências e as proteções devidas –, este não consegue impedir eventuais transgressões diante dos movimentos para a adequação das famílias e suas proles ao projeto político-econômico hegemônico, como seu tutoramento e *higienização*¹¹. Considerando que, ao longo do tempo, crianças foram deixando de ocupar o lugar de “adultos mirins” para se converterem em “futuro da nação” – um futuro que nunca se estendeu a todas –, elas passaram a ser alvo de investimento do Estado.

Focado na (re)produção do ciclo econômico vigente, o Estado buscou garantir (minimamente) a sobrevivência das crianças – especialmente as que viviam à margem da sociedade. A infância tornou-se um propósito político, constructo ideológico e instrumento para o desenvolvimento social e econômico do país. É a chamada *menorização* – a qual implica considerar a criança um ser *menor*, desconceitualizando-a.

Todavia, é entre as crianças mais pobres que esse processo atua de forma acentuada, penalizando-as duplamente. Submetidas às dificuldades de subsistência e às ideologias de subordinação, essas crianças (e suas famílias) são desabilitadas de seu potencial, reguladas e sujeitadas em nome de um “cuidado” e “proteção” que, contudo, não democratiza a acessibilidade aos meios de produção e a uma vida mais segura e digna, de modo que, frequentemente, lhes reste como possibilidade a transgressão.

Não obstante, transgredir não significa unicamente promover algo ilegal. A verdadeira transgressão subentende ir além dos parâmetros impostos, rompendo com eles. Conseqüentemente,

11 O conceito de higienização reporta ao modo pelo qual o Estado (e conseqüentemente, a sociedade) impõe e reforça certos hábitos visando à produtividade, sem se preocupar com a realidade e a cultura dos envolvidos. Nesses casos, uma ideia aparentemente salutar (como a limpeza, por exemplo) torna-se manifestação de autoritarismo e violência, uma vez que passa a ser imposta “para o bem comum” sem levar em consideração as condições existenciais dos envolvidos (como a falta de sanitarismo e urbanismo no meio onde vivem).

questionar o instituído e abrir caminho para a consecução de novos arranjos e outras perspectivas constitui um quadro assustador, que desfaz o equilíbrio de forças preponderantes na sociedade. Como nos acostumamos a ver a transgressão pelo olhar normatizador daqueles que têm suas regras postas em xeque, ela assume um caráter negativo que não abarca todo seu alcance ou esgota sua representação. Por isso, é muito comum equipararmos transgressor a “fora da lei”, sem nos atentarmos que transgredir também pode ser um instrumento de contestação.

Assim, quando encontramos crianças que contradizem as expectativas demandadas e, de uma forma ou de outra, rejeitam as normas sociais, defrontamo-nos com a infância transgressora, de modo que temos aquelas cujas condições de existência são tão precárias que transgredir passa a ser um ato de sobrevivência; as que transgridem para compartilhar experiências com o grupo e se sentirem amparadas; e as que fazem da transgressão uma forma de expressão, de contestação. Seja qual for a razão ou o objetivo que permeiam a transgressão, essa emerge como um ato político, que traz representatividade a seus praticantes. E estes transgridem porque buscam ter voz e porque desejam ser ouvidos.

Entrementes, ao lançarmos um olhar mais atento à infância, veremos que sua condição de incompletude a vem colocando sempre em segundo plano. Enquanto projeto de adultos produtivos, os infantes são encarados como um custo para a sociedade – sua dependência transitória, ofuscando o discernimento de serem potenciais investimentos para o futuro. Esta percepção imediatista e limitante acentua as desigualdades que instigam e estimulam comportamentos divergentes e construções transgressoras.

Por outro lado, a quebra de regras não configura exclusividade de uma infância desvalida – apenas indica que, entre os pobres e abandonados, o medo e a opressão surgem como potencializadores para o rompimento de regras. Aponta, contudo, para a minimização de direitos de uma (grande) parcela da população que, independentemente da classe social, é *menorizada* por não ser (ainda) produtiva.

O fato de a idade servir de baliza para uma cidadania menor (ou a ausência dela) reflete a perspectiva de uma sociedade construída sobre desigualdades e abismos relacionais. Por isso, não constitui surpresa que parte destes infantes reajam. Sejam eles denominados carentes, em conflito com a lei ou simplesmente rebeldes – quando pertencentes às classes média e alta –, suas ações estão sempre na contramão do sistema, testando seus limites.

Por sua vez, a solução encontrada pelo Estado para conter o avanço das transgressões promovidas foi a institucionalização. Através dela efetuava-se, de forma coercitiva, a “ressocialização” dos transgressores – entenda-se, majoritariamente daqueles que eram pobres. Tais medidas – chamadas de socioeducativas, porém eivadas de condutas punitivas – compunham mais uma etapa da vitimação menorista, tornando essa infância – desinvestida e mal cuidada – cada vez mais judicializada e sujeitada.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar as transformações ocorridas nas famílias implica em entender como se dá o processo de regulamentação e normatização social. Importa refletir a quem interessa esse sistema e de que maneira sua viabilização interfere na organização social, mas, principalmente, como essa estrutura interfere na produção de subjetividades e delimita os papéis sociais vigentes.

Esmiuçando essas relações, vemos o surgimento de uma infância transgressora que resiste às normatizações impostas, ultrapassando os parâmetros instituídos, distendendo seus limites e problematizando a conjuntura na qual se inscreve. Em contrapartida a esse fenômeno, encontramos cada vez mais um processo de judicialização das famílias, envolvendo a eventual perda de autonomia destas com o aumento da ingerência do Estado na sua vida cotidiana. Sob essas circunstâncias, duas perspectivas distintas, aparentemente antagônicas – a submissão e a insubordinação aos critérios legais –, interagem de mãos dadas: uma aceitando a intervenção do Estado, e a outra reagindo contra os paradigmas por ele impostos.

Nesse contexto, transgredir constitui o paradoxo entre romper com estruturas autoritárias e constituir novas formas de atuação – mesmo compondo um círculo vicioso de opressão e violência, que, apesar das restrições impostas contra a infância e da sua subtração da cidadania, não consegue conter seu potencial inovador e subversivo. Entretanto, considerando que a infância não é homogênea ou uniforme – visto ser composta por várias faixas etárias, oriundas de diversas classes sociais e castas –, suas transgressões à sociedade serão encaradas de formas distintas, recebendo tratamentos diferenciados.

De fato, dependendo do meio e daqueles que a cometem, certas transgressões são banalizadas. Isso evidencia o surgimento de duas categorias que se contrapõem na infância – *crianças* e *menores* –, desmembrando-se entre aqueles que são efetivamente salvaguardados e os que se encontram à deriva. Por outro lado, a judicialização de condutas – especialmente aquelas que atravessam a infância – permite um maior controle da vida privada, em uma tentativa de cercear e inibir transgressões. Podendo atingir todas as esferas da vida do cidadão comum, a judicialização muitas vezes transfere as responsabilidades e atribuições da família (sobre sua prole) para o Estado, trazendo importantes consequências para a sociedade em que habitamos. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: www.direitofranca.br/direitonovo/.../file/ArtigoBarroso. Acesso em 26/01/2020.

BRASIL. *Leituras sobre cidadania*. Senado Federal, MCT/CEE, Brasília, 2002.

_____. *Estatuto da criança e do adolescente*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 13/01/2020.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil - O Longo Caminho*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005.

CHAUÍ, Marilena de Souza. *Conformismo e Resistência: Aspectos da Cultura Popular no Brasil*, São Paulo: Brasiliense, 1986.

_____. *Cultura e Democracia - O Discurso Competente*. São Paulo, Ed. Cortez, 2011.

CORRÊA, Mariza. A cidade de menores: uma utopia dos anos 30. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org.). *História Social da Infância no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cortez/USF, 1999, pp. 79-80.

CORREIA, Fernanda Guimarães. Reflexões Sobre o Conceito de Cidadania e Suas Bases Históricas no Brasil. In: *Revista de Ciência Política*. Janeiro/Dezembro 2010. Disponível em: www.achegas.net/numero/43/editorial_43. Acesso em 06/01/2020.

CUSTÓDIO, André Viana. *A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil contemporâneo*. Limites e perspectivas para sua erradicação, 2006, 285 folhas. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007202.pdf>. Acesso em: 23/01/2020.

DICIONÁRIO INFORMAL ON-LINE. Disponível em: www.dicionarioinformal.com.br/judicialização/. Acesso em 29/02/2020.

DOURADO, Ana Cristina Dubeux. *História da Infância e Direitos da Criança*. Edição Especial Salto para o Futuro. Ano 19 – Nº 10 – Setembro/2009.

ESTEVES, João Luiz Martins. Cidadania e Judicialização dos Conflitos Sociais. In: *Revista Jurídica da UniFil*, Ano I, nº 1, 2003. Disponível em: www.web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-10. Acesso em 29/02/2020.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro, Graal, 2008.
_____. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999.

HENICK, Angelica Cristina; FARIA, Paula Maria Ferreira de. História da infância no Brasil. In: *Anais EDUCERE*, PUCPR, 26 a 29/10/2005.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro, Zahar, 1967.

MOTTA, Luiz Eduardo. Acesso à Justiça, Cidadania e Judicialização no Brasil. In: *Revista de Ciência Política*. Julho/Agosto de 2007. Disponível em: www.achegas.net/numero/36/. Acesso em 04/01/2020.

OLIVEN, Leonora Roizen Albek. A Judicialização da Família. In: *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*, Vol. 4, N° 2, 2011.

ONU, *Convenção sobre os Direitos da Criança*, UNICEF, 20 de novembro de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 06/03/20.

PAES, Janiere Portela Leite. O Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente: avanços e retrocessos. In: *E-GOV. Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento*, 21/05/2013. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/. Acesso em: 21/01/2020.

RAMOS, Adriana Monteiro. Da Falta da Normatividade Constitucional à Judicialização e ao Ativismo Judicial. In: *Revista Direitos Fundamentais & Cidadania*. Vol. 7, n° 7, (jan./jun. 2010), pp. 232-246.

ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. In: *Cadernos de Pesquisa*, v.40, n° 141, pp.693-728, set./dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v40n141/v40n141a03.pdf>. Acesso em: 18/03/20.

SIERRA, Vânia Morales. A Judicialização da Política no Brasil e a Atuação do Assistente Social na Justiça. In: *Revista Katálisis*. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil. v. 14, n. 2, pp. 256-264, jul./dez. 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.

Neoconstitucionalismo: Uma Nova Teoria do Direito?

Felipe Bizinoto Soares de Pádua

Mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto de Direito Público de São Paulo. Pós-graduado em Direito Constitucional e Processo Constitucional; em Direito Registral e Notarial; e em Direito Ambiental, Processo Ambiental e Sustentabilidade pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Advogado.

RESUMO: Com os traumas causados pela Segunda Guerra Mundial, críticas ao modelo positivista jurídico foram feitas, surgindo uma autodenominada corrente pós-positivista neoconstitucional. Tal corrente tem como principais bases uma nova compreensão da Constituição e a relação entre Direito e Moral nas decisões jurídicas. Apesar dessa nova perspectiva, o positivismo jurídico persiste com suas reformulações criadas a partir das críticas atribuídas à visão neoconstitucional. Este artigo visa a expor as fundações tanto do neoconstitucionalismo quanto do positivismo jurídico, tecer críticas a cada uma delas, bem como expor a abrangência da pretensão neoconstitucional em relação à Teoria Geral do Direito: se um paradigma ou se uma operação de acabamento sobre o edifício jurídico positivo.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Positivismo jurídico. Neopositivismo. Pós-positivismo. Teoria do Direito.

NEOCONSTITUTIONALISM: A NEW THEORY OF LAW?

ABSTRACT: With the traumas caused by World War II, criticisms of the juridical positivist model were made, arising a so-called neoconstitutional postpositivism current. This current has

as main bases a new understanding of the Constitution and the relation between Law and Moral in juridical decisions. Despite this new perspective, the juridical positivism persists with its reformulations created from the criticisms attributed to the neoconstitutional vision. This article aims at exposing the foundations of both neoconstitutionalism and juridical positivism, criticize each of them, as well as exposing the scope of the neoconstitutional claim in relation to the Theory of Law: whether a paradigm or a finishing operation on the positive juridical building.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism. Juridical positivism. Neopositivism. Postpositivism. Theory of Law.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em uma das suas obras mais conhecidas, Thomas S. Kuhn (2003, p. 57 e ss.) diferencia a ciência normal da ciência extraordinária, bem como ambas da revolução científica. A primeira categoria baseia-se em fundações ou paradigmas aceitos pela comunidade científica e volta-se para o desenvolvimento de respostas aos seus problemas, tendo o papel de resolver quebra-cabeças (*jigsaw puzzle*).

A ciência extraordinária está na faixa de transição de paradigmas, ou seja, determinada base principiológica não atende satisfatoriamente os problemas em razão, principalmente, das anomalias por ela não abrangidas, o que leva a comunidade de cientistas a se debruçar sobre tais anomalias, cujo estudo é feito pela ciência extraordinária, bem como a buscar um novo paradigma (KUHN, 2003, p. 93-124).

Os períodos de ciência extraordinária (= estudos das anomalias em um paradigma) geram as revoluções científicas, que compreendem a ideia muito utilizada nas ciências sociais – particularmente na política e no Direito – de ruptura com um modelo pretérito e a instauração de um novo, o que na visão kuhniana consiste no abandono de um paradigma e na adoção de um novo, o paradigma emergente, que se volta a responder o que o seu antecedente não pôde (KUHN, 2003, p. 125 e ss.).

Dentro do imenso universo científico, destaca-se a ciência jurídica, cuja comunidade científica, os juristas, reconhece a ascensão e queda de diversos paradigmas jurídicos. Possível essa análise panorâmica e histórica da ciência do Direito a partir das lições de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1980, p. 1-17) acerca da função social da dogmática jurídica, que se desdobra em duas abordagens: uma de cunho histórico, com o intuito de identificar os fundamentos das categorias jurídicas, outra de cunho sistematizador, voltada, sinteticamente dizendo, à compreensão e à orientação na aplicação da estrutura jurídica. Em relação à primeira abordagem, o autor explora as diversas culturas que influenciam os modelos contemporâneos, bem como destaca as rupturas com as buscas de paradigmas: da *iurisprudentia* romana à dogmática atual (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 19-79).

Ainda dentro desse universo jurídico em que se destacam o Direito Constitucional e a Teoria Geral do Direito (TGD) – duas matérias com autonomia acadêmica, mas que se enlaçam nas discussões que envolvem os paradigmas do Direito em sua amplitude – e passados os anos beligerantes que abalaram o globo terrestre (1910 a 1945), sobreveio um momento de reflexão mundial – em especial do Ocidente – sobre o papel do Estado, da sociedade e a centralidade do ser humano, com a retomada de ideias kantianas e com os neokantianos (WIEACKER, 2015, p. 679 e ss.; FERREIRA FILHO, 2017, p. 11-30). É a partir desse quadro histórico que surge o debate de um novo constitucionalismo, o neoconstitucionalismo, corrente pós-positivista que tem nomes importantes na literatura: Robert Alexy, Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos, Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Luigi Ferrajoli, Miguel Carbonell, Susanna Pozzolo.

Seria o neoconstitucionalismo uma nova corrente com tendências a ser um novo paradigma jurídico? Trata-se de uma visão realmente pós-positivista? Será que o positivismo jurídico é um paradigma abandonado? Para se chegar a algum tipo de resposta sobre tais indagações, é necessário antes um novo qua-

dro de perguntas sobre o neoconstitucionalismo: quais são suas bases? Qual é a sua abrangência? Com o que rompe?

É com o intuito de trazer algum lume às questões acima que este artigo se desenvolverá sobre a corrente neoconstitucional, destacando a seara jurídica para a qual se volta – TGD ou Direito Constitucional – e suas bases, ao final comparando-se com a corrente que habitualmente é considerada antagonista, o positivismo jurídico.

2. TEORIA NEOCONSTITUCIONAL COM QUAIS BASES E PARA QUEM?

Segundo Robert Alexy (2008, p. 32 e ss.) e Paolo Comanducci (in CARBONELL, 2003, p. 75-87), o grande embate neoconstitucional é com o positivismo jurídico, escola que ganhou muita força com o desenvolvimento de Hans Kelsen, sendo que o desenrolar desse debate científico se deu no pós-Segunda Guerra Mundial. O mesmo período é considerado por Franz Wieacker (2015, p. 679), que se debruça sobre o histórico do Direito Privado ocidental moderno e destaca as fundações neokantianas, fundadas na busca por justiça. No cerne da busca por justiça no campo jurídico, é retomado um antigo debate sobre a separação ou união entre Direito e Moral.

De forma ilustrativa, Dimitri Dimoulis (2007, p. 7-87) expõe trecho da obra de Lon L. Fuller no qual este apresenta um caso imaginário em que um partido político chamado Camisas-Púrpuras ascendeu ao poder, não adotou medidas para revogar o sistema constitucional vigente, editou diversos atos legais e desenvolveu diversas interpretações perniciosas, especialmente em relação ao Código Penal, para manter a governança, determinando-se no regime político ditatorial camisa-purpurista a perseguição a diversas correntes consideradas de oposição. Dentro desse quadro é que surgem os denunciadores invejosos, pessoas que, por inveja, denunciavam seus inimigos ao partido ou às autoridades. O dilema tratado envolve a queda dos Camisas-Púrpuras, a instauração de uma Assembleia Nacional Constituinte e

a nomeação de um ministro da Justiça, que consulta cinco deputados sobre quais podem ser as medidas adotadas contra os denunciadores invejosos. Dimitri Dimoulis (2007, p. 52-87) inclui aos comentários existentes dos deputados outros cinco comentários, que são de três juristas homens e duas juristas mulheres.

O fundamental para este artigo em relação ao caso dos denunciadores invejosos envolve duas perspectivas. A primeira é histórica, visto que o caso imaginário tem como inspirações as providências dos Estados vencedores em relação aos agentes dos regimes fascistas que vigoraram até o fim da 2ª Guerra Mundial, em especial o alemão e o italiano, o que ficou claro com os diversos julgamentos proferidos pelo Tribunal de Nuremberg, assim como o julgamento ocorrido com a liderança japonesa ao tempo do Eixo, com os julgamentos proferidos pelo Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, mais conhecido como Tribunal de Tóquio. Apesar dos discursos internacionais que já vigoravam nos autodenominados governos justos e democráticos, críticas foram feitas às punições das Cortes de exceção.

A segunda perspectiva é cognitiva-comparativa, que diz respeito ao choque de um discurso em ascensão, o discurso positivista jurídico purista, com o discurso da (re)moralização jurídica. É dizer: a retomada dos debates da relação entre os sistemas jurídico e moral.

Consideram-se as duas perspectivas acima como ambientação e colocação do debate entre neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. Mas, afinal, esse embate se dá em que setor jurídico? Melhor indagando, a pretensão (não em sua acepção técnico-jurídica) de tais correntes é de instituir ou nomear o paradigma de qual segmento jurídico? Tais indagações aqui serão nomeadas de problema topológico-jurídico, pois envolvem a identificação de qual setor – especificamente, o Direito Constitucional ou a TGD – as correntes em comento buscam fixar paradigma.

Para chegar a uma resposta ao problema topológico-jurídico, é necessário antes enfrentar outro problema, nomeado de fundacional, visto que envolve a identificação das bases neoconsti-

tucionais e positivistas jurídicas. Logo, valendo-se das categorias processuais judiciais, tem-se o problema prejudicial fundacional e o problema prejudicial topológico-jurídico.

A resposta ao problema precedente inspira-se na divisão utilizada por Norberto Bobbio (1972, p. 103-105; 1995, p. 131 e ss.), que tratou do positivismo jurídico, assim como inspirou a abordagem sobre a corrente neoconstitucional por Paolo Comanducci (*in* CARBONELL, 2003, p. 82): são os aspectos teórico, ideológico e metodológico.

Sob a óptica teórica, a base positivista se relaciona à visão estatalista, cuja essência é do Estado com monopólio da força, da definição de Direito em função da coação (BOBBIO, 1972, p. 107-110; BOBBIO, 1995, p. 147-159). Já o neoconstitucionalismo tem sua óptica teórica fundada na constitucionalização, que envolve uma Constituição “invasora”, no sentido de ser onipresente nos diversos segmentos constantes em um sistema jurídico (COMANDUCCI, *in* CARBONELL, 2003, p. 83). Ambos os aspectos teóricos são criticáveis.

Reconhecida por Norberto Bobbio (1972, p. 19-37), a corrente juspositivista funda-se na coação e no ordenamento jurídico estatais, proposições que sofrem em razão da hipercomplexidade social que o próprio pós-Segunda Guerra Mundial contrastou: fala-se em crise das fontes jurídicas, especialmente da lei, também do pluralismo jurídico, que envolve não apenas questões de origem, mas também de própria aplicação do Direito. Logo, há forte mitigação da estatalidade, mas deve ser reconhecido o papel do Estado não como fonte jurídica produtora e aplicadora, e sim como aquela fonte por excelência.

De outro lado, o aspecto teórico neoconstitucional parte de uma ideia muito branda de constitucionalização: Paolo Comanducci (*in* CARBONELL, 2003, p. 83-85 e p. 87-91) e Ricardo Guastini (*in* CARBONELL, 2003, p. 49-73) mencionam a constitucionalização sob a óptica interpretativa, como a compreensão e aplicação do Direito a partir das lentes constitucionais, e sob a óptica topológica, como a colocação da Constituição como centro

do ordenamento jurídico. Tais ópticas do aspecto teórico em comentário ganham outras duas, conforme a visão trazida por Denise Auad (2011) e Luís Roberto Barroso (2015, p. 390 e ss.): a óptica judicial, que se liga ao chamado ativismo judicial e à ascensão da jurisdição constitucional, com destaque para a fiscalização de constitucionalidade, e a óptica valorativa jurídica, que diz respeito à dignidade humana como funcionalizador do sistema jurídico. Tais hipóteses de constitucionalização são as mais reiteradas na literatura e, portanto, não estão esgotadas, assim como são tratadas sobretudo em relação ao Direito Privado (RODRIGUES JÚNIOR, 2019, p. 171 e ss.).

Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2019, p. 172-193) sintetiza as ópticas acima como hipóteses do que não é constitucionalização e disserta críticas a cada uma. Em relação à óptica interpretativa, inicia expondo que a supremacia da Constituição, portanto, a Constituição como diploma orientador da atividade interpretativa sempre foi objeto de consideração pela doutrina que se debruça sobre o Direito infraconstitucional, destacando nomes como Carlos Maximiliano, Clóvis Beviláqua, San Tiago Dantas e Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda como juristas que partiam do pressuposto da deferência hierárquica-hermenêutica constitucional. Logo, não enxergar o sistema jurídico com as lentes constitucionais não é uma conquista neoconstitucional, eis que há muito tal atividade é feita.

Em relação à óptica topológica, aplicam-se as críticas à óptica interpretativa, ainda mais diante do fato de que o grande estudioso do positivismo jurídico, Hans Kelsen (2003, p. 246-249), reconhecia o protagonismo da Carta Constitucional dentro do sistema, a concebendo como o diploma de hierarquia máxima dentro de um ordenamento jurídico (RODRIGUES JÚNIOR, 2019, p. 181-187). Apesar de o jurista de Viena não ter utilizado, ele é conhecido pela sua estruturação piramidal do Direito, o que, na verdade, deve ser atribuído mais ao seu grande discípulo, Adolf Julius Merkl. Tratar da Constituição como centro remete muito mais a uma figura bidimensional circular, mas o significa-

do utilizado pela 'Pirâmide de Kelsen' não varia, pois em ambas as ilustrações geométricas há consideração da Lei Fundamental como diploma jurídico de destaque e que constitui o sistema.

Sobre a óptica judicial, na afirmação de um modelo jurisdicional constitucional forte, fundado, particularmente, no controle de constitucionalidade, existem dificuldades de cunho histórico. Conforme leciona Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2019, p. 187-193), desde o advento republicano brasileiro de 1889 há reconhecimento do papel do Judiciário como fiscal da compatibilidade dos atos estatais em relação aos ditames da Constituição: Ruy Barbosa de Oliveira era e ainda é um notável jurista brasileiro, sendo que introduziu o mecanismo de controle de constitucionalidade na Constituição de 1891, tendo como principal base o *judicial review* dos EUA, que, inclusive, ganhou maior contraste com o caso *Marbury vs. Madison* (1803), muito antes da doutrina neoconstitucional.

Em relação à óptica valorativa, existe certo contrassenso na fundação do neoconstitucionalismo quanto ao tema, porquanto não foram os constitucionalistas que retomaram o debate kantiano com a chamada corrente filosófica neokantista, e sim a civilística. Ao tratar do personalismo ético, Karl Larenz (1978, p. 44-56) levanta os debates sobre a colocação de um elemento ético-jurídico nos ordenamentos jurídicos, elemento este que é a dignidade humana. Todavia, tal inclusão não se iniciou com debates constitucionais, e sim no âmbito do próprio Direito Civil alemão, cujos fundamentos e resultados foram levados ao estrangeiro e inspiraram diversos Estados do globo terrestre.

Em relação às críticas acima, Carlos Bastide Horbach (2007) disserta que os fundamentos teóricos neoconstitucionais são, na verdade, uma nova roupa do Direito Constitucional, fazendo expressa referência ao conto *A Roupa Nova do Rei*, de Hans-Christian Andersen, isto é, as ideias julgadas inovadoras e pós-positivistas são, na verdade, novas modas fundadas em um arcabouço teórico já existente e que se liga a outras correntes do Direito, inclusive à positivista.

Com relação ao aspecto ideológico juspositivista, este tem como fundação a diferenciação entre juízos de fato e juízos de valor, entre o Ser e o Dever-Ser, cabendo à corrente em comento conceber o Direito como ele é, bem como entendendo que o valor justo ou injusto está de acordo com a emanação de autoridade dentro de uma cadeia de validade, ou seja, o fato de o Direito ser uma exteriorização da vontade de uma autoridade e que observa a norma hierarquicamente superior significa que aquele ato jurídico é justo (BOBBIO, 1972, p. 110; BOBBIO, 1995, p. 223-225).

Como destacam Norberto Bobbio (1995, p. 223-229) e Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1980, p. 68-75), o fenômeno da positividade ganhou muita força no séc. XIX, especialmente na e por meio da lei, o que gerou a união com o estatualismo, que levou o Estado como monopólio da força e da produção jurídica, constituindo um sistema jurídico fechado e com pretensão de abrangência total, ou seja, a crença de que a lei consegue disciplinar todas as relações intersubjetivas relevantes para o Direito.

É dentro do panorama acima que surge a visão kelseniana, muito representativa do positivismo jurídico. Este tem como aspecto ideológico na visão de Hans Kelsen (2003, p. 75 e ss.) a separação ou, melhor dizendo, a depuração do Direito, sua análise não sob a óptica de outras áreas do conhecimento (Sociologia, Antropologia, Filosofia etc.), principalmente da Moral, e sim a concepção jurídica a partir do que ela é, chegando o autor austríaco delinear o objeto da ciência jurídica a norma (jurídica), que corresponde a um ato de vontade nascido de fontes do Direito e que estatuem para o mundo dos fatos um enunciado de dever-ser que serve para, principalmente, as autoridades conformarem a relação intersubjetiva ao desiderato normativo.

Com os fatos belicosos ocorridos entre as décadas de 1930 e 1940, reconheceu-se que a ideia estrutural ou formal trazida pelo positivismo jurídico não se compatibilizava, especialmente, com as reivindicações sociais por justiça, bem como a fundação estatista do aspecto ideológico padecia em razão do reconhecimento da força das relações internacionais, de que certos interesses

jurídicos transcendiam o território e, portanto, tornavam o próprio sistema jurídico estatal inefetivo (beirando a sua invalidade, de acordo com uma visão revisada pelo próprio Hans Kelsen). É dentro desse caldeirão que Norberto Bobbio (1995, p. 229-232) surge com uma reflexão sobre um positivismo jurídico ético, que se baseia não em questão de justiça, mas de ordem, ou seja, o Direito tem como valor final a ordem, que consiste no resultado da conformidade de um complexo de fatos a um certo ordenamento jurídico que seja o mais perfeito possível.

O aspecto ideológico neoconstitucional funda-se em lições trazidas, por exemplo, por Gustavo Zagrebelsky (2018), Susanna Pozzolo e Écio Oto Ramos Duarte (2010), e Luís Roberto Barroso (2015, p. 263 e ss.), que tratam da corrente em comento tendo como principal fundação ideológica a influência da Moral sobre o Direito. De forma expressa, Norberto Bobbio (1972, p. 21-23; 1995, p. 225) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2017, p. 27-30) mencionam que existe no aspecto ideológico neoconstitucional um retorno ao Direito Natural, ao reconhecimento de valores jurídicos que transcendem o posto e com os quais as autoridades devem deferência. O principal valor citado é a justiça, mesmo que sua concepção esteja na Filosofia, que mostra grande controvérsia na definição do justo e injusto.

Lon Luvois Fuller (1969) e Ronald Dworkin (2010) dão bases à relação Direito-Moral ao tratarem da chamada interpretação moral da Constituição, não com base em uma moralidade específica de um ou alguns, e sim no que chamam de moralidade da sociedade, certos valores que dão liga aos indivíduos para que se comportem e se mantenham como membros de uma coletividade.

Além da moralização jurídica, outro fundamento trazido por Paolo Comanducci (*in* CARBONELL, 2003, p. 85-86) envolve um olhar histórico do constitucionalismo: anexa-se à tradicional visão da limitação ao poder a efetivação das posições jusfundamentais (direitos e garantias fundamentais). Essa inclusão que compõe a chamada base ideológica do neoconstitucionalismo

encontra uma constatação no que leciona Norberto Bobbio (2004, p. 15 e ss.), qual seja, a de que a contemporaneidade vive sob o signo da efetividade jurídica, não necessariamente do reconhecimento (visto que as posições jurídicas fundamentais ganham forte reconhecimento por meio das Cartas Constitucionais, Atos Internacionais etc.).

Crítica feita ao aspecto ideológico do denominado novo constitucionalismo diz respeito a uma das finalidades do próprio Direito, que é a segurança. As críticas filosóficas afetam a base da corrente jurídica ora tratada. José Castán Tobeñas (1968) traça os diversos conceitos de justiça que serviram ao Direito: o meio termo aristotélico, a concepção divina tomista, o imperativo categórico kantiano etc. De uma concepção para outra, há mudança do olhar jurídico e, portanto, da própria estrutura do Direito, o que, por sua vez, reflete no campo da aplicação das categorias ao caso. A crítica recebe mais força ainda se enxergar pelo martelo desestruturalista de Friedrich Nietzsche, que mostra a relatividade dos conceitos filosóficos, a relativização da Moral, premissas que afetaram e ainda afetam severamente a sociedade presente, que, inclusive, recebe como um dos seus muitos nomes a sociedade líquida, alcunha de Zygmunt Bauman. A crítica doutrinária é de que a instabilidade causada pela relativização na aceção de justiça torna inseguro o próprio Direito, o que causa contradição nas próprias pilastras jurídicas (BASTIDE, 2007; RAMOS, 2015, p. 37 e ss.; RODRIGUES JÚNIOR, 2019, p. 171 e ss.; BOBBIO, 1972, p. 163 e ss.).

O aspecto metodológico do juspositivismo se debruça sobre a depuração jurídica, mas sob a óptica de extrair do objeto observado uma compreensão sistematizada: tal compreensão envolve a avaliação do fenômeno jurídico em uma posição cujo cientista adote uma atitude avalorativa, objetivo e eticamente neutro, critérios que servem para reconhecer as normas jurídicas e não jurídicas (BOBBIO, 1972, p. 106; BOBBIO, 1995, p. 238; KELSEN, 1998, p. 67 e ss.; FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 68).

A tão cogitada neutralidade científica é de impossível alcance, uma vez que todas as abordagens são em si uma escolha do cientista. O porquê de adotar certa perspectiva teórica, e não outra, a interpretação jurídica ser de uma forma, e não de outra – todas as atividades de um cientista partem de uma atitude parcial no sentido de que o ser humano transcende o cientista e, portanto, resulta em abordagens valorativas (COMANDUCCI, *in* CARBONELL, 2003, p. 93). Adota-se uma perspectiva mais ampla que a ciência jurídica, pertencente à teoria geral desenvolvida por Thomas S. Khun (2003, p. 9-42, p. 107 e ss.), que expõe que a adoção de certo paradigma (= modelo que carrega um arcabouço de fundações de certo segmento científico) ocorre com considerável arbitrariedade, a qual está muito revestida por ideologias e opções que a própria comunidade carrega. Aplicando-se tais premissas ao Direito, evidente que o aspecto metodológico neutral do positivismo jurídico não é tão neutro, visto que o cientista não parte de um zero cognoscitivo, não se reveste de um manto da ignorância, e sim desenvolve suas premissas, talvez não partindo de fatores extrajurídicos, mas sob influência deles, por exemplo, a ideologia política, filosófica, religiosa, político-partidária etc.

De forma lapidar, Karl Engisch (2014, p. 115 e ss.) aduz que os juízos jurídicos são desenvolvidos por uma pessoa que carrega em si uma multiplicidade cultural e, conseqüentemente, carrega para todas as searas tal pluralismo, o que, por sua vez, resulta na criação de normas jurídicas com diversas significâncias, mas que muitas vezes partem de uma mesma fonte.

De outro lado há o aspecto metodológico neoconstitucional, que envolve, segundo Paolo Comanducci (*in* CARBONELL, 2003, p. 93-98) e Luís Roberto Barroso (2015, p. 343 e ss.), a interpretação da Constituição de forma a relacionar aproximação entre Direito e Moral, tecendo críticas aos chamados métodos tradicionais de interpretação e constituindo mecanismos que chamam de nova interpretação constitucional, com particular ênfase à inclusão dos princípios como espécie normativa jurídica, em vista de que o jus-

positivismo contemplava apenas regras como normas jurídicas. Em suma, o principal fundamento do aspecto metódico do novo constitucionalismo envolve o uso dos princípios como veículos jurídicos condensadores de valores morais.

Apesar de adotar uma visão crítica ao positivismo de até então, Herbert Lionel Adolphus Hart (2009, p. 334-346) mostra que as fundações juspositivas não são totalmente conflitantes com a ideia de princípio como espécie normativa. Na mesma entoadada, Elival da Silva Ramos (2015, p. 56-66), baseado no citado positivismo ético de Norberto Bobbio, fala de juspositivismo reflexivo e integral, fundado no desenvolvimento do posto por meio de uma compreensão macro, através de investigações pelas ciências zetéticas, para que o Direito posto seja conforme a compreensão do que lhe é externo, mas que o influencia.

Apesar desse novo marco compreensivo, o fato de os princípios serem compreendidos como ponte entre Direito e Moral não é exclusivo do neoconstitucionalismo, e sim tem referências, como citado anteriormente, ao jusnaturalismo. Apesar de o instrumento ser distinto, a referência metodológica que fazia ponte entre a ciência jurídica e outros sistemas sociais constou, por exemplo, na escola do realismo jurídico, que tem como figuras habitualmente referenciadas Oliver Wendell Holmes Jr. (realismo jurídico dos EUA) e Alf Ross (realismo jurídico escandinavo).

O quadro acima suscita as origens do que foi tratado em um sentido amplo como marco teórico. Interessante destacar que tanto o neoconstitucionalismo quanto o positivismo jurídico têm seu berço de nascimento no Direito Público: o primeiro na seara do Direito Constitucional, enquanto o segundo na teoria geral, no Direito Público mesmo. Ainda sobre a segunda corrente, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1980, p. 77-78) informa que o juspositivismo normativista de Hans Kelsen foi bem absorvido na seara juspublicista, enquanto no setor jusprivatista houve certa ressalva em razão da tradição romano-germânica, que se funda no que chamou de situações vitais, não conceituais. A pretensão que ambos os marcos teóricos têm é de saírem das respectivas

searas jurídicas e serem reconhecidos como paradigmas para o Direito, servindo, inclusive, como desenvolvedor do arcabouço científico utilizado pela Teoria Geral do Direito. Ocorre que, nessa disputa, a vertente positiva tem vantagem pelo fato de que suas abstrações são historicamente desenvolvidas ao ponto de se aplicarem a todo o sistema jurídico, enquanto a vertente neoconstitucional, por ser um fenômeno recente, ainda desenvolve ideias que pouco extrapolam o Direito Constitucional, chegando a contribuir para a TGD.

Apesar do nascimento recente e das críticas despendidas, o neoconstitucionalismo é ao menos uma forma de refletir e de provocar o debate de que há algo de diferente no Direito contemporâneo. Mauro Barberis (*in* CARBONELL, 2003, p. 259-278), Pietro Perlingieri (2002), Susanna Pozzolo (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 77 e ss.) e Denise Auad (2011) mostram que há algo de diferente, em especial com o advento do discurso democrático pelos Estados, isto é, o discurso neoconstitucional tem como ponto de partida ou pressuposto o Estado Democrático, visto que nele, julgam os doutrinadores referenciados, é possível limitar o poder e garantir as posições jurídicas fundamentais.

Na mesma ideia do parágrafo acima, insinua Peter Häberle (1997) que ares novos surgem para o fenômeno jurídico no que diz respeito à compreensão da Lei Fundamental em si e na sua relação com os demais atos jurídicos, havendo uma nova construção teórica que afeta o sistema jurídico em sua totalidade, não apenas em uma ou algumas de suas searas.

Os discursos centrais para combater o positivismo jurídico que teve sua ascensão entre os sécs. XIX e XX, o chamado positivismo legal, são no sentido de que inexistem a dita neutralidade científica, assim como Moral e Direito implicam-se mutuamente, sendo que no segundo ingressam certos juízos de valores por meio da norma-princípio, reconhecidamente uma espécie de norma jurídica (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 77 e ss; BARROSO, 2015, p. 345-357). Só que a principal crítica neoconstitucional envolve o campo hermenêutico, à forma como os enunciados eram

concretizados, porquanto o método concebido, a subsunção, envolvia uma atividade que reconhecia ao aplicador do Direito a incumbência de reproduzir a norma constante no sistema mediante aplicação silogística. Ao contrário da fértil e ampla teoria da argumentação atual, o intérprete positivista era de identificar as premissas maior e menor através de um raciocínio neutro e que declarava o que algo maior, no caso, a lei, dizia para o caso (RAMOS, 2015, p. 47-56). Em suma, o calcanhar de Aquiles do positivismo estava na hermenêutica, visto que o aplicador era mero reproduzidor do sistema, um declarador cujo papel não era considerado ativo no sentido de conceber a norma jurídica, e sim de meramente externá-la para o caso.

Neoconstitucional ou não, coincidentemente ou não, o discurso pós-positivista tem como uma das suas principais marcas um arcabouço teórico voltado à hermenêutica, particularmente para as decisões judiciais. Tudo indica que o paradigma juspositivo tinha como uma das suas grandes insuficiências a intermediação (= interpretação jurídica) entre a abstração jurídica e a concretude fáctica.

Por mais que haja inovação e a citada sensação de que há mudanças, as críticas ao positivismo jurídico não o destroem, e sim geram reformulações nos seus traços, mas sem que seja perdido o seu cerne. A tão criticada legalidade ainda persiste, tanto é que os próprios neoconstitucionalistas partem de um texto posto por uma autoridade, a Constituição, para desenvolverem todo o arcabouço que dizem demonstrar a superação do modelo juspositivo (RAMOS, 2015, p. 47-48).

Quanto ao corte epistêmico feito por Hans Kelsen, com a visão do novo constitucionalismo, houve o desenvolvimento de duas correntes positivistas, que são expostas por Écio Otto Ramos Duarte (DUARTE; POZZOLO, 2010, p. 42-52): o positivismo jurídico exclusivo, que sustenta que a existência e conteúdo do fenômeno jurídico são determinados com independência de considerações e argumentos morais; e o positivismo inclusivo, que sustenta a moral ingressa no mundo jurídico como determinante

da existência e do conteúdo das categorias do Direito se a regra de reconhecimento socialmente convencionada a incluir como critério de juridicidade.

No que diz respeito ao calcanhar de Aquiles do positivismo jurídico, adota-se a visão de um juspositivismo reflexivo e integral de Elival da Silva Ramos (2015, p. 56-66), que considera reflexiva a necessidade de abertura sistêmica a partir da Dogmática Jurídica, destacadamente pelo Direito Constitucional, e que a identificação de tal abertura se daria por meio das matérias zetéticas, enquanto considera integral a adesão à tríplice estrutura trazida por Miguel Reale, (fato, valor e norma) na nomogênese. Sobre essa última qualidade que o autor ingressa na teoria hermenêutica, tecendo críticas à visão positivista legal e reconhecendo que deve ser atribuído ao aplicador do Direito o reconhecido papel ativo no desenvolvimento da norma jurídica, eis que os textos hodiernos contemplam não apenas fortes cargas valorativas, mas deixam ao aplicador margem ampla de atuação dentro da moldura textual, o que não é totalmente incompatível com a base positivista (RAMOS, 2015, p. 67-140).

Uma das principais consequências da reformulação da hermenêutica jurídica positiva é o reconhecimento dos princípios jurídicos como espécie normativa, o que foi objeto de expressa consideração por Herbert Lionel Adolphus Hart (2009, p. 329-340) em pós-escrito de uma das suas obras mais famosas, sendo caracterizada a espécie principiológica como não conclusiva, pois sua aplicação envolve a contribuição argumentativa na e para a decisão.

Apesar de Elival da Silva Ramos (2015) e Carlos Horbach Bastide (2007) terem uma visão de que o neoconstitucionalismo consiste em uma nova roupa do Direito Constitucional, fato é que tais vestes ao menos resultaram na proposição de mudanças ao juspositivismo, especialmente em relação à separação que faz entre Direito e Moral e ao seu arcabouço interpretativo. A própria proposta do primeiro autor em trazer caráter reflexivo e integral significa que as bases jurídicas científicas positivas mos-

travam certas incompatibilidades com o plano social e até com os demais sistemas sociais.

Apesar de ser uma teoria desenvolvida no e pelo Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo mostra mais uma feição neopositivista do que pós-positivista ou antipositivista, visto que as propostas nem tão novas neoconstitucionais mostram mais um reforço a uma perspectiva nova do positivismo jurídico do que propriamente uma ruptura teórica, ou seja, de acordo com o vocábulo kuhiano, mais consiste em uma reformulação das operações de acabamento do que propriamente a constituição de um novo paradigma.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A deflagração das Guerras Mundiais mostrou ao mundo a aptidão humana destrutiva, sendo que no período belicoso entre 1939-1945, houve demonstração do quão indigno o ser humano pôde ser consigo ao instituir não só a morte generalizada, mas também a criação de campos de concentração, soluções finais, o discurso de superioridade racial, *gulags* e muitas outras formas de inferiorização humana.

Com fundamentos na filosofia kantiana, a civilística alemã debruçou-se sobre o lineamento do que é o principal preceito ético-jurídico, a saber, a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do próprio Estado. Juntamente com esse discurso da dignidade é que se desenvolveu, especialmente a partir das lições de Robert Alexy e Ronald Dworkin, a perspectiva ou, como se autodenomina, a corrente neoconstitucional, com o intuito de romper com o positivismo jurídico (destacadamente o legalista) e moralizar o Direito (ou juridicizar a Moral).

Dos aspectos teórico, ideológico e metodológico, a escola do novo constitucionalismo mostrou ser mais A Roupas Nova do Rei, ou, melhor dizendo, a roupa nova do Direito Constitucional, do que uma inovação disruptiva em relação à escola positiva jurídica, que teve no legalismo forte adesão e, conseqüentemente, adesão entre os sécs. XIX e XX. O que há de mais forte na pre-

tensão neoconstitucional é o seu aspecto ideológico – que muito beira um jusnaturalismo reformulado –, visto que suas críticas levaram o positivismo a reformular suas bases, criando-se, inclusive, uma espécie inclusiva, que permite a moralização jurídica se a Moral ingressar no Direito por meio da norma de reconhecimento, que seria na visão contemporânea a plêiade de normas (regras e princípios) da Constituição que dizem respeito ao que é ou não do mundo jurídico.

Tudo indica que o neoconstitucionalismo é uma corrente ideológica jurídica que contribui para o desenvolvimento da escola juspositiva, não uma teoria rompedora, uma vez que os aspectos citados (teórico, ideológico e metodológico) mais servem para uma reformulação da positividade, não servindo de paradigma, mas como operação de acabamento, de acordo com os vocábulos kuhnianos.

Um positivismo jurídico integral, reflexivo e – mesmo que implicitamente – inclusivo é o prédio erigido pela doutrina neoconstitucional, que demonstrou que o Direito Constitucional é a principal forma de abertura sistêmica, sendo necessária a aliança entre Jurídica e Zetética Jurídica para identificar os dados extrajurídicos que influenciam o Direito, sendo a Constituição o instrumento de aliança entre os diversos sistemas sociais para a construção de um sistema jurídico socialmente idealizado como perfeito (= em conformidade com as ordens social interna e externa). A real contribuição do novo constitucionalismo é ser uma corrente neopositivista, ainda mais pelo fato de que todo o seu arcabouço estrutural e hermenêutico envolve um texto posto por uma autoridade, a Constituição, suscitando nas alas positivas reformulações estruturais (com uma aproximação entre Direito e Moral) e hermenêuticas (atribuindo ou reconhecendo o papel criativo nas normas jurídicas ao intérprete aplicador). ❖

REFERÊNCIAS

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

AUAD, Denise. A perspectiva dinâmica do constitucionalismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 77, p. 41-61, Out.-Dez./2011.

BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo, democracia y imperialismo de la moral**. In CARBONELL, Miguel; et. al. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASTIDE, Carlos Horbach. A nova roupa do Direito Constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 859, Mai./2007, p. 81-91, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e positivismo giuridico**. Milano: Comunità, 1972.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In CARBONELL, Miguel; et. al. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciantes invejosos: introdução prática às relações entre Direito, Moral e Justiça. Com tradução de texto de Lon L. Fuller, parte da obra The Morality of Law**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 14. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Lições de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FULLER, Lon Luvois. **The Morality of Law**. New Haven: Yale University Press, 1969.

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

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 8. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: parte general**. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POZZOLO, Susanna; DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TOBEÑAS, José Castan. **La justicia (su trayectoria doctrinal y la problematica de sus contenidos)**. Madrid: Reus, 1968.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado moderno**. 5. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2018.

A Democratização da Jurisdição Constitucional por Meio da Defensoria Pública

**Francisco Alves da Cunha Horta
Filho**

Defensor Público no estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Constitucional. Mestrando em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis, na linha de pesquisa Processo e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos.

RESUMO: O artigo se propõe a enfrentar a necessidade de que a Constituição Federal Brasileira de 1988 passe por um processo de reforma que inclua, no artigo 103 do seu texto, a legitimidade ativa do Defensor Público Geral Federal para propor as ações dispostas ao controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal para afastar uma lei ou ato normativo do ordenamento jurídico. A partir da demonstração de que o acesso à Justiça é um direito fundamental e que a Defensoria Pública, especialmente nas última duas décadas, foi reconfigurada para desprender-se da ideia de uma atuação ligada apenas à situação econômica do beneficiário, o texto propõe, como forma de aprofundamento do processo de redemocratização, a salutar ampliação do rol de legitimados ativos. Ao longo do artigo, serão apresentados os principais argumentos que apoiam a conclusão de que as Propostas de Emenda à Constituição dirigidas a reconhecer a possibilidade da Defensoria Pública atuar no controle abstrato de constitucionalidade devem ser aprovadas no mais curto espaço de tempo para corrigir uma imperfeição do atual sistema, ainda moldado sob uma lógica que não mais se sustenta.

ABSTRACT: The article proposes to face the need of remodeling the Brazilian Federal Constitution of 1988 to include, in the article 103 of its text, the active legitimacy of the Federal General Public Defender to propose actions aimed at abstract control of constitutionality towards the Federal Supreme Court and remove a law or normative act from the legal system. From the demonstration that access to justice is a fundamental right and that the Public Defender's Office, especially in the last two decades, was reconfigured to detach itself from the idea of an action linked only to the beneficiary's economic situation, the text proposes, as a way of deepening the redemocratization process, a healthy expansion of the list of legitimate assets. Throughout the article, the main arguments supporting the conclusion that the Constitutional Amendment Proposals aimed at recognizing the possibility of the Public Defender's Office acting in the abstract control of constitutionality must be approved in the shortest time to correct an imperfection of the current system, still shaped by a logic that no longer holds.

PALAVRAS-CHAVE: Defensoria Pública. Jurisdição. Constitucional. Democracia.

KEYWORDS: Public Defense. Jurisdiction. Constitutional. Democracy.

1. INTRODUÇÃO

Desde 20 de setembro de 2017, tramita a Proposta de Emenda à Constituição 31/2017, iniciada no Senado Federal, que tem como escopo incluir o Defensor Público Geral Federal como legitimado para a propositura das ações de controle abstrato de constitucionalidade por meio da alteração do artigo 103 da Constituição Federal Brasileira de 1988. Em 25 de abril de 2019, o procedimento encontrou o seu termo na Câmara Alta após a aprovação, e, seguindo rito específico, foi encaminhado para a Câmara dos Deputados, onde assumiu o número de Proposta de Emenda à Constituição 61/2019.

A proposta, atualmente, aguarda a criação de uma Comissão Permanente para o debate.

Inobstante essa aparente letargia do processo de mudança constitucional, que já conta quase dois anos e meio sem desfecho até a elaboração deste artigo, é urgente que o debate venha à tona em um cenário de amadurecimento institucional do Estado Brasileiro e que se compreenda que a inclusão da Defensoria Pública no processo objetivo de controle de constitucionalidade representa um desejável aprofundamento da democracia.

Para que seja possível enfrentar o tema proposto, parte-se da determinação de que o acesso à uma ordem jurídica justa deve ser compreendido, atualmente, como um direito fundamental concretizado por meio de políticas públicas efetivas, o que opera, dentre outras formas, com um sistema de Defensorias Públicas estruturado.

Revela-se indispensável, ainda, delinear as linhas gerais das funções institucionais acometidas à Defensoria Pública atualmente, para que se possa avaliar, com algum grau de cientificidade, sua adequação ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade.

O terceiro ponto a ser abordado pelo artigo é a contextualização do exercício da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais, o que decorre, principalmente, do objeto da norma constitucional em sediá-los.

Uma vez estabelecido esse liame, é necessário relacionar a ampliação da jurisdição constitucional com a democracia, em especial, pelo alargamento do rol de atores que participam do controle de constitucionalidade. É bem comum, inclusive, que o grau de democracia de um Estado seja avaliado sob a ótica das restrições impostas à mobilização dos instrumentos de controle de constitucionalidade.

Da mesma forma, é impossível concluir a indagação proposta sem enveredar, mesmo que de forma ligeira, pela concepção atual de que a hermenêutica constitucional não é uma atividade exclusiva dos espaços institucionais do poder, em que

pese a indiscutível posição de destaque daquela que é realizada pelo Supremo Tribunal Federal, mas que se legitima na mesma proporção em que seja fomentada a sua pluralidade. Aqui serão mencionadas as teorias da sociedade aberta de intérpretes e do sentimento constitucional.

Por fim, antes das conclusões, o artigo tratará da necessária inclusão do Defensor Público Geral da União no rol de legitimados para o controle abstrato de constitucionalidade, ressaltando os principais argumentos que caminham no sentido do acerto da Proposta de Emenda Constitucional, principalmente pela atuação na defesa de interesses coletivos e do regime democrático, além da sua natural vocação para captar diretamente da população o sentido das normas constitucionais.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA

Uma das premissas sobre as quais se estrutura o raciocínio desenvolvido neste artigo científico é o reconhecimento de que, atualmente, não existe qualquer dúvida em se reconhecer que o Brasil assenta o acesso universal ao Poder Judiciário como um dos direitos fundamentais garantidos às pessoas. É tarefa fácil dizer isso diante do fato de que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal Brasileira de 1988 enuncia o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

Por conta disso, qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser submetida, pelo interessado, ao controle do exercício da atividade jurisdicional estatal, e, em consequência, a decisão obtida poderá ser imposta ao agente do ato alheio ao direito. É um direito, como pontua José Joaquim Gomes Canotilho, com duplo aspecto: “(1) um direito de defesa ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos; (2) um direito de proteção do particular através de tribunais do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros” (CANOTILHO, 2002, p.489).

Trata-se, sem dúvida, de um importantíssimo avanço civilizatório, notadamente para concretizar a segurança e a paz nas re-

lações sociais, que os casos de autotutela sejam reputados como excepcionais, tal como o faz o artigo 25 do Código Penal Brasileiro e o artigo 1.210, parágrafo 1º, do Código Civil Brasileiro, de forma respectiva as sedes materiais da legítima defesa penal e do desforço possessório civil. Aliás, soa inócua e despiciendo tecer longas considerações acerca do quão prejudicial é, para as relações intersubjetivas de forma geral, estabelecer a regra da justiça privada, mas, neste ponto, vale trazer parte da lição de Sérgio Bermudes, que lança, com peculiar sensibilidade, luzes sobre o problema que fica evidente:

Do uso das mãos ao tacape, da ameaça a toda sorte de atos de brutalidade física ou psíquica, o homem sempre se valeu da sua força para alcançar os seus propósitos. O emprego da força bruta, comum dos grupos primitivos, foi-se metamorfoseando, sofisticando, requintando, através dos tempos, e, se ainda não abandonado de todo, como revela a observação do panorama social, o homem se prevalece de métodos menos ostensivos mas igualmente eficazes para alcançar os bens do mundo. (...) Cedo, o homem compreendeu a monstruosidade do uso da força para a satisfação de pretensões e criou uma norma proibindo esse método. (...) Trata-se de resquícios da justiça privada, inicialmente consentida, mas proibida pela certeza de que o mais forte nem sempre tem razão, ou, quando isso acontecer, ele não se limitará a usar a força, com o comedimento necessário a atender a sua pretensão, mas abusará dela. (BERMUDES, 2002, p. 16/17)

Ocorre que, se o Estado se compromete, por um lado, a atuar mediante a jurisdição em todos os casos nos quais o titular de um direito se sinta lesado ou sofra uma ameaça a incolumidade do mesmo, por outro lado, isso implica a prestação de um serviço divisível. O que se quer dizer com isso é que uma postulação judicial implica para o interessado suportar com o pagamento da taxa estabelecida pela retribuição para esse serviço. Mas não é só: há ainda a necessidade, diante da exigência de capacidade postulatória para estar em juízo, da representação por um profissional da advocacia.

O serviço da advocacia, naturalmente, é um dos mais valorizados, devido à necessidade de sólida formação e constante atualização, em virtude da inflação legislativa tão característica do Brasil e das constantes oscilações de entendimento em nossas Cortes. Sem desprestigiar as demais atividades técnico-científicas, é inegável o altíssimo grau de responsabilidade que se impõe àquele que, na defesa da liberdade ou do patrimônio, falará em nome do seu representado perante uma autoridade constituída do Estado para a formação de uma decisão que, passado certo tempo, tornar-se-á imutável. Michel Foucault dá o tom exato do papel do advogado quando apresenta a forma de disputa típica do direito feudal:

Um erro de gramática, uma troca de palavras invalidava a fórmula e não a verdade do que se pretendia provar. A confirmação de que ao nível da prova só se tratava de um jogo verbal é que, no caso de um menor, de uma mulher ou de um padre, o acusado podia ser substituído por outra pessoa. Essa outra pessoa, que mais tarde se tornaria na história do direito o advogado, era quem devia pronunciar as fórmulas no lugar do acusado. Se ele se enganava ao pronunciá-las, aquele em nome de quem falava perdia o processo. (FOUCAULT, 2013, p. 62/63)

Vejam os exemplos do custo médio do serviço de advocacia no estado do Rio de Janeiro para atuar em um caso de menor complexidade, por exemplo, o de esbulho da posse de um imóvel, hipótese eleita justamente por envolver, em tese, a viabilidade da defesa pelas próprias mãos do interessado ainda em nossos dias. Com base na tabela de honorários advocatícios publicada pela Ordem dos Advogados do Brasil, a demanda representa, pelo menos, um custo de R\$ 13.688,13, considerando-se uma consulta verbal, uma petição inicial e uma audiência, o que equivale, aproximadamente, a 12,4 salários-mínimos. É um valor assombroso quando se leva em conta que, segundo um recente estudo do Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas, a renda média do brasileiro, após a pandemia da COVID-19, é de R\$ 995,00.

Surge, nesse cenário, um problema a ser enfrentado pelo Estado para o cumprimento do projeto constitucional e para assegurar o exercício do direito fundamental de acessar aos Tribunais, qual seja, estabelecer uma forma de viabilizar aos mais vulneráveis – a expressão aqui é tomada em sua concepção meramente econômica, o que se revela insuficiente nos dias de hoje, como se verá adiante – o acesso aos serviços advocatícios sem a implicação do prejuízo ao sustento familiar.

O artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal Brasileira de 1988 afirma, nesse sentido, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. É por conta desse dispositivo que a Defensoria Pública, muito mais do que ter uma função essencial e permanente à administração da justiça, bem como ser um instrumento do regime democrático, assume o viés de um direito fundamental do indivíduo, insuprimível por força da super-rigidez imposta pelo artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Carta Política.

3. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Uma vez estabelecido que o direito de ingressar em juízo assume, no Estado democrático de direito vigente, natureza fundamental, e que o alto custo para a efetivação desse direito implica a obrigação por parte do poder público da instituição de um modelo que permita aos mais vulneráveis usufruir dos serviços de assistência jurídica, impõe-se abordar o desenvolvimento da Defensoria Pública no âmbito do sistema de justiça.

Vale destacar que o escopo deste artigo não é ingressar no percurso histórico que marcou a ideia de prestação de assistência jurídica em nosso país, o que demandaria um espaço de que, infelizmente, não se dispõe, mas abordar, a partir do acolhimento do sistema do *salaried staff*, a metamorfose institucional pela qual a Defensoria Pública passa, pelo menos, desde meados dos anos 2000. O objetivo, neste momento, é retratar aquilo em que se consubstancia a Defensoria Pública no

atual regime democrático brasileiro, a partir das atribuições que recaem sobre os seus agentes.

Alguns atos normativos se destacam para a compreensão do atual desenho institucional da Defensoria Pública, quais sejam: 1º) O período que antecedeu a Constituição Federal de 1988; 2º) A Constituição Federal de 1988; 3º) A Lei 11.448/2007; 4º) A Lei Complementar 132/2009; e 5º) A Emenda Constitucional 80/2014. Vejamos a importância de cada um desses marcos legais para a configuração da instituição.

De forma geral, a legislação que conferia tratamento à Defensoria Pública que antecedeu a fundação da atual ordem jurídica compreendia a instituição como um autêntico escritório de advocacia ao qual incumbia a defesa judicial daqueles que não possuíam condições de arcar com o pagamento dos honorários de um profissional privado. Algumas expressões devem ser enfatizadas: escritório, defesa judicial e pobre. O defensor público é, nesse cenário, o “advogado dos pobres”, tal qual se denominava nos tempos do Império, incumbindo-lhe a função de atuar judicialmente em prol dos hipossuficientes econômicos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Defensoria Pública experimenta um primeiro movimento de ampliação do serviço prestado à população: a assistência que antes era judiciária, e, por conta disso, restrita à atuação em processos judiciais, torna-se jurídica. O cidadão passa a poder recorrer aos serviços de um defensor público independentemente de uma demanda formalizada ou a formalizar, por exemplo, para ser orientado acerca da formatação dos termos de um contrato. A esse respeito, pontuam Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva:

Deve-se observar que a nova Constituição, ao utilizar-se do vocábulo “assistência jurídica” em substituição à expressão “assistência judiciária”, acabou aumentando significativamente a amplitude do serviço assistencial fornecido à população carente, abrangendo dentre os direitos fundamentais não apenas a assistência legal para a propositura, defesa e acompanhamento das ações judiciais, mas também a orientação jurídica extrajudicial (como, por exemplo, a elaboração de

contratos, a pactuação de acordos e o aconselhamento jurídico preventivo). (ESTEVEES e SILVA, 2014, p. 60)

O que se vê, no atual cenário legislativo, é que essa opção do legislador constituinte de afetar à Defensoria Pública a função de atuar antes mesmo da instauração judicial do litígio acabou abraçada pelo direito brasileiro. Para tanto, basta observar o mais recente Código de Processo Civil Brasileiro, de 2015, que, em seu artigo 784, inciso IV, considera como título executivo extrajudicial a transação firmada perante o defensor público, e, antes dela, a Lei 11.737/2008, que alterou o artigo 13 da Lei 10.741/2003, que atribui semelhante responsabilidade na defesa dos interesses de pessoas idosas.

O marco normativo seguinte a ser estudado é a Lei 11.448/2007, que alterou o artigo 5º da Lei 7.347/1985 e passou a conferir legitimidade à Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública para a defesa de direitos coletivos – direitos indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas que se ligam por uma relação jurídica comum – de direitos difusos – direitos de natureza indivisível titularizados por pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato – e de direitos individuais homogêneos – titularizados por grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilham prejuízos divisíveis e de origem comum. Sem qualquer exagero, essa lei deve ser reputada como uma verdadeira guinada na existência da Defensoria Pública. Isso porque, a partir da sua natural vocação para captar os interesses transindividuais que estejam em maior evidência na sociedade, para submetê-los ao crivo de uma proteção judicial, passou a ser frequente o oferecimento de ações civis públicas que, de forma corriqueira, abriam espaço nos canais de comunicação para a divulgação do trabalho desenvolvido pelos seus membros em campos, como, por exemplo, a proteção dos consumidores. Talvez, não por outra razão, a previsão legal foi objeto de reiterados questionamentos judiciais, até que o Supremo Tribunal Federal, felizmente, julgou a constitucionalidade da disposição.

A saudosa professora Ada Pellegrini Grinover, desfilando todo o seu invulgar brilhantismo, em parecer entranhado aos autos da já julgada ADIn 3.943, posiciona-se, de forma muito clara, pelo acerto da opção legislativa em conferir à Defensoria Pública a atribuição para defender interesses de grupos por meio da ação civil pública, notadamente no que no que tange à efetivação de normas que consagram direitos fundamentais:

A atuação da instituição na defesa de interesses difusos tem sido de grande relevância, contribuindo para ampliar consideravelmente o acesso à justiça e para a maior efetividade das normas constitucionais.

Pode-se dizer que a Lei Complementar 132/2009, que alterou diversos dispositivos da Lei Complementar 80/1994, verticalizou esse novo viés da Defensoria Pública, que, de um escritório destinado a atender pessoas em situação de pobreza, transformou-se em um órgão incumbido da defesa de interesses coletivos em sentido amplo. A nova lei complementar alterou desde a definição legal da instituição até os seus objetivos e funções.

Esse cenário de profundas alterações legislativas fica muito bem representado pela indagação lançada por José Augusto Garcia, em sua obra coletiva que avalia a nova feição institucional da Defensoria Pública após a Lei Complementar 132/2009, logo no título do seu artigo: “Ainda faz sentido a visão individualista a respeito da instituição?”. Em outro artigo contido na mesma obra coletiva, Adriana Fagundes Burguer e Christine Balbinot se posicionam:

A Lei Complementar nº 132/09 estabeleceu um novo paradigma de atuação para a Defensoria Pública, a partir do reconhecimento da Instituição como expressão e instrumento do Estado Democrático de Direito, vinculando-a à promoção e divulgação dos direitos humanos. Os novos eixos de atuação conduzem-nos à releitura das atividades tradicionalmente desempenhadas pela Defensoria Pública, que foram valorizadas, restando evidente que não só devem ser mantidas, como constantemente aperfeiçoadas, com a inclusão do atendimento interdisciplinar. Além disso, a nova Lei propõe que o Defensor Público, durante o atendimento individual, identifique as de-

mandas com dimensão coletiva, possibilitando que o agente utilize todos os meios necessários para a proteção coletiva dos hipossuficientes. (BURGUER e BALBINOT, 2011, P. 13)

Por fim, o último documento normativo que confere forma à Defensoria Pública da contemporaneidade é a Emenda Constitucional 80/2014. Em síntese, foram promovidas as seguintes inovações: 1) A Defensoria Pública passa a ser considerada como um “instrumento do regime democrático”, e tem reafirmada a sua função de “promoção dos direitos humanos”; 2) A Defensoria Pública passa a ser disciplinada, no que couber, pelo o que está disposto no artigo 93 e no artigo 96, inciso II, ambos da Constituição Federal de 1988; 3) Até 2022, todas as unidades jurisdicionais deverão contar com pelo menos um defensor público, sendo certo que o número de membros será estabelecido proporcionalmente à efetiva demanda pelo serviço.

O Poder Constituinte Derivado aprofunda o compromisso firmado por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 ao estabelecer que o direito a assistência jurídica depende, para a sua concretização, da disponibilidade de, ao menos, um membro da Defensoria Pública em cada unidade jurisdicional – Comarca no caso da Justiça Estadual e Seção Judiciária no que tange à Justiça Federal –, devendo ser considerados ainda, para fins de alocação de seus órgãos, os índices de exclusão social e de adensamento populacional.

É possível dizer, com base em todos esses elementos, que a Defensoria Pública, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988 e com maior intensidade a partir da segunda metade dos anos 2000, acabou amplamente reconfigurada, abandonando a sua finalidade de mera prestação de serviços de advogado a quem não dispõe dos recursos para contratar um profissional privado, para, em conjunto com outras instituições – como o Ministério Público, por exemplo –, “coletivizar” a sua atuação, de forma que hoje não se concebe que ela se preocupe apenas com o direito daqueles que, economicamente, estejam em situação de vulnerabilidade. Em que pese ainda seja marcante a

atenção à população menos abastada do nosso país – e sempre será assim – a Defensoria Pública atua, em tempo presente, para a preservação dos direitos de parcelas da população afetadas por outras espécies de vulnerabilidade, como a organizacional, por exemplo, e ainda em qualquer caso que seja relevante para a defesa de direitos humanos ou do regime democrático.

A Defensoria Pública retratada pelos diplomas normativos vigentes chegou a um *status* no sistema democrático brasileiro que nem mesmo os mais ousados conseguiriam cogitar.

4. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Firmada a premissa de que a Defensoria Pública no atual Estado Democrático de Direito brasileiro recebeu uma incumbência constitucional que vai muito além da prestação de serviços típicos de advogados àqueles que não possuem condições de contratar um profissional privado, descolando-se da simples vulnerabilidade econômica para mirar a defesa de direitos transindividuais e de promoção dos direitos humanos, é possível passar à contextualização da jurisdição constitucional no cenário dos direitos fundamentais.

Para que isso seja possível, de antemão, é necessário deixar claro aquilo que se compreende como jurisdição constitucional, de forma que, em momento seguinte, estabeleça-se a relação com a materialização dos direitos fundamentais.

Conceitualmente, a jurisdição constitucional é a atividade desempenhada pelos órgãos do Poder Judiciário, especialmente aquele incumbido da função típica de uma corte constitucional, consubstanciada na aplicação direta das normas constitucionais às situações que estão nela contempladas e, ainda, indireta quando exerce o controle de adequação vertical formal e material das leis e atos normativos em relação a elas.

De forma sintética, quando se fala em jurisdição constitucional, aquilo que se tem em mente é uma atividade desempenhada pelos órgãos judiciários, que tem como pano de fundo a

interpretação e aplicação das normas constitucionais. O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos é, por excelência, uma das manifestações da jurisdição constitucional, uma vez que, por meio da aplicação indireta da lei maior se verifica se um ato a ela subordinado pode ser reputado como válido ou não.

A jurisdição constitucional emerge como um dos temas mais caros à democracia contemporânea, notadamente pela prevalência da ideia de um Estado constitucional de direito com a superação do vetusto paradigma do Estado legislativo de direito. A norma constitucional deixa de ser considerada como um mero documento político, com exortações vazias de coercitividade, para assumir a centralidade da ordem jurídica com o reconhecimento de sua ampla força normativa. A esse respeito, pronuncia-se Luís Roberto Barroso:

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como o Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade de leis pelo Judiciário. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais. (BARROSO, 2013, P. 240)

De forma geral, as características que marcam o constitucionalismo contemporâneo fazem com que o exercício da atividade jurisdicional que tem como objeto uma norma de natureza constitucional assumam uma maior pertinência em sua análise do

que se observava em tempos pretéritos. Neste ponto, é importante deixar explícito que, no presente estudo, o constitucionalismo contemporâneo é considerado como aquele típico do segundo pós-guerra e que se manifesta entre nós após o surgimento da Constituição Federal Brasileira de 1988.

No Brasil, o tema do neoconstitucionalismo e da jurisdição constitucional assumem contornos bem acentuados pela conjunção de certas circunstâncias conjunturais que jamais podem ser olvidadas, a saber: a retração do Poder Legislativo pelo descolamento da classe política com a sociedade civil, o amadurecimento institucional ainda em curso, a promulgação de uma Constituição analítica – ao extremo – e, ainda, pelo sistema híbrido que espalha a atividade por todos os órgãos do Poder Judiciário, desde o Supremo Tribunal Federal até a Vara da Comarca de menor entrância da organização judiciária.

A imbricação entre a jurisdição constitucional e os direitos fundamentais decorre da constatação, que é lugar-comum no pensamento dos estudiosos, de que a norma constitucional possui um conteúdo bem específico, de inegável “nobreza” dentre aqueles temas que são afetos ao direito. Trata-se da famosa distinção das normas constitucionais em formais ou materiais, sendo aquelas todas as inseridas no corpo do texto constitucional, enquanto estas apenas as que disciplinam certos temas, como, por exemplo, os direitos fundamentais. Vale citar Guilherme Peña de Moraes:

As normas constitucionais, quanto ao conteúdo, são classificadas em normas material e/ou formalmente constitucionais, sendo certo que o núcleo da matéria constitucional é formado pela divisão territorial e funcional do exercício do poder político e a afirmação e asseguramento dos direitos fundamentais, inclusive os fins a serem alcançados na ordem econômica e social, as técnicas de aplicação e os meios de proteção das próprias normas constitucionais. (MORAES, 2013, P. 75)

Se os direitos fundamentais estão encartados no texto constitucional, é natural que o debate que envolva a sua efetivação e a sua proteção envolva o exercício da jurisdição

constitucional, razão pela qual, em um Estado democrático preocupado com a efetivação do projeto estabelecido pelo legislador constituinte é indispensável a ampliação dos atores envolvidos em tal debate.

Como já se disse há algumas linhas, a possibilidade de submissão de uma lei ou ato normativo ao controle de constitucionalidade é uma das hipóteses em que se exerce a jurisdição constitucional. Nesse cenário, é quase intuitivo dizer que uma das facetas da promoção e da defesa dos direitos fundamentais é submeter ao crivo da análise da compatibilidade vertical quaisquer atos, principalmente do poder público, que possam, em tese, violar o seu conteúdo.

As disposições constitucionais, especialmente aquelas que tratam dos direitos fundamentais, submetem-se à proteção por parte do Poder Judiciário toda vez que um interessado mobiliza, através do meio processual adequado, os instrumentos de jurisdição constitucional, razão pela qual a ampliação da quantidade de atores a desempenhar essa função é primordial.

5. REDEMOCRATIZAÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

5.1 A ampliação do rol de legitimados ativos para o controle abstrato de constitucionalidade

Quando as obras de Direito Constitucional traçam as características essenciais da Constituição Federal Brasileira de 1988, no que pertine ao controle abstrato de constitucionalidade, há um consenso no sentido de que a partir dela se experimenta uma nítida democratização dessa espécie de jurisdição constitucional, o que se dá a partir da ampliação do rol de legitimados para o ajuizamento das ações diretas.

O que se via até o ressurgimento democrático pelo advento da atual ordem jurídica é que os métodos de provocação do Supremo Tribunal Federal para que dissesse acerca da adequação hierárquica de uma lei ou um ato normativo com determinada

norma constitucional ficava restrito ao Procurador-Geral da República. Nesse sentido, é o que nos diz Luís Roberto Barroso:

Desde a criação da ação genérica, em 1965, até a Constituição de 1988, a deflagração do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade era privativa do Procurador-Geral da República. Mais que isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da plena discricionariedade do chefe do Ministério Público Federal no juízo acerca da propositura ou não da ação, sem embargo de posições doutrinárias importantes em sentido diverso. Desse modo, era ele o árbitro exclusivo e final acerca da submissão ou não da discussão constitucional ao STF. [...] Com a Constituição de 1988, no entanto, foi suprimido o monopólio até então desfrutado pelo Procurador-Geral da República, com a ampliação expressiva do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta, enunciados nos nove incisos do art. 103. (BARROSO, 2012, P. 187)

É impossível deslocar o direito, especialmente o direito posto, da época em que ele é produzido, sob pena de se negar a sua própria natureza de uma ciência social aplicada e os influxos que o universo jurídico recebe dos demais igualmente presentes na realidade social. Se a repressão “entregou” ao Brasil um sistema de controle concentrado de constitucionalidade, haja vista que até 1965 se fazia presente apenas o modelo tipicamente norte-americano, o fez, tão somente, como um engodo para legitimar o próprio regime, de forma que, materialmente, os atos da ditadura ficavam à margem do controle de modelo austríaco. O sistema de controle concentrado, nesse período pré-1988 foi moldado sob medida para não funcionar de forma efetiva, e, nesse tocante, foi extremamente bem-sucedido.

O artigo 103 da Constituição Federal de 1988 desconcentra, acertadamente, esse – enorme – poder que se atribuía ao mais alto órgão do Ministério Público Federal, para espriar a possibilidade de controle ao Presidente da República, às Mesas de cada uma das Casas que compõem o Congresso Nacional, bem como, das Casas Legislativas dos estados e do Distrito Federal,

aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Na mesma proporção em que a Constituição Federal de 1988 redemocratiza o Estado, também o faz no que tange à utilização dos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade, como um método para expurgar do sistema normativo um ato que, formal ou materialmente, colida com alguma disposição da lei que ocupa o vértice da pirâmide normativa apresentada pela teoria kelseniana.

A ampliação do rol de legitimados conferiu efetividade ao controle de constitucionalidade, como delimita um importante diagnóstico do professor Luís Antônio Cunha Ribeiro de que “a grande ampliação do rol dos legitimados ativos para a ação direta de inconstitucionalidade perpetrada pelo artigo 103 da Constituição vigente, o que tem acarretado um enorme aumento da incidência de ações desta natureza”. (RIBEIRO, 2002, P.221/222)

É possível dizer, a partir disso tudo, que a (re)implementação da democracia no Brasil passa pelo mesmo processo no que tange ao controle de constitucionalidade pela via direta, ampliando o seu rol de atores centrais.

5.2 A Sociedade de Intérpretes e o Sentimento Constitucional: os espaços não estatais de interpretação da norma constitucional

De plano, é importante deixar claro que o presente artigo compreende o exercício da jurisdição constitucional a partir de uma visão holística. Explica-se: há uma relação simbiótica entre o exercício do controle de constitucionalidade e a tarefa de hermenêutica constitucional. Isso porque, para que se possa dizer acerca da compatibilidade do objeto com o parâmetro de controle, é indispensável interpretá-los.

É interessante perceber que, ao longo da história, a interpretação constitucional sempre foi concebida como uma

atividade desenvolvida por agentes estatais dotados de uma legitimidade extraída do seu tecnicismo. Esse é o cerne, inclusive, do *judicial review*, que faz incumbir sobre a função judicante a avaliação quanto à adequação de uma lei ou ato normativo com a norma constitucional, como assentado na célebre decisão *Marbury vs. Madison*. É o que bem observam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento: “A literatura jurídica mais tradicional concebe a interpretação constitucional como tarefa eminentemente judicial, com destaque para o papel das cortes constitucionais e das supremas cortes” (NETO e SARMENTO, 2012, P.399). É um paradoxo encapsular a tarefa de dar sentido ao conjunto de normas que mais atinge a esfera das pessoas quando se considera que ela se presta, dentre outras funções, a estabelecer os objetivos e programas do Estado ao ambiente formal/institucional, deixando os seus destinatários absolutamente à margem desse processo.

Essa visão da interpretação constitucional como uma tarefa institucional, pouco a pouco, vem cedendo espaço à uma compreensão de que é necessário – quiçá impositivo – incluir outras forças políticas nesse processo. É o caso da teoria de Peter Häberle para uma interpretação pluralista da Constituição.

Partindo de uma crítica à abordagem até então existente sobre a teoria da interpretação constitucional, que, segundo ele, preocupava-se tão somente com as tarefas, com os objetivos e com os métodos para tanto, propõe em sua obra uma investigação sob a mirada de um terceiro eixo, qual seja, o dos participantes desse processo. Para ele, o modelo de uma “sociedade fechada” de intérpretes, centralizada na figura dos juízes, era absolutamente insatisfatório, razão pela qual propõe que isso se dê em uma “sociedade aberta”, pluralista, uma vez que todo aquele que vive a norma acaba por interpretá-la.

Ele sintetiza a sua tese da seguinte maneira:

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade

aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (HÄBERLE, 1997, P. 13)

A inclusão da sociedade, em seus diversos matizes, no constante processo de significação da norma constitucional é extremamente oportuna no atual cenário brasileiro em que temos uma constituição genuinamente democrática. Uma constituição que se pretende democrática é, em sua essência, um centro agregador das concepções que expressam a heterogeneidade da sociedade a ser por ela regulada, de forma que dela emanem os parâmetros que serão observados na elaboração das políticas públicas aptas à realização dos projetos nela descritos.

Disso decorre que a legitimação de qualquer interpretação realizada em espaços institucionais, com especial ênfase no Poder Judiciário, perpassa pelo fomento de um amplo debate acerca do significado das normas constitucionais objeto de análise junto ao maior número possível de atores sociais e que incrementa, com isso, a argumentação em torno das conclusões extraídas. Desse debate, extraem-se os argumentos que resultam no significado plural da norma.

Na realidade, a teoria da sociedade aberta de intérpretes dialoga de forma muito clara com a ideia de construção paulatina de um sentimento constitucional, explicitada por Pablo Lucas Verdú:

A princípio, o sentimento constitucional consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência. (VERDÚ, 2006, P.75)

Para compreender como a inclusão das diversas forças sociais na obtenção do conteúdo de uma norma contribui para o surgimento desse sentimento mencionado pelo professor espanhol, basta observar o que tem acontecido no Brasil dos últimos

anos. Há um par de décadas, a interpretação constitucional era compreendida por grande parcela da nossa população – e até mesmo de alguns operadores do direito – como algo distante, e o Supremo Tribunal Federal era visto, praticamente, como uma espécie de oráculo, cujas decisões, pouco compreendidas, afetavam o dia a dia da população apenas de forma transversa, indireta. Nos anos 2000, quando o debate no Supremo Tribunal Federal chega aos telejornais diários e os julgamentos passam a ser transmitidos, alguns em tempo real, pela TV Justiça, o que se vê é o natural surgimento de um maior interesse por parte da população, que percebe a influência de tais discussões na vida das instituições e, principalmente, dos particulares.

É cada vez mais frequente o debate nas mais diversas arenas quanto às decisões do Pretório Excelso, especialmente acerca do melhor significado das normas veiculadas na Constituição Federal de 1988, o que a torna parte viva da sociedade e incrementa a afirmação quanto a sua relevância para o desenvolvimento adequado da coletividade.

6. A NECESSÁRIA/DEMOCRÁTICA INCLUSÃO DO DEFENSOR PÚBLICO GERAL DA UNIÃO NO ROL DE LEGITIMADOS PARA O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O caminho até aqui percorrido pelo trabalho nos permite dizer, com sólida base científica, que a inclusão do Defensor Público Geral da União, o mais elevado órgão de administração superior da Instituição no plano federal, no rol dos legitimados para a provocação do Supremo Tribunal Federal para que diga, em abstrato, quanto à adequação formal e material de uma lei ou ato normativo é essencial para o aprofundamento do processo de redemocratização do Brasil, que já perdura mais de 30 anos.

De início, foi definido que o acesso a uma ordem jurídica justa é um direito fundamental assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal Brasileira de 1988, e, como decorrência lógica disso, a afirmação no inciso LXXIV do mesmo

dispositivo, de que incumbe ao Estado assegurar a assistência jurídica gratuita, o que se concretiza por meio da criação, manutenção e expansão de um sistema de Defensoria Pública eficiente.

Também foi esclarecido que a visão antiquada e limitada quanto ao sistema de Defensoria Pública, considerado como um escritório de advocacia que atua preventiva e processualmente em prol daqueles que não possuem condições de contratar um profissional privado não se sustenta, sendo certo que, nos últimos anos, notadamente no que tange à defesa dos direitos fundamentais, dos direitos coletivos e da ordem democrática, a instituição passou a atuar de forma destacada em favor de grupos que não possuem essa vulnerabilidade econômica.

A recente realidade da Defensoria Pública, incumbida do exercício da defesa de direitos coletivos, reconfigurando a sua atuação para que não fique adstrita às populações hipossuficientes economicamente, afasta qualquer contrariedade à sua inclusão como legitimada ativa para a propositura de ações de controle abstrato de constitucionalidade. Se é franqueado à instituição o uso das ações coletivas para a defesa de interesses de alguns grupos que sequer podem ser individualizados, com muito mais razão seria permitir que ela submeta uma lei ou ato normativo ao controle abstrato de constitucionalidade. É de todo incoerente que a Defensoria Pública possa ajuizar uma ação civil pública voltada à defesa dos direitos de um grupo de consumidores lesados e que não seja potencialmente identificável pela difusão do produto ou do serviço – o fornecimento de energia elétrica, por exemplo – e que seja impedida de colocar em discussão a adequação de uma lei ao texto constitucional federal.

Por meio do exercício do controle de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, a Defensoria Pública tem a possibilidade de promover a defesa de um incontável número de pessoas que, de alguma forma, sofreriam seus efeitos, e, com isso, a partir do processo objetivo, evitar o ajuizamento de centenas ou milhares de ações que tenham como questão prejudicial a apreciação da constitucionalidade.

Como dito, basta pensar que, se a ação civil pública, por exemplo, pode ser a via processual adequada para remediar os danos advindos de uma lei editada em desconformidade com um dispositivo constitucional qualquer, muito mais conveniente é que se possa questionar a sua validade no ordenamento de forma abstrata, fazendo com que o ato deixe de produzir efeitos para todos. O problema acaba solucionado de uma vez por todas.

Permitir que a Defensoria Pública exerça o controle abstrato de constitucionalidade representa um aperfeiçoamento do quadro que a concebe como um agente de tutela dos direitos coletivos.

Vale também trazer um outro argumento, ainda sob esse viés de que a Defensoria Pública é uma instituição cuja vocação é permitir o adequado acesso à Justiça independentemente da condição econômica do destinatário dos seus serviços: por força do artigo 72, parágrafo único, do Código de Processo Civil brasileiro, incumbe aos seus órgãos de atuação representar, em juízo, aqueles que, citados por edital, não comparecem aos autos para apresentar resistência à pretensão. A curadoria especial é função que a Defensoria Pública desempenha em prol do réu citado por edital que não apresenta defesa, sendo certo que tal função não pressupõe qualquer debate acerca da condição econômica do beneficiário.

A curadoria especial é mais um caso no qual a Defensoria Pública atua em benefício da pessoa sem questionar quanto a sua condição financeira, o que revela que a instituição tem um papel muito mais amplo do que a simples defesa daqueles que não possam custear um advogado particular.

Ao longo do artigo também foi estabelecida a correlação entre o exercício da jurisdição constitucional e a tutela de direitos fundamentais, em especial, quando se leva em consideração que a arena própria para essa afirmação é o texto constitucional.

Nesse tocante, a Lei Complementar 132/2009 atribuiu à Defensoria Pública, no sistema de justiça brasileiro, um papel de especial destaque: no bojo do artigo 4º, nos incisos VI e X, foi incluído, de forma expressa, a “mais ampla defesa dos direitos

fundamentais dos necessitados”, inclusive, com a possibilidade de “representar ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos”.

Da mesma maneira que se disse acerca dos direitos coletivos, a defesa de direitos fundamentais, repita-se, que possuem sede material no texto constitucional, é potencializada quando se viabiliza que a norma violadora do seu conteúdo seja submetida ao crivo do controle abstrato de constitucionalidade. Isso porque, se acolhida a alegação de que o objeto é incompatível com o parâmetro de investigação, acabará expurgado do ordenamento jurídico, em regra, com efeitos *ex tunc*.

A decisão que acolhe a alegação de inconstitucionalidade, em tese, acaba por afastar, de uma vez por todas, a lei ou ato normativo do sistema jurídico vigente e impede que novas lesões a direito se consolidem com base na sua aplicação.

Divorcia-se do bom senso permitir que a Defensoria Pública officie junto aos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, com todas as implicações políticas ao Brasil na comunidade estrangeira, e não se compreender a instituição como apta a atuar nos processos de controle abstrato de constitucionalidade. É uma autêntica incongruência.

Também não se pode perder de vista que o legislador foi enfático ao tratar da defesa de direitos fundamentais pela Defensoria Pública, na medida em que empregou a expressão “mais ampla”, dando a conotação de que os seus órgãos devem estar guarnecidos de todos os meios processuais estabelecidos em nosso ordenamento para desempenhar essa salutar tarefa. É sabido que o brocardo de interpretação normativa fala que o legislador não emprega expressões inúteis, sendo certo que a lei destaca que a defesa dos direitos fundamentais deve ser a “mais ampla”, razão pela qual, restringir o controle abstrato de constitucionalidade significa, ainda que por um meio oblíquo, impedir a realização desse objetivo.

Prosegue o artigo enfrentando a mudança de paradigma na interpretação das normas constitucionais, uma vez que antes

era vista essencialmente como um debate restrito aos espaços estatais de manifestação do poder, e, atualmente, é compreendida como um fenômeno que se legitima a partir da maior amplitude do debate se consideradas todas as forças políticas que operam na sociedade. A norma constitucional passa a ser vivida pelos cidadãos por ela regulamentados, que acabam, com isso, criando um sentimento de vantajosidade na organização social com o seu acatamento.

É neste ponto que, dentre todas as instituições que compõem o sistema de justiça a quem a Constituição Federal Brasileira de 1988 conferiu legitimidade ativa para propor ações de controle abstrato de constitucionalidade, a Defensoria Pública assume uma indiscutível posição de destaque.

A forma como a Defensoria Pública desempenha as suas funções nos remete, quase de forma intuitiva, ao mineiro Milton Nascimento, que, em sua inesquecível canção “Nos Bailes da Vida”, fala que “com a roupa encharcada e a alma repleta de chão, todo artista tem de ir aonde o povo está”. A proximidade do defensor público com os destinatários dos seus serviços é indiscutível, seja diretamente ou por meio da equipe de apoio, ouvindo, sem qualquer intermediário, as aflições daqueles que buscam a sua assistência.

É natural que a visão do assistido acerca do conteúdo das mais diversas normas jurídicas chegue ao conhecimento do defensor público, o que se dá, ainda que de maneira informal e casual, no momento em que é prestado o atendimento e que o defensor lhe esclarece quanto à determinada regra ou princípio importante para a causa. É o membro da Defensoria Pública quem obtém, diretamente do cidadão, aquilo que ele reflete acerca das normas constitucionais e o sentido que a elas emprega.

O contato imediato dos membros da Defensoria Pública – aqui compreendidos tanto o defensor público quanto os funcionários da equipe de apoio e os acadêmicos em estágio – com os assistidos pela instituição os torna um verdadeiro radar acerca da compreensão da população em geral quanto ao conteúdo das

disposições constitucionais, notadamente aquelas que conferem direitos fundamentais.

Para que a população chegue às portas do Poder Judiciário, é necessário, por conta da preservação da imparcialidade pela inércia, que faça uso do trabalho de um defensor público ou advogado, e, por conta disso, a informação que chega ao magistrado já passou por uma espécie de filtro prévio, que pode, sem qualquer dúvida, alterar, ainda que sem intenção, o real sentido da expressão da ideia do jurisdicionado quanto a uma norma constitucional. O mesmo se diga do Ministério Público, cujo desenho institucional não propicia um contato tão próximo com um volume expressivo de pessoas da população.

Em um cenário que compreende a interpretação constitucional como um processo compartilhado entre o maior número de potências sociais, é a Defensoria Pública que tem maior aptidão para fazer chegar ao Supremo Tribunal Federal aquilo que a população compreende – ou, como prefere Pablo Lucas Verdú, sente – quanto a cada dispositivo da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Admitir a Defensoria Pública, por meio do órgão de administração superior mais elevado em sua estrutura federal, como legitimada ativa para a propositura das ações destinadas a realizar o controle abstrato de constitucionalidade representa acolher a ideia de que a interpretação plural da norma é essencial e conferir meios concretos para que ela se efetive é impositivo.

7. CONCLUSÃO

Desde a redemocratização do Brasil, diversas instituições têm sido remodeladas e fortalecidas em um autêntico processo de maturação do Estado Democrático de Direito, fundado no reconhecimento e na efetivação dos direitos fundamentais. Com relação à Defensoria Pública, inúmeras iniciativas, algumas de índole constitucional, têm conferido a ela uma nova feição administrativa, com o reconhecimento, pela Emenda Constitucional nº 80/2014, de autonomia financeira e orçamentária,

além de conferir garantias aos seus membros que se equiparam àquelas da magistratura.

Se a Defensoria Pública sempre foi compreendida como um grande escritório de advocacia voltado à defesa dos direitos das pessoas pobres, o que se dava, fundamentalmente, a partir do ajuizamento de ações individuais, o que se vê é uma nova funcionalidade no regime democrático, assumindo a Defensoria Pública funções que, até então, eram entregues a outras instituições, como o Ministério Público, por exemplo. Ela se torna um instrumento importantíssimo de defesa dos direitos coletivos em sentido amplo quando a Lei nº 11.448/2007 passa a reconhecer a legitimidade ativa para o oferecimento de ações civis públicas.

A opção do legislador foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar a ADIn 3.943, proposta pela Associação Nacional do Membros do Ministério Público, assentou com tom de definitividade que a Defensoria Pública tem legitimidade para o ajuizamento de ações civis públicas, mesmo naqueles casos em que o grupo beneficiado pela decisão não possa ser identificado, desde que tenha o condão de beneficiar, ainda que indiretamente, aqueles que se ajustem a ideia de grupo vulnerável. Nesse mesmo entendimento, aliás, o Superior Tribunal de Justiça também se posiciona.

O poder constituinte reformador atribui à Defensoria Pública, ainda, a nobilíssima missão de defender o sistema democrático, que, em última análise, repousa na supremacia da norma constitucional, e, com isso, o seu papel somente pode ser efetivado se for permitido que, à imagem e semelhança do que acontece com o Ministério Público, o órgão de administração superior mais elevado da estrutura da Defensoria Pública da União esteja legitimado para a mobilização dos métodos de controle abstrato de constitucionalidade.

Todo esse complexo cenário não pode ser avaliado de forma apartada da Teoria da Constituição e da afirmação de que o processo de hermenêutica não se encerra nos espaços formais de poder, mas envolve igualmente todas as potências que se expres-

sam na sociedade, sendo certo que a proximidade dos membros da Defensoria Pública com os assistidos – e a sociedade civil organizada – qualifica as suas compreensões acerca do que seja o conteúdo da norma constitucional, uma vez que obtido diretamente daquele que vive a constituição.

Também não pode ser subestimada a importância do controle abstrato de constitucionalidade, que consegue, ao expurgar do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo que não tenha adequação formal ou material com o texto constitucional, garantir a segurança jurídica da população de forma geral e evitar que uma quantidade incontável de demandas individuais – ou até mesmo coletivas – sejam ajuizadas para corrigir as lesões de direito promovidas em desconformidade com a Lei Maior. Trata-se de um instrumento, sob essa ótica, de autêntica viabilização da função jurisdicional.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 31/2017, do Senado Federal, chega em boa hora quando pretende reconhecer ao Defensor Público Geral Federal a legitimidade para propor as ações diretas de controle de constitucionalidade, corrigindo uma defasagem do artigo 103 da Constituição Federal Brasileira de 1988, que, ao tempo da sua promulgação, não concebia a Defensoria Pública no sistema de justiça nos moldes em que ela se apresenta, felizmente, em nossos dias.

Conferir ao Defensor Público Geral Federal a legitimidade para a propositura do controle abstrato de constitucionalidade é uma demonstração autêntica de amadurecimento da recente democracia brasileira e um ganho sem dimensões para a cidadania. ❖

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2013.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- ESTEVES, Diogo, SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Bem-Estar Trabalhista, Felicidade e Pandemia**. Disponível em: <<http://www.cps.fgv.br/FelicidadeNaPandemia>>. Acesso em: 21 ago. 2021.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.
- MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza, SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **Uma Nova Defensoria Pública Pede Passagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- RIBEIRO, Luís Antônio Cunha. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional**. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

A Proteção da Produção Científica, Artística e Literária dos Refugiados à Luz de uma Perspectiva Kantiana

Kone Prieto Furtunato Cesário

Vice-Diretora e Professora da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Professora na Academia do INPI. Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico, Propriedade Intelectual e Sustentabilidade – DEPIS.

Lucas Ramires Pêgo

Acadêmico em Direito pela Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico, Propriedade Intelectual e Sustentabilidade – DEPIS.

Veronica Lagassi

Vice-Presidente da Comissão de Direito Econômico da OAB-RJ. Professora do Curso de Direito da UFRJ, IBMEC - RJ e FACHA. Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico, Propriedade Intelectual e Sustentabilidade – DEPIS.

RESUMO: O presente artigo tem como propósito apresentar considerações acerca da proteção à produção científica, artística e literária dos refugiados sob uma perspectiva kantiana, tendo em vista o direito à informação e à participação desse grupo nos processos decisórios afetos ao regime de proteção da propriedade intelectual. Para tanto, parte do debate será sobre

as teorias da justiça na filosofia política contemporânea, fundamentando em Kant, dentre outros autores, as adversidades enfrentadas pelos refugiados na proteção de suas criações, considerando as peculiaridades, singularidades e vulnerabilidades desse grupo, no contexto mundial. Os dados apresentados foram levantados mediante pesquisa bibliográfica, intertextualizando conceitos, obras e temáticas de diversas literaturas, teorias e contextos históricos, através de uma análise dogmática, em especial na interpretação de normas do Direito Interno e do Direito Internacional – tocante à propriedade intelectual –, bem como teórica/filosófica do tema, o Direito Internacional dos Refugiados – vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos – e o sistema de concessão e proteção a essas pessoas que se encontram em situação bastante vulnerável. Nesse contexto, conclui-se que a propriedade intelectual deve considerar sua função social por meio de um paradigma coletivista que contemple os direitos do autor sobre sua obra, em especial no que tange às criações dos refugiados, as quais têm dentre seus objetivos principais o incentivo à inovação e ao desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados; Propriedade Intelectual; Immanuel Kant.

ABSTRACT: The purpose of this article is to present considerations on the protection of the scientific, artistic and literary production of refugees from a kantian perspective, in view of the right to information and the participation of this group in decision-making processes related to the intellectual property protection regime. To this end, it is part of the debate on the theories of justice in contemporary political philosophy, basing in Kant, among other authors, the adversities faced by refugees in the protection of their creations, considering the peculiarities, singularities and vulnerabilities of this group, in the global context. The data presented were raised through bibliographic research, intertextualizing concepts, works and themes from various literatures, theories and historical contexts, through a dogmatic analysis, especially in the interpretation of rules of

domestic and international law – concerning intellectual property – as well as theoretical/philosophical theme, the International Refugee Law – an aspect of International Human Rights Law – and the system of granting and protection to these people who are in a very vulnerable situation. In this context, it is concluded that intellectual property should consider its social function through a collectivist paradigm that contemplates the rights of the author on his work, especially with regard to the creations of refugees, which have among its main objectives the encouragement of innovation and development.

KEYWORDS: Refugees; Intellectual Property; Immanuel Kant.

1. INTRODUÇÃO

1.1 Problemática

Contar nos dedos a quantidade de pessoas que saem do país em que vivem – o que seria seu “lugar de conforto” – para buscar abrigo em outro não é uma tarefa possível. Mais difícil ainda é uma pessoa não se beneficiar da proteção dada à propriedade científica, artística e literária em um país pelo fato de ser refugiado. Fechar os olhos ou cruzar os braços para essa realidade é, no mínimo, desumano, haja vista que tais indivíduos, muitas vezes imigrantes ilegais, só podem contar com a renda advinda desse tipo de produção pelo fato de lhes ser vedado ter vínculos empregatícios de qualquer espécie. À vista disso, indaga-se: quais adversidades são enfrentadas pelos refugiados ao tentarem exercer o seu direito de participar da vida cultural, progresso científico, conservação, desenvolvimento e difusão da ciência e da cultura?

1.2 Fundamentação Teórica

Primordialmente, deve-se levar em consideração a farsa da civilidade. Em pleno século XXI, sob uma perspectiva pós-moderna e mesmo com o passado de guerras lamentáveis, como as duas Guerras Mundiais, o ser humano ainda não aprendeu a con-

viver em harmonia com seus pares. Com isso, o mundo de hoje persiste em não alcançar a maturidade no que tange à civilidade e, por consequência, diversos indivíduos que estão próximos de focos de tensão sentem os efeitos negativos de sua ausência, fato este já discutido por Habermas (2002), que teorizou a “prática do agir comunicativo” para apaziguar relações.

De fato, algumas das funções cruciais da propriedade intelectual são a inovação e o desenvolvimento. Contudo, tal estímulo às criações oriundas do intelecto humano não se dá de maneira generalizada a todos os povos, crenças e agrupamentos sociais. Dentro deste universo, um dos grupos que mais sofre com a invisibilidade, em especial de suas produções científicas, artísticas e literárias, são os refugiados. Infelizmente, pelo mundo, são poucos os países que, de forma satisfatória, os acolhem e reconhecem suas especificidades como humanos que criam e que, como quaisquer outros, podem participar dos processos decisórios atinentes ao regime de proteção da propriedade intelectual.

Somado a isso, existe a falta de humanidade travestida de globalização, herança do processo evolutivo do capitalismo, e as economias dos países encontram-se cada vez mais interligadas. Todavia, observa-se que o acolhimento de grande número de refugiados pelos países mais capacitados para isso é feito de forma restrita e insuficiente, e a limitação no seu acesso à proteção se estende também às suas produções intelectuais. Seria coerente se tal limitação fosse também para o fluxo de exportação de produtos, porém, a palavra de ordem é “conquistar novos horizontes, conseguir mais dinheiro”. Marx (1996), por meio dos conceitos de “fetichismo” e “reificação”, traduz o que acontece: trata-se da coisificação do ser humano, ou seja, uma escancarada inversão de valores.

1.3 Objetivo

Em suma, este artigo pretende demonstrar a importância de fomentar e reconhecer medidas protetivas especiais para serem adotadas em prol da proteção científica, artística e literária dos refugiados no cenário internacional, ressaltando a pertinên-

cia em se ter um sistema eficaz de ressocialização capaz de reintegrá-los ao convívio social e estimular seus ativos intelectuais.

2. DESENVOLVIMENTO

A fixação do homem à terra: eis o fator primordial ao desenvolvimento das civilizações. A partir do momento que deixou de ser nômade, o homem pôde desenvolver habilidades relacionadas ao cultivo de alimentos e utilização do solo. Contudo, movimentos migratórios começaram a surgir, repercutindo suas implicações sociológicas e econômicas no mundo em diferentes épocas.

Os direitos essenciais e fundamentais de todo ser humano surgem como resultado de uma construção histórica com o objetivo de proteger a dignidade humana – característica inerente ao ser humano – contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria. Esses direitos são garantias individuais atribuídas ao homem para a sua sobrevivência e para a manutenção de uma vida digna.

No entanto, por conta de diversos fatores, o ser humano tem que se deslocar de seu país de origem a fim de buscar uma vida digna em outro. Violação aos direitos humanos, perseguição política, reencontro de famílias e perseguição religiosa são alguns dos empecilhos enfrentados por muitas pessoas pelo mundo.

Com aproximadamente 60 milhões de pessoas forçadas a se deslocar em travessias por meio de embarcações precárias pelo Mediterrâneo, por exemplo, é cada vez mais comum vermos os termos “refugiado” e “migrante” em manchetes de jornais – enquanto o primeiro se refere às pessoas que escapam de conflitos armados ou perseguições, o segundo se refere aos que escolhem se deslocar não por causa de uma ameaça direta de perseguição ou morte, mas principalmente para melhorar sua vida em busca de trabalho ou educação, por reunião familiar ou por outras razões. Diferentemente dos refugiados, aos quais será dado enfoque neste artigo, que não podem voltar ao seu país, os migrantes continuam recebendo a proteção do seu governo.

As impressionantes imagens dos refugiados que migram para a Europa, profusamente veiculadas pelos noticiários e redes sociais, são uma demonstração de que o sistema jurídico e institucional de refúgio, erigido após a Segunda Guerra Mundial, não é suficiente para responder a situações de crise. Afluem para a Europa pessoas provenientes em grande parte da Síria, do Afeganistão e da África, por exemplo. Enfrentam jornadas financeiramente dispendiosas e de alta periculosidade, em rotas sujeitas às ações traiçoeiras de redes de tráfico de pessoas. Durante o primeiro semestre de 2015, houve uma grande leva de migrações de povos muçulmanos para países europeus. Duas são as principais razões para esse fenômeno: 1) a instabilidade política provocada pelas guerras civis e por atuação de facções terroristas; 2) a recusa de outros países em receber os refugiados em seu território.

A guerra civil na Síria estende-se desde 2011, época em que ocorreu a chamada Primavera Árabe. Desde essa época, muitas pessoas saíram da Síria em direção aos países muçulmanos vizinhos, como a Turquia, que assimilou um enorme contingente de refugiados. Há pouco tempo, entretanto, esses países vêm restringindo a entrada desses refugiados, que agora partem em direção ao leste e ao sul da Europa. Famílias inteiras estão deslocando-se à procura de abrigo.

De maneira análoga, considerando que a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951 (parcialmente alterada por seu Protocolo Relativo de 1967), prevê que “[...] a Organização das Nações Unidas tem repetidamente manifestado a sua profunda preocupação pelos refugiados e que ela tem se esforçado por assegurar a estes o exercício mais amplo possível dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”, transita-se à reflexão a respeito do modo pelo qual se relaciona com a propriedade intelectual sob um viés kantiano.

Hodiernamente, são milhões de pessoas que abandonam suas vidas e histórias na África e no Oriente Médio, fugindo da miséria ou da intolerância política e religiosa. Varam mares e oceanos como podem. Botes, canoas e barcos precários transportam o pouco que restou de esperança. Não há horizonte claro. O

futuro é turvo e nebuloso. Não há visto, permissão ou diálogo. É uma tentativa desesperada que mais se assemelha a uma roleta russa. Famílias inteiras lançam a sorte ao mar e sonham com o éden no mundo desenvolvido. Milhares naufragam na travessia.

Nessa toada, torna-se notória a violação aos direitos humanos, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual visa à proteção à vida, e não ao sofrimento sentido por muitos refugiados até chegar ao seu lugar almejado – isto é, quando conseguem. Pode-se dizer que é presente uma escancarada coisificação do homem, conceito este muito discutido por Marx (1996), haja vista que o ser humano, para além de suas ações, é em si um ser de valor moral, e não uma coisa. Segundo Kant,

[...] o homem não é uma coisa; não é, portanto, um objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo. Não posso, pois, dispor do homem em minha pessoa para o mutilar, degradar ou matar (2004, p. 60).

Levando-se em consideração o imperativo categórico kantiano, sabe-se que a razão humana é uma razão legisladora que elabora normas universais, uma vez que constitui um predicado universal dos homens, em que um ato só pode ser considerado moral quando praticado de forma autônoma, consciente e por dever. Esse imperativo moral advém da responsabilidade histórica pelo legado negativo do colonialismo. Destarte, trazendo a questão dos refugiados à tona, pode-se dizer que não é possível eximir-se dessa responsabilidade moral quando as vítimas de tais ações acorrem às fronteiras.

Para Kant (2004), a liberdade é a condição da lei moral, o que equivale a dizer que só pode ser considerada uma ação moral aquela realizada de forma livre e autônoma. Sem liberdade, não há ação verdadeiramente moral. Contudo, a finalização do princípio da dignidade da pessoa humana é a proteção na íntegra dos sujeitos de direito, a fim de garantir os direitos fundamentais, sendo dever fundamental do Estado combater a prática de violações à liberdade e à dignidade dos cidadãos, o que percebe-se

não ser válido e eficaz no que diz respeito aos refugiados, dada a proporção significativa que ganha o número de mortos que tentam entrar em outro território sem nenhuma ajuda de seu país.

Outrossim, tal dever fundamental de combate à prática de violações à liberdade e à dignidade dos cidadãos torna-se mais elucidativo quando equiparado ao que enuncia a Declaração Universal de 1948, em seu artigo XXVII: “1. *Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.* 2. *Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor*” (ONU, 1948).

Habermas (2002) incrementa tal fundamento por meio da sua “razão comunicativa”, a qual seria uma razão dialógica que brota da interlocução e da argumentação entre os agentes interessados – é a razão que surge da “ação comunicativa”, do uso da linguagem como meio de alcançar o consenso. Sendo assim, a busca por uma comunicação que leve a um consenso é fundamental e deve partir de uma lógica multilateral.

No mais, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais preconiza em seu artigo 15 que: “*Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: a) participar da vida cultural; b) desfrutar do progresso científico e suas aplicações; c) beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor*”. Dessa maneira, o fundamento filosófico para o direito dos refugiados é o reconhecimento da dignidade do homem como um fim em si mesmo, em conformidade com o pensamento de Kant (2004).

Segundo Burke (2017), o deslocamento de pessoas, por qualquer adversidade, faz com que os saberes trazidos por elas sejam transplantados e propiciem inovações. Todavia, nem sempre o refugiado, ao chegar no território de outro país, consegue asilo, podendo até mesmo morrer ao tentar entrar em outra nação, e, assim, toda a sua bagagem cultural, tradições e criações

do intelecto se esvaem. Caso sobreviva, há grandes chances de haver a impossibilidade de exercer o seu direito de participar da vida cultural e do progresso científico. Entretanto, para Habermas (2002), o contexto supracitado não faria jus ao seu conceito de razão comunicativa, uma vez que, para o sociólogo, o direito de asilo é um direito humano: qualquer pessoa que pedir asilo deve ser tratada de forma justa e, se for o caso, deve ser acolhida com todas as consequências.

Kant (1990) defendia, em seu projeto de Paz Perpétua, um direito de hospitalidade, pelo qual estrangeiros não deveriam ser hostilizados quando acessem ao território de outros Estados, nem rejeitados se isso lhes pudesse resultar em dano. Apesar dos esforços das Nações Unidas e do Pacto, no que tange à produção científica, literária ou artística, de proteger os direitos do autor e de seus interesses materiais e morais, bem como consagrar o direito difuso ao desfrute dos progressos científicos, as lições de Kant (1990) parecem não haver sido aprendidas.

De fato, a ideia de cidadania universal encontra seu fundamento nas concepções desse autor, as quais justificam a necessidade de respeito aos direitos dos migrantes e refugiados, pois somente assegurando os direitos humanos a todos os homens, pode lograr-se a paz perpétua. No entanto, a realidade mostra que há um grande hiato entre a teorização desse direito de cidadania a que todos fazem jus e a prática concreta dos Estados, particularmente referente ao tratamento dos refugiados no mundo.

Outro aspecto inerente aos refugiados, à sua propriedade intelectual e à discussão ventilada a partir de uma perspectiva kantiana é a sensibilização em razão da vulnerabilidade deles. Tal situação não é crucial apenas para as políticas de proteção voltadas majoritariamente para soluções temporárias. Ela é tão ou mais importante nas soluções duradouras, em que as políticas de integração dos refugiados são absolutamente necessárias para sua integridade física e psicológica. Para Trindade (1996), citado por Piovesan (2003):

[...] Não há qualquer impossibilidade lógica ou jurídica para que assim se proceda. Há que garantir a justiciabilidade dos direitos econômicos e sociais, a começar pelo princípio da não-discriminação. Por que motivo em relação aos direitos políticos são há muito condenadas práticas discriminatórias, as quais, em relação aos direitos econômicos e sociais, persistem e parecem ser toleradas como supostas realidades lamentáveis e inevitáveis? Há que se submeter à justiciabilidade decisões governamentais e de organismos financeiros internacionais que, à guisa de resolver “problemas econômicos”, condenam ao empobrecimento, ao desemprego e à fome, se não a médio ou longo prazo à miséria e à morte, milhares de seres humanos. Se é certo que a vigência de muitos direitos econômicos e sociais é de “realização progressiva”, também é certo que tal vigência requer medidas imediatas por parte dos Estados, certas obrigações mínimas em relação a um núcleo de direitos de subsistência (direitos à alimentação, à moradia, à saúde, à educação, somados ao direito ao trabalho), quanto pouco para neutralizar os efeitos devastadores de políticas recessivas, particularmente sobre os segmentos mais carentes ou vulneráveis da população (TRINDADE, 1996, *apud* PIOVESAN, 2003, p.105).

Desse modo, apresentando à propriedade intelectual uma função social, exprime o desejo de que todos os Estados, reconhecendo o caráter social e humanitário do problema dos refugiados, façam tudo o que esteja ao seu alcance para evitar que essa questão se torne causa de tensão, assim como assegurado pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951.

Kant [s.d.], em *Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita*, introduz um pensamento no qual homens e até mesmo povos inteiros, ao seguirem seus próprios desígnios, por vezes discordantes entre si, seguem o “fio condutor” da intenção da natureza. No entanto, não haveria meios de detecção de um propósito racional particular, restando buscar desvendar a intenção da natureza ao que o autor se propõe. Dado isso, em consonância ao que foi apresentado acerca da vulnerabilidade de muitos refugiados em conjunto a esse fio condutor natural, podemos traçar a relação orgânica entre direitos intrínsecos dos refugiados

e o dever dos Estados de alcançar um balanço adequado entre a proteção efetiva dos direitos do autor/inventor e a proteção aos direitos culturais e de desfrute dos progressos científicos.

Para as autoras Reis e Menezes (2014), o reconhecimento como refugiado visa a corrigir uma situação de violação de direitos humanos. Conforme proclamado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), essa violação é o elemento que caracteriza a situação de perseguição, pois se dá em função do não reconhecimento da dignidade da pessoa sem distinção de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional, social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição. Logo, “[...] a própria ideia de refúgio consolidada na atualidade é fundamentada na ideia de direitos humanos”.

Para Kant (2004), todas as disposições naturais atingem sua finalidade. A razão é a capacidade de ampliação do uso das forças para além do que é ditado pelo instinto, mas precisa se desenvolver paulatinamente. Esse tipo de abordagem instrumental do significado da razão subestima muitíssimo o ingrediente da razão humana que, provavelmente, faz de nós animais excepcionais: a capacidade para submeter a exame racional nossas metas e nossos objetivos. No tocante aos refugiados, o influxo destes testou até onde vai o humanismo, tão discutido pelo autor. Sendo assim, nossa racionalidade sente o peso de ter de fazer escolhas difíceis e arriscadas, como a de muitos refugiados em não saber o que os aguardam na busca pela tão almejada vida digna em outro território.

Nesse sentido, demanda que seja considerado o impacto no campo dos direitos humanos de legislação protetiva dos interesses morais e materiais do autor decorrentes de sua produção científica, literária ou artística. Reitere-se que, muitas vezes, quem exerce esse direito não é propriamente o autor/inventor, mas as grandes empresas a preços abusivos ou como reserva de mercado via estratégias de patenteamento. Desse modo, atenta ao fato de que tal como no regime de patentes não pode com-

prometer a plena realização dos direitos humanos enunciados nos tratados internacionais de proteção, o mesmo deve ocorrer quanto às produções intelectuais, em especial dos refugiados com todas as suas tragédias e problemas.

Infelizmente, ao chegar em outro território, os refugiados sentem os reflexos de suas vulnerabilidades e de forma repetida não exercem fielmente os seus direitos econômicos, sociais e culturais. Quanto à proteção da produção científica, literária ou artística, geralmente, quem acaba por prejudicar os interesses sociais dos detentores dos direitos e uso exclusivos sobre determinada obra ou invento são as economias multinacionais.

Nesse diapasão, o Acordo TRIPs, que, traduzido para o português, significa Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, estabelece que cabe aos Estados adotarem medidas para fomentar o interesse público da tecnologia e inovação, como reza o artigo 7º, objetivando *“contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e disseminação de tecnologia, para a vantagem mútua dos produtores e usuários do conhecimento tecnológico, e de tal maneira que possa levar ao bem-estar econômico e social e ao balanço de direitos e obrigações”*. Sabe-se que, por ser um cidadão do mundo, ou seja, que mais do que se preocupar com laços de afinidade culturais locais, identifica-se como membro da humanidade, o refugiado vê o cosmopolitismo como uma obrigação moral para com a humanidade. Todos os homens racionalmente são capazes de perceber as necessidades da humanidade e contribuir para dirimi-las. Para Kant (2004), o cosmopolitismo depende do engajamento individual, como veremos.

Alguns autores defendem estarmos hoje em fase de transição do Direito Internacional para o Direito Cosmopolítico. Nessa proposta, os cidadãos diretamente delegariam à ONU questões jurídicas relevantes (manutenção da paz, garantia dos direitos humanos, desenvolvimento, promoção do Direito Econômico, luta contra a desigualdade social etc.), deixando o restante às atribuições dos Estados.

Habermas (2002), embora sustente a necessidade de uma revisão conceitual da teoria kantiana, afirma que o Direito Cosmopolítico é a ideia coerente do desenvolvimento do Estado de Direito, garantidor dos direitos humanos e fundamentais na sociedade internacional, sendo possível projetá-lo para o cenário internacional. Ou seja, a comunidade internacional deve constituir um Estado de Direito (cosmopolítico), onde os direitos de todos prevaleçam, pressupondo, no entanto, o Direito Cosmopolítico, uma federação de cidadãos, e não de Estados. Ele afirma que a Segunda Guerra Mundial propiciou as condições para a transição do Direito Internacional ao Direito Cosmopolita e que a ideia da paz perpétua de Kant (1990) ganhou força nas instituições, declarações e políticas das Nações Unidas e outras organizações internacionais. Sustenta também que esse tipo de Direito se encontra em vias de concretização inclusive em função da formação de um espaço público global (opinião pública mundial).

Nesse ínterim, por ser o Estado o ente responsável em adotar medidas para proteger a ciência, produções literárias e artísticas dos refugiados, medidas especiais precisam ser reconhecidas, considerando as especificidades, vulnerabilidades e o protagonismo desse grupo, visando à proteção especial de seus direitos coletivos. Isto é, propõe-se aos Estados a adoção de um regime jurídico específico em matéria de propriedade intelectual para a proteção das produções intelectuais. O respeito e proteção aos direitos dos refugiados devem ser observados, ainda, pelos demais tratados de natureza comercial (como o TRIPs, dentre outros).

Parece-nos assim que, como marco jurídico do projeto da paz perpétua, Kant (1990) propôs o que hoje concebemos como o Direito Internacional dos Direitos Humanos e Fundamentais. Sabemos que surgiu no âmbito da ONU um sistema global de proteção, revolucionando o tratamento da questão ao alçar o ser humano à categoria de sujeito de Direito Internacional. Conforme adverte Trindade (1999), esse direito não rege as relações entre iguais, mas opera em defesa dos ostensivamente mais fra-

cos. Para os refugiados, ter sua produção intelectual reconhecida apresenta uma dimensão coletiva. É o direito de proteção internacional dos mais vulneráveis, como os refugiados, as vítimas de violações dos direitos humanos e fundamentais.

Kant (1990) concluiu que a ideia de um Direito Cosmopolita não seria fantasia nem extravagância do Direito, mas uma ordem jurídica autônoma e complementar do Direito Interno e Internacional, correspondente a um direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob essa condição. Nesse sentido, vão as reflexões de Habermas (2002), para quem a organização cosmopolítica do planeta não é mais uma utopia.

Nessa esteira, para Arendt (2004), o “direito a ter direitos” só poderia começar a efetivar-se se prevalecer o direito de todo ser humano à hospitalidade universal. Insistindo que, neste início do milênio, essa noção de hospitalidade universal significa que as pessoas precisam estar à vontade e em casa no mundo. Já para Lafer (1994), a presença em larga escala dos refugiados, dos apátridas e dos deslocados determinou a necessidade de incluir o tema dos direitos humanos no plano internacional, viabilizando a ideia kantiana dessa filósofa. Sandel (2012), por seu turno, contempla-nos com sua visão além da normalidade que se forma e se formou, por ideologias consideradas corretas, justas. Após a Segunda Guerra Mundial, a humanidade ainda se perde em seus passos em direção à paz e à solidariedade. Os exemplos de Sandel (*op. cit.*), em seu livro, iniciam questionamentos sobre a normalidade dentro e fora dos EUA. Ele dá alguns exemplos de ideologias dos libertários quanto aos refugiados:

Por motivos óbvios, os refugiados políticos e as pessoas perseguidas em seus próprios países estariam dispostos a pagar uma taxa considerável para serem admitidos num país livre. Um sistema de taxas, assim, automaticamente eliminaria a necessidade de trabalhosas e prolongadas audiências para saber se essas pessoas realmente correriam risco físico se fossem forçadas a voltar para seus países.

O autor supracitado, com certeza, diria que a economia de mercado não deve jamais interferir na vida dos seres humanos, pois uma vez que transformam os seres humanos em mercadorias – sociedade de mercado –, as relações humanas se tornam vazias de sentido moral. O suborno é maléfico, dentro e fora da política, portanto, corrompe as relações humanas.

A ideia de Kant (1993) é que instituições internacionais sirvam de mediadoras dos conflitos que transcendem o Estado. O Direito Internacional trataria diretamente com os cidadãos, à revelia do próprio Estado inclusive. Essa forma de Direito é um primeiro passo em direção ao Direito Cosmopolita, em que haja uma justiça global que tenda a uma reunião internacional, uma vez que cada indivíduo precisa se engajar localmente com a promoção do aperfeiçoamento da humanidade e solução de problemas também localizados, como o dos refugiados.

Destarte, considerando que a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral, afirmaram o princípio de que os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, no que se refere à proteção da produção científica, artística e literária dos refugiados, faz-se necessário enfatizar a sua dimensão social, em que realça o desenvolvimento da cooperação internacional e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura, com destaque ao acesso ao conhecimento e à transferência de tecnologia, como um fator essencial para a promoção de benefícios científicos e culturais.

3. MÉTODO

Com base em pesquisa descritiva quanto aos fins, e bibliográfica quanto aos meios, o presente artigo foi embasado através de dados obtidos em obras literárias e temáticas de diversas literaturas. Para isso, trouxe uma bibliografia teórico-filosófica, bem como a interpretação de normas do direito pátrio e internacional sobre o tema, em especial os regulamentos que concedem prote-

ção aos refugiados. Em seu desenvolvimento, discorreu acerca das razões pelas quais a globalização é um fator que tem influenciado diretamente na vida dos refugiados, que limita seu acesso à proteção e de seus ativos intelectuais, e como é papel dos Estados buscar medidas que promovam a conservação e reconhecimento de toda produção oriunda do intelecto humano desse grupo tão negligenciado mundialmente.

Além disso, este artigo analisou a pertinência da teoria kantiana, cujo norte é a temática do cosmopolitismo, a fim de traçar afinidades entre as perspectivas epistemológicas com as tendências pluralistas em antropologia jurídica, os ensinamentos do autor e sua relação com a propriedade intelectual dos refugiados. Considerou que a chave para a transitabilidade cultural dos princípios de justiça reside na sua necessária eficácia social e subjetiva entre os bens sociais que procuram proteger, como para os refugiados, o primordial, a vida. Atenta-se aqui para o fato de que a busca da “justiça” sempre foi algo afeto ao Direito. Entretanto, o tema é tão instigante e nebuloso que diversas teorias acerca da justiça são apresentadas durante a história. Para este artigo, mister foi salientar a proteção da produção científica, artística e literária dos refugiados com foco na teoria da justiça de Kant.

4. DISCUSSÃO

À luz desse novo paradigma, há que se buscar a devida proteção dos direitos dos refugiados sob suas criações científicas, artísticas e literárias, assegurados pela CRFB/1988 em seu artigo 5º, inciso XXVII; pela Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1988); pela Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado de 1951; pela Declaração Universal de 1948; pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e pelos demais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Salienta-se o dever dos Estados de alcançar um balanço adequado entre a proteção efetiva dos direitos do autor/inventor e a proteção dos direitos culturais e de desfrute dos progressos científicos. Para tanto, medidas protetivas especiais devem

ser adotadas em prol da proteção da produção científica, artística e literária desse grupo, pois, além das violações sofridas, os mesmos encontram empecilhos em fazer jus aos seus direitos advindos de suas criações.

Deve-se atentar ao fato de que a sensibilização para a condição de extrema vulnerabilidade dos refugiados não é crucial apenas para as políticas de proteção temporárias, mas também duradouras, incluindo a proteção à ciência, literatura e arte desse grupo. Essa proteção pode incluir a adoção de medidas para reconhecer, registrar e proteger a autoria individual ou coletiva dos refugiados, o que advém da necessidade de impedir o uso não autorizado de produções científicas, literárias e artísticas por terceiros. Ao implementar essas medidas, os Estados devem respeitar o princípio do consentimento livre, prévio e informado dos autores refugiados interessados e as formas orais ou outras formas habituais de transmissão da produção científica ou artística.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se neste artigo que os ensinamentos de Kant (2004) têm impactado o Direito atual, em especial no que tange ao reconhecimento de direitos de propriedade intelectual dos refugiados. A proposta kantiana para a proteção da produção científica, artística e literária dos refugiados refere-se a três ideias fundamentais: primeiramente, uma política internacional para garantir a paz (o Estado Universal); um ordenamento global para proteger os direitos humanos e fundamentais (o Direito Cosmopolita identificado com o Direito Internacional dos direitos humanos e fundamentais); e uma cidadania universal (imposta pelo Direito Cosmopolita e fundamentada no princípio da hospitalidade).

Nesse sentido, a universalidade dos direitos impõe-se como pressuposto para garantir a proteção de todas as criações que originam do intelecto humano. As normatizações que regem a política mundial deveriam criar as condições para que todos

possam participar igualmente da globalização dos direitos humanos e fundamentais. “Todos” é um termo que inclui todas as pessoas do mundo, obviamente os refugiados também.

Se a humanidade efetivamente avançará no que diz respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais, depende muito de uma transformação na maneira de encarar as migrações e de tratar os migrantes e refugiados nos países receptores – que deveria ser com hospitalidade. É essa a importante relação que percebemos na proposta kantiana, principalmente da hospitalidade (cidadania universal), a que todos têm direito. Em outras palavras, a proposta de Kant (2004) fundamenta muito a proteção dos direitos dos refugiados.

De fato, é possível estabelecer um conjunto de valores objetivamente válidos para os seres humanos como uma natureza ou condição humana – como diz a ética kantiana do imperativo categórico. Já no que diz respeito à proposta de Habermas (2002), da razão comunicativa como visão universalista, essa só deve ser tratada como um entendimento político se for capaz de superar os problemas dos refugiados. Salienta-se isso, pois, infelizmente, um diálogo livre e igualitário não seria possível numa sociedade marcada pela desigualdade e pelo constrangimento.

Conclui-se ainda que a comunidade internacional não pode fingir a inexistência dos refugiados e das dificuldades que a circunstância tem trazido. Isso tem se tornado cada vez mais complicado em virtude da imprudência das autoridades governamentais em não dedicar a atenção necessária à situação, tendo em vista que focam seus olhares para mercadorias e capitais, os quais podem circular livremente, porém as pessoas não. Esse é o “calcanhar de Aquiles” da questão, por meio do qual a atual crise escancara essa contradição.

Neste mundo onde se proclama a vitória da liberdade, muitos milhões são os deslocados compulsórios, os refugiados e repatriados, os expulsos e clandestinos. Proibidos de ficar, confinados, interditados de entrar, obrigados a sair, eles nos mostram uma outra dupla dimensão da igualdade e da liberdade sob o

capital: o mundo desterritorializado e sem fronteiras de uns é o mesmo mundo territorializado e guetificado de outros.

Embora sejam emocionantes as ações de acolhida organizadas pela sociedade civil em diversos países, soluções concretas para a crise humanitária passam necessariamente por ações decorrentes da cooperação entre os Estados e pelo reforço do sistema internacional de proteção aos refugiados. Circunstâncias dramáticas ameaçam a existência de milhares de famílias sírias, afegãs e de outras nacionalidades, como outrora ameaçaram existencialmente europeus. Isso lhes dá toda a legitimidade para migrar em busca de asilo e impõe um dever moral às nações, aos moldes de um imperativo kantiano, de estender-lhes proteção.

Em suma, o desenvolvimento de uma cultura de valorização da dignidade humana em todos os âmbitos pode representar uma luz no fim desse sombrio túnel de violação aos direitos humanos e fundamentais. Se mercadorias e capitais devem circular livremente, por qual motivo as pessoas não podem? Se toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor, por qual motivo os refugiados têm seus direitos restringidos? Aliás, a única maneira de haver respeito verdadeiro ao fato do pluralismo cultural é por meio de uma cultura que reconheça a dignidade humana sem distinções – acreditamos que isso não significa tornar o mundo homogêneo do ponto de vista cultural. Naturalmente, há espaço para a diversidade, que grave em torno de um eixo mínimo comum de respeito à pessoa. Portanto, faz-se necessário compreender, com urgência, os direitos como patrimônio de toda a humanidade. Desde que sejam direitos fundamentais, estes podem e devem ser evocados por todos, em todos os tempos e em todos os lugares. ❖

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BURKE, Peter. **Perdas e Ganhos: exilados e expatriados na história do conhecimento na Europa e nas Américas, 1500-2000**. Tradução de Renato Prelorentzou. São Paulo: UNESP Digital, 2017.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. Edições Loyola. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Edições 70, Lisboa, 1990.

_____. **Doutrina do Direito**. 2ª. Edição, Ícone editora, São Paulo, 1993.

_____. **Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita**. Tradução de Artur Morão, Portugal: Lusosofia-press [s.d.].

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KYMLICKA, Will. "Multiculturalismo liberal e direitos humanos". In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord..). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 217-243.

LAFER, Celso. **Refugiados: Evolução de seu conceito e de sua proteção institucional à luz do direito das gentes (1921-1952)**. São Paulo: USP. 1994.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2000.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

NINO, C. S. **Derecho, moral y política**: una revisión de la teoría general del derecho. Barcelona: Editorial Ariel, S. A. 1994.

REIS, Rossana Rocha; MENEZES, Thais Silva. **Direitos humanos e refúgio**: uma análise sobre o momento anterior à determinação do status de refugiado. Revista de Sociologia e Política, Paraná, v. 22, n. 49, p. 61-83, mar. 2014.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. — Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

TRINDADE, Antonio A. Cançado. **Direitos Econômicos e Sociais**. In: TRINDADE, A.A.C. A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. São José da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. Apud. PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 105

TRINDADE, Antônio A. Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**.

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

6.1 Outras Fontes

ACORDO TRIPS OU ACORDO ADPIC (1994). Disponível em: http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf. Acesso em: 23 de jul. de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.610 (Lei de Direitos Autorais)**, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.610%2C%20DE%2019%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201998.&text=Altera%2C%20atualiza%20e%20consolida%20a,autorais%20e%20d%C3%A1%20outras%20

provid%C3%A2ncias.&text=Art.,os%20que%20lhes%20s%C3%A3o%20conexos. Acesso em: 24 de jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.279 (Lei de Direito da Propriedade Industrial -LPI), de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 24 de jul. 2020.

ONU. Cinco anos de conflito na Síria: crise de refugiados e deslocados clama por solidariedade. Nações Unidas, 15 mar. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cinco-anos-de-conflito-na-siria-crise-de-refugiados-e-deslocados-clama-por-solidariedade/#:~:text=Como%20a%20guerra%20S%C3%ADria%20completando,gravidade%20desta%20trag%C3%A9dia%20humanit%C3%A1ria%20de>. Acesso em: 24 jul. 2020.

. 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: UNIC. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf . Acesso em: 24 jul. 2020.

. 1951. **Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado.** Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf . Acesso em: 24 jul. 2020

. **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados.** Nações Unidas, Colectânea de Tratados, vol. 606, pág. 267. Disponível em: http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/protoc.html . Acesso em: 24 jul. 2020.

Direito à Morte Digna¹

Reis Friede

Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta – UNISUAM. Desembargador Federal e Vice-Presidente do Tribunal Federal da 2ª Região. Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ.

RESUMO: O presente artigo tem como objeto de discussão “o direito à morte digna”. Busca refletir acerca de questões culturais da sociedade brasileira, herdadas do pensamento ocidental judaico-cristão, vistas como entrave ao avanço social e jurídico de temas considerados tabus², como a morte. Mostra que o direito à vida é um direito fundamental, mas não é um direito absoluto, posto que nenhum direito o é ou pode ser assim considerado. Por fim, defende a ideia de que a vida pertence a cada um de nós, não ao Estado, não à sociedade. E como o Estado brasileiro é laico, não há como, logicamente, sustentar a tese de que ninguém teria o direito de dispor da própria vida. A conclusão é que assim como ninguém pode ser condenado a morrer, também não pode ser condenado a viver uma existência sem sentido.

ABSTRACT: The current article aims to analyze “the right to die with dignity”. It tries to reflect about the Brazilian society cultural issues inherited from the Western World Judeo-Christian Values, seen as an obstacle to the social and legal development of subjects which are considered taboo, like death. It shows that the right to life is a fundamental right, but it is not considered absolute, given that no right must be considered absolute. Finally,

1 Este artigo se vincula ao projeto de pesquisa denominado “Direitos Humanos e Cidadania”, em curso, coordenado pelo autor e desenvolvido junto ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local – PPGDL e ao Curso de Direito do Centro Universitário Augusto Motta – UNISUAM, desde fevereiro de 2014.

2 O termo se refere a um conceito cunhado por Sigmund Freud em sua obra *Totem e Tabu* (volume 11 das *Obras completas*). Nesse trabalho, o pai da Psicanálise elabora uma reflexão a respeito dos tabus na regulamentação da sociedade. Tal obra é, a princípio, uma leitura endereçada aos antropólogos, em que Freud busca analisar a gênese dos totens – símbolos sagrados e respeitados – e dos tabus – proibições de origem incerta – que cercam e cerceiam as liberdades individuais e coletivas de uma determinada sociedade.

it defends the idea that life belongs to each one of us, not to the State, not to society and, since the Brazilian State is secular, it is not possible, logically, to sustain the thesis that nobody has the right to dispose of its own life. Since no one can be condemned to die, the same goes for the opposite situation, and, still, it is not licit to condemn a human being to live a senseless existence.

PALAVRAS-CHAVE: Eutanásia. Direito fundamental. Direito à existência digna. Direito de morrer.

KEYWORDS: Euthanasia. Fundamental right. The right to a decent existence. The right to die.

INTRODUÇÃO

Este trabalho é produto de debates e reflexões realizados no projeto de pesquisa “Direitos Humanos e Cidadania”, desenvolvido junto ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local – PPGDL e ao Curso de Direito do Centro Universitário Augusto Motta – UNISUAM, desde 2014.

O tema “direito à morte digna” tem sido debatido em vários espaços de atuação deste pesquisador, principalmente em seminários do projeto de pesquisa “Direitos Humanos e Cidadania” e em aulas da disciplina “Ciência Política e Teoria Geral do Estado”.

O tema é recorrente na sociedade brasileira, mas quase sempre escamoteado pelas esferas político-jurídicas, de modo que é fundamental debatê-lo no ambiente acadêmico para a formação de massa crítica com vistas à defesa de um direito humano essencial, que é o direito de morrer com dignidade. O que motivou a pesquisa e a escrita deste artigo foi exatamente a necessidade de debater o assunto e oferecer um ponto de vista diferente daqueles que não permitem a evolução normativa em direção ao livre-arbítrio.

O objetivo primordial é mostrar que o pensamento ocidental judaico-cristão, arraigado na sociedade brasileira, é um dos principais entraves ao debate e à efetivação do direito de morrer com dignidade. Este artigo também busca evidenciar que o direito à vida é um direito fundamental, mas não um direito absoluto,

já que nenhum direito o é. E, ainda, que a vida pertence a cada um de nós e que o livre-arbítrio nos permite, sim, dispor da própria vida.

Para dinamizar a exposição do tema e debatê-lo de maneira organizada e com mais profundidade, optou-se por dividir este artigo em quatro partes: na primeira, discute-se a raiz teológica do problema, isto é, os atavismos teocráticos que não permitem, em vários espaços públicos, sequer debater assuntos considerados da “ordem do sagrado”, e a morte é um deles. Na segunda parte, são estabelecidas relações entre o direito à vida e o direito à morte e as implicações entre o direito e a moral e suas correlações com as esferas pública e privada. Em seguida, aprofundam-se questões jurídicas atinentes ao direito à vida, como bem tutelado que é, para concluir que o homem não somente possui o direito à vida, como também à dignidade relativa a ela, sob pena de fazer suplantar o correlato direito à liberdade. Por fim, na última parte, discute-se o direito à morte assistida e as consequências jurídicas dela decorrentes, tal como a previsão contida no Código Penal de 1940, cujo artigo 122 estabelece pena de dois a seis anos para quem “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça”. Mas mesmo assim, o Conselho Federal de Medicina publicou, em 2012, a Resolução CFM nº 1.995/2012, que permite ao paciente manifestar-se previamente sobre os cuidados que deseja receber ou não quando estiver incapacitado de expressar a sua vontade.

O fecho do artigo não significa obviamente o fim do debate, mas uma pausa, antes de encadear discussões de outros aspectos inerentes ao tema e que a pesquisa irá apontar.

1. ATAVISMOS TEOCRÁTICOS

Como diz Rabelo (2006), a história, como tecido cultural, ocupa importante papel na compreensão da expressão do “ser-no-mundo” diante do fenômeno da morte. A autora vê o passado como testemunha do vivido que, recuperado pela historiografia, permite revelar nas diferentes épocas o modo pelo

qual esse evento (a morte) vem sendo interpretado no decorrer dos tempos. Tal visão histórica, ou diacrônica, contribui para o entendimento do morrer na sociedade urbana e tecnológica em que vivemos.

A humanidade vive hoje tempos em que os expressivos avanços da Medicina e o desenvolvimento das ciências da vida, numa perspectiva ampla, transformaram as condições de vida e, por via de consequência, a forma como a sociedade avalia a questão do que seria uma morte digna.

Em suas reflexões, a teórica busca entender as razões do silenciamento e do pouco debate sobre a morte. Afirma que inexistente um espaço subjetivo que possibilite a expressão da ausência do outro. “Um ‘lugar’ em que a negação não se imponha majestosa e altiva, forjando ações que afastam o ser humano daquela que lhe é intrínseco, a morte” (RABELO, 2006, p. 6).

Tal pensamento reforça a teorização de Freud (1974), que afirma que o ser humano é dividido entre a pulsão de vida e a pulsão de morte: Eros e Tânatos. Se, por um lado, pulsa o desejo de viver em nós, por outro, há uma busca, ainda que inconsciente, pelo fim das angústias, pela sensação inorgânica anterior ao nascimento.

Não parece elucidativo discutir o tema “direito de morrer com dignidade” sem tentar entender as suas implicações nas várias esferas subjetivas dos indivíduos, já que a cultura ocidental judaico-cristã, em que estamos inseridos, do modo como se apresenta hoje, regida pela aparência, pelo individualismo e especialmente sustentada pelo culto ao belo e ao novo e que “embala Narciso³ em berço esplêndido”, recorrentemente (desde Aristóteles) procura negar o debate objetivo sobre o direito de morrer. É como se a morte (transformada em tabu) não fizesse parte da vida, não

3 Narciso é personagem da mitologia grega, que se apaixona pela sua própria imagem. Castro (2009) faz uma analogia entre essa figura arquetípica, incapaz de ver além de sua própria sombra refletida no espelho d'água, e o consumidor da atualidade. Afirma que do ponto de vista psicanalítico, pode-se dizer que a sociedade pós-industrial fundada no consumo e na sedução opera com base numa economia psíquica bastante diferente da sociedade industrial fundada na produção e na disciplina. O superego clássico, paterno, repressor, segundo a descrição de Freud, dá espaço a um superego arcaico, materno, permissivo, segundo a hipótese de Lacan.

fosse intrínseca a ela. Na sociedade atual, a vida, em consonância com as ideias de Castro (2009) já não se organiza sobre bases éticas, mas estéticas. Priorizam-se a gratificação imediata, o presente e as aparências, e isso também afasta a ideia da morte.

No Brasil, o avanço do debate político-jurídico acerca de temáticas consideradas tabus, bem como a efetivação de direitos nesse âmbito, é muito lento. E o tema “direito à morte digna”, como muito outros, esbarra na questão da sacralidade (componente formador do tabu), que sob o manto da religiosidade questiona o livre-arbítrio.

Não há como deixar de reconhecer que a sociedade brasileira nunca deixou de se caracterizar, pelo menos em alguma medida, como uma metrópole de nítidas feições medievais, por viver permanentemente atrelada a um autêntico fundamentalismo religioso, particularmente de índole cristã, tão rigoroso e extremado (ainda que mais dissimulado em relação aos clássicos radicalismos religiosos, de feição muçulmana xiita ou de qualquer outra natureza) que simplesmente vem, reconhecida e sistematicamente, impedindo qualquer tipo de avanço social perceptível sobre temas importantes e de fácil “negociação” em outras localidades mais desenvolvidas.

Há, na verdade, uma grande dificuldade sobre qualquer debate sóbrio e desapaixonado sobre assuntos que, em países democráticos (democracias reconhecidamente qualificadas como de “conteúdo”⁴), traduzem, sobremaneira, a genuína e almejada

4 O filósofo italiano Paolo Flores D’Arcais (*El país*, 2000), ainda que sem citar a expressão “*democracia de conteúdo*”, já alertava sobre a efetiva importância dos valores democráticos, assinalando que “na verdadeira democracia, o consenso eleitoral, o princípio da maioria, é importante, mas não fundamental [...]”. Em seguida, conclui que o fundamento do verdadeiro regime democrático se encontra “no sublime respeito aos direitos civis”.

Carlos Pagni (em “O poder absoluto das maiorias”, *O Globo*, 2015), em adição, adverte que o *poder das maiorias não é absoluto em uma democracia*, para, em ato contínuo, em tom de questionamento reflexivo, registrar a ideia segundo a qual não é o povo que é soberano, *mas os valores nos quais a democracia se encontra fundamentada*.

Ainda que a atual Constituição Brasileira, de 1988, em sua redação textual aluda à soberania (art. 1º, I) como fundamento do Estado brasileiro, continua a vigor em nosso país a equivocada “soberania popular” que, sob certo ângulo analítico, permite a conclusão hermenêutica de que os *valores democráticos* – notadamente a “*dignidade da pessoa humana*” (art. 1º, III) – podem de alguma forma ser desrespeitados (como de fato o são) por uma pretensa vontade da maioria, expressa ou não por representantes legislativos.

Essa simples possibilidade – independentemente de se constituir em uma efetiva realidade –, por si só, já denota o quão frágil é a democracia brasileira (qualificada como de simples continente formalizante),

garantia de proteção aos direitos invioláveis relativos à dignidade humana, entre os quais o direito inalienável a uma morte digna.

Nesse sentido, é forçoso verificar que, se por um lado, o “cristianismo brasileiro” (ou qualquer outra crença verde e amarela) revela-se, por imperativo constitucional, um incontestado direito, no âmbito da ampla liberdade religiosa que rege o regime democrático nacional, não pode ser, por outro, uma verdadeira (e sutil) realidade impositiva (em forma, inclusive, de inaceitável desafio aos ditames legais vigentes), ao ponto extremado de simplesmente determinar como e quando devemos morrer.

Tal “cristianismo” irracionalmente pugna pela morte como uma espécie de espetáculo trágico, que envolve atores em níveis diferenciados de purgação (mas onde todos sofrem), conduzindo, por fim, a ideia de “remissão dos pecados”. A dor e o sofrimento buscam, nesse sentido, reproduzir, impositivamente para todos, o exemplo da redenção de Cristo. Essa conduta autoritária deve ser debatida e rejeitada, posto que todos devam ter de *per si* o direito inalienável de, na qualidade de indivíduos-cidadãos, confessarem outras crenças (inclusive a própria ausência de crenças) e, dessa feita, o correspondente direito de escolher o momento e o tipo de morte que interpretar como mais digno e adequado em relação à breve e controvertida existência no planeta.

Pensar de modo diverso é simplesmente obrigar todos os cidadãos brasileiros a viver sob o manto de uma pseudodemocracia, em um regime meramente “contínente” e “formal”, que apenas reproduz uma enganosa aparência democrática⁵ (e se-

em comparação com aquelas existentes, sobretudo, em países europeus desenvolvidos (*ex vi*, Holanda, Dinamarca, Suécia, Alemanha etc).

5 Há uma grande e reconhecida diferença entre o *regime democrático material* (substantivo ou de “conteúdo”) e o *regime democrático formal* (aparente ou “contínente”). Em nossa obra *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 5ª Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, 245 pp., já ousamos advertir que a permanente omissão do dever estatal de agir, na defesa dos valores democráticos assegurados no texto constitucional (de forma expressa ou implícita), compromete a sinérgica possibilidade de se reconhecer o Brasil como um verdadeiro exemplo de *democracia*. É exatamente dessa virtual omissão do dever estatal de agir que em muitos casos, mesmo existindo um indiscutível Estado democrático de direito, (pelo menos sob a ótica formal), a democracia (na qualidade de império da lei e da ordem jurídica) não se realiza em sua plenitude (democracia material ou substantiva), forjando o que, nos últimos anos, convençamos chamar de democracia formal (ou aparente). Nesse regime, ainda que possa existir *ampla liberdade*, efetivo *respeito* formal (por parte do Estado) *aos direitos individuais e coletivos* e outras características próprias da *democracia*, não há a efetividade plena da *lei* e da *ordem jurídica*, existindo um Estado que, em essência, não consegue,

cularmente laica), desmedidamente reveladora, nesse sentido, quando afirma, em palavras vazias, uma suposta, porém frágil e falseada defesa dos direitos individuais, ainda que estes se apresentem expressa e formalmente consignados na Constituição.

Nesse contexto analítico, o mais importante dos direitos humanos que se falseia é o sublime respeito à dignidade humana, considerando, sobretudo, que não há nada mais indigno, desrespeitoso e ultrajante do que obrigar qualquer ser humano a submeter-se aos verdadeiros rituais religiosos (mesmo quando estes possam se apresentar chancelados por expressiva parcela da sociedade que os entenda como corretos e insuperáveis) que, desta feita, são impostos à nossa própria vida, ditando e orientando nossos comportamentos e impedindo que possamos, minimamente, decidir aspectos próprios e particulares, de indiscutível natureza de foro íntimo, relativos à nossa própria existência e ao sentimento morte.

Resta extremamente penoso constatar, nesse sentido, que o nosso País continua a ser – não obstante todos os alardeados avanços sociais e políticos – uma simples democracia formal⁶, não tendo logrado atingir, até o presente momento, o almejado patamar evolutivo de uma autêntica democracia material que, em última análise, se caracteriza, acima de tudo, pela real e efeti-

por simples omissão (de seus governantes) e/ou sinérgica impotência de meios, concretizar, na prática, o próprio direito positivo (constitucional e infraconstitucional) que produz e continua legitimamente (consensualmente). Em grande medida, este é, para muitos estudiosos, o retrato do *Estado brasileiro* que, não obstante toda a sorte de avanços legislativos e de outros matizes, não consegue fazer valer, em termos práticos e concretos, para todos os cidadãos e em todos os casos, como determina a Constituição, elementos legais básicos, muitas vezes relativos a direitos fundamentais (de natureza constitucional) e que, nesse aspecto, apenas aparentemente, se encontram assegurados.

6 Deve ser observado que o texto constitucional vigente enquadra o Brasil como um “*Estado Democrático de Direito*” (e não um simples “*Estado de Direito*”, ou seja, um estado que se submete às leis que edita, independentemente da existência dos valores democráticos que devem necessariamente aceitá-los) mencionando expressamente cinco fundamentos que o caracterizam como tal, dentre os quais, com devido destaque, o sublime respeito à “*dignidade da pessoa humana*” (art. 1º, III).

A formalização do objeto de se criar um *Estado democrático* parece claro, inclusive pelo próprio preâmbulo da constituição, que textualmente menciona o propósito dos constituintes, representando o povo brasileiro, de “*instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]*” (Grifos nossos).

Todavia, passados mais de 25 anos de sua vigência, não se pode negar a absoluta falência em relação à efetiva materialização de seus valores democráticos fundamentais, obrigando-nos a categorizar o atual estágio democrático brasileiro como uma simples “*democracia formal*”, ainda refém de postulados importantes, particularmente, de caráter religioso.

va implementação de um Estado laico, bem como pelo absoluto respeito aos direitos fundamentais, especialmente os associados à dignidade humana.

2. O DIREITO À VIDA E À MORTE

Embora a morte seja intrínseca à vida, o debate sobre o direito à morte digna é muito recente. Se o direito à vida sempre existiu, ainda que não fosse positivado ou respeitado, e se a morte é indissociável da vida, como se poderia cogitar uma vida digna, sem que houvesse uma morte digna? A nosso sentir, a vida deve ser digna do começo ao fim.

Segundo Ramataro (2013), desde a Antiguidade grega, já se vislumbrava correntes totalmente antagônicas no que tange à aceitação da “morte digna”. A primeira, liderada por Platão, Sócrates e Epicuro, defendia a ideia de que o sofrimento resultante de uma doença dolorosa justificava o implemento do suicídio. Em contrapartida, Aristóteles, Pitágoras e Hipócrates, líderes da segunda concepção, condenavam a eutanásia e o suicídio assistido. Como se vê, o modo aristotélico de pensar a respeito do direito à morte digna sagrou-se vencedor no decorrer dos séculos.

Como é sabido, as ideias de Aristóteles foram difundidas e perpetuadas, a partir da Idade Média, por São Tomás de Aquino⁷. Tal pensador foi considerado o mais importante filósofo durante todo o período medieval, e sua doutrina tida como verdade inatacável. Foi com base em sua obra que São Tomás de Aquino buscou harmonizar as noções de verdade e fé.

A preocupação com o direito de morrer volta a ser debatida (reaparecendo na literatura) no século XVII pelo filósofo Francis Bacon⁸, que obviamente estava preocupado com o so-

⁷ Segundo Bosco (2015), no período compreendido entre o início do século XI e fins do século XIII, a Igreja Católica teve papel primordial, com a afirmação da teocracia papal que assegurou a estruturação da cristandade. No campo filosófico, dominou a escolástica (busca do saber pela leitura e interpretação de textos de autores considerados “autoridades”), em que se procurava a harmonização de fé e razão.

⁸ A expressão foi proposta pela primeira vez no século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon em sua obra “Tratado da vida e da morte”. Mas foi durante a Segunda Guerra Mundial, já em 1939, que a palavra assumiu conotação negativa. Nesse período, foi criado na Alemanha o Programa Nazista de Eutanásia. O termo “eutanásia” passou a ser empregado por alguns regimes autoritários na primeira metade do século XX, entre eles, especificamente, o nazismo, que colocava em prática uma espécie de eutanásia social, isto

frimento das pessoas diante de doenças para as quais não havia cura. Foi esse pensador que cunhou o vocábulo “eutanásia” para designar o tratamento adequado de doenças incuráveis. Etimologicamente, o termo significa “boa morte”, “eu” (boa ou bom) e “*thanatos*” (morte).

Para Ana Maria Marcos (2014, p. 8), em última instância, o debate sobre a eutanásia gira em torno do eterno problema da fronteira entre o Direito e a moral, entre o âmbito privado e o domínio do público. “*Se trata de saber hasta qué punto podemos confiar a la moral su regulación y cuándo debemos acudir a la regulación jurídica*”. No caso do Brasil, a nossa moral relativamente ao tema se assenta nos mitos da sacralidade difundidos pela cristandade e, adicionalmente, como diria Foucault (2002), naquilo que faz a morte ser “antipática” e improdutiva ao cessar o culto do “eu” e a realização de coisas.

Ainda segundo Marcos (2014), na questão da eutanásia, somam-se outras complexidades, pois confluem diversos ramos do saber, cuja análise não pode ser deixada de lado, em razão da incidência em ditas áreas: Medicina, Sociologia, Ética, e principalmente no campo da Medicina, cujo avanço constante “*nos obliga a movernos en un ámbito de incertidumbre en relación con el diagnóstico de enfermedades que bien pueden convertirse en “curables”, o permiten prolongar la vida del paciente sin que eso conlleve una mejoría en su calidad de vida*” (MARCOS, 2014, p. 8).

O tenso debate demonstra a complexidade do tratamento jurídico à eutanásia e as dificuldades de partir de um ponto de vista meramente formal, para se chegar a uma regra aplicável a todas as indagações ou hipóteses. E se os elementos que estão no fundo da problemática são complexos, os que se encontram na superfície também o são, tais como: em que consiste a qualidade

é, pessoas que serviriam apenas para conspurcar a espécie humana mereceriam ser excluídas. Por conta disso, o termo ficou carregado pejorativamente e, até hoje, muitos médicos ao ouvir falar de eutanásia não consideram sequer a possibilidade de discutir o assunto (Freitas, 2015).

9 Na mitologia grega, é um deus tido como a personificação da morte. É irmão gêmeo do deus do sono, *Hipinus*. Seu nome é transliterado em latim como *Thanatus*, e seu equivalente na mitologia romana é *Mors* ou *Leto* (*letum*). TÂNATOS: A PERONIFICAÇÃO DA MORTE. Disponível em: <http://allofthemitology.blogspot.com.br/2008/08/thanatos-personificacao-da-morte.html>. Acesso: 12 mar. 2015.

da vida? A eutanásia deve ser aplicada somente a doentes terminais? Uma pessoa próxima da morte é capaz de decidir? Por que é o médico que deve praticar a eutanásia?

Obviamente a defesa do “direito à morte digna” não prescinde de uma reflexão acerca dos avanços da Medicina, das questões éticas inerentes e da regulação adequada. Embora a discussão seja relativamente recente no campo do Direito, pode-se dizer que há alguns consensos entre os que debatem o tema, sobretudo entre os que são favoráveis a um direito à morte. Primeiro, o fato de que os debates sobre o direito à morte digna ganharam força a partir mesmo dos avanços médicos e tecnológicos prolongadores da vida – os quais, por um lado, salvaram a vida de muitas pessoas, mas, por outro, puseram o “morrer” em uma situação delicada e até então desconhecida.

O relatório da Comissão de Reflexão para o Fim da Vida na França (LIMA & MAIA, 2015), lavrado a pedido do presidente francês, François Hollande, em 2012, já indicava, naquele ano, que 56% dos franceses desejavam “melhor assistência médica para morrer”, e a necessidade de abertura das vias legais para tanto. Em 18 de março de 2015, a Assembleia Nacional Francesa decidiu, por ampla maioria (436 votos contra 34), que os pacientes terminais terão direito à “sedação profunda e contínua”. Conforme as novas regras, médicos devem respeitar vontades expressas e registradas pelo doente, como a recusa a tratamentos agressivos, por exemplo (JORNAL O GLOBO, 2015).

É manifesto que o número de países europeus com legislação concernente ao direito à morte digna vem aumentando: Bélgica, Suíça e Holanda, de modo inovador e pioneiro, já têm legislação específica sobre a matéria, sendo que Espanha e Portugal vêm discutindo os parâmetros regulatórios desse (relativamente) novo direito. Uma pesquisa apresentada pela *Swiss Medical Lawyers Association* (SMLA), feita com 12 mil europeus, mostrou que em muitos países da Europa a maioria das pessoas deseja poder escolher como morrer – Portugal: 79%; Alemanha: 87%; Espanha: 85%; Grécia: 52%; Irlanda: 68% (LIMA; MAIA, 2015).

A Holanda possui, desde 2012, uma unidade móvel que vai aos domicílios auxiliar “pacientes que sofrem insuportavelmente sem nenhuma perspectiva de melhora”, mas cujos médicos não estão dispostos a fazer a eutanásia. A equipe atua quando a família ou os médicos se recusam, por motivos éticos, a ministrar drogas letais a pacientes incuráveis que desejam morrer. A eutanásia é legalizada na Holanda desde 2002, e a pessoa tem permissão para fazê-la se o sofrimento for “duradouro e insuportável”. O país já realizava, por ano, antes da implementação da unidade móvel, 2.700 eutanásias, segundo a Associação de Direito de Morrer. Após a sua criação, pelo menos mais 1.000 são realizadas anualmente. O doente é sedado e entra em coma; após, lhe é aplicada uma droga que provoca a parada cardiorrespiratória e morte (COLLUCI, 2012).

A Lei da Morte Digna, aprovada por unanimidade pelo senado argentino em 09 de maio de 2012, consagra o direito dos pacientes ou de seus tutores legais, no caso de menores de idade que sofrem doenças irreversíveis, incuráveis ou em estágio terminal, de decidir voluntariamente a respeito da retirada dos aparelhos de suporte à vida. O debate sobre o tema, bem como a aprovação da lei, foram impulsionados pela mãe da menina Camila Sanches (com três anos e que respirava por aparelhos desde que nasceu, em razão de hipoxia¹⁰), que enviou uma carta à presidente argentina, Cristina Kirchner, na qual reivindicava uma mudança na legislação, de modo que se reconhecesse o direito à morte digna. Na missiva, a genitora afirmava que sua filha era vítima de uma “clara obstinação terapêutica”, pois aos quatro meses, foi submetida a uma traqueostomia e recebeu o implante de um “botão gástrico” (por onde respirava), com o qual permaneceu até o dia de sua morte, em 08 de junho de 2012, logo em seguida à aprovação da lei, duas horas após ser desconectada do respirador.

A toda evidência, ninguém deixa de perecer. Com os avanços da Medicina, as pessoas passaram a demorar mais para perecer: o homem passou a se ver definhando em um leito de hos-

10 Baixa taxa de oxigênio no sangue.

pital, em uma despedida familiar lenta e, por vezes, dolorosa, em convivência desagradável com o abismo fúnebre, sem que pudesse, enfim, morrer e descansar em paz. Para muitos, tal situação ofende a dignidade. No quadro narrado, surgiu, então, o direito de decidir sobre o próprio fim, quando este é iminente e inevitável, embora clinicamente adiável. A questão é o que fazer depois de receber a notícia de uma doença grave e incurável? A maioria prefere nem pensar nisso, mas o envelhecimento das pessoas põe, obrigatoriamente, o tema em pauta.

Atualmente, mais do que aplicar tratamentos invasivos e sem benefícios, o que muitos médicos buscam é aliviar a dor emocional e física do paciente em seus momentos finais, garantindo-lhe uma boa morte. Um estudo sobre o tema, publicado pela revista *The Economist*, em 2010, mostrou que o Brasil é mal avaliado quando se trata de assistência nos instantes derradeiros da vida, ficando em 38º entre 40 países, à frente apenas de Índia e Uganda (MILHORANCE, 2014)¹¹.

3. O DIREITO À EXISTÊNCIA DIGNA

De todos os denominados direitos genéricos individuais expressamente assegurados pela Constituição Brasileira, destaca-se, sem dúvida, o direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF/88) como o mais importante e elementar (para alguns, até mesmo sagrado) direito, uma vez que – consoante pensamento unânime da doutrina jurídica – está direta e indubitavelmente associado à própria existência humana.

Na concepção doutrinária brasileira, em particular, o direito à vida é comumente conceituado como o direito de não ter interrompido o processo vital, tradução esta que, em sua ingênua

¹¹ Segundo relatório da consultoria britânica *Economist Intelligence Unit*, o Brasil obteve o grau 42,5% no “Índice de qualidade de morte”, ocupando a 42ª posição do ranking de 80 países, constituindo-se em um dos países menos preparados em *cuidados paliativos* para doentes terminais.

Consoante avalia *Maria Goretti Sales Maciel*, presidente da Academia Nacional de Cuidados Paliativos e que participou como consultora durante a elaboração do relatório, o Brasil não permite um amplo acesso a terapias e medicamentos, *analgésicos* especialmente, concluindo que, em nosso País, “*quem tem dor, morre com muita dor*” (O Globo, 07/10/2015, p. 28).

Em necessária adição, *Mayla Cosmo*, coordenadora do Curso de Especialização em Psicologia da Saúde, na PUC-Rio, afirma também que essa é uma questão cultural, pontuando que “*No Brasil, não há essa educação para a morte. Não somos preparados para enfrentá-la*” (*ibidem*).

simplicidade construtiva, conduziria, caso assim fosse possível proceder, ao absurdo de se concluir – ainda que forçosamente através de uma desautorizada (e sempre condenável) interpretação puramente literal – quanto à sinérgica impossibilidade jurídica concernente à incontestada admissibilidade lícita (ainda que em situações excepcionais) da pena de morte¹², da eutanásia (em sentido amplo)¹³, do aborto¹⁴ e da própria legítima defesa¹⁵.

Discute-se – especialmente nos últimos tempos – acerca do instante do surgimento da vida (e de seu próprio conceito) e, portanto, a partir de quando nasceria o correspondente direito à vida. No entanto, com o devido respeito aos mais célebres estudiosos do tema, parece-nos que esse não é (nem deve ser) o foco central da controvérsia, considerando que, antes de qualquer análise mais criteriosa, deve-se questionar, preliminarmente, à vida de quem (ou de quais seres vivos), especialmente, se refere o dispositivo normativo e a consequente razão da sua própria existência jurídica, não somente na Constituição Brasileira (art 5º, *caput*, da CF/88), mas também nas constituições de praticamente todas as nações, e igualmente na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 3º preceitua: “Todo o homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

12 Admitida em nosso ordenamento jurídico constitucional, ainda que excepcionalmente, em caso de guerra externa declarada, consoante o disposto no art. 5º, XLVII, a, da CF/88, *verbis*: “não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX” e por meio de fuzilamento (art. 56 do CPM, *verbis*: “A pena de morte é executada por fuzilamento”)

13 Admitida, para expressiva parte da doutrina, em sua modalidade denominada distanásia ou suspensão do esforço terapêutico (SET), consoante o disposto nos arts. 13 e 15 do NCC, respectivamente, *verbis*: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes” e “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”; art. 2º da Lei Estadual Paulista 10.241/99, *verbis*: “São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo (...) XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida”; art. 7º, III da Lei nº 8.080/90, *verbis*: “As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde - SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art.198 da Constituição Federal, obedecendo ainda ao princípio da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral”.

14 Admitido nas hipóteses de aborto necessário ou terapêutico e aborto sentimental, humanitário ou ético, consoante o disposto no art. 128, I, II, do CP, *verbis*: “Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante”.

15 Admitida em hipóteses em que se retira a vida alheia para salvar a própria ou de terceiro, ainda que em situações irreais, de simples aparência (legítima defesa putativa). Art. 25 do CP, *verbis*: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (legítima defesa).

Por efeito consequente, o dúplice questionamento, e sua natural interdependência, colocam-se, inicialmente de forma originária e antecedente (o destinatário primeiro da normatividade, ou seja, o detentor do bem tutelado) e, posteriormente, de forma subsequente e explicativa (a razão fundamental, de índole preservativa, do bem tutelado).

A resposta à primeira indagação parece evidente e incontroversa: o destinatário primeiro (e, talvez, único) e detentor do bem tutelado (vida) seria o homem ou, em termos mais técnicos, os integrantes da espécie humana. Excluir-se-ia, assim, os demais seres vivos (animais, vegetais e protozoários) que habitam o nosso mundo (ou, num espectro mais simples, o universo), o que explicaria porque é possível, à luz do Direito, sacrificar a vida de toda e qualquer espécie – e em qualquer quantidade ou proporção –, desde que tal fato não venha a prejudicar, de algum modo, a própria existência, presente ou futura, da vida humana.

A lógica explicativa – resposta implícita à segunda indagação – estaria no fato de que apenas os integrantes da espécie humana (ou seja, o homem) possuem o atributo da consciência¹⁶ (incluindo a denominada autoconsciência), constituindo-se, em última análise, no que convencionamos chamar de ser *senciente* (ou consciente e reflexivo de sua própria existência), enquadrando-se, portanto, em uma categoria ímpar, ostentando a qualidade de único animal do planeta plenamente ciente da inerente temporalidade de sua existência e, destarte, do inevitável (e intrínseco) fenômeno morte. Daí exatamente a necessidade humana de se criar concepções explicativas do universo e de sua própria existência através de mitos, da religião e da filosofia e, por fim, através da própria ciência.

Não é por outro motivo que a doutrina tem sistematicamente advertido que nenhum dos direitos assegurados na Constituição, mesmo aqueles que não podem ser afastados de nenhuma forma (disposições fixas) ou restritivamente através da denomi-

16 Do latim *conscientia*, atributo inerente e específico da espécie humana através do qual o homem relaciona-se, objetiva e subjetivamente, com o mundo (e, em escala maior, com o universo) e consigo mesmo.

nada competência constituinte reformadora¹⁷ (cláusulas pétreas), podem ser efetivamente interpretados em termos absolutos (e à luz da simples literalidade¹⁸), considerando que todas as previsões constitucionais outorgantes de garantias individuais, sem qualquer exceção, necessariamente se constituem, no âmbito das sociedades contemporâneas, em autênticos direitos-condição.

Vale lembrar que o pacto social que idealizou a sociedade em seu grau de maior complexidade (organizada em um Estado), concebeu paralelamente a ideia jurídica da prevalência do coletivo sobre o individual ou grupal, forjando, dessa forma, a ideia da relativização dos direitos de cada indivíduo, criando verdadeiras condições (ou deveres associados) para o seu efetivo exercício. Assim, o direito individual à vida está umbilicalmente condicionado, por exemplo, à ausência de ameaça à vida alheia (considerando o instituto da legítima defesa), bem como o direito à liberdade condiciona-se, por seu turno, à inexistência de prática de qualquer delito com previsão de pena privativa de liberdade.

Se o destinatário do direito à vida associado à razão preservativa do bem tutelado converge para a *senciência*, como característica basilar dos seres humanos, é lícito concluir que o homem não somente possui o direito à vida, como também à dignidade relativamente a ela, uma vez que não teria qualquer sentido – quer jurídico, político ou mesmo filosófico – o ser humano ser prisioneiro de uma autêntica escravidão corpórea ou, em outros termos, ser um manipulável objeto de uma condenação (sem prazo definido) a uma existência sem sentido que, por sua vez, acabaria por, simplesmente, extinguir o correlato direito à liberdade, excluindo, por via de consequência, a característica fundamental e intrínseca do livre-arbítrio.

17 É conveniente destacar que, tecnicamente, não é correto a expressão “Poder Constituinte Derivado Reformador (ou de 2º Grau)”, posto que o único e verdadeiro Poder Constituinte é o originário (ou de 1º Grau), sendo certo que deste emana tão somente uma competência derivada de índole reformadora.

18 Não é possível interpretar literalmente a lei, posto que, em sendo o legislador um leigo em matéria técnico-jurídica, deve-se sempre perquirir a correta hermenêutica normativa, que necessariamente transcende a simples redação textual para adentrar em aspectos lógico-rationais como a *mens legislatoris*, a *mens legis*, o *occasio legis* e argumentos como o a contrario *sensu* e o a *fortiori*, além de considerar a posição sistemática, histórica, e teleológica do dispositivo legal sub *examen*.

Assim, o direito à vida, como regramento de genuína proteção individual, nessa linha de análise, somente pode ser hermeneuticamente interpretado se o próprio destinatário for o seu exclusivo titular, senhor único de seu destino, até porque, no Estado laico, não pode a sociedade substituir o Criador, outorgando para si, sem qualquer prévia legitimidade, algo que jamais acontecerá, o direito de decidir, em última instância, sobre a vida e a morte de cada indivíduo (e sobre a subjetividade inerente à percepção da existência digna), mormente quando tais elementos não possuem qualquer relação direta com outros componentes sócio-humanos.

4. O DIREITO À MORTE ASSISTIDA

A título de ilustração, há algum tempo (a fonte não vem ao caso, porque não se trata de uma pesquisa), este articulista foi ouvinte de um relato, cujo interlocutor confidenciou ter experimentado, por determinação inexorável do destino, o mais importante desafio que um homem pode ousar imaginar: o dilema entre o amor e a consciência da legalidade; entre o justo e o legal; entre o humano e o poder estatal.

Tal narrativa era sobre o sofrimento de sua companheira, que, “incapacitada no leito do hospital, com um câncer incurável que já havia retirado sua própria dignidade” e sentindo dores insuportáveis, implorava-lhe não propriamente pela prática da eutanásia (ou pelo sagrado direito de morrer com um mínimo de dignidade), mas, sobretudo, pelo respeito a seu bem mais precioso: seu livre-arbítrio.

Em tom de confiança, o emissor expõe que ela implorava pelo respeito ao seu último desejo, que era uma morte digna e abreviada. Súplica, que não foi satisfeita, continua o narrador, “por absoluta covardia, comodidade e medo das consequências legais de um ato sublime de amor.” E que o dilema entre o humano e o legal passou a “dilacerá-lo ainda mais, subjetivamente”, quando ela disse, com dificuldade: “Eu te perdoo, apesar de tudo”.

Tal ilustração mostra que, apesar de a personagem ter sido uma cidadã exemplar, cumpridora de todas as suas obrigações, pagadora de infinitos impostos, ela não pôde contar com o Estado brasileiro em seu momento derradeiro. Diante de tal relato, não há como não pensar que fosse deveras preferível optar pela prisão injusta por um ato de amor (mas ainda assim por um tempo determinado) a uma condenação eterna por um ato de covardia.

Tal ilustração leva também a pensar que, assim como ninguém, na qualidade de indivíduo divorciado de eventual relação direta e objetiva com a sociedade política, pode ser maniqueistamente condenado a morrer, em função do proclamado direito à vida, igualmente não pode ser condenado, na qualidade de titular e destinatário exclusivo desse mesmo direito, a viver uma existência a que efetivamente não deseje (v.g. por subjetivamente interpretá-la indigna), sob o risco de passar a titularizar um direito sobre o qual efetivamente não dispõe.

Nunca é demais lembrar que, na mitologia, apenas os vampiros – qualificados como entidades inferiores e “seres da sombra” – são condenados, a sua revelia, a uma vida eterna sem sentido, que os impede (através de uma modalidade particular e absoluta de condenação perpétua) de evoluir espiritualmente. Nesse sentido, cumpre observar que a própria mitologia defende, em certo aspecto, o direito individual à morte como forma última de sublimação da vida e de seu correspondente e umbilical direito à existência espiritual.

Nesse contexto, não há qualquer sentido em afirmar uma pretensa indisponibilidade absoluta do direito à vida, não somente porque tal conclusão excluiria o próprio conceito binário ou dicotômico de titularidade e destinatário inerente ao direito em questão, como ainda pelo simples fato de que é reconhecidamente lícito, em praticamente todas as legislações ocidentais (e, especialmente, na brasileira), dispor da própria vida, considerando que o ato de suicídio *per si* (e não a instigação, o induzimento e o auxílio por terceira pessoa) não constitui crime, por não se caracterizar em conduta tipificada pela lei penal.

É importante esclarecer que não se trata, a hipótese vertente, de conduta típica não passível de punição em face do evento morte (do agente), posto que não se discute *in casu* a caracterização de uma das causas de exclusão da punibilidade (art. 107, I, do CP), como ainda resta indiscutível que o suicídio, em sua modalidade de simples tentativa, é conduta atípica.

O que se deve afirmar é que o direito à vida é, acima de tudo, um verdadeiro “patrimônio individual” não pertencente a quem nos deu ou concedeu, até porque, do contrário, a conclusão lógica seria que nada foi dado ou concedido, e o gênero humano, em última análise, não seria senhor do seu próprio destino, em sinérgica negação ao seu supremo direito de liberdade e em sublime e inexorável revogação de seu livre-arbítrio e ao correspondente conceito político-jurídico intrinsecamente associado.

O direito à dignidade é tema incontestado e recorrente em inúmeros ensaios jurídico-doutrinários, mas muito pouco se fala e se escreve sobre o igualmente inquestionável direito à dignidade na morte, caracterizando este como um verdadeiro tabu, como se tal evento humano simplesmente inexistisse, não obstante constitua-se em um inevitável evento futuro, ainda que de razoável imprecisão temporal.

De um modo geral, as mais diversas religiões e, em grande medida, parcela expressiva da sociedade insistem em recusar o necessário debate sobre o assunto, preferindo, no livre-arbítrio do exercício volitivo de simplesmente ignorá-lo, focar todas as atenções na temática relativa à vida e, particularmente, em tudo o que concerne à dignidade na vida, qualificando-a como um suposto e exclusivo direito inalienável.

O resultado prático desse evidente equívoco é desastroso, como não poderia deixar de ser, na exata medida em que sofreremos desnecessariamente e, em certo aspecto, até mesmo cruelmente num evento (a morte) que, a toda evidência, deveria ser encarada com a mesma importância e naturalidade que é concedida à vida.

Ainda que os povos mais esclarecidos estejam bastante avançados no debate da questão, admitindo a eutanásia, o suicídio assistido entre outros procedimentos médicos¹⁹, como formas de propiciar, em casos pontuais e específicos, uma dignidade mínima ao ser humano, no sublime momento de seu inexorável destino (morte), a verdade é que a maioria dos povos (principalmente os localizados abaixo da linha do Equador) continua com a postura de pouca ou nenhuma reflexão sobre o assunto, e, com toda a certeza, definitivamente, de evidente irracionalidade, pela suposta necessidade de uma morte dolorosa e cruel, como se tal sofrimento pudesse servir como efetivo saneador dos pretensos pecados humanos praticados em vida.

No Brasil, nos debates sobre a reforma do Código Penal de 1940, tentaram incluir a discussão, mas sem lograr êxito, uma vez que, até o momento, nenhuma modificação foi introduzida no artigo 122, que trata do tema e que prevê a pena de dois a seis anos para quem “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou **prestar-lhe auxílio** para que o faça”.

Ainda assim, o Conselho Federal de Medicina publicou, em 2012, a Resolução CFM nº 1.995/2012, que permite ao paciente manifestar-se previamente sobre os cuidados que deseja receber ou não quando estiver incapacitado de expressar a sua vontade. Em tal documento, o Conselho argumentou que “novos recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que prolongam o sofrimento do paciente em estado terminal, sem trazer benefícios” para ele.

Em seminário, promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, Edvard José de Araujo, membro do CFM, explicou que há uma grande confusão, por parte da opinião pública, em relação ao conceito de eutanásia, posto que há diferenças significativas entre

19 Há várias práticas para abreviar a vida. A morte por injeção letal, que é aplicada por um médico a pedido do paciente, é autorizada para doentes terminais em Luxemburgo, Bélgica e Holanda. O suicídio assistido, quando uma pessoa ajuda a outra a morrer, é permitido na Suíça, mesmo para pessoas de fora do país. O ajudante não pode ser remunerado nem receber herança. O suicídio assistido por médicos, em que o médico receita uma droga letal ao paciente, que toma quando quiser, é legal na Bélgica, Holanda e Suíça e nos estados americanos de Oregon, Washington e Mon. A ortotanásia, que é a morte a pedido de um paciente terminal ou seu representante, é aceita pelo Conselho Federal de Medicina do Brasil.

os termos eutanásia²⁰, **ortotanásia**²¹ e **distanásia**²²: “Nós médicos defendemos a **ortotanásia**²³, ou seja, respeitar o tempo da morte”. Disse também que os brasileiros têm uma tendência forte “a lutar contra o fator morte, isso leva à prática da distanásia²⁴, que é justamente tentar manter a qualquer custo a vida da pessoa, mesmo ela tendo uma qualidade de vida horrorosa – isso acontece quando a pessoa só está viva porque está ligada a aparelhos”.

E Araújo continuou dizendo que a eutanásia é, obviamente, um crime, uma prática condenável tanto do ponto de vista médico quanto do ponto de vista legal. Ocorre, por exemplo, quando, para evitar um sofrimento maior ao paciente, abrevia-se a vida da pessoa através de uma injeção letal.

No Brasil, as duas práticas são proibidas, embora não constem especificamente no Código Penal. No entanto, parte da doutrina entende que a **eutanásia** pode ser enquadrada no artigo 121, parágrafo 1º, 2ª parte, como homicídio privilegiado, e o **suicídio assistido** pode configurar o crime de participação em suicídio (na modalidade de **auxílio**), previsto no artigo 122, ambos do CP. Segundo Lima & Maia (2015), a Resolução do Conselho Federal de Medicina chegou em um momento importante do debate sobre a efetivação do “direito à morte digna”. O Código de Ética Médica vem ao encontro do que foi decidido na Resolução nº 1.995/2012, que em seu artigo 2º preceitua: “nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.” O § 1º do mesmo artigo determina que “caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico”.

20 Ocorre quando uma terceira pessoa, em geral um médico, provoca a morte sem sofrimento do paciente, por exemplo, com injeção letal.

21 Ocorre quando o próprio doente provoca a morte, ainda que com assistência de terceiros. Por exemplo, quando o indivíduo toma um líquido mortal.

22 Trata-se do uso de todas as possibilidades para se prolongar a vida do doente, mesmo que a cura não seja uma possibilidade.

23 Evitam-se métodos extraordinários, como medicamentos e aparelhos, em pacientes irrecuperáveis.

24 Método para suavizar, por meio de medicamentos, a dor do paciente, sem antecipar o momento da morte.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Disseminou-se no Ocidente a ideia de que a vida pertence à humanidade, que seria eterna (conjugada na célebre frase: *a esperança é a última que morre*), o que reforça a concepção filosófica de que a vida não nos pertence. Estabeleceu-se também a ideia de que a raça humana é a única existente no universo (uma espécie de semente sagrada), o que leva a pensar que, caso houvesse uma raça superior à que chamamos de humana, não teria sentido a preservação desta última, pois ela seria a própria evolução a Deus.

Na tradição filosófica ocidental, como afirma Agamben (2006), o homem representa uma ruptura do *continuum* natural. Como animal falante, habita a clareira em que se abre toda significação, todo dizer; como mortal, encontra sua dimensão mais autêntica na antecipação de sua própria impossibilidade radical. Questionar o lugar e a estrutura dessa negatividade constitutiva é ponto de partida para uma compreensão da relação essencial estabelecida entre morte e vida.

Como não estamos em uma Teocracia, e o Estado é laico, não há como logicamente sustentar a tese de que ninguém teria o direito de dispor da própria vida, posto que se supusermos que só Deus tem este direito, só Deus também teria o direito de escolher, entre suas criaturas, aquela que governaria outros homens, o que seria uma antítese da democracia, em que os próprios homens escolhem seus governantes. Assim, como ninguém pode ser condenado a morrer, não pode ser condenado a viver. Não é lícito a ninguém condenar outrem a viver uma existência sem sentido. Como bem disse Stephen Hawking, “(...) *manter uma pessoa viva contra a sua vontade é uma indignidade*” (Globo, 04/06/2015, p. 24).

O direito à vida é um direito fundamental, mas não se reveste de um caráter absoluto. Nenhum direito o é ou pode ser assim considerado. O direito à vida pertence a cada um de nós (é um bem individual), não ao Estado, nem à Sociedade. Ele, o Estado ou a sociedade não podem impedir o exercício ou não de tal direito, que é um bem precioso, como o direito à morte dig-

na também é. Há um terrível e cruel paradoxo: se é possível sacrificar um animal (dito irracional) por compaixão, quando, por qualquer motivo, este tem sua existência presente ou futura limitada, por acreditar ser cruel vê-lo sofrer (e não fazemos isso a seu pedido, respeitando sua vontade), por que não podemos fazer o mesmo em relação à pessoa humana, respeitando a sua vontade manifesta ou mesmo quando esta deixou de ter (ou nunca teve) esta capacidade?

Uma das piores formas de tortura empregada pelo homem – em seus embates e conflitos armados – é exatamente causar dor e sofrimento nos limites do suportável, impedindo o próprio alívio que se constituiria na morte. Como explicar, então, que, através de súplicas plenamente conscientes, possamos negar o alívio do sofrimento daquele que, por qualquer razão, não disponha de meios autônomos de dar fim a sua própria existência?

O direito à vida é um patrimônio individual; não pertence a quem nos deu ou concedeu, porque se assim não fosse nada teria sido dado ou concedido, e o homem não seria dono de seu próprio destino, desafiando o direito ao livre-arbítrio. A vida individual também não pertence à humanidade; ao contrário, o homem tem, inclusive, o direito de não fazer parte (ou mesmo deixar de fazer parte) da própria humanidade, em face de seu sagrado direito ao livre-arbítrio.

Assim, o direito à morte digna origina-se da ideia de que o titular da vida deve gozá-la segundo seus valores, concepções, crenças ou não crenças e, nesse caso, envolve a personalidade do enfermo, o modo que ele deseja morrer, preservando sua personalidade e dando um coerente fim para sua vida.

Urge que o Estado e a sociedade brasileiros finalmente possam amadurecer democraticamente, propiciando uma necessária evolução normativa que contemple o sublime respeito ao *livre-arbítrio*, elevando a *dignidade humana* ao patamar dos bens e direitos mais preciosos a serem protegidos pelo nosso Direito, fazendo, por fim, com que mais nenhum ser humano (apenas por ostentar a condição de brasileiro e se encontrar em solo pátrio)

tenha de passar por tanto e desnecessário sofrimento, traduzido por uma dor que se encerra para aqueles que já foram, mas nega a alegria da vida aos que ficaram. ❖

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *A Linguagem e a morte*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *In Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva.

CAPEZ, Fernando & SANTOS, Marisa F. *In Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTRO, Julio Cesar Lemes. “Sob o signo de Narciso: identidade na sociedade de consumo e no ciberespaço”. *Verso e Reverso: Revista de Comunicação*. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/versoereverso/article/view/5794/3040>. Acesso: 10 mar. 2015.

COLLUCI, Claudia. “A Holanda terá unidade móvel para eutanásia em domicílio. *Jornal Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2012/02/1050133-holanda-tera-unidade-movel-para-eutanasia-em-domicilio.shtml>> Acesso 17 dez. 2012.

LIMA, Paulo Bernardo Lindoso; MAIA, Maurilio Casas. Direito à morte digna: o fim da vida em debate. Disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/96/direito-a-morte-digna-o-fim-da-vida-em-debate-323805-1.asp>> Acesso: 2 fev. 2015.

FREITAS, Luana. Eutanásia: a quem pertence à vida? Disponível em <http://www.olharvital.ufrj.br/2006/index.php?id_edicao=155&codigo=7> Acesso: 17 mar. 2015.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. V. 21. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, São Paulo; Martins Fontes, 2002.

O GLOBO. Entrevista com José Eduardo Araújo, membro do conselho Federal de Medicina (CFM). Brasil deve debater alternativas à eutanásia, diz membro de Conselho de Bioética Jornal. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/brasildevedebateralternativaseutanasiadizmembrodeconselho-debioetica13005924>>. Acesso em 02 fev. 2015.

MARCOS, Ana María. “La normativa internacional sobre la eutanásia”. Disponível em <<http://portal.uned.es/portal/page?MARCOS,%20Ana%20Mar%C3%ADa.%20%E2%80%9CLa%20normativa%20internacional%20>>. Acesso: 17 fev. 2015.

MITOLOGIA. TÂNATOS: A PERSONIFICAÇÃO DA MORTE. Disponível em: <http://allofthemitology.blogspot.com.br/2008/08/thanatos-personificao-da-morte.html>. Acesso 12 mar 2015.

MILHORANCE, Flavia. “Eutanásia é ilegal”. O Globo. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/medicos-discutem-melhor-forma-de-assistencia-para-pacientes-terminais-14075259#ixzz3UIDIdcVn>. Acesso: 17 mar. 2015.

RABELO, Martha Klumb Oliveira. “Um olhar fenomenológico sobre a morte na sociedade ocidental: testemunho histórico-antropológico”. Disponível em: http://www.renacionaldetanologia.psc.br/Artigos/artigo_24.htm. Acesso: 14 mar. 2015.

SILVA, José Afonso Da. *In Curso de Direito Constitucional Positivo*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

A Execução do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e suas Controvérsias: A Questão das Competências dos Juízos (VEP ou Juízo de Origem)

Roberta Barroiu Carvalho de Souza

Juíza da VEP e da VEPEMA. Integrante do Centro de Estudos e Debates - CEDES

A Lei nº 13.964/2019, também conhecida como o “Pacote Anticrime”, introduziu na legislação penal o acordo de não persecução penal (ANPP) na esteira da expansão da Justiça Consensual no Brasil, que se originou na Constituição de 1988, quando previu as linhas gerais para a composição civil.

De tal marco até hoje, diversos foram os institutos no sentido de fortalecer a justiça consensual, o que, no contexto da justiça criminal, em última análise, visa a reduzir a superpopulação carcerária.

É sabido que, outrora, crimes de menor e médio potencial ofensivo geravam encarceramento, até por longos períodos, o que se traduzia em desproporcionalidade; sem falar que, com o passar do tempo, verificou-se que o encarceramento não produzia os efeitos dele esperados, como os da prevenção ao cometimento de novos delitos e da ressocialização.

Surgiu, nesse sentido, a necessidade de se superar o modelo de que nenhum crime deve ficar impune (*nec delicta maneant impunita*), característico da obrigatoriedade da ação penal, já que

o dito modelo se tornou economicamente inviável, a inviabilizar os ideais de justiça e de eficiência na persecução penal, entendimento que também se coaduna com o princípio da intervenção mínima do Estado no sistema penal.

É nessa linha que foram surgindo institutos para aplicação da justiça consensual, tais como aqueles introduzidos pela Lei nº 9.099/1995, da transação penal e da suspensão condicional do processo, bem como o da colaboração premiada como acordo, previsto na Lei 12.850/2013, e diversos outros espalhados pelas leis especiais.

Pois bem, nesse mesmo sentido, a Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime) insere o acordo de não persecução penal no CPP (art. 28-A), que assim dispõe:

Art. 28-A Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Continuando, o referido art. 28-A da Lei nº 13.964/2019, estabelece que:

§ 2 : NÃO se aplica o ANPP nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo;

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º - O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Orientação Conjunta nº 03/2018 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF (Antes da vigência da Lei 13.964/19) ORIENTA os membros do Ministério Público Federal, respeitada a independência funcional, a observar, na realização dos ANPPs, os seguintes requisitos de cabimento:

- a) pena mínima abstrata inferior a 4 anos;
- b) crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa;
- c) não cabimento da transação penal (art. 76 da Lei 9.099/96);
- d) dano causado igual ou inferior a 60 salários mínimos ou valor superior quando assegurada integral reparação do dano;

e) o investigado não incorrer em nenhuma das hipóteses do art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

f) inexistência de risco de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em razão do aguardo do cumprimento integral do acordo;

g) o delito não ser hediondo ou equiparado;

h) não ser o caso de incidência da Lei nº 11.340/2006.

Pois bem, são inúmeras as controvérsias surgidas com o ingresso do novo instituto na legislação processual penal, que envolvem desde sua natureza jurídica até a extinção da punibilidade em decorrência do cumprimento do acordo.

De fato, há quem diga que o instituto foi exportado do direito americano em analogia àquele do *plea bargain*. Porém, nesse último, tem-se aplicação de pena sem o efetivo processo legal, com direito a contraditório, ampla defesa, o que não se assemelha em nada ao nosso ANPP, que existirá exatamente para barrar a propositura da ação penal, não se podendo, assim, falar em aplicação de pena.

Por ser juíza em atuação na Vara de Execução Penal desde 2009, me deterei mais nas controvérsias a respeito da execução do ANPP.

Como expresso acima, a Lei nº 13.964/2019 estabeleceu que, homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal, conforme expresso pelo § 6º, do art. 28-A.

Muitas críticas surgiram em relação ao que foi determinado pelo legislador, no sentido de que a execução do ANPP ocorresse perante o juízo da execução penal, já que rompe uma lógica que vem sendo adotada, especialmente em estados que concentram a execução em um ou poucos juízos, para que a execução de penas e medidas alternativas se façam no próprio juízo originário, ainda mais em se tratando de penas e medidas alternativas diferentes da prestação de serviços à comunidade, que demanda a

existência de equipes técnicas e de convênios para a sua execução, portanto, um pouco mais complexas de serem executadas.

No Estado do Rio de Janeiro, o art. 54, da LODJ, (Lei n. 6.956 de 13/01/2015) estabelece que:

Art. 54 Aos juízes de direito da Vara de Execuções Penais, com sede na Comarca da Capital e jurisdição em todo o território do estado, compete:

I - processar e julgar:

a) a execução das penas privativas de liberdade e das medidas de segurança detentivas que importem no recolhimento dos réus ou pacientes a estabelecimento penal do estado;

b) a execução e os respectivos incidentes relativos às penas restritivas de direito, multas, sursis e medida de segurança não detentivas, quando impostas pelas varas criminais da Comarca da Capital, observada a competência dos Juizados Especiais Criminais e dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher;

c) a execução das penas restritivas de direito, de multas e de prisão simples, bem como as de reclusão ou detenção em que for concedido o sursis, quando impostas pelos Juizados das Varas Criminais da Comarca da Capital, observada a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher;

d) habeas corpus e mandados de segurança contra atos das autoridades administrativas incumbidas da execução das penas de reclusão e detenção e de medidas de segurança detentivas, ressalvada a competência dos tribunais superiores;

e) reclamações quanto às faltas disciplinares a que alude a SUBSEÇÃO II da Lei de Execução Penal, cabendo checar se foram assegurados o contraditório, ampla defesa e presunção da inocência para a imposição de sanções.

II - cumprir as precatórias atinentes à matéria de sua competência;

III - proceder à:

a) inspeção dos estabelecimentos penais destinados à execução das penas de reclusão, detenção, das medidas de segurança, das casas de custódia e de qualquer outro estabelecimento penal destinado a presos provisórios, adotando, se for o caso, as providências indicadas nos incisos VII e VIII, do art. 66, da Lei de Execução Penal;

b) composição e instalação do Conselho da Comunidade.

§ 1º Poderá o Juízo da Vara de Execuções Penais, em residindo o condenado ou liberado condicional fora da Comarca da Capital, e mediante solicitação do interessado, deprecar a fiscalização do cumprimento da execução da pena privativa de liberdade em regime aberto, e das condições impostas para o livramento condicional, ao Juízo Criminal do local do domicílio do apenado.

§ 2º Aos Juízos das Varas Criminais das demais Comarcas compete a execução das sentenças ou acórdãos substitutivos, nos casos de execução de penas de multa ou restritivas de direito, bem como nas hipóteses de suspensão condicional da pena e medidas de segurança não detentivas, observada a competência dos Juizados Especiais Criminais e dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

§ 3º No curso da execução a que se refere o § 2º, a competência para o prosseguimento da execução passará a ser do Juízo da Vara de Execuções Penais quando ocorrer causa superveniente que importe em recolhimento a estabelecimento penal de qualquer natureza ou a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

De fato, *data venia*, me parece que andou mal o legislador ao concentrar a execução do ANPP nas Varas de Execução dos estados, já tão assoberbadas, uma vez que a execução de penas e medidas alternativas diversas da prestação de serviços podem facilmente ser executadas nos próprios juízos de origem, o que se traduziria em celeridade e economia processual, sendo que, em relação às penas e medidas de prestação de serviços à comunidade, podem ser executadas em vara que tenha centrais acopladas, como acontece na maior parte das varas do Rio de Janeiro existentes fora da Capital e das suas regionais.

Ultrapassada essa primeira controvérsia, surge uma segunda, relativa ao início da execução junto à Vara de Execuções Penais, no sentido de esclarecer a quem caberia a iniciativa da instauração da execução do ANPP perante o dito juízo.

As execuções das penas e medidas alternativas se iniciam com a expedição, pelo juízo de origem à VEP, como determinado na Lei de Execuções Penais, de uma Carta de Sentença (no caso de pena) ou de uma Guia de Medida Alternativa (no caso de medida alternativa), conforme se depreende do artigo 105 da LEP.

Com relação ao ANPP, como o § 6º é expresso em determinar que o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal, tem-se definido que, nesse caso, o juiz da vara de origem, na qual o acordo foi celebrado, não expedirá documento formal para a Vara de Execução Penal a fim de que se possa dar início ao cumprimento das condições estabelecidas, cabendo tal função ao Ministério Público, surgindo daí a controvérsia.

Nessa linha, seria atribuição de qual membro do Ministério Público fazê-lo, o vinculado ao juízo de origem ou o vinculado à Vara de Execuções Penais?

Pois bem, no caso de ser o vinculado à vara de origem, problemas operacionais podem surgir, uma vez que, como já explicitado acima, no estado do Rio de Janeiro, por exemplo, de acordo com a LODJ (art. 54): “aos juízes de direito da Vara de Execuções Penais, com sede na Comarca da Capital e jurisdição em todo o território do estado, compete processar e julgar a execução das penas privativas de liberdade e das medidas de segurança detentivas que importem no recolhimento dos réus ou pacientes a estabelecimento penal do estado”, enquanto aos Juízos das Varas Criminais das demais Comarcas compete a execução das sentenças ou acórdãos substitutivos, nos casos de execução de penas de multa ou restritivas de direito, bem como nas hipóteses de suspensão condicional da pena e medidas de segurança não detentivas, observada a competência dos Juizados Especiais Criminais e dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Nesse sentido, em decorrência dessa divisão de competência da lei organizacional deste estado, estabelecendo-se que cabe aos Promotores vinculados às Varas situadas fora da capital o início da execução, um problema operacional poderia ser vislumbrado, na medida em que eles não possuem acesso ao Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), que é o atual sistema único de execução de pena informatizado, utilizado no estado do Rio de Janeiro.

E, em se fixando nos Promotores vinculados à VEP, a atribuição para a formalização do documento perante o SEEU, a fim de dar início à execução das condições estabelecidas no ANPP, como eles receberiam tal documento em se tratando de acordo realizado por juízo situado fora da capital e de suas regionais?

Parece-me que seria necessário criar uma Central ou algo parecido para o recebimento dos ditos documentos, não se descuidando, entretanto, da observância aos princípios da celeridade e da economia processual.

Vislumbro, outrossim, uma segunda controvérsia em relação à execução do ANPP no que toca ao disposto no § 10 do art. 28-A, que expõe que: “descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia”.

Desse modo, descumpridas as condições, caberia ao juízo da VEP remeter o acordo ao juízo que o homologou, para que o MP com atribuição oficiasse pela sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia, ou caberia ao juízo da VEP a rescisão e posterior envio do acordo ao juízo que o homologou para oferecimento da denúncia pelo Promotor com atribuição e prosseguimento da ação penal?!

A questão já é controvertida na doutrina, entendendo alguns autores que a competência para a rescisão seria do juízo da VEP, como *Rogério Sanches Cunha*, que, embora critique a escolha legal, reconhece que o “juízo competente, na linha da opção do legislador na Lei nº 13.964/2019, é o da execução penal”, inclu-

sive afirmando ser cabível agravo em execução para os casos em que o juiz indefere o pedido de rescisão do ANPP (Cunha, 2020). Enquanto outros, como *Renato Brasileiro de Lima*, sustentam que, embora a execução seja feita perante o juízo da execução penal, “a rescisão do acordo é da competência do juízo competente para a homologação” (Lima, 2020).

No último sentido, também o Enunciado 28 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais CNPG/GNCCRIM:

“Caberá ao juízo competente para a homologação rescindir o acordo de não persecução penal, a requerimento do Ministério Público, por eventual descumprimento das condições pactuadas, e decretar a extinção da punibilidade em razão do cumprimento integral do acordo de não persecução penal”.

Aguardemos, então, a posição jurisprudencial sobre o tema.

Por fim, a mesma controvérsia existe em relação ao disposto no § 13 do art. 28-A, que estabelece que, cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

Uma vez mais se questiona qual seria o juízo competente – o da VEP ou o juízo que homologou o acordo – para proferir decisão de mérito nos autos da execução do ANPP, sendo que, desta vez, a decisão seria a de extinção da punibilidade pelo cumprimento integral das condições do acordo.

Também sobre o tema já existe posicionamento doutrinário: Rodrigo Cabral esclarece:

“[...] o legislador optou por tomar uma decisão muito mais pragmática, no sentido de aproveitar as estruturas das Varas de Execuções Penais, como forma de concretizar de modo mais célere a fiscalização sobre o cumprimento do acordo”.

Sustenta que a extinção da punibilidade (em caso de cumprimento) ou mesmo a rescisão do ANPP (em caso de descumprimento) devem ser postuladas perante o juízo da execução, esclarecendo que, logo em seguida, deverá o agente do Ministério Público requerer a devolução dos autos (quando tiverem sido

encaminhados) “à vara de origem para posterior oferecimento de denúncia”. Afirma que o recurso cabível para as decisões do juiz que extinguem a punibilidade ou rescindem o acordo, no silêncio do CPP, é o agravo em execução, previsto no art. 197 da LEP (Cabral, 2020).

O mesmo juízo no qual tramita a execução do ANPP, evidentemente, seria competente para decidir sobre o integral cumprimento das condições, declarando a extinção da punibilidade, ou, ainda, sobre o seu descumprimento e possíveis justificativas do investigado, decretando, se for o caso, a rescisão do acordo. Feriria os princípios da celeridade e da economia processual se pensar que uma vara deveria cuidar da fiscalização da execução e outra deveria reconhecer o cumprimento ou o descumprimento das condições, extinguindo a punibilidade se fosse o caso.

Nesse sentido, a Orientação Conjunta nº 03/2018 (revisada em março de 2020) das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, item 21:

“Após o cumprimento das condições acordadas, e sua certificação nos autos pelo serventuário da justiça, o membro oficiante requererá a extinção da punibilidade perante o juízo de execução”.

De fato, inúmeros incidentes podem ocorrer no curso do cumprimento das condições do ANPP, sendo certo que não faria nenhum sentido que o processo de execução fosse remetido ao juízo que homologou o acordo para decidir acerca de tais incidentes todas as vezes em que tal decisão fosse necessária.

Parece, assim, que o entendimento mais adequado ao caso é mesmo no sentido de que a Vara de Execução Penal tem competência para executar e também extinguir a punibilidade do agente ou rescindir o acordo de não persecução penal.

Uma vez mais, aguardaremos a posição da jurisprudência sobre o tema. ❖

BIBLIOGRAFIA.

CABRAL, R. L. Manual do acordo de não persecução penal. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, R. S. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, R. B. Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19. Salvador: JusPodivm, 2019.

TAVARES, L R: ANPP (acordo de não persecução penal) – competência para extinção da punibilidade e rescisão. In: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/anpp-acordo-de-nao-persecucao-penal-competencia-para-extincao-da-punibilidade-e-rescisao/> (consultado em: 29/11/2021)

Desjudicialização da Execução Civil como Instrumento de Acesso à Justiça

Reflexões e Críticas para o Aperfeiçoamento do PL nº 6204, de 2019

Rubens Soares Sá Viana Junior

Juiz de Direito do TJRJ, Mestrando em Direito Processual pela UERJ

RESUMO: O texto avalia a atual posição doutrinária acerca do moderno conceito de jurisdição e apresenta reflexões visando o aperfeiçoamento do PL 6204 de 2019, em tramitação no Senado Federal, que pretende a implantação da Desjudicialização da Execução Civil no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Desjudicialização. Execução. Aperfeiçoamento. Cooperação. Agentes. Poder Judiciário

ABSTRACT: This article aims to analyze the modern concept of jurisdiction and presents reflections for the improvement of the bill number 6204 of 2019, pending in the Federal Senate, which intends the regulation dejudicialization of civil execution in Brazil.

KEYWORDS: Dejudicialization. Execution. Improvement. Cooperation. Agents. Judiciary.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende avaliar os preceitos trazidos pelo Projeto de Lei nº 6204 de 2019, em tramitação no Senado Fe-

deral, ao mesmo tempo em que estuda o moderno conceito de jurisdição, reconhecendo que se inicia um forte debate acadêmico, pelo qual se busca a criação de um novo procedimento no Brasil, denominado DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL, a englobar os títulos executivos judicial e extrajudicial.

O novo procedimento se utiliza, nos termos do Projeto de Lei citado, da estrutura dos cartórios de protestos de títulos, mediante a atribuição de seus titulares como Agentes de Execução, bem como de um rito obrigatório a ser seguido pelo credor.

O Projeto, todavia, não obstante seus notáveis avanços, possui dispositivos que começam a ensejar debate e que possuem conteúdo substancial capaz de gerar questionamentos no campo da Jurisprudência, especialmente alegações de incompatibilidades com o sistema Constitucional, o que frustraria seu principal objetivo, o de reduzir a insegurança jurídica nas cobranças de créditos no país.

No mais, o novo procedimento só se revela viável se observarmos o conceito moderno de jurisdição, no qual a atividade típica judiciária se amplia para permitir a fruição de ferramentas diversas, como a arbitragem, a mediação e a desjudicialização, para o alcance do mais concreto possível acesso à justiça.

Desse modo, busca-se neste trabalho mencionar aspectos positivos do procedimento idealizado, bem como sugestões ou apontamentos que visam o seu aperfeiçoamento, a fim de que seja possível atingir o grande objetivo do diploma, que está na redução da ineficiência da execução judicial no Brasil.

Convém avaliar que houve recente divulgação pelo CNJ do Relatório Justiça em Números, ano de 2020, a apontar para mais de 77 milhões de processos em tramitação nos órgãos dos diversos ramos do Poder Judiciário Nacional, dentre os quais mais de 50% (cinquenta por cento) seriam execuções fiscais e não fiscais, influenciando de forma expressiva nas taxas de congestionamento dos órgãos de Justiça, no respectivo tempo de tramitação dos processos e, por certo, na recuperação de ativos por seus credores legítimos¹.

¹ Disponível em: www.cnj.jus.br > justica-em-numeros. Acesso em 20 de dezembro de 2020.

Por tais razões, o aprofundamento do estudo do tema trazido no PL, incluindo a evolução do conceito de jurisdição, é salutar para contribuir para uma execução civil mais efetiva, o que atenderá à segurança jurídica das relações materiais e processuais e contribuirá para um cenário mais promissor dos negócios no Brasil.

EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO

O moderno conceito de jurisdição não se contenta em definir a atividade de dizer o direito como um instrumento exclusivo dos órgãos do Poder Judiciário. A principal alteração está na avaliação de sua efetiva finalidade, especialmente a adequada solução dos conflitos, tutelando-se a pacificação social com a forma mais eficiente possível disponível aos sujeitos. Nesse sentido, merece destaque a nova redação do art. 3º do CPC de 2015, a estabelecer o seguinte: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Como visto, não se reproduziu na sua integralidade o texto Constitucional do art. 5º, XXXV, da CRFB de 1988, com sua menção expressa ao Poder Judiciário, o que permite ponderar que a função jurisdicional não se valerá apenas da atividade substitutiva do Poder Judiciário estudada por CHIOVENDA², utilizando-se, por conseguinte, de outras formas positivas de composição, pautadas no dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores, o que se consagra, por autorização ou mesmo por delegação da própria norma legal.

O fenômeno, por certo, está relacionado ao acesso à justiça e foi substancialmente estudado na obra do professor HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO, “Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais”, ao lecionar que: “Sem dúvida o acesso à justiça é direito social básico dos indivíduos. Contudo, esse direito não está restrito ao

2 "(...) Para chegarem a esse resultado, os órgãos jurisdicionais procedem a substituição da atividade alheia pela própria: seja atividade intelectual (que, na sentença, se substitui à atividade das partes e de todos no afirmar ou negar a existência de uma vontade concreta da lei), seja da atividade material, que na execução tende, em lugar do devedor, a procurar de fato para o titular do direito o bem que a lei lhe garante." CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, Volume I, Editora Saraiva, 1969, p. 40.

mero acesso aos órgãos judiciais e ao aparelho judiciário estatal. Muito além disso, deve representar um efetivo acesso à ordem jurídica justa”³.

Observa-se, pois, a ampliação do conceito de jurisdição, ao abarcar a arbitragem, mediação e outros meios adequados de solução de conflitos, como a própria desjudicialização, tema deste estudo.

No mesmo contexto, a insuficiência do acesso à justiça é fator a justificar a evolução do sistema da execução civil no país. Tal insuficiência fora apurada, historicamente, na célebre obra “Acesso à Justiça”, consagrada pelos autores MAURO CAPELETTI e BRYANT GARTH, com início na Cidade de Florença, Itália, com a Conferência Internacional relativa às garantias fundamentais das partes no processo civil⁴. A conclusão do renomado estudo é que há entraves ao acesso à justiça, como os custos, o formalismo e a necessidade de novas ferramentas para sua realização.

Pelo exposto, a adequada solução dos conflitos passa a avaliar diversos fatores, dentre os quais o acesso ao sistema jurisdicional, bem como prioriza a solução da controvérsia, como razão de ser da própria jurisdição que, por autorização legal, se desvincula da estrutura do Estado e passa a contar com um conceito amplo de comunidade de trabalho a abranger diversos sujeitos, órgãos distintos, com novos institutos que consagram um complexo arcabouço de ferramentas que, ao final, permitirão a solução de situações jurídicas, dispensando-se a necessidade de um típico processo adversarial, segundo relação jurídica processual tradicional entre autor, réu e juiz.

Com efeito, convém recordar elementos do conceito de jurisdição trazidos pelo eminente professor Leonardo Greco⁵, nos seguintes termos:

3 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*, Editora CRV, 1ª edição, p. 81/94.

4 CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris 1988, p. 31 e ss.

5 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, volume I, 5ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2015, p. 75.

A jurisdição nasceu historicamente para resolver litígios. O surgimento de conflitos entre os indivíduos remonta às mais primitivas organizações sociais. Assim, a maior parte da atividade jurisdicional está voltada para a resolução de litígios; compor a lide significa resolvê-la, solucioná-la.

No mais, o inegável avanço do acesso à justiça no nosso país, especialmente após a Constituição Federal de 1988, criando-se uma explosão de demandas sob exame dos órgãos típicos da atividade judiciária, tribunais e juízes, somado ao fato de se reconhecer que as partes são os principais sujeitos da relação jurídica de direito processual, exige uma reconfiguração do conceito de jurisdição para alcançar um sistema de múltiplas portas, nas quais caberá ao sujeito de direito identificar qual atendimento lhe será mais eficiente, mais adequado, menos oneroso e que, por conseguinte, atenderá aos mesmos objetivos de solução da situação jurídica e de sua pacificação social.

Consagra-se a premissa de que uma decisão judicial sem a participação dos sujeitos de direito seria, em verdade, uma derrota para a sociedade, que não conseguiu, com meios pacíficos, a resolução de um conflito.

Além disso, no que toca especificamente à execução, foco principal deste estudo, o interesse do titular do direito poderá estar sanado no procedimento mais simples, na mera consulta a dados, na identificação de bens ou direitos, o que permitirá segurança jurídica nas condutas a seguir, invertendo-se o ônus do tempo e os custos de procedimentos judiciais em desfavor daqueles que possuem deveres obrigacionais, e não de quem é o credor de direitos e pretensões.

Por outro lado, é preciso definir que a solução jurídica na qual as partes buscam o melhor caminho ou que conseguem uma solução consensual, mesmo que com auxílio de terceiro, um conciliador, mediador, ou, na hipótese da execução, de um agente de execução, denotaria resultado muito mais efetivo do que uma condenação judicial, posto que a solução seria construída pelas partes.

Não é por outros motivos que a cultura jurídica vem criando meios diversos de solução dos litígios e ferramentas de desjudicialização, como a faculdade das partes de conduzirem divórcios, separações no direito de família, inventários extrajudiciais na sucessão causa morte e, inclusive, o usucapião extrajudicial, sem que sejam obrigados a manejar uma pretensão perante um órgão do Poder Judiciário⁶.

Não só em demandas de menor complexidade a solução consensual é aplicável. Inúmeros são os exemplos de ações civis públicas nas quais a definição mais efetiva está nos Termos de Ajuste de Conduta lavrados perante o Ministério Público e responsáveis por direitos difusos ou coletivos⁷. Tais ferramentas permitem a clara manifestação das partes, indicando a ausência de litígio e permitem, a seu turno, que o Poder Judiciário possa aplicar seus recursos humanos e materiais, muitas vezes insuficientes, às causas nas quais a solução consensual não se viabiliza.

É nesse contexto que o presente artigo pretende avaliar a denominada Desjudicialização da Execução Civil e a sua implementação pelo PL n° 6204 de 2019. O primeiro passo é reconhecer que o tema atende à efetividade dos direitos e obrigações, mormente dos credores que poderão optar pelo procedimento que mais atenda aos seus interesses, bem como que sua aprovação, com a adequada conformação do texto com o sistema jurídico nacional, será relevante instrumento a contribuir para solução dos litígios no país. Por outro lado, é preciso observar que o Projeto carece de ajustes indispensáveis à segurança jurídica do instituto e das partes.

Com tais premissas, apenas com uma visão mais ampliada da jurisdição será possível compreender a desjudicialização da execução civil no Brasil. Para tanto, o moderno conceito de

6 Nesse sentido, a Lei 11441 de 2007 permitindo a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, bem como a atual redação do art. 216-A da Lei de Registro Público, segundo autorização definida pelo artigo 1017 do CPC de 2015, autorizando a demanda de usucapião na via euxtrajudicial.

7 Nesse sentido, o artigo 5°, parágrafo 6°, da Lei 7347 de 1985, autorizando a lavratura de Termo de Ajuste ou Compromisso de Conduta, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

jurisdição se vê dirigido a valores de acessibilidade, adequação e democratização do processo, estando o Poder Judiciário como não a única, mas, talvez, a última ferramenta, embora sempre disponível à tutela dos interesses.

ASPECTOS POSITIVOS DO PROJETO DE LEI Nº 6204 DE 2019.

O Projeto de Lei nº 6204 de 2019 institui um novo modelo para a execução civil definida como Execução Extrajudicial, por meio do qual credores de títulos judiciais ou extrajudiciais utilizariam os serviços cartoriais das serventias de protestos de títulos do local do domicílio do devedor ou do foro do juízo sentenciante, conforme art. 7º, do Projeto de Lei.

De início, convém destacar que o oficial de cartório de protesto, ou tabelião de protesto, em geral, é definido como detentor de uma atuação privada, delegada pelo Poder Público, o que levou o Eg. STF a assentar a natureza pública de tais serviços⁸.

No mesmo sentido, destaca-se a lição da professora Flavia Pereira Ribeiro, com especializada obra sobre o tema, forte no estudo do direito comparado, bem como embaixadora do Projeto de Lei examinado, ao assentar: “A delegação é o regime jurídico sugerido para a execução desjudicializada no país, pois é um regime constitucionalmente previsto, bastando regulamentação legal para a nova atividade.”⁹

A legitimidade dos serviços auxiliares de registros, protestos e de notas está na fé pública que os agentes conferem a seus atos, bem como a garantia de que a atuação atenderá aos preceitos da publicidade, autenticidade, eficácia e segurança jurídica, atestando-se presunção de veracidade e valor probatório. Nesse sentido, a doutrina de Luiz Guilherme Loureiro, em obra específica sobre o tema¹⁰.

8 “(...) Trata-se de atividades jurídicas que são próprias do Estado, porém exercidas por particulares mediante delegação. Exercidas ou traspassadas, mas não por conduto da concessão ou da permissão, normadas pelo *caput* do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos (ADI 2415, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO, DJe 028, DIVULG 08-02-2012 PUBLIC 09-02-2012)

9 RIBEIRO, Flávia Pereira. Desjudicialização da execução civil. 2ª ed. Curitiba. Editora Juruá, 2019, página 39.

10 Loureiro, Luiz Guilherme. Registros Públicos: teoria e prática. Salvador. Juspodivm, 2017, página, 53.

Com efeito, o oficial de protesto assumiria a função de agente de execução, figura comum em ordenamentos jurídicos do direito comparado, como a legislação portuguesa. Na legislação portuguesa, a seu turno, como salienta a lição de Flavia Pereira Hill¹¹, há, inclusive, o Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo (PEPEX), para o qual a permissão de consultas e atos prévios está autorizada para os próprios advogados, em procedimentos eletrônicos e de baixo custo. O procedimento prévio, todavia, não está previsto no nosso Projeto de Lei nº 6204 de 2019, nada impedindo que, nos debates, ou mesmo no futuro, seja avaliada a sua inclusão, mesmo que mantida a atribuição do nosso agente de execução no tabelionato de Protesto, em procedimento mais célere apenas para consultas de dados, reduzindo possíveis emolumentos. Não há dúvidas de que, em muitos casos, o credor está interessado exatamente nessas consultas, o que indicaria as providências que atenderiam seus interesses com mais brevidade e menor despesa possível.

No Projeto Brasileiro, no mais, um relevante ponto a avaliar é a mudança de nomenclatura que passa a nortear a execução civil no país. O projeto denomina o novo procedimento, no seu artigo 1º, como execução extrajudicial para cobrança de TÍTULOS EXECUTIVOS JUDICIAIS e EXTRAJUDICIAIS. Depreende-se, pois, que há opção por um típico procedimento desjudicializado, a tramitar perante o Cartório de Protestos de Títulos que atenderá ambos os títulos executivos, tanto os formados na via judicial, após respectiva certidão de trânsito em julgado, como os que são previstos como títulos extrajudiciais.

O Projeto a seguir, como acima referido, define o tabelião de protesto ou o oficial de protesto como agente de execução, atribuindo-lhe uma série de funções administrativas, processuais e procedimentais, a partir de seu art. 4º, especialmente a aferição da regularidade do título, a consulta à base de dados mínima

11 HILL, Flavia Pereira. O Procedimento Extrajudicial Pré-Executivo (PEPEX): Reflexões sobre o modelo Português em busca da efetividade da Execução no Brasil, Capítulo 14, p. 305 e ss, texto integrante da Obra REFLEXOES SOBRE A DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL, Coordenadores ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO e FLAVIA PEREIRA RIBEIRO. Colaboradores, Curitiba. Editora Juruá, ano 2020.

obrigatória, somando-se a atos concretos típicos da relação processual como a citação, penhora e avaliação, bem como atos inerentes à natureza da execução como o pagamento, a suspensão e sua extinção, até então exclusivos do Poder Judiciário.

Reputo positivas essas primeiras alterações, pois a ideia do projeto de criação de uma verdadeira execução extrajudicial na qual a atuação do juiz, em muitos casos, será dispensada, poderá contribuir para um melhor resultado. Ao juiz, serão encaminhadas, caso necessário, as dúvidas ou consultas do agente de execução, o que se dará, em regra, na via eletrônica, com possível solução imediata ou próxima à tramitação ordinária existente entre as secretarias judiciais e os gabinetes, em cenário que não retardaria o procedimento. Em suma, os cartórios judiciais encaminham feitos eletrônicos ou físicos aos gabinetes, e, no atual sistema, essa tramitação se daria pela serventia extrajudicial, cenário já comum nas atribuições do registro público e do registro civil das pessoas naturais.

Não obstante a atuação do juiz nas consultas ou dúvidas do agente, ser-lhe-ão distribuídos, como demanda judicial, os embargos do devedor, no exercício do direito de ação do executado de impugnar a pretensão executiva e os atos de execução, o que acaba por estabelecer um procedimento em fases ou híbrido. A previsão está no artigo 18 do Projeto, com a seguinte redação: “O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos a serem apresentados ao juízo competente.”

Convém destacar que a praxe judiciária está habituada ao exame de comunicações de diversos órgãos ao juiz para despachos e decisões, como expedientes bancários, de órgãos fazendários ou mesmo de serventias auxiliares como Contadorias Judiciais e Centrais de Mandados, o que confirma que a alegada complexidade do procedimento da execução extrajudicial, na nova formatação estabelecida pelo Projeto de Lei, não terá o condão de prejudicar a sua regularidade.

No novo sistema, não só com o exame das consultas ou dúvidas, como após o julgamento dos embargos do devedor pelo

juiz, o procedimento retomará seu curso no cartório de protesto, prosseguindo-se nos seus posteriores termos até a extinção, segundo os contornos da decisão proferida pelo juiz da execução.

O Projeto prevê, por outro lado, um conjunto de ações coordenadas entre os cartórios de protestos para fins de cumprimento de atos porventura necessários em comarcas distintas, prevalecendo-se de atos eletrônicos e de publicação em caderno específico, conforme previsão dos parágrafos 1º e 2º do art. 4º do PL.

O Projeto autoriza, igualmente, que o agente de execução verifique a regularidade do requerimento e delibere por sua retificação ou emenda, no prazo de 15 dias, sob pena de cancelamento, em cenário que corresponde à emenda da inicial prevista no artigo 321 do CPC e que atende os preceitos de primazia do exame do mérito, evitando-se arquivamentos ou rejeições prematuras.

O agente de execução, no novo procedimento, como acima assinalado, estará autorizado a realizar consultas a bases de dados dos sistemas conveniados do sistema de justiça. A medida é positiva, pois, não raro, em juízo, essas providências são realizadas em meio aos demais atos processuais da fase de conhecimento ou de produção probatória de todas as competências, culminando-se com atrasos. No procedimento extrajudicial, esta consulta inicial e realizada pelo oficial trará mais celeridade aos procedimentos de garantia, inclusive na identificação de bens, facilitando os atos seguintes de penhora e avaliação. Convém ponderar que a medida seria executada, através de cadastro e regulação, mediante disponibilização de acesso pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conforme preceito trazido de forma expressa no art. 29 do PL. Não há, na rotina, nenhuma violação à segurança, porquanto toda a alimentação dos sistemas é registrada nos órgãos conveniados, pelo que a fiscalização das Corregedorias e do próprio Conselho Nacional de Justiça serão permanentes, assim como de responsabilidade do oficial a regularidade dos acessos. No Poder Judiciário, de início, apenas os juízes poderiam acessar os sistemas conveniados, o que, em seguida, fora alterado para permitir que o magistrado, em comando inserido no sistema conveniado,

habilite auxiliares para os acessos, validando-os e renovando os respectivos prazos de autorização, eis que limitados a número máximo de dias em alguns casos. Assim sendo, bastaria ao CNJ regulamentar essa atuação do agente e de seus auxiliares, credenciando-os a consultas sob supervisão, ou permitir que apenas o agente conduza certos atos como transferências ou restrições. De uma forma ou de outra, todos os acessos são lançados nos sistemas e podem sofrer revisão e controle.

O cumprimento de sentença, pelo rito do procedimento extrajudicial, está previsto no art. 14 do Projeto, cabendo ao credor apresentar a decisão judicial e a certidão de trânsito em julgado ao tabelionato, autorizando-se que o agente promova, de plano, penhora e a avaliação, caso a intimação para pagamento voluntário tenha ocorrido há menos de 1 ano, rotina autorizada pelo parágrafo 1º do dispositivo supramencionado. Tal fluxo processual é elogiável, na medida em que o executado, intimado para pagamento no procedimento ainda judicial, terá ciência de que o encaminhamento do procedimento ao cartório denotará o protesto da dívida e imediatos atos de constrição, o que poderá fomentar o cumprimento voluntário da execução, mormente para evitar custos.

A extinção da execução, nos termos do artigo 17 do Projeto, será conduzida inteiramente pelo tabelionato, via certidão e dispensa de pronunciamento judicial. Trata-se de mais uma decisão que seria enviada ao juízo para fins de exame, minuta e lançamento, além de publicação e registro, atos que serão realizados pelo cartório extrajudicial em flagrante economia aos serviços judiciários.

O artigo 22 do Projeto estabelece que o Conselho Nacional de Justiça e os tribunais, em conjunto com os tabelionatos de protesto, por sua entidade de representação, promoverão a capacitação dos agentes, dos prepostos e serventuários da justiça. Tal treinamento permitirá uma padronização que contribuirá para a regularidade dos procedimentos da execução, criando-se rotinas comuns e evitando-se a insegurança jurídica de atos não

correlatos por serventias diversas do país. Esse treinamento, no mais, capacitará os agentes na formatação dos procedimentos, eliminando falhas correntes em penhoras, avaliações e atos de expropriação, permitindo uma maior eficiência na execução extrajudicial. Merece destaque essa padronização que não existe nos feitos judiciais, pois não é raro ocorrer divergências na rotina entre juízes de mesma comarca, como a ordem dos atos processuais, mormente a concessão ou não de imediato bloqueio de valores ou mesmo a inscrição para protesto que insere o nome do devedor em cadastros de restrição ao crédito. Com efeito, a padronização idealizada pelo Projeto é importante medida a melhorar a previsibilidade da execução civil e justificada será sua pronta implementação.

Por fim, ainda nos aspectos positivos do Projeto, destaca-se a alteração pontual de artigos da Lei de Protesto, Lei 9492 de 1997 e do próprio CPC, especialmente os artigos 516, 518, 525, 526 e 771, adequando-os ao novo sistema.

As alterações compatibilizam o procedimento da execução extrajudicial com as incumbências do tabelião de protesto na lei de regência das serventias de protesto e ajustam as disposições do atual CPC de 2015 aos novos mecanismos da desjudicialização, em pontos que, caso não alterados, gerariam constantes conflitos de interpretação.

O ponto mais relevante da desjudicialização da execução para os cartórios de protesto está na capilaridade de tal seguimento, pois as serventias extrajudiciais, com maior ou menor atribuição, estão instaladas em todas as comarcas do país. No mais, será possível ajustes ou revisão das atribuições de serventias, com criação de novos cartórios ou mesmo a reforma das atribuições, caso necessário, o que poderá gerar melhoria dos serviços, sem custos públicos, gerando novos postos de atuação para o cumprimento dessas novas funções.

Tais serventias, por fim, sofrem correção permanente das Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados, inclusive quanto ao recolhimento dos emolumentos e controle das ati-

vidades, incluindo o credenciamento de seus colaboradores, além de submissão à normatização frequente do Conselho Nacional de Justiça, cenário que tende a corroborar para a regularidade das atividades executivas, inclusive passíveis de gerar a perda da delegação.

ASPECTOS PASSÍVEIS DE REVISÃO OU APERFEIÇOAMENTO NO PROJETO DE LEI Nº 6204 DE 2019.

Na presente fase deste estudo, convém anotar pontos do Projeto que poderiam ser aperfeiçoados ou revistos, evitando-se questionamentos das partes e constantes remessas dos autos ao juiz da execução, o que poderá acarretar atrasos no procedimento e ensejaria insegurança jurídica aos sujeitos da relação, frustrando os objetivos do próprio diploma.

Consigne-se que alguns ajustes ou mesmo retificações pontuais eliminariam essas aparentes distorções, criando um ambiente mais salutar para o implemento da execução extrajudicial no país, sem prejuízo da importância do necessário aprimoramento do sistema executivo que está sendo concebido pelo Projeto.

O primeiro ponto a avaliar está na obrigatoriedade da desjudicialização da execução, e não na sua facultatividade, como previsto no artigo 7º e 14 do Projeto. Malgrado haja uma tendência constante na revisitação do tema “interesse de agir” no processo civil brasileiro, compreende-se que, em contexto no qual se busca maior participação e liberdade dos sujeitos processuais, a obrigatoriedade do novo rito desborda das outras medidas, até então judiciárias, que foram objeto de desjudicialização. Em todas as alterações anteriores acima citadas, como nos exemplos do divórcio ou inventário extrajudiciais, da usucapião extrajudicial, dentre outras, houve a opção por permitir ao titular o direito de escolha entre o modelo judicial ou extrajudicial.

Com efeito, ao menos neste primeiro momento, até que o modelo tenha sido compreendido e concretamente testado nos diversos Estados do país, a manutenção dessa facultatividade traria mais segurança jurídica ao credor, bem como permitiria

que a nova sistemática fosse efetivamente compreendida e aceita por seus méritos, evitando-se o contratempo de uma seguinte revisão. No mais, a não obrigatoriedade autorizaria que os cartórios de protestos se estruturassem na medida do aumento da demanda, além de conformar o novo instituto com o ideário da justiça de múltiplas portas, cabendo, ao interessado, a opção pelo modelo que melhor atenda seus interesses.

Por outro lado, a participação da Defensoria Pública e dos advogados, igualmente, carece de um aperfeiçoamento e de implantação de estrutura para que haja o acompanhamento das medidas perante os cartórios extrajudiciais, o que tende a ser conquistado com o decurso do prazo de aplicação do procedimento, após a entrada em vigor das alterações. A tramitação eletrônica para os órgãos de Defensoria Pública denotaria prática que apenas confirma o cenário existente pelo qual as serventias judiciais realizam as remessas ao defensor. A apresentação dos títulos pela defensoria nos cartórios, não obstante, deveria ser prevista no Projeto, ou deverá ser regulamentada nos atos de organização da atividade, pois, em muitos casos, o assistido irá ao atendimento do defensor na posse de título a executar, e caberá à Defensoria organizar seus quadros para atuação perante as serventias extrajudiciais.

O cadastro e a intimação de advogados, por outro lado, tende a seguir a mesma diretriz existente no momento e até se efetivar com maior simplicidade, eis que os cartórios extrajudiciais, em regra, possuem os cadastros de clientes e protocolos de dados para posterior comunicação das fases dos procedimentos que lhes são apresentados.

Desse modo, uma melhor diretriz está na sugestão de que o procedimento extrajudicial seja facultativo, mantendo-se a via judicial à disposição dos interessados e que o defensor público esteja autorizado a apresentar os títulos, em favor de credores, por mais facilitada via, diretamente nos cartórios de protesto.

O projeto, no mais, estabelece que o agente de execução, como acima dito, deverá encaminhar ao juízo competente as dú-

vidas suscitadas pelas partes ou terceiros em caso de decisão não reconsiderada, o que se dá nos termos do inciso X do art. 4º. Não obstante, o art. 18 do Projeto prevê o seguinte: “O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos a serem apresentados ao juízo competente.”

O exame dos dispositivos, em primeiras linhas, poderá autorizar a conclusão de que não haverá óbice ao procedimento ou mesmo retardo na solução das questões, pois as dúvidas são da rotina forense, e os embargos, de todo modo, estariam à disposição do devedor no rito atual. No entanto, caso haja manutenção integral da redação, poderíamos ter a remessa de sucessivas dúvidas para todas as fases da execução, não havendo definição do momento preclusivo para que o devedor ajuíze seus embargos. A lacuna de tal previsão mais detalhada poderá ensejar o exame judicial em diversos momentos, além de se autorizar o manejo de embargos sucessivos. Uma melhor redação poderia permitir que as dúvidas fossem afetadas a determinadas fases ou atos nos seus aspectos administrativos, como a regularidade de notificações ou validade de atos administrativos ou documentos apresentados, além de atos típicos das serventias como lavraturas de certidões ou editais, incluindo as impugnações do credor, reservando-se os embargos do devedor às matérias de fato e de direito típicas da cena da execução, como excessos ou irregularidade da avaliação, legitimidade das partes, da invalidade da penhora ou impenhorabilidades, da regularidade de atos de apropriação e, por fim, da satisfação da execução.

Com efeito, uma mais detida previsão acerca das hipóteses que ensejariam o envio das dúvidas ao juiz autorizaria uma redução significativa de questionamentos no curso do procedimento extrajudicial, reservando-se aos embargos, na fase final do rito extrajudicial, as alegações do executado para todas as fases conduzidas pelo agente.

Um olhar mais atento a esses dispositivos permitiria, inclusive, uma revisão da redação do art. 19 do Projeto, que autoriza o

manejo de impugnação por incorreção de penhora ou avaliação ao agente de execução no prazo de 15 dias, o que suspenderia o prazo para o oferecimento dos embargos. Por certo que tal medida gerará uma dupla manifestação do devedor, que impugnará os citados atos para, em seguida, apresentar seus respectivos embargos a juízo, ocasionando inegável atraso na solução da execução e frustrando a justificativa maior do novo procedimento.

Novo ponto relevante a examinar está na obrigatoriedade do agente de execução de provocar o juiz para o exame ou concessão de medidas atípicas da execução. O preceito trazido no art. 20 do Projeto, em verdade, observa que há reserva de jurisdição no juízo de mérito acerca de eventual medida atípica deferida em desfavor do devedor, como previsão do art. 139, IV, do CPC.

Nesse sentido, a lição de Flávia Pereira Ribeiro¹², a saber:

Deste modo, deve-se considerar que as medidas coercitivas necessitam de análise cognitiva, e, conseqüentemente, de ordem judicial, de forma que, caso o agente de execução pretenda a aplicação de multa, por exemplo, deverá requerê-la ao juiz da execução.

A regra é adequada, mas há obstáculo intransponível nos parágrafos 1º e 2º do dispositivo. De início, caberia ao juiz intimar as partes a se manifestarem no prazo comum de 5 dias, limitando-se a questões controvertidas e não sendo possível acréscimo de fato ou fundamento novo, redação do parágrafo 1º. Em seguida, nos termos do parágrafo segundo acima referido, a decisão que julgar a consulta seria irrecorrível.

O mesmo problema surge no exame do artigo 21 do PL, no qual há a previsão de que as deliberações do agente de execução seriam passíveis de impugnação por ambos os interessados e, caso não revistas pelo agente, deverão ser encaminhadas ao juiz, após manifestação da parte contrária em 5 dias. O parágrafo segundo, não obstante, repete a previsão de que da decisão que julgar a suscitação de dúvida não caberá recurso.

12 RIBEIRO, Flavia Pereira. Obra citada, página 17.

Como visto, ambos os procedimentos acima, o primeiro para a dúvida acerca de medidas atípicas, ou o segundo para impugnações não revistas pelo agente de execução, gerariam uma fase com manifestação da parte contrária, decisão do agente e envio ao juiz da execução que lavraria uma decisão irrecorrível.

Os preceitos são preocupantes, uma vez que, por flagrante inconstitucionalidade, estaria eliminada a via recursal de uma decisão judicial, além de óbice evidente aos preceitos da economia, pois o fato autorizaria constante impetração de mandados de segurança. Desse modo, pondera-se a necessidade de que tais previsões sejam corrigidas, autorizando-se o manejo de Agravo de Instrumento para ambas as hipóteses, recurso amplamente previsto para os procedimentos de execução no Brasil, nos termos do parágrafo único, do art. 1015 do CPC.

Com efeito, com melhor definição dos atos passíveis de dúvida ou consulta e as hipóteses de embargos à execução, além da autorização do recurso de Agravo de Instrumento para a decisão do juízo, mesmo que se observe a ausência inicial de efeito suspensivo, estaríamos eliminando contratempos do Projeto, além de atentar para a regularidade de tramitação do procedimento extrajudicial, evitando-se percalços e instabilidades.

Por fim, convém destacar que o procedimento extrajudicial da execução civil via tabelionato ou ofício de protesto não poderá contemplar todos os títulos executivos judiciais ou extrajudiciais previstos nos artigos 515 ou 784 do CPC, uma vez que apenas títulos líquidos, certos e exigíveis são passíveis de apresentação perante o agente de execução.

A conclusão acima é incontornável, pois o agente de execução não poderá emitir juízo de valor acerca de obrigações pendentes de liquidação, o que, de plano, afastará a atribuição do modelo para as hipóteses de créditos oriundos de obrigações de fazer ou não fazer, de entregar coisa, bem como advindos da sentença penal condenatória, ressaltando, por certo, saldos líquidos de multas cominatórias. Depreende-se, no mais, reservada a atribuição do agente para créditos de for-

mais ou certidões de partilha, caso pendentes de liquidação ou arbitramento e que não estejam passíveis de pronta execução para uma quantia certa.

Idêntica premissa estará no exame dos títulos extrajudiciais nos quais a definição do *quantum debeatur* demande decisão judicial para sua definição, merecendo destaque situações nas quais haja debate de condições suspensivas e resolutivas.

Desse modo, a execução extrajudicial atenderá com mais efetividade e adequação os títulos líquidos, certos e exigíveis, para os quais a tramitação mais objetiva é uma necessidade do sistema de justiça, reservando-se à seara judicial os títulos que careçam de prévia definição quanto aos seus elementos fundamentais.

CONCLUSÃO

O presente estudo acerca da desjudicialização da execução civil e dos diversos aspectos positivos ou ajustáveis previstos no Projeto de Lei n° 6204 de 2019 apenas fortalece a assertiva de que um novo modelo para a execução no país é iminente e necessário, a fim de positivar a promessa de duração razoável que nossa Constituição Federal, no preceito do art. 5º, LXXVIII, consagrou para os processos judiciais e administrativos.

No atual CPC, segundo suas Normas Fundamentais, no postulado do art. 4º, há reconhecimento expresso de que a duração razoável envolve a solução integral do mérito, incluindo a atividade satisfativa.

Por tais premissas, conclui-se que haverá imperdoável frustração do sistema de justiça se não houver uma melhoria no ambiente das execuções no Brasil.

A criação de novas ferramentas que possam complementar os mecanismos já existentes, ampliando o rol de colaboradores, assegurando aos cidadãos opção digna de efetividade de seus direitos, há de receber do Poder Legislativo a atenção necessária, e sua implementação pelo Poder Judiciário carece de deliberação imediata e sem preconceitos.

Desse modo, reconhece-se como promissora a implantação de um sistema desjudicializado, mas não desestatizado, ante a manutenção da atividade executiva, sob atuação exclusiva de servidores públicos concursados, agentes que serão delegatários dos serviços extrajudiciais dos cartórios de protestos de títulos, conforme art. 236 da Constituição da República, ao mesmo tempo em que o procedimento se mantém jurisdicional, ante a supervisão e controle do Poder Judiciário, por seus variados institutos, fatores que tornarão a execução civil no nosso ordenamento jurídico um instrumento dotado de agilidade e modernidade. A professora Flavia Pereira Ribeiro se manifestou acerca do tema, afirmando: “Pode-se concluir, portanto, que a atividade jurisdicional é típica, mas não exclusiva do Poder Judiciário.”¹³

Com esse objetivo, o presente estudo visa contribuir para que tal debate não cause retrocesso ou impeça avanços em razão de questionamentos plenamente superáveis e passíveis de aperfeiçoamento, caso se identifiquem os contratemplos apenas quando da vigência da norma legal em perspectiva.

As ponderações lançadas pretendem tão somente antecipar possíveis debates imprevistos e nocivos acerca do projeto, alcançando-se o máximo de aproveitamento de seus termos e a sua mais plena possível concretude.

Certo é que, para todo Projeto de Lei que envolva alterações dos instrumentos processuais e direitos debatidos em demandas judiciais, seria válida a participação da magistratura, por seus órgãos de representação, a quem, ao final, será encaminhado o dever de cumprimento e interpretação de novos institutos, o que poderá eliminar ou mesmo minorar consequências inesperadas.

Por tais motivos, na esperança de assistir à debate elevado no processo legislativo, aguarda-se a aprovação do PL nº 6204 de 2019, rogando-se os pequenos ajustes acima indicados, a fim de que se estabeleça no meio jurídico uma execução civil mais efetiva, mais célere, mais objetiva e que contribua para o ambiente de segurança dos negócios jurídicos, da tutela substancial da res-

13 RIBEIRO, Flávia Pereira. Obra citada. Página 19.

ponsabilidade civil e, enfim, do próprio cumprimento das obrigações no direito brasileiro. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I. As relações processuais. A relação processual ordinária de cognição. São Paulo. Editora Saraiva. 1969.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Volume I. 5ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2015. ISBN 978-85-309-6374-3.

HILL, Flavia Pereira; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Inventário Judicial ou Extrajudicial; Separação e Divórcio Consensuais por Escritura Pública – Primeiras Reflexões sobre a Lei 11441/07**. In Revista Dialética de Direito Processual. Volume 50. Maio de 2007. São Paulo: Oliveira Rocha.

HILL, Flavia Pereira. **A Desjudicialização do Procedimento de Registro Tardio de Nascimento. Inovações trazidas pela Lei Federal nº 11790/08**. Revista Eletrônica de Direito Processual. 2ª Edição. 2008. Disponível no endereço eletrônico: www.e-publicações.uerj.br

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Elias Marques de Medeiros Neto, Flavia Pereira Ribeiro. Colaboradores. Curitiba. Juruá. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso de meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais**. Curitiba. Editora CRV, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MELLO PORTO, José Roberto. **A Desjudicialização enquanto ferramenta de Acesso à Justiça no CPC/2015: A nova figura da Usucapião por Escritura Pública**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016.

RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da Execução Civil**. 2ª Edição. Curitiba. Editora Juruá. 2019.

RIBEIRO, Flavia Pereira; CORTEZ, Renata. **Primeiros contrapontos à Nota Técnica da AMB contrária ao PL 6204/19**. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/depeso/331995/primeiros-contratemos-a-nota-tecnica-da-amb-contraria-ao-pl-6-204-19>>

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; RANGEL, Rafael Calmon. **Desjudicialização da execução x atipicidade de meios executivos**. Conjur. 19 de julho de 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-19/rodrigues-rangel-necessaria-reflexao-execucao>?>

